



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10325.002280/2008-47
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-005.769 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de agosto de 2021
Recorrente FRIGORÍFICO IMPERATRIZ LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE. ATOS FISCAIS. DESCRIÇÃO DOS FATOS. ENQUADRAMENTO LEGAL.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2005

SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. SOLICITAÇÃO REGULAR. **RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS.**

Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário, haja vista prestar-se apenas a possível constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal, havendo, na verdade, mera transferência da responsabilidade do sigilo, antes assegurado pela instituição financeira e agora mantido pelas autoridades administrativas.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Não constitui violação ao dever de sigilo a transferência de dados bancários das instituições financeiras para a administração tributária, conforme autorizado pela legislação e **referendado pela Suprema Corte Nacional.**

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGENS. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. ART.42 DA LEI 9.430 DE 1996.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante

documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A obrigação de terceiros de responder por dívida originalmente do contribuinte não pode nascer simplesmente da ocorrência do fato gerador. O terceiro que não integra a relação jurídica tributária que deu origem ao fato gerador, vale dizer, que não é contribuinte, somente pode ser responsável nas hipóteses **expressamente previstas em lei** ou nas situações contempladas nos artigos 134 e 135 do CTN.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

Em razão da vinculação entre o lançamento principal e os decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA. APLICAÇÃO LEGITIMADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses definidas nos arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da quebra de sigilo bancário apresentada pela Recorrentes Solidárias, rejeitar as preliminares de nulidade dos lançamentos e da decisão de piso e, quanto ao mérito, em dar provimento ao recurso voluntário das Sras. Érika Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto no sentido de afastá-las do polo passivo e negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Itamar Artur

Magalhaes Alves Ruga, Daniel Ribeiro Silva, Barbara Santos Guedes (suplente convocada), Andre Luis Ulrich Pinto e Andre Severo Chaves.

Relatório

Trata o presente processo de impugnação ao Auto de Infração de fls.02 a, que exige da interessada supra identificada, o recolhimento da importância de **R\$ 9.879,72** a título de **Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ**, ano calendário de **2005**, acrescida de multa de ofício de **150%** e juros de mora. O lançamento do IRPJ decorre de **arbitramento** de lucro neste ano calendário, tendo como enquadramento legal o inciso III do art.530 do RIR/99, e utilizado como base de cálculo do lucro arbitrado a receita omitida por conta de depósitos bancários de origem não justificada, conforme descrito no Auto:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2005 06/2905 09/2005

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo (s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

A Ação Fiscal teve início com o envio do Termo de Início do Procedimento Fiscal para o endereço do contribuinte, constante no cadastro da Receita Federal com data de recebimento em 25 de junho de 2008.

Em 08 de julho de 2008 é apresentado na Delegacia da Receita Federal de Imperatriz expediente assinado pelo Sr. Roberto Agenor Gonçalves da Silva alegando da impossibilidade de apresentação dos documentos solicitados, tendo em vista que, tanto a empresa como o escritório de contabilidade que realiza toda escrituração fiscal haviam sido objeto de Busca e Apreensão no mês de junho de 2007 e que naquela época todas a documentação fiscal (Notas Fiscais, Declarações, Livros de Lançamentos fiscais, documentos de receita e despesas) como também todos os bancos de dados (computadores) foram apreendidos.

Ocorre que verificando junto a Junta Comercial do Estado do Maranhão o Sr. Roberto Agenor Gonçalves da Silva é sócio da empresa Frigorífico Imperatriz Ltda com o CNPJ 05.034.436/0001-15, portanto divergente do da empresa que esta sendo fiscalizado 05.218.646/0001-63, muito embora com o mesmo nome de fantasia, FRIGORIFICO IMPERATRIZ LTDA.

Cabe salientar que os documentos de interesse fiscal apreendidos na operação de Busca e Apreensão citada foram repassados a Secretaria da Receita Federal do Brasil em Imperatriz - MA, não constando nestes os documentos que foram alegados a sua não entrega, razão pela qual adotou-se o procedimento de

verificar os valores movimentados nas contas bancárias do contribuinte, através da Requisição de sua movimentação financeira.

Valores apurados conforme extratos bancários enviados pelas instituições financeiras, tendo em vista não ter sido possível a obtenção dos documentos contábeis e fiscais do contribuinte.

Tendo sido solicitado a requisição de movimentação financeira junto as instituições bancárias que o contribuinte apresentava movimentação, o mesmo foi intimado a justificar os créditos efetuados em suas contas bancárias, não tendo apresentado nenhuma justificativa até a presente data da lavratura deste instrumento de cobrança de crédito tributário.

Constatamos a existência de procuração com amplos poderes para administrar a empresa, concedida a Erika Lira dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto, por parte dos sócios Vicente Sampaio de Oliveira e Waldomiro Ferreira de Sousa. Cabe salientar que a empresa foi constituída em 14 de agosto de 2002 e a procuração em epígrafe é de 26 de agosto de 2002, demonstrando que logo após a constituição da empresa com o nomes dos sócios Vicente Sampaio de Oliveira e Waldomiro Ferreira de Sousa a mesma passou a ser utilizada pelas procuradoras anteriormente citadas.

Foi apresentada a declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica do ano calendário de 2005 como empresa optante pelo SIMPLES, só que com valores zerados e não também não foram encontrados nos sistemas da Receita Federal do Brasil nenhum pagamento de tributos em nome do contribuinte, caracterizando dessa forma a real intenção dolosa de eximir-se do pagamento dos tributos devidos a União.

Observamos também a discordâncias de valores referentes a participação no capital da sociedade correspondente a cada sócio. Inicialmente a sociedade e constituída com o capital de R\$ 50.000,00, sendo que cada sócio entraria com R\$ 5.000,00 integralizado no ato da assinatura do contrato (08/08/2002), totalizando R\$ 10.000,00 integralizados naquele momento inicial, posteriormente seriam integralizados o restante do valor R\$ 40.000,00, no entanto não existem nos assentamentos da Junta Comercial nenhuma alteração contratual que pudesse averiguar esse fato, consta apenas o distrato da sociedade datado do ano de 2005 em que afirma ter sido recebida a quantia de R\$ 25.000,00 por cada sócio no momento da dissolução da sociedade, só que as declarações de imposto de renda da pessoa física apresentam como participação apenas a quantia de R\$ 17.000,00.

Salienta-se a clara divergência entre as assinaturas de Vicente Sampaio de Oliveira e Waldomiro Ferreira de Sousa comparando a grafia existente nas fotocópias de sua identidades obtidas na Junta Comercial do Estado do Maranhão em relação as assinaturas apostas na Ficha-Proposta de Abertura de Conta-Cartão de Assinaturas-Pessoa Jurídica do Banco Bradesco.

Como lançamentos decorrentes da matéria tributável apontada no lançamento de IRPJ, foram lavrados também Autos de Infração nos quais se exigiram importâncias a título de Contribuição para o **PIS** da ordem de **R\$ 4.459,58**, de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – **COFINS**, da ordem de **R\$ 20.582,78** e de Contribuição Social sobre o

Lucro Líquido – CSLL, da ordem de **R\$ 7.409,79**, acrescidas de multa de ofício de 150% e juros de mora.

Cientificada dos Autos de Infração por meio do EDITAL/DRF/IMP/MA/NUFIS n.º 119, de 29 de dezembro de 2008 (fls.375), na data de 13/01/2009.

TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA – VOL.2, fls.358

Processos: 10325.002031/2008-51 e **10325.002280/2008-47**

Sujeito Passivo Solidário: ROSE MARIA DE ANDRADE

Sujeito Passivo Solidário: ERIKA LIRA CHAVES DOS SANTOS

Segundo os referidos Termos, “...ante o exposto em Auto de Infração que se faz anexo a este Termo, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art.124 da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).”

Ciência do Termo e Autos em 22/12/2008, AR às fls.376/377

DAS IMPUGNAÇÕES

A Autuada e as responsáveis solidárias apresentaram, em conjunto, a mesma Impugnação (Vol.I), que a seguir se reproduz o resumo da mesma que consta no **relatório** da decisão de primeira instância:

• DA NULIDADE FORMAL DO AUTO DE INFRAÇÃO - MOTIVAÇÃO DEFEITUOSA QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - DOS FUNDAMENTOS PARA A CONSIDERAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

O defendente argúi, na peça impugnatória, que o auto de infração carece dos pressupostos de direito que levaram a fiscalização a concluir pela infração de Omissão de Receitas, baseada nos depósitos bancários.

Alega insuficiência de motivação jurídica para o lançamento e cerceamento do direito de defesa.

