



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

Processo nº 10380.011299/2004-96
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-000.828 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de julho de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente E C SUPERMERCADO LTDA/FÁBIO LUIS MOURA LIMA E MANOEL PEREIRA LIMA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

PRELIMINAR DE NULIDADE. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. INTIMAÇÃO DOS CO-TITULARES DA CONTA BANCÁRIA ATRAVÉS DE SÓCIOS DE FATO. VALIDADE. NULIDADE AFASTADA.

A intimação dos sócios de fato da pessoa jurídica apontada como co-titular de conta corrente bancária atende a obrigação legal de intimação de todos os co-titulares da conta bancária, validando a presunção legal de omissão de receitas, no caso de não comprovação da origem dos recursos movimentados.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/1998.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a partir do ano-calendário de 1999, será de três por cento (3%) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

A base de cálculo da Cofins, a partir da edição da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, passou a ser o faturamento, considerado como a receita bruta das empresas, composto pelas receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, excluindo-se da tributação as hipóteses de dedução e isenção expressamente permitidas em norma legal.

COMPENSAÇÃO. COFINS VERSUS CSLL.

No período de 02/1999 a 12/1999, a Lei nº 9.718, de 1998, autorizou a compensação com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de até 1/3 do valor efetivamente pago a título da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

A compensação de crédito relativo a 1/3 (um terço) da Cofins efetivamente paga com débitos da CSLL pode ser utilizada para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999.

MULTA QUALIFICADA

Nos casos de evidente intuito defraude, aplica-se a multa qualificada.

MULTA DE OFÍCIO: NATUREZA NÃO CONFISCATÓRIA.

Não tem caráter confiscatório a multa de ofício aplicada sobre o valor do imposto ou contribuição apurado, quando o percentual da referida multa, como acessório do principal, for compatível com o gravame tributário, inclusive no tocante a graduação do ilícito fiscal praticado pelo contribuinte.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia — SELIC.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento fiscal. Vencidos os conselheiros Gilberto Baptista, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno. Designada para redigir o voto vencedor, quanto à preliminar, a conselheira Viviane Vidal Wagner. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, negar provimentos aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo - Presidente substituto

Processo nº 10380.011299/2004-96
Acórdão n.º **1202-000.828**

S1-C2T2
Fl. 926

(assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno- Relator

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Gilberto Baptista, Edijalmo Antonio da Cruz, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração lavrado em face do Recorrente relativo a exigência de IRPJ e reflexos, anos-calendário 1999, 2000 e 2001.

Os itens apurados pela fiscalização foram, em síntese:

Omissão de Receitas. Depósitos Bancários Não Contabilizados.

Foi apurada omissão de receita operacional, com base em depósitos mantidos em conta-corrente nº 20.287-8 do Banco do Estado do Ceará S/A – BEC, à margem da escrituração, consoante demonstrado no Termo de Verificação, com fundamento no artigo 24 da Lei nº 9.249/95; Artigo 42 da Lei nº 9.430/96; Artigos. 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 279, 282, 287, e 288, do Decreto nº 3.000/99; Artigo 58 da Lei nº 10.637/02.

Omissão de Receitas.

Foi apurada omissão de receita no mês de maio de 2002 através do extrato do Sistema GIM, da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, em razão do valor não estar escriturado nos livros fiscais e contábeis da empresa.

A empresa apresentou para o ano-calendário 2002, declaração pelo lucro presumido, em branco, não realizando nenhum pagamento a tal título, motivo pelo qual não se considerou efetiva a opção pela apuração do lucro pelo regime do lucro presumido, porém, como apresentou livros fiscais e contábeis com a escrituração do ano-calendário 2002, procedeu-se ao lançamento com base no lucro real.

O fundamento legal para tal lançamento foi o artigo 24 da Lei nº 9.249/95; Artigos 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280, e 288, do RIR/99.

Início da Ação Fiscal.

A Ação Fiscal foi motivada pelo Ministério Público Federal, que notificou o Sr. Fábio Luís de Moura Lima a esclarecer incompatibilidade dos recursos movimentados em suas contas bancárias durante os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, em relação a sua situação de isento manifestada nas declarações de rendimentos apresentadas a SRF, tendo alegado em sua resposta que os recursos pertenciam às empresas M. Pereira Lima e CIA e Manoel Pereira Lima & Filho (Atual E. C. Supermercado Ltda).

Apresentou demonstrativo com o montante das receitas auferidas por ambas empresas, das quais era sócio juntamente com seu pai, tendo ainda apresentado os Livros da escrituração fiscal e contábil das empresas (Livros Diário e Razão).

De tal sorte, a Procuradoria da República no Estado do Ceará repassou o exame da matéria para a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza/CE, mediante requisição exarada no Ofício de nº 1413/2003/SECRIM/PRCE, de 23 de junho de 2003.

O Sr. Fábio Luís Moura Lima foi intimado a apresentar os extratos das contas bancárias abertas em seu nome e que, consoante alegado ao Ministério Público Federal, pertenceriam de fato às empresas M. Pereira Lima & Cia, e Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.), bem como a apresentar provas documentais que atestassem as vinculações entre os depósitos realizados nas contas e as operações mercantis praticadas pelas empresas, quantificando o montante pertencente a cada uma, além de confirmação escrita por parte dos representantes legais das empresas em relação a tais contas pertencerem de fato as empresas.

Foram apresentados pelo Sr. Fábio Luís Moura Lima os extratos bancários referentes ao período de 1999 a 2011 das contas mantidas em seu nome junto ao Banco do Brasil, Banco do Estado do Ceará e Banco Itaú. Na ocasião foi apresentado demonstrativo com os totais depositados no Banco do Estado do Ceará, entre os meses de junho de 1999 e novembro de 2001, afirmando que tais recursos eram provenientes das Empresas M. Pereira Lima & Cia e Manoel Pereira Lima & Filho Ltda., contudo sem nenhuma prova documental da vinculação dessa movimentação bancária com as operações das empresas citadas, bem como sem a segregação dos valores pertencentes a cada uma delas.