"O princípio da ampla defesa, uma das facetas do princípio do devido processo legal (art. 5o, inc. LIV da CF188), e que se espraia pela seara judicial e administrativa, propugna pela efetiva concessão de acesso do administrado às acusações que lhe são feitas, assim também pelo oferecimento de todas as condições necessárias à elaboração da mais estruturada defesa contra as imputações que sobre ele recaem.

Art. 5º (..)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

E esta condição legitimadora dos atos administrativos foi reforçada pela lei n.º 9.784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em cujo art. 2º se lê:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

Não se pode olvidar, inclusive, que essa é uma imposição contida também no Decreto n.º 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

- a descrição do fato;

- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; E o art. 50, da lei mencionada, é enfático a estabelecer que a motivação deve ser "explícita, clara e congruente", ou seja, capaz de possibilitar ao administrado identificar, com segurança, as razões fáticas e jurídicas do ato administrativo.

Art. 5º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

- imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (.)

Isto, contudo, não ocorreu no caso em tela.

Nesses termos, o auto de infração examinado está maculado pelo vício da nulidade, por insuficiência de motivação jurídica, haja vista a incompletude da indicação dos pressupostos de direito de sua prática.

• ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SRA. ERIKA LIRA CHAVES DOS SANTOS E SRA. ROSE MARIA ANDRADE FALQUETO - VIOLAÇÃO AO ART. 124, DO CTN -DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO.

Em síntese, a defesa alega que não foram coletados elementos suficientes para caracterizar a sujeição passiva das procuradoras Érika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto.

"A fiscalização apontou a segunda e a terceira impugnantes como responsáveis solidárias pelo cumprimento da obrigação tributária constituída pelo ato administrativo questionado (Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls.), com o que não se pode concordar.

No caso em apreço, no entanto, não há a indicação clara e completa dos fundamentos de fato e de direito que levaram a fiscalização a concluir para

responsabilidade solidária da pessoa física. Por essa razão, além da inobservância do requisito essencial do ato, depara-se com a violação ao princípio da ampla defesa, haja vista que do ato não se extraem os elementos suficientes à elaboração dos argumentos de defesa pelo contribuinte.

Da leitura do auto de infração é possível perceber que os agentes fiscais apontaram o art. 124, do CTN, como norma a respaldar a transferência de responsabilidade:

Art.124. São solidariamente obrigadas:

- as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*
- as pessoas expressamente designadas por lei.*

Já numa primeira apreciação, verifica-se a incompletude e falta de clareza da motivação (exposição dos pressupostos de direito), uma vez que não há indicação específica do respaldo jurídico para a responsabilização.

Esclareça-se, por fim, a Sra. Erika e a Sra. Rose estavam incumbidas de cumprir as determinações dos sócios da pessoa jurídica, de modo que não agiam segundo suas intenções ou convicções. Elas eram funcionárias e por isso pagas para cumprir ordens.

Nestes termos, percebe-se o descabimento da responsabilização da impugnante pessoa física, razão pela qual deve ser excluída do polo passivo da presente autuação."

• DA AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Alega que deve ser declarada a nulidade do feito, tendo em vista que o mandado de procedimento fiscal (MPF) não contém como objeto a verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas ao auto de infração, o que reputa ser requisito essencial para a instauração do procedimento.

Argumenta que o MPF n.º 03.202.00.2008.00088 não indica como objeto do ato administrativo a fiscalização do tributo cuja exigência se combate. Aduz, ainda, que:

"... os agentes responsáveis pela confecção do auto de infração que se pretende anular estavam autorizados apenas a verificar se a petionária havia cumprido as obrigações relativas ao SIMPLES afeto ao período compreendido entre 01/2004 a 12/2005."

Considerando o disposto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, alega a incompetência do agente para a prática do ato administrativo em enfoque, já que o MPF emitido não concedia ao agente fiscal a autorização para a sua elaboração.

Por fim, considerando que o descumprimento/extrapolação do Mandado de Procedimento Fiscal macula de invalidade o ato do lançamento, requer a anulação do auto de infração objeto da presente ação.

• DA INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

O defendente traz ao processo a tese de que o sigilo bancário só pode ser violado mediante determinação judicial e colaciona ao autos decisões exaradas pelo STF.

"Para robustecer ainda mais a tese, cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu sequer a legitimidade do Ministério Público para requisitar informações relativas ao sigilo bancário, como se observa da seguinte ementa:

RECR 21530I-CE. STF, 2a Turma, unanime, relatar Ministro Carlos Mário.

Ementa: Constitucional. Ministério Público. Sigilo Bancário. Quebra. CF, art.129, VIII.

I A norma inscrita no inciso VIII, do art. 129 da CF não autoriza o Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebra o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito a privacidade, que a CF consagra, art. 5o, X somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa".

Agravo de Instrumento n.º123708 - Registro n.º2001.0300.000106-7

Processo Originário n.º 2000.64.00.013859-0 Relatar: Des. Federal Therezinha Cazerta Agravante: União (Fazenda Nacional) Agravados: Antônio Nunes e Outros Origem: Juizado Federal da 23a Vara da São Paulo - SP Advogados: Elyadir F. Borges, José Domingos Colasante. "Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, em processo de conhecimento, indeferiu a juntada de declaração de rendimentos dos autores e determinou seu desentranhamento e imediata inutilização. (..) Uma das exceções ao sigilo fiscal é a requisição judicial, ou seja, a divulgação da situação econômica de alguém é lícita quando determinada por autoridade judiciária, intuitivo que tal requisição deve preceder à quebra, do sigilo fiscal. Não foi isso, porém, o que aconteceu no caso concreto. (.)

O fato de ter a agravante requerido que o processo corresse em segredo de justiça não sana a ilicitude da colheita da prova, e caso decretado o segredo, não surtiria o efeito desejado porque isso somente seria possível se, ao invés de simplesmente. (.)

Dito isso, indefiro a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Cumpra-se o disposto no artigo 527,111, do Código de Processo Civil.

Intime-se.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2.001,"

Nesse sentido, deve ser anulado o auto de infração, na parte em que a exigência fiscal se pauta em informação bancária obtida unilateralmente pela autoridade administrativa. Em especial à imputação oriunda da análise dos

extratos obtidos pela SRFB diretamente do banco, sem intervenção do Poder Judiciário".

• DA ILEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO DO. IRPJ E CSLL COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS

O impugnante defende a tese de que não se pode exigir o Imposto de Renda e a Contribuição Social Sobre o lucro líquido tendo como fato gerador os depósitos ocorridos em sua conta bancária. Como forma de corroborar sua tese, colaciona aos autos Súmula n.º 182, do antigo Tribunal Federal de Recursos:

"É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários."

Prossegue sua defesa colacionando diversos acórdãos com decisões contrárias ao lançamento do Imposto de renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido com base em depósitos bancários (fls. 418/423).

• DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO - EXPOSIÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FATO - PARA A APLICAÇÃO DA MULTA DE 150%

O defendente alega que não está devidamente fundamentado a aplicação da multa qualificada, conforme abaixo transcrito:

"Vale destacar, por fim, a despeito da indicação do pressuposto de direito da aplicação da multa no percentual de 150% (art. 44. inc. 11, da lei n.º9.430/96), inexistente no ato administrativo guerreado o apontamento dos pressupostos de fato que propiciaram a sanção.

No caso em exame, o art. 44, inc. 11, da lei n.º9.430/96, estabelece que a multa de 150% será cabível no caso de configuração de uma das hipóteses previstas nos arts. 71,72 e 73, da lei n.º4.502/64:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:
(.)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

Perceba-se que diversas são as situações táticas concebidas, porém a autoridade administrativa sequer correlacionou o caso concreto com qualquer delas.

Note-se que, embora os artigos transcritos contenham a descrição dos eventos capazes de motivar sua incidência, a fiscalização não expôs os elementos fáticos suficientes ao enquadramento no caso concreto.

O art. 5.º, da Lei n.º 9.784/99, dispõe, que a exposição dos motivos deve ser "explícita, clara e congruente":

Art 5.º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (...)

§ º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato."

Por fim, o defendente requer o que se segue:

a) anulação dos autos de infração lavrados;

b) a anulação parcial do auto de infração, para o fim de excluir do ato administrativo a Sra. Érika Lira Chaves dos Santos e a Sra. Rose Maria Andrade Falqueio; e

d) na hipótese de não se desconstituir o auto de infração, seja afastada a aplicação da multa de 150%.

É o relatório.