Posteriormente o Sr. Fábio Luís Moura Lima foi intimado a apresentar as fichas cadastrais, procurações e cópias de alguns cheques relacionados, referentes as contas bancárias abertas em seu nome e que segundo sua afirmação pertenceriam as empresas M Pereira Lima & Cia e Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.

Por meio de correspondência, o Sr. Manoel Pereira Lima, na qualidade de procurador do Sr. Fábio Luís Moura Lima, autoriza a SRF a solicitar junto às instituições financeiras cópias dos referidos cheques, alegando elevado custo financeiro.

Posteriormente o Sr. Fábio Luís Moura Lima solicita novo prazo para elaborar demonstrativos que comprovem os valores creditados em suas contas bancárias que pertencia a terceiros.

Deferida a prorrogação de prazo, o Sr. Fábio Luís de Moura Lima encaminhou demonstrativo com o qual dizia ser o fluxo de caixa diário das duas empresas, comparando as receitas por elas auferidas com os depósitos feitos em suas contas bancárias nos anos de 1999 a 2001. Foram apresentados comprovantes de pagamentos (recibos e notas fiscais) pertencentes as empresas efetuados com cheques sacados da conta mantida junto ao Banco do Estado do Ceará.

Assim, considerou a fiscalização que os recursos movimentados na conta corrente mantida no Banco do Estado do Ceará em nome do Sr. Fábio Luís Moura Lima pertenciam de fato às empresas M. Pereira Lima & Cia, e Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.) das quais era sócio em conjunto com seu pai. Contudo, não restou demonstrado que os depósitos realizados em tal conta bancária corresponderiam às receitas escrituradas nos livros contábeis das empresas.

De tal sorte, procedeu-se ao rateio de tais depósitos na proporção de 50% para cada empresa, por entender a fiscalização aplicáveis os fundamentos do artigo 58 da Lei nº 10.637/02, por ser a conta bancária movimentada por ambas empresas.

Ainda, não tendo sido tais depósitos escriturados na contabilidade das empresas e por serem provenientes de receitas por elas auferidas, concluiu a fiscalização pelo enquadramento dos fatos à hipótese prevista no artigo 42, §2º, da Lei nº 9.430/96.

Responsabilidade Tributária.

A Fiscalização considerou imprestável o aditivo contratual apresentado em que os Srs. Manoel Pereira Lima e Fábio Luís Moura Lima transferiram suas cotas para o Sr. Evandro Freitas da Cruz e Sra. Maria Cilene da Silva, posto que eivado de conteúdo ideologicamente inverídico, uma vez que os sócios cedentes continuaram, de fato, como sócios da empresa fiscalizada, sendo considerados como responsáveis na forma do artigo 135, c.c. 121 do Código Tributário Nacional.

Considerando evidente o intuito sonegatório perpetrado pelos representantes da fiscalizada, impôs-se a qualificação da multa incidente sobre os tributos devidos, nos termos do artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96.

De tal sorte, foram lavrados Autos de Infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Os representantes legais e/ou responsáveis tomaram ciência do lançamento em 9 de dezembro de 2004, e a empresa contribuinte, por meio dos procuradores dos responsáveis legais da empresa. Em 6 de janeiro de 2005 foram apresentadas impugnações, alegando em síntese que:

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas não respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas, quando mais seus ex-sócios, não se admitindo que o não pagamento de tributos configure infração capaz de ensejar a responsabilidade dos sócios, muito menos de ex-sócio que não praticou qualquer ato de gerência.

Que a empresa E. C. Supermercado movimentou pequena quantia em dinheiro da conta bancária mencionada no Termo de Verificação, não correspondendo a quantia ao importe de 50%, tendo sido todos os valores movimentados efetivamente escriturados, não se aplicando o artigo 58 da Lei nº 10.637/02;

Nulidade por falta de mandado de procedimento fiscal complementar – incompetência do agente fiscal. Alega que o último mandado de procedimento fiscal complementar constante dos autos é datado de 8 de abril de 2004, possuindo validade até 7 de junho de 2004, assim, todos os atos praticados pelo agente fiscal após tal data são nulos de pleno direito, inclusive o auto de infração, que fora lavrado dia 1º de dezembro de 2004. Sustenta que empresa não tomou qualquer ciência das prorrogações constantes do demonstrativo do MPF;

Nulidade por cerceamento da ampla defesa e falta de contraditório, uma vez que considera as provas utilizadas pela fiscalização como sendo “provas emprestadas”, o que inviabiliza a defesa do autuado uma vez que este não tinha conhecimento da Ação Fiscal e que a omissão de receitas prevista no artigo 42 da Lei 9.430/96 pressupõe a regular intimação do contribuinte para comprovar a origem dos depósitos;

Sustenta a inexistência de fraude, tendo sido os Autos de Infração lavrados com base em presunção, uma vez que o agente fiscal, sem embasamento legal, presumiu que metade dos valores movimentados em conta corrente seriam da E. C. Supermercado, bem como não houve demonstração do elemento subjetivo da conduta dolosa do contribuinte, uma vez que a presunção legal não autoriza a presunção da fraude, mas tão somente da omissão de receitas;

Decadência referente aos fatos geradores anteriores a 1º de dezembro de 1999, uma vez que o auto de infração foi lavrado em 1º de dezembro de 2004, nos termos do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional;

Aponta que o rateio em 50% dos valores mantidos em conta de depósito somente se aplica na hipótese de conta corrente mantida em conjunto, o que não se verifica no presente caso, uma vez que haveriam de ser considerados três os co-titulares da referida conta-corrente, não se revelando ainda, toda movimentação bancária como receita, não representando o simples depósito como pressuposto suficiente para a ocorrência do fato gerador do imposto de renda;