DA DECISÃO DE PISO

Por meio do Acórdão n.º 08-16.346, da 3ª Turma da DRJ/FOR, em sessão proferida em 16 de outubro de 2009, o crédito tributário foi mantido integralmente, assim como mantidas as responsabilidades solidárias atribuídas às pessoas de Érika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificadas do Acórdão de primeira instância, por meio do EDITAL N.º 075/2009 (fls.582, Vol.III), na data de 04/12/2009, a Contribuinte e as responsáveis solidárias apresentaram, conjuntamente, um único recurso voluntário, em 28 de dezembro de 2009 (fls.585), alegando, basicamente, as mesmas razões de direito trazidas em sede de impugnação, acrescentando:

Em síntese, alegaram (destaques do original):

II — PRELIMINARMENTE

II.1 - Do cerceamento do direito de defesa — Da negativa de oitiva do contribuinte

[...]

A fiscalização fazendária iniciou seus trabalhos intimando o contribuinte para a apresentação de documentos contábeis e, supostamente diante do seu não fornecimento, promoveu a requisição da movimentação bancária do contribuinte a determinadas instituições financeiras.

Como consta no Termo de Intimação Fiscal da Sr. Érika Lira Chaves Santos, de fls., ocorreu sua notificação para apresentação de esclarecimentos sobre os elementos constantes no processo administrativo em epígrafe.

A despeito, no entanto, de inicialmente haver apresentado pedido de adiamento da oitiva, a aludida senhora compareceu à Secretaria da Receita Federal do Brasil em Imperatriz para esclarecer certos pontos e justificar, até onde tinha conhecimento, a movimentação registrada nas contas bancárias em questão.

A autoridade responsável pela condução do processo, todavia, negou-se a ouvi-la e afirmou que nova intimação seria expedida. Qual não foi sua surpresa quando, sem a concessão da oportunidade de defesa, tomou conhecimento do ato administrativo que ora se combate.

• Sublinhe-se, ademais, que as peticionárias não foram intimadas da prorrogação de prazo concedida pela fiscalização. A CONSTATAÇÃO DA VERACIDADE DESTA AFIRMAÇÃO SE EXTRAÍ DOS PRÓPRIOS AUTOS, HAJA VISTA QUE INEXISTE DOCUMENTO ATESTANDO A CIÊNCIA DAS RECORRENTES SOBRE TAL FATOS.

Como se não bastasse, destaca-se que diante da demonstração de interesse e respeito à intimação exarada, por meio da formulação do pedido de prorrogação de prazo e comparecimento ao órgão fiscal, o mínimo de boa-fé exigia a reintimação das peticionárias para nova apresentação, o que também não ocorreu.

No mesmo sentido atuou a fiscalização em relação a procuradora ROSE MARIA ANDRADE FALQUETO, tal como consta dos autos, merecendo acrescentar que a Sr. Rose compareceu a DRF de Imperatriz acompanhada de seu advogado (constituído regularmente conforme procuração de fls. 131/2004 e 87/2005 dos autos), que recebeu a informação de que os auditores que deveriam ouvi-la não se encontravam, pois residiam em RECIFE.

Mas não é só isso. Mais grave é o fato de que a fiscalização tinha conhecimento de que a empresa fiscalizada já havia sido baixada, tal como informa o documento de fls. 458/2004 dos autos, juntado pelos próprios auditores, mas mesmo assim, desde o início, ENVIARAM todas as correspondências para o endereço onde ela havia atuado, tanto que TODAS elas, sem exceção, foram devolvidas com a informação de "MUDOU-SE".

Dessa forma, nada mais incoerente com o mandamento constitucional acima enunciado do que restringir o direito do administrado apresentar suas razões nos autos do processo administrativo fiscal.

Veja-se que o inc. III, do art. 3º, da lei nº 9.784/99, é enfático ao estabelecer:

Art. 30 O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

III — formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Tal como adiantado, o princípio da ampla defesa garante aos contribuintes em geral a possibilidade de se manifestar formalmente nos autos, de modo a registrar seus argumentos contra a imputação que lhe é feita. A limitação ou impedimento ao exercício de tal direito, por óbvio, é inconstitucional. É isso, contudo, que se percebe no processo administrativo sob comento.

Diante do exposto, deve ser desconstituído o auto de infração lavrado.

II.2 - DA NULIDADE FORMAL DO AUTO DE INFRAÇÃO - MOTIVAÇÃO DEFEITUOSA QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - DOS FUNDAMENTOS PARA A CONSIDERAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Na defesa administrativa apresentada, as recorrentes destacaram a inobservância do princípio da ampla defesa e da motivação dos atos administrativos, haja vista que a ausência de apontamento claro e completo dos pressupostos de direito do ato impediam a confecção de uma adequada defesa. Sustentaram, especificamente, que:

Os pressupostos de direito do ato administrativo, tal como descritos na seção "enquadramento legal" apenas permitem apreender que eventual omissão de receita deve ser objeto da tributação. Não se indica, no entanto, fundamento legal para se presumir que os depósitos realizados na conta bancária da petionária se traduzem em receita omitida.

Os ilustres julgadores de primeira instância, por sua vez, na ânsia de validarem o lançamento confeccionado, pretenderam complementar a motivação do ato administrativo confeccionado por meio da indicação de normas não constantes no mesmo. Uma evidente tentativa de convalidação posterior do ato.

Apesar da clareza na indicação das normas suficientes ao respaldo ao ato administrativo combatido, a decisão proferida inovou em relação ao lançamento sob análise. Especialmente no ponto em que indicou o art. 42, da lei no 9.430/96, com alteração da lei no 9.481/97, como pressuposto de direito do ato:

“De acordo com o transcrito acima, aplicam-se à empresa optante pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do imposto sobre a renda, e especificamente a prevista no art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, com a alteração da Lei no 9.481, de 1997, in verbis:

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.

Considerando, então, que a autoridade julgadora não possui competência para promover o lançamento ou para complementá-lo, a convalidação pretendida não possui amparo em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual se impõe a anulação do ato administrativo impugnado.

II.3 - Da ausência de Mandado de Procedimento Fiscal para a constituição de crédito tributário

[...]

II.4 - Ilegitimidade passiva da Sra. Érika Lira Chaves dos Santos e Sra. Rose Maria Andrade Falqueto — Violação ao art. 124, do CTN — Da ausência de motivação do ato

A leitura deste processo administrativo fiscal permite verificar que a fiscalização apontou a segunda e a terceira recorrentes como responsáveis solidárias pelo cumprimento da obrigação tributária constituída pelo ato administrativo questionado (Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls.).

Na defesa apresentada pelos autuados, sustentou-se a nulidade da transferência de responsabilidade com fulcro, em síntese, em dois argumentos, quais sejam, ausência de fundamentação fática e jurídica da responsabilização e inaplicabilidade do art. 124, do CTN, ao caso concreto.

A decisão proferida, no entanto, a despeito do brilhantismo, não foi capaz de corroborar a inclusão das pessoas físicas no polo passivo da relação jurídica em apreço.

Vejamos.

II.2.1 - DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO

Os eminentes julgadores de primeira instância, na tentativa de refutar o argumento de que o ato administrativo de responsabilização das recorrentes pessoas físicas carecia de motivação clara e completa porque no documento utilizado para tanto foi indicado apenas o caput do art. 124, do CTN, sem qualquer menção a um de seus dois incisos, além da falta de apontamento do contexto fático capaz de respaldar a transferência de responsabilidade, alegaram que:

“A atribuição da responsabilidade solidárias às pessoas físicas de Érika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade é devida, uma vez que há nos autos comprovação suficiente para a formação da convicção de que, em realidade, e apesar de formalmente não participarem do quadro societário, essas pessoas são as sócios de fato da pessoa jurídica Frigorífico Imperatriz Ltda, CNPJ 05.218.646/0001-63. Tendo agido dolosamente, mediante o artifício de interposição de pessoas no quadro societário, conforme se demonstrará na sequência, porém, gerindo a pessoa jurídica, essas pessoas manifestaram, de forma inequívoca, seus interesses comuns na situação que constituiu o fato gerador dos tributos exigidos, na medida em que ocultaram o faturamento da empresa.”

*Percebam, ilustres conselheiros, que dois são os motivos expostos na defesa administrativa como suficientes a levar ao entendimento de que a motivação do **ato administrativo** de responsabilização da Sra. Érika e da Sra. Rose é defeituosa.*

*Um deles é o fato de no Termo de Sujeição Passiva Solidária não haver a informação sobre **os fatos** que levaram a fiscalização a concluir pela responsabilização. O outro é o não apontamento da norma específica que fundamenta (juridicamente) a lavratura do termo.*

Em suma, destaca-se o vício do Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado, por ausência ou incompletude dos pressupostos de direito e de fato do ato administrativo.

Como se vê da decisão recorrida, todavia, os respeitadas julgadores não defenderam que o Termo de Sujeição Passiva Solidária é válido e completo em

sua motivação. Sustentou-se, apenas, que há razões para se entender pela transferência de responsabilidade e que a norma aplicável seria o inc. I, do art. 124, do CTN ou o art. 135, inc. III, do CTN.

Em verdade, o que consta da decisão de primeira instância é o que se esperava constar do ato administrativo de transferência de responsabilidade atacado ou seja, a indicação clara e precisa da situação fática que leva a crer que as pessoas físicas recorrentes são responsáveis e do(s) dispositivo(s) que dão fundamentação jurídica à responsabilização.

*Apesar da **dubiedade da decisão de primeira instância**, que ora indica o inc. I, do art. 124, do CTN, e ora indica o inc. III, do art. 135, do CTN, como fundamento para a transferência de responsabilidade, pelo • menos ali se vê um apontamento normativo completo (inc. I, do art. 124, do CTN ou o inc. III, do art. 135, do CTN), como respaldo jurídico para o ato de ampliação do polo passivo da relação tributária.*

E essa indicação, no entanto, não está inserida no Termo de Sujeição Passiva Solidária.

*Desse modo, a afirmação transcrita acima, no sentido de que há fatos e fundamento jurídico a respaldar a inclusão da Sra. Érika e da Sra. Rose no polo passivo da relação jurídica tributária **não afasta o vício de defeito/carência de motivação do ato administrativo** utilizado para essa transferência de responsabilidade. Ao contrário, confirma-o, uma vez que demonstra com maior clareza o que deveria constar no Termo lavrado e não constou.*

Assim, ainda que se entenda existirem fundamentos fáticos e jurídicos a motivarem a responsabilização das recorrentes pessoas físicas, não há como se negar a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária HAJA VISTA QUE ELES NÃO FORAM INDICADOS NO CORPO DO ALUDIDO ATO ADMINISTRATIVO.

Considerando, então, que segundo o nobre princípio da motivação dos atos administrativos, no bojo de tais atos devem ser declinados de forma clara, completa e congruente os pressupostos de fato e de direito que ensejaram sua edição, conclui-se que, no caso em apreço, o Termo de Sujeição Passiva Solidária está maculado do insanável vício da nulidade.

[...]

Nesses termos, requer-se a exclusão das recorrentes pessoas físicas do polo passivo da relação jurídica em debate.

II.2.2 - DA VIOLAÇÃO AO ART. 124, INC. I, E/OU ART.135, INC. III, DO CTN

[...]

III — DA INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

[...]

III.1- Da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem prévia apreciação do poder judiciário — Inconstitucionalidade da lei 10.174/2001

[...]

III.2 - Da ausência de fundamento para a quebra do sigilo — cerceamento do direito de defesa

[...]

IV - DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO — EXPOSIÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FATO - PARA A APLICAÇÃO DA MULTA DE 150%

Em sua defesa administrativa, as recorrentes afirmaram que, a despeito da indicação do pressuposto de direito da aplicação da multa no percentual de 150% (art. 44, inc. II, da lei n.º 9.430/96), inexistiu no ato administrativo guereado o apontamento dos pressupostos de fato que propiciaram a sanção.

Ressaltou-se que, pelo fato de diversas serem as situações táticas concebidas no artigo mencionado, há a necessidade de que a autoridade administrativa fizesse a correlação das hipóteses com o caso concreto.

Mais uma vez, contudo, os julgador de primeira instância, por meio da tentativa de complementação do lançamento confeccionado, pretenderam convalidar o ato administrativo combatido com a indicação dos pressupostos faltantes.

Considerando, novamente, que a autoridade julgadora não possui competência para a constituição do crédito tributário ou sua complementação, conclui-se pela nulidade do auto de infração questionado.

V — DOS REQUERIMENTOS

*Pelo exposto, requer seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o presente recurso voluntário para que, reformando-se o V. Acórdão de fls.:*

a) anular os autos de infração lavrados, desconstituindo-se, por decorrência, a exigência fiscal contida nos atos administrativos combatidos;

b) subsidiariamente, a anulação do Termo de Sujeição Passiva Solidária, para o fim de excluir do ato administrativo a Sra. Érika Lira Chaves dos Santos e a Sra. Rose Maria Andrade Falqueto;

c) na hipótese de não se desconstituir o auto de infração, seja afastada a aplicação da multa de 150%.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Vitória, 23 de dezembro de 2009.

Após o recurso voluntário, constam anexados aos autos **decisões e peças judiciais**, onde reproduzo a última delas:



00041490420154013701

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ

34
08

Processo N.º 0004149-04.2015.4.01.3701 - 1ª VARA - IMPERATRIZ
N.º de registro e-CVD 00158.2018.00013701.1.00694/00128

Processo n.º	: 0004149-04.2015.4.01.3701
Classe:	: AÇÃO ORDINÁRIA / TRIBUTÁRIA
Objeto	: 03.11.20 - ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - TRIBUTÁRIO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - TRIBUTÁRIO
Autor	: FRIGORIFICO IMPERATRIZ LTDA, VICENTE SAMPAIO DE OLIVEIRA
Réu(s)	: UNIAO (FAZENDA NACIONAL)

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por FRIGORÍFICO IMPERATRIZ LTDA. e VICENTE SAMPAIO DE OLIVEIRA contra a UNIÃO, para anulação de lançamento do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) decorrente dos processos administrativos fiscais 10325.002280/2008-47 e 10325.002031/2008-51.

Afirmam que a sociedade empresária demandante foi autuada, com a responsabilização solidária do segundo autor, pela omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, o que, segundo o Fisco, configuraria o fato gerador do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ).

Alegam vício insanável do lançamento: (a) por se basear em dados



00041490420154013701

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ

Processo N.º 0004149-04.2015.4.01.3701 - 1ª VARA - IMPERATRIZ
N.º de registro e-CVD 00158.2018.00013701.1.00694/00128

bancários obtidos sem autorização judicial, o que viola a garantia do sigilo bancário assegurada pela Constituição Federal; (b) por indevida inclusão da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) na base de cálculo do IRPJ, sendo inconstitucional o art. 1º da Lei 9.316/96, que permite essa forma de apuração.

Indeferida a antecipação de tutela (fls. 256/261), o autor interpôs agravo de instrumento que foi provido pelo TRF1 suspendendo a exigibilidade dos créditos impugnados (fls. 303/304).

Em contestação (fls. 309/319), a Fazenda Nacional defendeu a regularidade do lançamento. Houve réplica (fls. 324/334).

Facultada a produção de provas, nada foi requerido.

2. MÉRITO

A pretensão não merece acolhida.

No julgamento do RE 601.314/SP, pelo regime da repercussão geral, o STF concluiu que são constitucionais disposições da Lei Complementar 105/2001 que permitem às autoridades e agentes fiscais tributários examinar diretamente, sem autorização judicial, a movimentação dos contribuintes em instituições financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis. Teses fixadas naquele julgado:

tese 'a' - 'O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da



00041490420154013701

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ

Processo Nº 0004149-04.2015.4.01.3701 - 1ª VARA - IMPERATRIZ
Nº de registro e-CVD 00158.2018.00013701.1.00694/00128

esfera bancária para a fiscal';

tese 'b' - 'A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN'. (STF, Tema 225).

Assim, não há dúvida quanto à validade do procedimento por meio do qual o Fisco obteve as informações bancárias em questão.

Quanto às demais etapas do processo administrativo fiscal, após constatar incompatibilidade entre a movimentação bancária da pessoa jurídica fiscalizada e os valores por ela declarados a autoridade fiscal intimou-a para apresentar extratos de contas, poupanças e aplicações, mas não foi atendida. Na sequência, requisitou tais informações à instituição financeira e, em posse delas, confirmou a omissão de rendimentos, lavrou o auto de infração e intimou novamente a contribuinte, que não apresentou impugnação.

Ante a não comprovação, por documentação idônea, da origem dos valores creditados em conta corrente, ficou configurada a omissão de rendas e a autoridade fiscal efetuou o lançamento por meio de arbitramento do tributo, nos termos do artigo 42, da Lei 9.430/96.

O referido dispositivo estabeleceu uma presunção relativa em favor do Fisco de que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de rendimentos. Ressalte-se que o objeto da tributação não são os saldos bancários em si, mas a omissão de renda que por meio deles se evidencia.