De tal sorte os valores dos depósitos efetuados na conta corrente de terceiro não podem servir de base de cálculo dos tributos indevidamente cobrados da E. C. Supermercado;

Entende ser a alíquota de 3% da COFINS indevida por ser a Lei Ordinária nº 9.718/98 inconstitucional, uma vez que revogou dispositivo de Lei Complementar, aplicando-se, assim, a alíquota de 2% prevista na Lei Complementar nº 70/91;

Sustenta o benefício da compensação prevista na lei nº 9.718/98, por não ter considerado a Autoridade Fiscal que em 1999 e 2000, 1/3 da COFINS poderia ser compensada com a CSLL, o que levou ao lançamento indevido de valores para o período, posto que o contribuinte não perde o direito a eventuais benefícios em razão do lançamento de ofício;

Combate a aplicação da Taxa SELIC e por fim a inaplicabilidade da multa qualifica em 150% ante a presunção, por parte do auditor fiscal, de que metade dos valores movimentados em conta corrente pertenceriam a E. C. Supermercado, não havendo intuito de fraude, não sendo aplicável a multa qualificada em 150%; Alternativamente, alega que o importe de tal multa tem evidente intuito confiscatório e ofende a razoabilidade, devendo ser afastada.

Ante aos argumentos expostos em sede de impugnação, a 3ª Turma da DRJ/FOR, proferiu decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receitas a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, de direito ou de fato, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e

idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; a presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutar a presunção mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL.
CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/1998.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a partir do ano-calendário de 1999, será de três por cento (3%) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

A base de cálculo da Cofins, a partir da edição da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, passou a ser o faturamento, considerado como a receita bruta das empresas, composto pelas receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, excluindo-se da tributação as hipóteses de dedução e isenção expressamente permitidas em norma legal.

COMPENSAÇÃO. COFINS VERSUS CSLL.

No período de 02/1999 a 12/1999, a Lei nº 9.718, de 1998, autorizou a compensação com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de até 1/3 do valor efetivamente pago a título da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

A compensação de crédito relativo a 1/3 (um terço) da Cofins efetivamente paga com débitos da CSLL pode ser utilizada para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: NULIDADE. MATÉRIA PRELIMINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS. ENQUADRAMENTO LEGAL. CONSONÂNCIA.

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

Não há que se falar em nulidade do lançamento se a descrição dos fatos foi fartamente demonstrada no auto de infração, e tais fatos em perfeita consonância com enquadramento legal, não havendo infringência ao art. 10, III e IV, do Decreto nº 70.235/1972.

NULIDADE DO LANÇAMENTO X CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Os atos infernos lavrados pela Administração Tributária para deflagrar o procedimento fiscal de lançamento não enseja a nulidade do ato de constituição do crédito tributário, não se caracterizando nenhuma irregularidade e/ou ilegalidade da Administração nesse sentido, compatíveis, assim, com a fase oficiosa do lançamento. O contraditório somente instaura-se com a ciência do feito fiscal pelo contribuinte, quando a partir de então este pode exercer plenamente o seu direito de defesa.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO. MPF.

É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário. E, por estar comprovado que o procedimento fiscal foi efetuado de forma regular.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) foi concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores-Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada e em benefício desta, há de subsistir em quaisquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não observância - na instauração ou na amplitude do MPF - poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

PRELIMINARES. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DA PRORROGAÇÃO.

O mandado de Procedimento Fiscal, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento de controle administrativo. A ausência de ciência de sua prorrogação não torna nulo o lançamento, ainda mais quando tal informação foi devidamente disponibilizada na Internet.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: DECADÊNCIA.

No lançamento de ofício, relativo ao imposto de renda pessoa jurídica e seus reflexos, é aplicável a regra contida no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

CONTRIBUIÇÕES. PRAZO DECADENCIAL.

O prazo previsto para a constituição de créditos relativos às contribuições administradas pela SRF é de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

MULTA QUALIFICADA

Nos casos de evidente intuito defraude, aplica-se a multa qualificada.

MULTA DE OFICIO: NATUREZA NÃO CONFISCATÓRIA.

Não tem caráter confiscatório a multa de ofício aplicada sobre o valor do imposto ou contribuição apurado, quando o percentual da referida multa, como acessório do principal, for compatível com o gravame tributário, inclusive no tocante a graduação do ilícito fiscal praticado pelo contribuinte.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

E cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia — SELIC.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ALCANCE.

A função das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, como órgãos de jurisdição administrativa, consiste em examinar a consentaneidade dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, não lhes sendo facultado pronunciar-se a respeito da conformidade da lei, validamente editada, com os demais preceitos emanados pela Constituição Federal.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A DRJ tem competência para afastar a aplicação de dispositivo legal apenas quando este tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A apreciação da constitucionalidade ou não e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar a legislação vigente.

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA.

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

Lançamento Procedente em Parte

Tal decisão teve por fundamento os seguintes argumentos:

A responsabilidade tributária dos impugnantes Fábio Luís Moura Lima e Manoel Pereira Lima estão devidamente comprovadas no Termo de Verificação Fiscal, ainda que ostensivamente não sejam sócios da empresa autuada, não fazendo formalmente parte do contrato social, indiretamente, através de interpostas pessoas, estavam por trás das operações comerciais realizadas pela empresa, devendo, portanto, figurar no polo passivo da autuação, não procedendo o arazoado dos impugnantes, pois evidente seu interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da empresa autuada.

Em relação à decadência, alegou o impugnante que em se tratando de lançamento por homologação, o termo inicial da contagem do prazo decadencial seria o da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, §4º do CTN, porém, no caso, em relação aos valores omitidos, aplica-se o disposto no artigo 173, inciso I do CTN, não havendo que se falar em decadência do direito de lançamento.