A legitimidade dessa forma de lançamento do imposto de renda tem sido reafirmada pela jurisprudência, cabendo ao contribuinte o ônus da prova da origem dos recursos depositados (STJ, AgRg no REsp 1467230/RS,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ

Processo Nº 0004149-04.2015.4.01.3701 - 1ª VARA - IMPERATRIZ
Nº de registro e-CVD 00158.2018.00013701.1.00694/00128

DJe 28/10/2014). De fato, comprovada pelo Fisco a existência de numerário não declarado a explicação para a sua origem, seu destino ou qualquer fato capaz de descaracterizá-lo como renda tributável somente pode ser feita pelo titular da conta.

No caso, a parte autora sequer tentou justificar a origem dos recursos registrados nos extratos analisados, não tendo comprovado, apesar da oportunidade concedida, a origem desses valores.

A tese remanescente do autor ataca a forma de apuração do tributo, sob o argumento de que a vedação à dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ, prevista no artigo 1º da Lei 9.316/96, seria inconstitucional, já que se trata de uma obrigação fiscal e não de renda ou acréscimo patrimonial.

A definição do imposto de renda e de sua base de cálculo provém do código tributário nacional, que é norma complementar quanto ao disposto no art. 153, III, da CF/88. Observados os contornos definidos pela Constituição e pelo CTN, compete à lei ordinária fixar os demais critérios para a disciplina do tributo.

Assim, pode a lei ordinária validamente admitir ou vedar a dedução de despesas na apuração do lucro real, sem que isso viole os conceitos de renda e acréscimo patrimonial previstos na lei complementar.

Também nesse ponto, a questão já se encontra pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu, com repercussão geral, a constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.316/96 (STF, REEx 582.525/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 07/02/2014).

Portanto, é imperativo ratificar a decisão denegatória da liminar e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ

Processo N.º 0004149-04.2015.4.01.3701 - 1ª VARA - IMPERATRIZ
N.º de registro e-CVD 00158.2018.00013701.1.00694/00128

concluir pela inexistência de amparo à pretensão.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo improcedente** o pedido.

Condeno os autores a pagarem custas e honorários, que fixo em 10% sobre o valor da causa, rateado em partes iguais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Imperatriz, 3 de agosto de 2018.

Assinada digitalmente
Jorge Alberto A. de Araújo
Juiz Federal



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO MARANHÃO
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ – 1ª VARA**

Mildred Abrantes de Oliveira Sarmento
Técnica Judiciária - Mat. 3/384

MARANHÃO
FLS. <u>347</u>
RUBRICA <u>[assinatura]</u>
1ª VARA DE IMPERATRIZ

Processo nº 4149-04.2015.4.01.3701

TERMO DE DATA

Ao(s) 06/08/2018 recebi estes autos vindos do(a) Dr.(a)
JORGE ALBERTO A. DE ARAÚJO e lavro este termo.

[assinatura]
Clecio Felix de Sousa Santos Junior
Estagiário - Mat. MA992ES

CERTIDÃO

Certifico, para os devidos fins, que nesta data:

- enviei a sentença retro para publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal no expediente do dia **07/08/2018**;

O referido é verdade e dou fé.

Imperatriz/MA, 07 de agosto de 2018..

[assinatura]
Clecio Felix de Sousa Santos Junior
Estagiário - Mat. MA992ES

CERTIDÃO PUBLICAÇÃO E-DJF1

Certifico e dou fé que o(a) despacho() decisão() sentença(x) ato ordinatório()
de fls. 150 foi disponibilizado(a) no Diário Eletrônico da Justiça Federal (e-DJF1) do dia
14/08/2018 e considerado(a) publicado(a) no dia 18/08/2018 (art. 4º, § 3º e 4º, da Lei nº
11.419/2006). Imperatriz/MA, 14/08/2018. [assinatura] MA992ES

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

De se declarar, de início, que o recurso voluntário apresentado (um único para a Contribuinte e Responsáveis Solidários) preenche os requisitos legais de admissibilidade, devendo-se dele, portanto, tomar conhecimento.

Das preliminares de nulidade dos lançamentos

O **recurso voluntário**, relativamente à Recorrente, tem-se que a questão da alegação de **quebra** de sigilo bancário já está superada, uma vez que a Recorrente levou tal discussão junto ao Poder Judiciário (**Decisões e Peças Judiciais – Cópia do e-Dossiê 10080.002618/0519-40**, em e-proc fls.640 a 682).

Quanto aos Recorrentes apontados como **Responsáveis Solidários** (não partícipes da ação judicial), a decisão de piso já se manifestou adequadamente sobre tal questão.

Entretanto, faço apenas alguns comentários adicionais.

A defesa tinha alegado quebra de sigilo, aduzindo que o acesso à movimentação financeira da Contribuinte somente poderia ocorrer mediante ordem judicial, além de inconstitucionalidade de legislação, conforme se depreende dos **itens III, III.1 e III.2**.

Não obstante estas questões estarem pacificadas, o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal, art. 145, parágrafo 1º, assim como já estava previsto no CTN, art. 197, e, posteriormente, veio a ser tratado na Lei nº 8.021, de 1990:

Constituição Federal

Art. 145. (...)

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifou-se)

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Lei 8.021, de 1990

Art. 8.º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no §1.º do art. 7.º.

No presente contexto, já vigorava a Lei Complementar n.º 105, de 10/01/2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determinando:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, **5º, 6º**, 7º e 9 desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Atos contínuos, a Lei nº 10.174, de 09/01/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, apenas regravaram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão-só ao Poder Judiciário, sob o argumento de violação de direitos da impugnante. Os atos legais e regulamentares mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida e, sobre ela, a contribuinte foi regularmente intimada a se manifestar e a esclarecer a origem dos valores questionados, tanto na fase procedimental como na litigiosa, quando da concessão de prazo regulamentar para impugnação após a ciência da formalização da exigência.

Importa também acrescentar que não há previsão expressa na Constituição quanto à inviolabilidade do sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria, com posicionamentos contrários à Fazenda pública colacionados pelo contribuinte em sua peça impugnatória, doravante resquícios de entendimento ultrapassado.

Muito oportunamente, neste ponto cabe discorrer sobre a palavra final dada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal em análise conjunta de cinco processos que questionavam os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 que permitiam a Administração Tributária Federal obter os dados bancários diretamente das instituições financeiras sem autorização judicial. Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, nºs 2390, 2859, 2386 e 2397, as três últimas apensadas a primeira, além do **Recurso Extraordinário (RE) nº 601314**.

Em Sessão plenária ocorrida no STF em 24 de fevereiro de **2016**, por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que o disposto na norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos para o Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, não havendo portanto ofensa à Constituição Federal.

Diante de tudo o exposto, ratificada a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos concernentes à matéria, não assiste razão aos Recorrentes Responsáveis Solidários.

De eventual cerceamento de direito de defesa

As considerações no recurso voluntário são as mesmas já trazidas na impugnação e já devidamente apreciadas, de forma que as reproduzo a seguir, as quais adoto como razão de decidir:

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Inicialmente aduz a defesa que o auto de infração seria nulo por falta de elementos hábeis à sua validade. Contudo, não assiste razão ao impugnante.

O auto de infração lançado reveste-se de todos os requisitos legais necessários, conforme determina o artigo 142 da Lei 110 5 , 172/66 — Código Tributário Nacional, in verbis:

“Art 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

A autoridade fiscal tendo constatado omissão de receitas em razão dos depósitos e créditos bancários de origem não comprovada lavrou o presente auto de infração de IRPJ, onde consta detalhadamente o enquadramento legal aplicado: art. 24 da Lei n.º 9.249/95; arts. 2.º, § 2.º, 3.º, § P, alínea "a", 5.º, 7.º, § 1.º, 18, da Lei n.º 9.317/96; art. 42 da Lei n.º 9.430/96; art. 3.º da Lei n.º 9.732/98; arts. 186, 188 e 199 do RIR/99.

Esclareça-se que o procedimento fiscal foi realizado a partir da emissão de um Mandado de Procedimento Fiscal nos termos da Portaria SRF n.º 6.087/2005, determinando ao auditor-fiscal qualificado, a realização de fiscalização do Simples no período de 01/2004 a 12/2005 na empresa interessada, cuja ciência foi dada por via postal, juntamente com o Termo de Início de Procedimento Fiscal, conforme cópia de Aviso de Recebimento às fls. 73 do presente processo. Assim, não se observa qualquer ilegalidade no procedimento.