De outro lado, entendeu que em relação à CSLL, PIS e COFINS, o prazo decadencial seria de 10 anos, nos termos da Lei nº 8.212/91, rejeitando portanto a decadência.

No tocante a nulidade do lançamento, as possibilidades de que efetivamente ocorra são as previstas nos artigos 59 e 60 do Decreto 70.235/72.

Em relação ao cerceamento do direito de defesa, o impugnante teve todas as oportunidades de juntar os documentos que entendesse pertinentes para o desenvolver de sua defesa, sendo vazios de sentido os questionamentos acerca da validade do procedimento prévio o auto de infração.

O lançamento tributário, no caso, consubstancia ato administrativo perfeito, válido e eficaz, posto que constituído e formalizado na estrita observância dos ditames legais.

No tocante a incompetência da autoridade fiscal, o Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização, sendo a competência para o lançamento tributário originária da lei, não havendo qualquer irregularidade que afete a competência atribuída pela Lei nº 10.593/02.

Quanto as prorrogações do MPF, todas foram devidamente registradas no sítio da Receita Federal do Brasil na internet, estendendo o procedimento fiscal até 02 de fevereiro de 2005, assim, o MPF e suas prorrogações são perfeitamente válidos, sendo improcedentes os argumentos dos impugnantes.

Em matéria de mérito, no concernente aos depósitos bancários, pontua que o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 estabelece uma 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, descabendo a alegação de falta de previsão legal. Trata-se de presunção relativa, passível e prova em contrário.

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

No caso em análise, tratando-se de presunção *juris tantum*, ou seja, está prevista em lei, mas admite prova em contrário, fica invertido o ônus da prova, cabendo à fiscalizada comprovar a sua improcedência, mediante prova da contabilização e da

comprovação de valores creditados/depositados em contas correntes bancárias foram oferecidos à tributação.

Ainda sobre os depósitos bancários, não prosperam as arguições em contrário, levantadas pela defesa, quanto à partição igualitária das receitas apuradas no procedimento fiscal, para as empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.) e M. Pereira Lima & Cia.

Com efeito, por falta de esclarecimentos por parte do sujeito passivo, quanto ao percentual dos depósitos creditados na conta corrente mantida por Fábio Luís Moura Lima no BEC, pertencente a cada uma das empresas, optou a fiscalização, aplicando subsidiariamente o que dispõe o art. 58 da Lei nº 10.637/2002, por ratear na proporção de 50% para cada empresa.

Na fase impugnatória, o contribuinte, da mesma maneira que na etapa inquisitória, não trouxe à colação nenhum elemento probante, que inquinasse, total ou parcial, as conclusões exaradas no levantamento fiscal, razão pela qual reputa-se como correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Em relação a multa qualificada, as provas trazidas aos autos confirmam que a conta corrente foi aberta exclusivamente para ocultar operações das empresas, sendo suficiente para a qualificação da multa.

O caráter confiscatório alegado pelo impugnante não pode ser apreciado pela autoridade administrativa, posto que esta não tem competência para se manifestar sobre inconstitucionalidade de lei. No mesmo sentido a aplicação a taxa SELIC.

No que diz respeito aos lançamentos reflexos, aplica-se o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, com exceção das contribuições expressamente questionadas.

Os aspectos inconstitucionais da COFINS arguidos também não podem ser apreciados pela autoridade administrativa.

Em relação a compensação de 1/3 da COFINS verificou-se que é pertinente em parte o pleito da autuada no que concerne a dedução referentes a 1/3 (um terço) da COFINS efetivamente paga, no ano-calendário de 1999.

Assim, julgou-se procedente em parte o lançamento para manter os valores originais relativos ao IRPJ, PIS e COFINS; Reduzir a CSLL concernente ao ano-calendário de 1999, para os valores objeto do demonstrativo produzido pela autoridade julgadora; Sobre o tributo e contribuições mantidos aplique-se a multa de lançamento de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros de mora calculados de acordo com a legislação aplicável.

O Interessado E. C. Supermercado Ltda, foi cientificado da decisão em 1º de agosto de 2005 (fls. 736), e na data de 30.08.2005, interpôs suas razões de Recurso Voluntário contra a decisão proferida pela 3ª TURMA DA DRJ/FORTALEZA — CE, que julgou procedente em parte a exigência fiscal, reiterando integralmente os argumentos apresentados em sede de impugnação pelos responsáveis solidários MANOEL PEREIRA LIMA e FABIO LUIS MOURA LIMA, acrescentando-se como fato novo o fundamento de que no ato da

lavratura do AIIM, deveria o i. Auditor Fiscal ter excluído os valores declarados e autuado tão somente os valores que excedessem os valores já presentes em sua declaração, sendo que no presente caso, uma vez que os valores depositados são inferiores à renda declarada, é cristalina a necessidade de a presente autuação ser julgada improcedente.

Em 3 de novembro de 2009, a 2ª Câmara/2ª Turma ordinária da Primeira Sessão de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais resolveu, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência mediante resolução, baixando os presentes autos ao órgão de origem para que sejam sanadas as mencionadas irregularidades de representações processuais, intimando:

(i) a contribuinte E.C. SUPERMERCADO LTDA para que proceda a juntada aos autos do instrumento de procuração, devidamente outorgado ao procurador que assina o presente Recurso Voluntário, anexando fotocópia autenticada e da época dos fatos infracionais do Contrato Social;

(ii) aos responsáveis solidários, quais sejam MANOEL PEREIRA LIMA e FABIO LUIS MOURA LIMA para que regularizem também sua representação processual, juntando fotocópia dos documentos pessoais;

(iii) e, ainda, encaminhe cópia do AR e cópia da intimação do acórdão remetido a Manoel Pereira Lima e Fábio Luiz Moura Lima, intimando-os para que no prazo de 30 dias, contados a partir do recebimento, procedam alternativamente, a apresentação de suas razões recursais, ou o recolhimento dos débitos tributários lançados.

O contribuinte E. C. Supermercado Ltda. foi intimado em 15 de abril de 2010 (fls. 792). O Sr. Manoel Pereira Lima em 14 de abril de 2010 (fls. 793), mesma data em que foi intimado o Sr. Fábio Luís de Moura Lima (fls. 916).

Atendida a diligência, fora juntada toda documentação necessária, bem como Recursos Voluntários dos interessados (fls. 840 e seguintes e fls. 877 e seguintes).

Os responsáveis solidários sustentam em seus recursos, em síntese, as mesmas matérias trazidas em recurso da E. C. Supermercado, tais como a ausência de autorização da auditoria fiscal para lavrar auto de infração, imputando a responsabilidade para ex-sócio; violação do princípio da legalidade pois a responsabilidade do sócio é subjetiva; Falta de MPF complementar que resultaria em impedimento do agente fiscal; Cerceamento ao direito de ampla defesa e contraditório; A presunção no lançamento e a ausência de fraude; Decadência; Nulidade na autuação decorrente de presunção bem como o arbitramento de percentual de rateio; A inobservância de valores declarados e que não foram considerados pela fiscalização; e por fim combate a aplicação da multa no termos já relatados anteriormente.

É o Relatório.

Processo nº 10380.011299/2004-96
Acórdão n.º **1202-000.828**

S1-C2T2
Fl. 937

Voto Vencido

CÓPIA

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno

O recursos preenchem todos requisitos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Inicialmente, convém destacar que a tributação com base em depósitos bancários, a partir de 1º de janeiro de 1997, é regida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos de tais operações, como se vê:

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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

De tal maneira, desde a vigência do artigo 42 acima transcrito, os depósitos bancários deixaram de ser "modalidade de arbitramento", o que exigia da fiscalização a

demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada, consoante interpretação pacífica do Poder Judiciário, inclusive sumulada pelo TRF na súmula 182, bem como pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-lei nº 2.471/88, o qual determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários, passando a constituir a própria omissão de rendimentos, em decorrência de presunção legal, que inverteria o ônus da prova em favor da Fazenda Pública.

Objetivando consolidar o entendimento, o CARF editou a Súmula de nº 26, com o seguinte enunciado:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancário sem origem comprovada.

Por se tratar a presunção de prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, indiciários, que apontam o fato principal, os procedimentos estabelecidos em lei para que a presunção possa ser validamente aplicada deve ser rigorosamente observada pela fiscalização, por ser matéria de ordem pública que objetivam o controle de legalidade do lançamento.

O §6 do artigo 42 da Lei 9.430/96, introduzido pela Lei nº 10.637/2002, e fundamento do rateio procedido pela autoridade lançadora, determina que na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo a comprovação de origem dos recursos nos termos do artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular por meio de divisão que deve ser precedida de intimação de todos os titulares da conta bancária, pois a relação tributária obrigacional não pode ser dirigida contra quem não foi previamente intimado a comprovar a origem dos depósitos.

A disposição legal é específica para a presunção prevista em tal dispositivo. No caso, verifica-se que não houve a intimação prévia de todos os titulares, isto porquanto, uma que a fiscalização considerou que seriam titulares da conta corrente as empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.) e M. Pereira Lima & Cia, afastando a titularidade do Sr. Fábio Luís Moura Lima, deixou de intimar as empresas para que indicassem a origem dos depósitos.

Se não houve a intimação prévia de todos os titulares, consoante a determinação do *caput* do artigo 42, não poderá haver a divisão determinada pelo §6º, sendo, assim, inválida a exigência relacionada à conta em que hajam co-titulares, sem a comprovação de intimação destes.

A atividade de lançamento é obrigatório e vinculada, nos exatos termos do artigo 124, parágrafo único do CTN, sendo a falta de intimação de todos os titulares da conta bancária para que comprovem a origem dos depósitos efetuados causa, em si, da não caracterização da omissão de rendimentos, posto que a autoridade fiscal não cumpriu o rito determinado no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Tal entendimento já se encontra pacificado neste Conselho, tendo sido objeto da Súmula nº 29, cuja aplicação é obrigatória por este colegiado, assim enunciada:

Súmula CARF nº 29: Todos os cotitulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede a lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

Resta claro que somente poderão ser divididos os créditos para os quais a presunção tenha validade em sua aplicação, assim, considerando-se que não houve prévia intimação dos co-titulares das contas bancárias consideradas no Auto de Infração, quais sejam as empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda.) e M. Pereira Lima & Cia, para comprovar a origem dos depósitos bancários, a presunção prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 não pode ser validamente aplicada ao lançamento em exame.

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade.

Superada a preliminar de vício formal do lançamento, passo a apreciação das demais matérias.

No tocante a decadência, sustentam as Recorrentes que por tratar-se de lançamento por homologação, o termo inicial da contagem do prazo decadencial seria o da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, e de tal feita, haveria ocorrido a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativamente ao período de janeiro a novembro de 1999, tendo em vista que dos autos de infração fora dada ciência ao sujeito passivo em 9 de dezembro de 2004.

Contudo, é condição necessária para o lançamento por homologação a antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal, fato que não se deu, posto que o sujeito passivo não efetuou qualquer pagamento da parcela lançada por meio do auto de infração, não havendo assim o lançamento por homologação.

Nesse sentido é claro o comando do artigo 149 do CTN, posto que no caso em análise o sujeito passivo omitiu receitas provenientes de depósitos bancários não contabilizados, apurando e recolhendo imposto menor que o devido, descumprindo o artigo 150 do CTN.

Em relação aos valores omitidos, plenamente cabível o lançamento de ofício das diferenças, aplicando-se o artigo 173, inciso I do CTN para o compute do prazo decadencial.