A competência privativa da autoridade administrativa, para o lançamento de tributos, é do AFRFB, de acordo com o artigo 142 do CTN, retro-transcrito.

E, ainda, o RIR/99 diz que:

“Art. 904. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais da Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei n.º 2.354, de 1954, art. 7.º e Decreto-Lei n.º 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

[...]

Art. 911. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei n.º 2.354, de 1954, art. 70.”

Por sua vez, o Decreto n.º 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal determina:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

ii - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.” (grifou-se)

O defendente alega nulidade em função de não constar do auto de infração a motivação para o procedimento fiscal. Vejamos trecho da impugnação:

“A incompletude da motivação ofertada pela fiscalização é flagrante.

Os pressupostos de direito do ato administrativo, tal como descritos na seção “enquadramento legal” apenas permitem apreender que eventual omissão de receita deve ser objeto da tributação. Não se indica, no entanto, fundamento legal para se presumir que os depósitos realizados na conta bancária da petionária se traduzem em receita omitida.

a leitura do auto de infração questionado permite observar a clara insuficiência do apontamento dos seus pressupostos de direito. Insuficiência essa que resulta da obscuridade e incompletude da motivação do ato administrativo em referência.”

[...]

Excluída a Interessada do SIMPLES, a partir do ano calendário de 2005, correto o lançamento dos tributos, efetivado sob as regras do lucro arbitrado, cujo enquadramento legal é art. 530, inciso II, do RIR199.

Apesar de haver (bem) esclarecido as alegações trazidas neste item, os Recorrentes agora alegam que a decisão de piso teria inovado em sua fundamentação, conforme consta no recurso:

Os ilustres julgadores de primeira instância, por sua vez, na ânsia de validarem o lançamento confeccionado, pretenderam complementar a motivação do ato administrativo confeccionado por meio da indicação de normas não constantes no mesmo. Uma evidente tentativa de convalidação posterior do ato.

Apesar da clareza na indicação das normas suficientes ao respaldo ao ato administrativo combatido, a decisão proferida inovou em relação ao lançamento sob análise. Especialmente no ponto em que indicou o art. 42, da lei no 9.430/96, com alteração da lei no 9.481/97, como pressuposto de direito do ato:

“De acordo com o transcrito acima, aplicam-se à empresa optante pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do imposto sobre a renda, e especificamente a prevista no art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, com a alteração da Lei no 9.481, de 1997, in verbis:

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.”

Considerando, então, que a autoridade julgadora não possui competência para promover o lançamento ou para complementá-lo, a convalidação pretendida não possui amparo em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual se impõe a anulação do ato administrativo impugnado.

Ora, não houve nada disso.

A decisão de piso simplesmente explicitou o que consta no art.42 da Lei n 9.430, de 1996, base legal do lançamento de IRPJ, que constou no Auto de Infração:

Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal

Imposto de Renda Pessoa Jurídica

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2005 06/2905 09/2005

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo (s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

[...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei n.º 9.430/96

Arts. 532 e 537 do RIR/99.

E, mais, no item **Dos Fundamentos Para a Consideração de Omissão de Receita** [...], a decisão de piso se manifestou acerca da legalidade da tributação por presunção legal com base no art.42 da Lei 9.430/96, que adoto integralmente como razão de decidir:

Em relação aos depósitos bancários, primeira questão levantada pela defesa é de que a fiscalização baseou-se em simples indícios ou presunção de omissão de receita o que não justificaria o auto de infração. Para melhor entendimento faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito das presunções.

O uso de indícios não pode ser confundido com a utilização de presunções. Diferem a presunção e o indicio, pela circunstância de que àquela o direito atribui, isoladamente, o vigor de um verdadeiro confirmador de uma outra

situação de fato que, a lei presume, por uma aferição probabilística, ocorra no mais das vezes. Já o indício não tem esta estatura legal, posto que a ele, isoladamente, pouca eficácia probatória é dada, ganhando ele relevo apenas quando, olhado conjuntamente com outros indícios, transfere a convicção de que apenas um resultado fático seria verossímil; se do cruzamento de vários indícios se chega não a um resultado único, mas a mais de um, não se pode ter por comprovado o que quer que seja.

[...]

A partir de 1º de janeiro de 1997, com a edição da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários cuja origem não seja comprovada foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, conforme dispositivo legal já transcrito.

Com essa nova previsão legal, sempre que o titular de 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, está o Fisco autorizado/obrigado a proceder ao lançamento do imposto correspondente, não mais havendo a obrigatoriedade de se estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância do novo diploma.

Ao fazer uso de urna presunção legalmente estabelecida, o Fisco fica dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se de presunção juris iuntam, que admite prova em contrário, cabendo ao contribuinte a sua produção. É o que se depreende da leitura do artigo 334 do Código de Processo Civil, cujos preceitos aplicam-se subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal:

"Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

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

As presunções estão, desde há muito, incorporadas à nossa ordem jurídica. Por meio delas, estabelece a lei, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade -, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário — esta a carga do contribuinte -, a ocorrência da omissão de receitas. Exemplos de hipóteses de presunção legais são aquelas incorporadas ao art. 281 do RIR/99 (mas que desde há muito estão incluídas na legislação fiscal):

"Art. 281, Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte aprova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 12, § 2º, e Lei nº 9430, de 1996, art. 40):

I - a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

II - a falta de escrituração de pagamentos efetuados;

III — a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

Portanto, a existência de depósitos bancários não escriturados ou com origem não comprovada é por si só, no ano-calendário fiscalizado, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário. Não o fazendo, é lícito concluir que se trata de receitas tributáveis não incorporadas àquelas registradas na escrituração.

[...]

Portanto, ao contrário do que alegou a contribuinte, nada de ilegalidade IP existe no lançamento feito com base em depósito bancário de origem não comprovada, principalmente na vigência da Lei n.º 9.430 de 1996, que é o caso dos autos.

E, como dos autos se pode inferir, fez a autoridade lançadora exatamente o que a lei lhe atribuiu como responsabilidade, ou seja, constatada a existência de movimentação bancária não contemplada na escrituração comercial, intimou a fiscalizada a comprovar a origem dos recursos depositados nas contas correntes de titularidade da empresa. A contribuinte não tendo apresentado provas da origem do numerário depositado, agiu corretamente a fiscalização tributando os depósitos como receita omitida, com fulcro no art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Em outra alegação preliminar, **Item II.1 - Do cerceamento do direito de defesa – Da negativa de oitiva do contribuinte**, entende(m) que deveria(m) ter tido oportunidade de se pronunciar(em) nos autos durante a fase fiscal e que tal não lhe(s) fora(m) oportunizado.

Aproveito aqui para informar que estes mesmos Recorrentes já foram objeto de autuação acompanhado em outro processo administrativo fiscal de n.º 10325.002031/2008-51, desta vez para o ano calendário de **2004**, onde os argumentos preliminares e alguns de mérito lá apresentados são aqui repetidos na peça de defesa.

Naquele processo, já se tem uma decisão administrativa proferida por esta Turma Ordinária, mas de outra composição, em sessão de 19 de outubro de 2017, onde foi Relator o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, que ora reproduzo e adoto:

Em sede de preliminar o Recorrente aduz inicialmente que teria havido cerceamento do direito de defesa em razão da ausência de oitiva do contribuinte.

Entendo que não merece guarida a referida preliminar. Isto porque, além de não existir previsão legal expressa de necessidade de oitiva do contribuinte, o Recorrente teve diversas oportunidades de se manifestar e apresentar suas alegações e provas no presente processo administrativo.

Inicialmente, no procedimento fiscalizatório, alegou estar impossibilitado de apresentar a documentação em razão de busca e apreensão ocorrida no seu escritório de contabilidade. O que depois restou comprovado tratar-se de alegação sem qualquer fundamento, vez que o mandado de busca e apreensão apresentado indicava a apreensão de documentos relativos a empresa distinta.

Ademais, todo o procedimento adotado pelos contribuintes no curso do procedimento fiscalizatório foi meramente protelatório. Mesmo assim, foi assegurado ao contribuinte a ampla defesa, tendo o mesmo apresentado sua impugnação com alguns poucos documentos que em parte foram acatados pela DRJ.

Ademais, a ausência de oitiva do contribuinte não lhe causou prejuízo, isto porque qualquer alegação poderia ter sido trazida a este processo administrativo ou, ainda, apresentada ao agente fiscal no curso da fiscalização.

Face o exposto, não acolho a preliminar suscitada.