Assim, para os fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 1999, a fiscalização poderia efetuar o lançamento nesse mesmo ano, o primeiro dia do exercício seguinte se daria em 1º de janeiro de 2000. Destarte, o término do prazo decadencial se daria em 31 de dezembro de 2004, e tendo sido o sujeito passivo cientificado em 9 de dezembro deste ano não há ocorrência da decadência, rejeitando-se tal preliminar.

Também deve ser afastada a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, posto que resta claro dos autos que a Recorrente teve todas as oportunidades de juntar documentos que entendesse relevantes para o desenvolvimento de sua defesa, e nada fez.

Ainda que afirme o contrário, resta evidente que a Recorrente teve pleno conhecimento do ilícito tributário imputado, podendo exercer seu pleno direito de defesa.

No presente caso, a Recorrente tece pleno acesso a todas as informações constantes dos autos de infração e não houve restrição ao seu direito de contestar à exação fiscal, tampouco qualquer obstáculo à produção de provas.

Ademais, de se frisar que durante o procedimento de fiscalização, não há ainda qualquer litígio, não havendo assim que se falar em contraditório, posto que o processo administrativo somente se instaura pela impugnação.

Desta feita, tem-se que o procedimento respeitou integralmente os pressupostos legais relativos à constituição e à formalização do lançamento e a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

No tocante a matéria recorrida relativa ao mandado de procedimento fiscal, qual seja, a competência do servidor público em face a supostas impropriedades na emissão dos Mandados de Procedimento Fiscais, deve também serem afastadas as alegações da Recorrente.

O mandado de procedimento fiscal não pode ser tido como instrumento concessor de competência ao auditor-fiscal para realizar a fiscalização, posto que tal competência é atribuída pela lei.

O mandado de procedimento fiscal é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização, já tendo se manifestado este CARF em diversas oportunidades.

A competência para o lançamento tributário é atribuída ao auditor fiscal, como é o caso do artigo 6º da Lei nº 10.593/02.

No tocante ao prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal, aponta a Recorrente que este seria válido até 7 de junho de 2004 e desta feita todos os termos, intimações e prorrogações firmados após este dia são inválidos, posto que fora do curso do procedimento fiscal, inclusive os autos de infração lavrados, cuja ciência se deu em 9 de dezembro de 2004.

Contudo, cabe registrar que o MPF fora emitido em 10 de dezembro de 2003, sendo cientificado o contribuinte em 27 de dezembro de 2003, seguindo-lhe prorrogações constantes no sítio da RFB na internet, estendendo o MPF até 2 de fevereiro de 2005, não havendo, portanto, que se falar no vício apontado.

No tocante aos depósitos bancários, a questão já fora discutida, tendo este Relator restado vencido, razão pela qual passo a análise a multa qualificada.

De todas as provas colacionadas aos autos, somadas as evidências que destas são decorrentes, tem-se que a conta corrente nº 020287-7, agência 0019, do Banco do Estado do Ceará, foi aberta com a finalidade exclusiva de ocultar operações das empresas E.C Supermercados e M. Pereira Lima & Cia.

O argumentos da Recorrente de que a multa aplicada caracterizam o repudiado confisco não devem ser acolhidos, posto que a multa aplicada, de 150%, é devida pelo contribuinte que não cumpre a obrigação tributária nos termos da lei vigente.

Não obstante a argumentação da Recorrente, este colegiado não pode se pronunciar acerca de inconstitucionalidade de Lei, e uma vez presentes os aspectos previstos na norma geral e abstrata, é o caso de aplicação da norma.

Assim, legitima a aplicação da norma combatida, posto que o ato administrativo de imposição de multa obedeceu o enunciado expresso na lei, e cujo procedimento é obrigatório e vinculado estritamente a regência normativa.

Por fim, quanto a inaplicabilidade da Taxa Selic como juros moratórios não merece guarida a pretensão da Recorrente. Desde muito este Conselho já assentou a incidência da referida taxa quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, restando a matéria consolidada na Súmula CARF nº 4:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, vencido na questão preliminar, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno

Voto Vencedor

Conselheira Viviane Vidal Wagner – Redatora Designada

O presente voto vencedor limita-se à questão preliminar abordada pelo ilustre relator, vencido na sessão de julgamento, quando afastou a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, por considerar que não houve prévia intimação dos co-titulares das contas bancárias objeto da presente autuação para comprovar a origem dos depósitos bancários.

A maioria da turma, analisando os fatos que ensejaram a autuação, a partir dos elementos carreados ao processo, posicionou-se em sentido contrário, pelas razões que passo a expor.

No caso em análise, as empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia foram autuadas por omissão de receitas, a partir da presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96, uma vez que a fiscalização considerou que os recursos movimentados na conta corrente mantida no Banco do Estado do Ceará em nome do Sr. Fábio Luís Moura Lima pertenciam de fato àquelas empresas, das quais era sócio, juntamente com seu pai, Sr. Manoel Pereira Lima.

Cabe destacar os principais fatos que esclarecem a situação que ensejou a autuação, considerando a posição de cada um dos envolvidos.

(i) O Sr. Fábio Luís de Moura Lima era o único titular jurídico das contas bancárias objeto de fiscalização e, quando intimado pelo Ministério Público Federal a esclarecer a incompatibilidade dos recursos movimentados em suas contas bancárias durante os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, com a sua situação de isento declarada à SRF, alegou que os recursos financeiros pertenciam, de fato, às empresas Manoel Pereira Lima & Filho (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia, alegando que parte de suas receitas, “nos anos de 1999, 2000 e 2001, era depositada nas contas correntes do notificado, que, na qualidade de sócio gerente, era a pessoa encarregada de ordenar despesas, realizar pagamentos a fornecedores e empregados etc.[...]”, e apresentou os livros contábeis das referidas empresas (fls.30-37). (destaquei)

(ii) Sob procedimento de fiscalização, iniciado a partir do Ofício n.º 1413/2003/SECRIM/PRCE, que encaminhou à RFB, para análise, os livros contábeis apresentados pelo Sr. Fábio Luís de Moura Lima ao MPF, foi o mesmo intimado, em 23/12/2003 (fls.113/114) e em 24/01/2004 (fls.117/118), a apresentar:

provas documentais que atestem as vinculações entre os depósitos realizados e as operações mercantis praticadas pelas citadas empresas, inclusive quantificando o montante pertencente a cada uma delas, além de confirmação escrita por parte dos representantes legais dessas firmas quanto a serem estas de fato, as verdadeiras detentoras dos recursos movimentados nas citadas contas.

(iii) Em resposta, apresentou demonstrativo e declarações dos demais sócios das empresas Manoel Pereira Lima & Filho (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia de que o dinheiro depositado na Conta Corrente nº 20287-8 do Sr. Fábio seriam recursos pertencentes àquelas (fls.120-122).

(iv) Ambos os sócios assinaram declaração de que parte dos livros solicitados pela fiscalização foram entregues ao Ministério Público e que a Receita Federal poderia ter acesso aos mesmos (fls.123/124).

(v) A transferência das cotas das empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia, pertencentes aos Srs. Fábio Luís de Moura Lima e Manoel Pereira Lima, para o Sr. Evandro Freitas da Cruz e Sra. Maria Cilene da Silva, demonstrada através de aditivo contratual, verificou-se inverídica, a partir de diligência efetuada pela fiscalização, que atestou que os sócios cedentes continuaram como sócios de fato.

(vi) Intimado, o Sr. Fábio Luís de Moura Lima apresentou comprovantes de pagamentos (recibos e notas fiscais) pertencentes às empresas efetuados com cheques sacados da conta mantida junto ao Banco do Estado do Ceará.

Como não restou demonstrado que os depósitos realizados na conta bancária de titularidade do Sr. Fábio Luís de Moura Lima corresponderiam às receitas escrituradas nos livros contábeis das empresas por ele indicadas, a fiscalização procedeu ao rateio de tais depósitos na proporção de 50% para cada empresa, a teor do disposto no art. 58 da Lei nº 10.637/02.

Questionam os recorrentes esse critério de tributação. Apontam que o autuado não tinha conhecimento da ação fiscal e que a omissão de receitas prevista no art. 42

da Lei nº 9.430/96 pressupõe a regular intimação do contribuinte para comprovar a origem dos depósitos.

Leia-se o disposto no art. 58 da Lei nº 10.637/02, *in verbis*:

Art. 58. O art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 5º e 6º:

"Art. 42.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, **evidenciando interposição de pessoa**, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e **não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo**, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante **divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.**"
(destaquei)

Na aplicação das normas jurídicas, cabe ao operador do Direito considerar as razões do legislador. Com a exigência de intimação de todos os co-titulares da conta bancária objeto de fiscalização, quer a lei evitar a surpresa, o cerceamento do direito de defesa do envolvido, prevendo a possibilidade de contraditório e ampla defesa

Devido às circunstâncias do caso concreto, isso foi observado.

Não há dúvidas de que houve a utilização de interposta pessoa na movimentação da conta bancária. No caso, o titular da conta bancária tratava-se do próprio sócio gerente, responsável pela condução dos negócios da recorrente.

A partir dos elementos colhidos anteriormente, conforme termo lavrado em 04/08/2004 (fl.334), o sócio majoritário da recorrente, Sr. Manoel Pereira Lima, foi intimado nos seguintes termos:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal, dando continuidade a ação fiscal iniciada junto a empresa E C Supermercado Ltda — CNPJ 11.805.751/0001-00 ordenada pelo MPF nº 2003.00813-0, a qual não mais se encontra em funcionamento, e tendo em vista que, pelos motivos elencados abaixo, o Sr. Manoel Pereira Lima mesmo após a formalização do Aditivo Contratual nº 12 continuou à frente de sua administração, fica o mesmo, devidamente INTIMADO a nos apresentar, no prazo de 10(dez) dias a contar do recebimento do presente Termo, os livros contendo a escrituração contábil e fiscal da referida empresa referente ao ano-calendário de 2002.

- O aditivo contratual citado foi formalizado na data de 24/05/2002, quando a empresa já se encontrava praticamente

desativada, conforme se deduz pelos dados colhidos da SEFAZ/CE;

- Os supostos adquirentes da empresa Sr. Evandro Freitas da Cruz e Sra. Maria Cilene da Silva são pessoas humildes e sem nenhuma condição econômica para a assunção da empresa E C Supermercado, conforme apurado e confirmado em depoimento prestado pelo próprio Sr. Evandro Freitas da Cruz, cópia anexa;

- As contas bancárias da empresa mantidas junto ao Banco Triângulo S/A e Banco do Brasil S/A, continuaram, após a data do aditivo contratual em referência, sendo movimentadas pelo Sr. Manoel Pereira Lima, conforme informações colhidas das instituições financeiras citadas;

- Os livros contábeis da empresa, contendo a escrituração de 1999 a 2001, bem como os livros fiscais de Registro de Apuração do ICMS dos anos de 1999 e 2000 se encontravam em poder do ora intimado, que os apresentou ao Min. Público Federal na data de 20/06/2003.

Em resposta, informou (fl.336):

Venho pela presente em atendimento ao Termo de Intimação datado de 04/08/2004, solicitando os livros contábeis e fiscais relativo ao ano-calendário de 2002 da empresa E C Supermercado Ltda, e, tendo em vista as providências que estou a tomar conjuntamente, com o Contador responsável pela escrituração da referida empresa, solicito o prazo de mais 10 (dez) dias, para conclusão de tais providências e consequentemente, a entrega da documentação solicitada.

Em seguida, apresentou os livros solicitados acompanhados dos seguintes esclarecimentos (fl.337):

Pela presente venho anexar a documentação, ou seja, os livros contábeis e fiscais relativo ao ano calendário de 2002 da empresa E C Supermercado Ltda, conforme solicitação de V. Sa.