No recurso, além de citações a dispositivo da Lei nº 9.748/99, constam algumas observações que dizem respeito aos responsáveis solidários, que teriam sido intimados a comparecer à unidade fiscal, ocasião em que pediram prorrogação de prazo e foi aceito, entretanto não receberam a correspondência. Alegam que como a empresa “já havia sido baixada”, as correspondências retornaram.

Inicialmente, esclareça-se que eventuais citações a dispositivos da Lei 9.748/99 podem servir, quando aplicável, como elementos subsidiários, uma vez que trata-se de “uma lei geral do processo administrativo”, enquanto que o processo administrativo **fiscal** (PAF) apresenta todo um regramento legal específico.

Como lembra Gilson Wessler Michels em sua obra “PAF Processo Administrativo Fiscal - litigância tributária no contencioso administrativo”:

[...] há normas gerais que se aplicam ao conjunto de processos administrativos e, por extensão, ao PAF. É o caso, justamente da Lei nº 9.784/1999, que trata de definir regras de relacionamento entre a Administração e os cidadãos, seus direitos e deveres. É certo que a Lei nº 9.784, de 1999 tem aplicação subsidiária no PAF (conforme expressa seu art.69, “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”), [...]

O fato de as pessoas físicas (posteriormente apontadas como responsáveis solidários) terem sido intimadas a prestar esclarecimentos e/ou comparecer à repartição fiscal e, se por alguma razão, não se conseguiu a presença física das mesmas, de se dizer que esta ausência em nada repercutiu ou teve alguma consequência no procedimento fiscal/lançamento e nem trouxe qualquer tipo de prejuízo ou cerceamento de defesa por parte destas pessoas, uma vez que elas exerceram o seu direito no momento próprio, qual seja, quando de sua intimação para se manifestarem nos autos já na condição de responsáveis solidários.

De alegação de ausência de MPF para constituição de crédito tributário

As considerações no recurso voluntário são as mesmas já trazidas na impugnação e já devidamente apreciadas, de forma que as reproduzo a seguir, as quais adoto como razão de decidir:

DA AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No caso vertente, de plano, verifica-se que não há fundamento para ser acolhido o requerimento da defesa, que propõe a declaração de nulidade do feito com base no fato de o Mandado de Procedimento Fiscal não especificar a operação que ensejou a lavratura do auto de infração. É que, bem ao contrário do que entende o impugnante, o aludido MPF não constitui um requisito de validade do auto de infração (art. 10 do Decreto 70.235, de 1972), mas tão-somente um instrumento de controle da atividade fiscal por parte da Administração Tributária. Nesse mesmo sentido, aliás, têm decidido reiteradamente os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, a exemplo dos acórdãos abaixo reproduzidos:

"LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO — MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

O MPF, principalmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar 'segurança e transparência à relação Fisco contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal, ruas, de nada adianta estar habilitado pelo MPF, se não forem lavrados os termos que indiquem o início ou o prosseguimento do procedimento fiscal. E, mesmo mediante um MPF, o procedimento de fiscalização apenas estará formalizado após notificação por escrito do sujeito passivo, exarada por servidor competente. O MPF sozinho não é suficiente para demarcar o início do procedimento fiscal, o que força o seu caráter de subsidiariedade aos atos de fiscalização; isto importa em que, se ocorrerem problemas com o MPF, não seriam invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, nem dados por imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributário apurados. 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 poderia o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento sob pena de responsabilidade funcional. Preliminar rejeitada." (Acórdão n.º 202-14693, 2.ª Câmara, 2.º CC, Sessão de 15/04/2003).

"MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL — Eventuais omissões ou incorreções no Mandado de Procedimento Fiscal não são causa de nulidade do auto de infração porquanto, sua função é de dar ao sujeito passivo da obrigação tributária, conhecimento da realização de procedimento fiscal contra si intentado, como também, de planejamento e controle interno das atividades e procedimentos fiscais.

Recurso negado." (Acórdão n.º 101-94368, V. Câmara. 1.º CC, Sessão de 11/09/2003)

"MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL — INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. Assim, o fato de haver contradição entre as datas em que houve a prorrogação do MPF e aquelas em que deste ato foi intimado o contribuinte não implica em nulidade do lançamento. Também, esta não se verifica se o

Agente Fiscal responsável pelo MPF prorrogado for o mesmo daquele responsável pelos MPFs posteriores e pela autuação. O art. 16 da Portaria n.º 3.007/2002, ainda que fosse vinculante, seria aplicável somente às situações em que houve extinção do Mandado de Procedimento Fiscal, o que não ocorreu no presente caso." (Acórdão n.º 107-07268, 7.ª Câmara, 1.º CC, Sessão de 13/08/2003).

"PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO — Somente enseja nulidade, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa falhas formais relacionadas com o Mandado de Procedimento Fiscal ou o meio utilizado para formalizar o crédito tributário se auto de infração ou notificação de lançamento mio dão causa para invalidar todo o procedimento fiscal." (Acórdão n.º 101-94524, 1.ª Câmara, 1.º CC, Sessão de 17/03/2004).

DA ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Repetindo as alegações trazidas na Impugnação, os Recorrentes Responsáveis Solidários reiteram no **item II.4 – Ilegitimidade Passiva da Sra. Érika Chaves dos Santos e Sra. Rose Maria Andrade Falqueto – Violação ao art.124, do CTN – Da ausência de motivação do ato**, em sua tese central, que falta clareza na fundamentação legal que norteou o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em face de que constou como dispositivo legal a amparar a atribuição de responsabilidade solidária, simplesmente o art.124 do CTN.

De se ver.

No **TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA** das Recorrentes (Volume 2, fls.359 a 362), consta:

No exercício das funções de Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil, ante o exposto em Auto de Infração que se faz anexo a este termo, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124 da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

A responsabilidade solidária decorre, então, nos termos do que consta no art. 124, do CTN. Este dispositivo diz que:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Relembrando os dispositivos do CTN que regem o tema, temos que o sujeito passivo da obrigação tributária ou tem relação direta e pessoal com o fato gerador (art. 121, I, do

CTN) ou, sem revestir a condição de contribuinte, tem seu vínculo com a obrigação decorrente de disposição expressa de lei, ao qual denominou-se de **responsável** (art. 121, **II**, do CTN).

Partindo para o disposto no **art.124** (supra) temos que o seu **inciso I**, ao mencionar a existência de um certo **interesse comum**, podemos crer que está endereçado à pessoas (física ou jurídica) estranhas ao quadro societário da empresa, até porque todo sócio ou quotista, de certo, tem interesse no sucesso comercial de seu negócio.

As Recorrentes Erika Lira dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto **não** são sócias da empresa, ambas possuem uma **procuração** com amplos poderes, conforme mencionado no Auto de Infração:

Constatamos a existência de procuração com amplos poderes para administrar a empresa, concedida a Erika Lira dos Santos e Rose Maria Andrade Falovoto, por parte dos sócios Vicente Sampaio de Oliveira e Waldomiro Ferreira de Sousa. Cabe salientar que a empresa foi constituída em 14 de agosto de 2002 e a procuração em epigrafe é de 26 de agosto de 2002, demonstrando que logo após a constituição da empresa com o nomes dos sócios Vicente Sampaio de Oliveira e Waldomiro Ferreira de Sousa a mesma passou a ser utilizada pelas procuradoras anteriormente citadas.

As procurações outorgadas pelos sócios conferem **amplos poderes** a estas pessoas para gerir/administrar a sociedade. Vejamos o que consta no Instrumento Particular de Procuração (fls.121, Volume I):

***Poderes:** para o fim especial de perante o BANCO RURAL 5/A sempre assinando em conjunto abrir, movimentar e encerrar conta corrente, receber qualquer quantia dando recibo e quitação; emitir e endossar cheques; emitir, endossar e avalizar Promissórias e Contratos; emitir, endossar, aceitar e avalizar Duplicatas; autorizar débitos ou transferência de fundos; contrair Empréstimos Bancários, firmar termos de Constituição de Garantia, de Alienação Fiduciária de Bens e/ou de Direitos, todos vinculados as respectivas operações de crédito, podendo para tanto assinar/emitir Instrumentos Públicos e/ou Particulares, Contratos, Cédulas de Credito Bancário, Anexos, Aditivos e outros instrumentos que se fizerem necessários; concordar com termos, cláusulas, condições, prazos, valores, taxas e encargos; dar bens móveis e imóveis em garantia; endossar conhecimentos; requisitar talonários de cheques; assinar borderôs; solicitar saldos ou extratos de contas; autorizar entrega de Títulos Livre Pagamento, sendo vedado o Substabelecimento, enfim praticar todos os demais atos necessários ao fiel e cabal cumprimento do presente mandato, o que tudo dá por bom, valioso e firme.*

Conforme relatoriado, a empresa autuada apresentou sua declaração de IRPJ com os valores **zerados**, enquanto que possuía movimentação financeira durante o ano de 2005, situação que mostra um desequilíbrio na sua relação com o Fisco.