Na oportunidade quero esclarecer que tal documentação no foi entregue no seu primeiro pedido, tendo vista que a mesma encontrava-se com o Contador desde o encerramento de suas atividades, e o mesmo não era encontrado.

Em anexo, também uma carta de solicitação do ex sócio Fábio Luiz Moura Lima, solicitando prazo para entrega dos demonstrativos que comprovem sua movimentação bancária

O Sr. Fábio Luís Moura Lima, por sua vez, em 06/09/2004, apresentou (fl.340):

Conforme minha solicitação do prazo de 30 dias para que comprove que os valores creditados em minha conta corrente pertencem a terceiros, caracterizando a interposição de pessoas, de acordo com o parágrafo 5.º da Lei 9.430/96, com a inclusão pela Lei 10.637 de 30.12.2002, diante a impossibilidade da

realização do trabalho, uma vez que toda documentação, encontram-se em seu poder, venho na oportunidade solicitar de V. Sa., tais documentos, para os procedimentos necessários, ou seja, o levantamento das receitas e dos pagamentos inerentes ao meu pedido.

Outrossim, solicito um maior prazo, pois 15 (quinze) dias concedidos impossibilita a realização do trabalho.

Em seguida, o mesmo foi intimado a apresentar os livros fiscais das pessoas jurídicas por quem atuava, como demonstra a intimação de 10/09/2004 (fl.341), abaixo transcrita:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal, na forma dos arts. 844, 904, 911 e 927 do Regulamento do Imposto de Renda-Decreto 3.000, de 26/03/99, no curso de ação fiscal determinado pelo Mandado de Procedimento Fiscal no. 2003.00811, a vista do pedido de prorrogação de prazo formulado na data de 06/09/2004, para comprovação da vinculação dos valores movimentados em conta bancária do ora intimado com as empresas M. Pereira Lima & Cia. e Manoel Pereira Lima e Filho Ltda., fica, através do presente Termo concedida a prorrogação requerida.

Caso seja comprovada a vinculação da movimentação bancária em referência com ambas as empresas citadas, fica o contribuinte acima identificado, desde já, INTIMADO a, no prazo de 20(vinte) dias, apresentar demonstrativo com a indicação mensal dos valores de depósitos pertencentes a cada uma das empresas, bem como a comprovar, na qualidade de sócio das mesmas, a origem desses recursos nas referidas empresas e sua correspondência nos respectivos registros contábeis.

Em 18/10/2004, o Sr. Fábio Luís Moura Lima apresentou a seguinte resposta:

Em atendimento a solicitação no sentido de dar prosseguimento a diligência fiscal que V. Sa., está realizando em minhas contas correntes, com a finalidade de identificar a origem dos recursos, venho, pela presente demonstração e ao mesmo termo anexar os documentos comprobatórios, que mostram com clareza que toda movimentação bancária foram realizadas em função do movimento operacional das empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda e M. Pereira Lima & Cia Ltda, a seguir descrito:

1. RELAÇÃO DE DEPOSITOS EM CONTAS CORRENTES: -

*Fluxo de Caixa diário dos exercícios solicitados, onde se pode constatar que a empresa que depositou, dispunham de recursos suficientes, oriundos de suas receitas operacionais (ANEXO); Banco **ITAU BEC E BANCO DO BRASIL S/A**, conforme sua solicitação.*

2. COMPROVANTE DE PAGAMENTO POR CHEQUES, identificados (anexos):

[...]

Os demais cheques, cujos pagamento foram para pagamento a fornecedores diversos, conforme consta das cópias de cheques todos nominais, não me foram entregues pela ditas empresas, entretanto estás provando que tais pagamentos foram efetuados aqueles fornecedores, que em diligência em suas sedes, poderão perfeitamente serem identificados e ratificados.

Mais pelo que se ver que alguns destes cheques feito pagamento a fornecedores foram repassados para pagamento a terceiros.

Anexo Também, Os Diários e os Razões das empresas, com escrituração até onde funcionaram, conforme também foi solicitado, para as devidas verificações.(sic)

Posterior circularização junto aos fornecedores indicados em alguns dos cheques emitidos pelo Sr. Fábio confirmaram o pagamento de notas fiscais de mercadorias destinadas às empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia.

Como se vê, inexistiu surpresa ou cerceamento de direito de defesa, tampouco pode a recorrente alegar desconhecimento do procedimento de fiscalização, haja vista que os sócios responsáveis de fato pelas duas empresas foram intimados a apresentar documentação contábil e fiscal referente à comprovação dos depósitos bancários.

Ora, nesse caso, considerando-se que a recorrente estava inoperante, consoante atestou a fiscalização em diligência no endereço constante do cadastro, bem como registrada formalmente em nome de “laranjas”, pergunta-se: a quem deveria ser dirigida a intimação para fins de comprovar a origem dos depósitos?

A intimação direta aos sócios de fato responsáveis pela condução das operações das empresas Manoel Pereira Lima & Filho Ltda. (atual E. C. Supermercado Ltda, ora recorrente) e M. Pereira Lima & Cia, em nosso sentir, atendem perfeitamente ao espírito da lei e cumprem a sua finalidade, permitindo o contraditório e a ampla defesa do autuado e dos responsáveis tributários, como se viu dos recursos apresentados.

Assim, no presente caso, entende-se que, dadas as suas peculiaridades, restou observado o teor da Súmula CARF nº 29, pois as empresas apontadas como titulares de fato das contas bancárias, incluindo a recorrente, uma vez inoperantes, foram intimadas através de seus sócios de fato, suprimindo a exigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Diante do exposto, deve ser afastada a preliminar de vício formal do lançamento, negando-se provimento ao recurso nesta parte.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Processo nº 10380.011299/2004-96
Acórdão n.º **1202-000.828**

S1-C2T2
Fl. 948

CÓPIA