Podemos, sem margem de erro, concluir que o destino da fiscalizada já não passava pelas mãos dos seus sócios de direito, uma vez que em qualquer operação comercial/financeira que praticasse, estaria sempre presente o comando das Recorrentes Responsáveis Solidárias. Poder-se-ia até considera-las como administradoras de fato da fiscalizada, ou até mesmo considerá-las como sócias de **fato**, pois evidenciado o **interesse**

comum das Recorrentes traduzido em quaisquer situação que venha a afetar o patrimônio da fiscalizada, notadamente aquelas situações que constituem eventuais fatos geradores de obrigação principal e acessória.

Entretanto, a tal conclusão **não** se inclinou a autoridade fiscal autuante, ou, se assim pensava não externou sua posição.

Tem de se ter em mente que não basta, apenas, indicar o **art.124 do CTN, como assim encontra-se mencionado no Auto de Infração e no Termo de Sujeição Passiva Solidária**, uma vez que este dispositivo tratou de elencar situações **distintas** em dois incisos.

Vale dizer, o terceiro que não integra a relação jurídica tributária que deu origem ao fato gerador ou seja, que não é contribuinte, somente pode ser **responsável** nas hipóteses expressamente previstas em lei (**art 124, II** e art. 128 do CTN) ou nas situações contempladas nos artigos 134 e 135 do CTN.

Destaque-se que no caso do inciso I do art.124 do CTN, há que se ter alguma vinculação com o fato gerador.

E o **inciso II** do art.124 do CTN é genérico, a sua pura menção (isolada) no Auto de Infração nada significa se não tiver acompanhado de outro dispositivo que aponte explicitamente a situação hipotética pertinente, determinada em lei, que permita a atribuição da responsabilidade solidária.

O fato de as pessoas físicas possuírem **procuração** que lhe confira amplos poderes em nome da fiscalizada não encontra respaldo na legislação para fins de atribuir ou caracterizar a existência de responsabilidade solidária.

A decisão de piso aceitou a atribuição de responsabilidade solidária com base no inciso I do art.124 do CTN. Eis seus argumentos:

A atribuição da responsabilidade solidária às pessoas físicas de Érika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade é devida, uma vez que há nos autos comprovação suficiente para a formação da convicção de que, em realidade, e apesar de formalmente não participarem do quadro societário, essas pessoas são as sócias de fato da pessoa jurídica Frigorífico Imperatriz Ltda, CNPJ 05218.646/0001-63. Tendo agido dolosamente, mediante o artifício de interposição de pessoas no quadro societário, conforme se demonstrará na sequência, porém, gerindo a pessoa jurídica, essas pessoas manifestaram, de forma inequívoca, seus interesses comuns na situação que constituiu o fato gerador dos tributos exigidos, na medida em que ocultaram o faturamento da empresa.

[grifei]

Mas tal conclusão não foi assim considerada nos autos pela autoridade fiscal.

Afinal, foi citado também o **inciso II** do art.124 do CTN, mas trata-se, como já mencionei, de norma **genérica**, e deveria ser apontado a norma legal específica, então disciplinada em outro dispositivo do CTN.

Além disso, a decisão de piso sugere que também as Recorrentes podem ser enquadradas no inciso II do art.135 do CTN (**mandatários**), mas ocorre que tal dispositivo não foi elencado no enquadramento legal do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Dessa forma, não havendo amparo legal de forma clara e explícita que se atribua às pessoas físicas já mencionadas, a responsabilidade solidária pelos tributos devidos pela empresa autuada, forçoso concluir que carece da fundamentação legal necessária a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária às fls. 358/362 em nome de Erika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria de Andrade.

De forma que, por qualquer ângulo que se examine a questão, a inclusão destas pessoas na condição de Responsável Solidário foi equivocada, por fundamentação inadequada/insuficiente, devendo-se excluí-las do polo passivo da autuação.

No outro processo, a que já me referi anteriormente, de fiscalização junto a este mesmo contribuinte, só que com relação ao ano calendário de **2004**, aconteceu a mesma situação e a conclusão desta Turma Ordinária, com outra composição, também foi no mesmo sentido.

De se mostrar (Acórdão 1401-002.146, em sessão de 19 de outubro de 2017, da relatoria do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva):

Por último, resta analisar a preliminar de ilegitimidade passiva aduzida pelas responsáveis solidárias Rose Maria e Erika Chaves.

A autoridade fiscal lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária para Erika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade, na qualidade de responsáveis solidárias pelos créditos Tributários exigidos em nome de Frigorífico Imperatriz Ltda, conforme fls. 449/452.

A sujeição passiva solidária foi fundamentada no art. 124 do CTN, que dispõe:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem”.

Segundo o Fiscal, a atribuição da responsabilidade solidária às pessoas físicas de Erika Lira Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade é devida, uma vez que há nos autos comprovação suficiente para a formação da convicção de que, em realidade, e apesar de formalmente não participarem do quadro societário, essas pessoas são as sócias de fato da pessoa jurídica Frigorífico Imperatriz Ltda, CNPJ 05.218.646/000163. Tendo agido dolosamente, mediante o artifício de interposição de pessoas no quadro societário, porém, gerindo a pessoa jurídica, essas pessoas manifestaram, de forma inequívoca, seus interesses comuns na situação que constituiu o fato gerador dos tributos exigidos, na medida em que ocultaram o faturamento da empresa.

Em que pese tenha total convicção que as referidas procuradoras agiram dolosamente e participaram ativamente dos atos de sonegação fiscal identificados no presente lançamento, o fato é que entendo que a fundamentação legal adotada pelo agente fiscal para fundamentar a sujeição passiva é absolutamente inadequada.

Isto porque, no meu entender, seria caso de aplicação da responsabilidade pessoal prevista no inc. II do art. 135 do CTN.

Tal fato também foi identificado pela DRJ, que levantou a questão no seu julgamento, mas isso não tem o condão de suprir a ausência de fundamentação legal do lançamento neste aspecto.

Por mais que concorde com todas as razões de fato e conclusões a que chegaram a fiscalização e a DRJ sobre a atuação da Sra. Erika Chaves e da Sra. Rose Maria no caso concreto, o vício de fundamentação legal inquina de nulidade o lançamento quanto às responsáveis solidárias.

Assim, face o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, tão somente para excluir as responsáveis solidárias em razão do vício da fundamentação legal do termo de sujeição passiva.

Em assim sendo, restou no polo passivo apenas a contribuinte autuada, a **FRIGORÍFICO IMPERATRIZ LTDA.**, cujo recurso voluntário, como relatoriado, é o mesmo das Recorrentes Solidárias, cuja apreciação já feita neste voto das preliminares e mérito do lançamento com base no art.42 da Lei 9.430 de 1996, se estende à Recorrente Contribuinte.

Relativamente à multa de ofício de 150%, impugnada, a Recorrente entende que a autoridade fiscal não demonstrou motivação que justificasse a qualificação da multa de ofício, alegação da qual discordo.

Eis o relato fiscal:

*Foi apresentada a declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica do ano calendário de 2005 como empresa optante pelo SIMPLES, só que com valores zerados e não também não foram encontrados nos sistemas da Receita Federal do Brasil nenhum pagamento de tributos em nome do contribuinte, caracterizando dessa forma a sua **real intenção dolosa de eximir-se do pagamento dos tributos devidos a União.***

Contrariamente ao alegado, aí está a devida motivação, e entendo adequadamente a sua aplicação, uma vez que estamos aqui tratando de empresa que era tributada por regime simplificada de pagamentos, tendo apresentado sua declaração sem nenhum rendimento, quando se provou que havia presença de atividade operacional, conforme revelado em movimentação financeira bancária.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

Em razão da vinculação entre o lançamento principal e os decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Conclusão

É o voto, em rejeitar a preliminar de nulidade da quebra de sigilo bancário apresentada pelas Recorrentes Solidárias, rejeitar as preliminares de nulidade dos lançamentos e da decisão de piso e, quanto ao mérito, dar provimento ao recurso voluntário das Sras. Érika Chaves dos Santos e Rose Maria Andrade Falqueto no sentido de afastá-las do poso passivo e negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano