



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

Processo n° 10580.725337/2013-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.840 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2015
Matéria IRPJ/ARBITRAMENTO DO LUCRO/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente ARATU EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS E SERVIÇOS LTDA ME
(Responsáveis Solidários: Josemita Almeida Brandão Rebouças, Marcelo Brandão Rebouças, Raimundo Vaz Rebouças Junior, Erenita dos Santos Almeida, Laio Santos Rebouças e Fernando Luiz Rosemberg de Oliveira)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

OMISSÃO DE RECEITAS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO FINANCEIRA. INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. SIGILO BANCÁRIO.

A Administração Tributária pode requisitar informações bancárias do contribuinte às Instituições Financeiras quando este, após regular intimação, deixa de apresentá-las espontaneamente. A requisição de informações bancárias do contribuinte não configura quebra de sigilo financeiro, posto que as informações arrecadadas estão protegidas pelo sigilo fiscal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A partir da edição da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte. Tratando-se da comprovação de origem de depósitos bancários, a prova deveria ser produzida pela parte, sendo desnecessária a realização de diligência. Ademais, a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, competindo à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados em infração de lei os representantes de fato das pessoas jurídicas de direito privado.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido em relação à tributação do IRPJ deve acompanhar as autuações reflexas de PIS, COFINS e CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento aos recursos interpostos pela contribuinte e pela Responsável Solidária, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Filho, Paulo Jakson da Silva Lucas, Luiz Tadeu Matosinho Machado (suplente convocado), Hélio Eduardo de Paiva Araújo e Gilberto Baptista (suplente convocado).

Relatório

Tratam os autos de lançamentos de ofício de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), e de reflexos de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), consubstanciados nos autos de infração às fl. 03 a 55, referentes ao ano calendário 2009, com crédito tributário total de R\$ 35.234.237,55e multa qualificada de 150%.

Consoante descrição dos fatos constante dos autos de infração, bem assim do Termo de Verificação Fiscal (às fl. 56 a 110), parte integrante daqueles, houve o arbitramento do lucro em função da falta de apresentação dos livros Diário e Razão ou Caixa referentes a 2009, nos termos do art. 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), tendo sido apuradas as infrações abaixo indicadas, as quais foram objetos de incidência do IRPJ e das contribuições (reflexas):

2.1. omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada

2.1.1. intimado e reintimado a comprovar a origem dos depósitos/créditos em suas contas correntes, o fiscalizado não as comprovou. Planilha contendo os valores considerados no lançamento está às fl. 77 a 110. Para a sua elaboração foi realizada conciliação bancaria e os créditos de mesmos valores, nas mesmas datas e com os mesmos históricos foram retirados;

2.1.2. a consolidação mensal de tais valores por instituição financeira está demonstrada na planilha “Consolidação Mensal da Movimentação Financeira” à fl. 72. Os valores confessados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) foram diminuídos das diferenças apuradas;

2.2. falta de recolhimento de tributo sobre receita de prestação de serviços

2.2.1. o contribuinte apresentou planilhas e as Declarações Mensais de Serviço (DMS) da Prefeitura de Salvador/BA, informando os faturamentos e os valores dos tributos devidos no ano calendário 2009. O valor total anual do faturamento informado nas planilhas foi de R\$ 23.632.500,77, enquanto os valores declarados na Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) foram de R\$ 18.600,00;

2.2.2. foi elaborada planilha “Demonstrativo da Receita da Atividade Conforme Planilha Apresentada e DMS”, à fl. 73, onde estão indicados os valores dos faturamentos;

2.2.3. os valores confessados em DCTF foram diminuídos das diferenças apuradas.

3. A multa foi qualificada haja vista que, por intermédio dos atos abaixo descritos, o contribuinte visou o desconhecimento por parte da autoridade tributária dos

elementos que foram as bases de cálculo dos tributos, incorrendo hipótese do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964:

3.1. apresentou DIPJ com receita declarada total de R\$ 18.600,00, apesar de ter receita da atividade anual de R\$ 23.632.497,88, bem assim créditos em contas bancárias que totalizam R\$ 53.872.894,69; e,

3.2. da mesma forma, apresentou as DCTF com valores de débitos insignificantes em comparação com os valores devidos pela empresa.

4. Houve representação fiscal para fins penais em função do contribuinte ter incorrido, em tese, em crime contra ordem tributária previsto nos art. 1º, I, e 2º, I, da Lei nº 8.137, de 1990.

5. Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária (fl. 111 a 122) para responsabilizar solidariamente sócios e procuradores (Josemita Almeida Brandão Rebouças, Marcelo Brandão Rebouças, Raimundo Vaz Rebouças Junior, Erenita dos Santos Almeida, Laio Santos Rebouças e Fernando Luiz Rosemberg de Oliveira), vez que, com base nos documentos que instruem os autos, estes eram responsáveis pela administração da empresa, podendo praticar quaisquer atos em nome desta, com amplos e ilimitados poderes,

5.1 A responsabilização solidária foi capitulada nos art. 124, I, 134, III, e 135, I a III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

6. O contribuinte e as pessoas físicas responsabilizadas solidariamente foram cientificados dos lançamentos e respectivos termos de sujeição passiva por via postal e por editais. Os Avisos de Recebimentos (AR) e editais estão juntados às fl. 1485 a 1504.

7. Em 25 de julho de 2013 a Aratu Empreendimentos apresentou impugnação instruída com os documentos, onde argumentou/requereu, em síntese, o que segue:

7.1. Preliminares

7.1.1 tempestividade da impugnação;

7.1.2. preliminar de exclusão de responsabilidade dos procuradores: Josemita Almeida Brandão Rebouças, Marcelo Brandão Rebouças e Fernando Luiz Rosemberg de Oliveira. A responsabilidade do procurador em matéria fiscal deve ser comprovada através da prática de atos de excesso conforme determinação do art. 135 do CTN. Não restou provado no procedimento fiscal qualquer atitude com dolo ou excesso por parte dos procuradores no sentido de lesar o Fisco, especialmente porque todas as procurações para tais pessoas conferiram poderes para movimentações bancária, jamais para representar o sujeito passivo junto aos órgãos do Fisco Federal. Requer, pois, seja declarada ilegitimidade passiva dos procuradores;

7.1.3. ainda em sede de preliminar, a aplicação do disposto no art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações posteriores, para que a defesa seja aproveitada a todas as exceções citadas na autuação, bem assim aos sócios e representantes legais porventura citados no Termo de Verificação Fiscal e no auto de infração;

7.1.4. quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial e sem destinação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal viola o art. 5º, XII da Constituição Federal (CF/88). Nesse sentido está jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e nos Tribunais Regionais

Federais (TRF). Tais requisitos não podem ser afastados por lei ordinária (Lei nº 9.430, de 1996, art. 33, I) ou por lei complementar (LC nº 105, de 2001) devido ao status de cláusula pétrea do dispositivo constitucional;

7.1.5. a obtenção extratos bancário viciou o procedimento fiscal contaminando-o com ilegalidade. A Administração Pública tem o mister de sujeitar-se ao princípio da legalidade. A Súmula 473 do STF estabelece que a administração pode anular seus atos quando eivados de ilegalidade. No processo administrativo a conformidade ao direito também está presente na instrução probatória, conforme art. 30 da Lei nº 9.784, de 1999: as provas obtidas por meios ilícitos, como no caso presente, baseadas em legislação à revelia da Constituição, são inadmissíveis;

7.1.6. o princípio da legalidade em Direito Administrativo tem o seguinte sentido: o que não está expressamente permitido por lei está proibido. A manifesta ilegalidade do ato da autoridade fiscal reside na quebra do sigilo bancário em desatendimento dos requisitos necessários a tal excepcionalidade, violando-se o art. 30 da lei nº 9.784, de 1999;

7.1.7. ante o exposto, o auto de infração deve ser anulado em função da violação do princípio da legalidade e da segurança jurídica, com base nos art. 30 e 53 da Lei nº 9.784, de 1999. Ressalta que se objetiva a declaração de nulidade do auto por conta da ilegalidade resultante da quebra do sigilo bancário e não por inconstitucionalidade, juízo que refoge à competência dessa instância administrativa;

7.2. Mérito

7.2.1. licitude nas operações da impugnante - apresentou todos os documentos materialmente disponíveis: a) cópia da alteração e consolidação contratual; b) recibo de entrega das DMS de janeiro a dezembro de 2009; c) planilhas de bases de cálculo e apurações do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. Informou o extravio de alguns documentos, colocando-se à disposição para fornecer elementos capazes de suprimir a falta de qualquer registro contábil, como, por exemplo, as planilhas citadas. Se tivesse intenção de furtrar-se de suas obrigações jamais teria apresentado as planilhas informando seu faturamento. Reconhece a incorreção dos dados da DIPJ, o que decorreu do extravio dos livros. Visava a sua retificação quando da confecção das planilhas. Mesmo informando seu real faturamento via planilhas, a autoridade fiscal, ao arrepio da lei, preferiu utilizar somente os valores referentes às movimentações financeiras, bem assim o lucro arbitrado como base de cálculo;

7.2.2. inaplicabilidade do coeficiente de arbitramento de 38,4% tinha atividades diversas no ano 2009, o que desmerece a aplicação única do coeficiente de 38,40 %. Somente se justificaria tal coeficiente em hipóteses extremas e quando o objeto social for única e exclusivamente prestação de serviços em geral, o que não é o caso, conforme reconhecido pela autoridade fiscal. Junta cópia de todas as notas fiscais emitidas no ano 2009, bem como os respectivos contratos de prestações de serviços, requerendo seja feita diligência para apuração do *quantum debeatur*;

7.2.3. retenções não consideradas devem ser computadas todas as retenções efetivamente descontadas das notas fiscais ora apresentadas. Caso entenda pertinente, deve ser determinada a intimação das respectivas empresas tomadoras, para que estas comprovem o devido repasse aos cofres públicos dos tributos retidos;

7.2.4. ilegalidade de se considerar depósitos bancários como renda nem todo depósito em conta bancária configura acréscimo patrimonial, sendo devido promover as deduções das despesas e custos operacionais incorridos. Conforme Súmula nº 182 do extinto TFR, é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. Assim, requer sejam considerados como receitas os valores apresentados nas planilhas e notas fiscais;

7.2.5. hipótese de incidência da multa de mora a multa de mora de 75% em caso de não recolhimento no vencimento somente tem incidência nos casos de lançamento de ofício. Como é sabido, o IRPJ sujeita-se à modalidade de lançamento por homologação, o que exclui a aplicação da multa do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996;

7.2.6. multa excessiva a multa aplicada tem caráter confiscatório, ferindo o art. 150, IV, da CF/88;

7.3. requerimento

7.3.1. requereu ao fim a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, e informou a anexação de cópia dos contratos das tomadoras de serviços, das respectivas notas fiscais e das planilhas de cálculo dos tributos.

8. Em 29 de julho de 2013 a Sra. Josemita Almeida Brandão Rebouças, responsável solidária, apresentou a impugnação às fl. 3277 a 3279, onde argumentou/requereu o que segue:

8.1. para atuar profissionalmente em defesa dos interesses de qualquer pessoa jurídica necessita de instrumento de mandato – procuração. O simples fato da empresa ter constituído a impugnante como sua procuradora revela apenas o cumprimento de uma condição necessária para que pudesse atuar em defesa dos interesses da outorgante. Ademais, sua atuação em defesa dos interesses da empresa se deu de forma pontual, em alguns processos junto a instituições bancárias, jamais assumindo obrigações ou exercendo cargo de mando longe de se materializar qualquer das hipóteses do CTN para responsabilização solidária. Além disso, atuou poucas vezes em defesa da empresa, somente quando do impedimento de seus sócios por problemas de saúde, o que pode ser provado caso deseje a autoridade julgadora;

8.2. sua responsabilização com base no art. 135 do CTN depende da comprovação de que tenha agido com excesso de poderes ao exercer seu múnus profissional, ou seja, a prática da advocacia em defesa dos interesses da empresa. Não há uma linha no auto de infração ou no Termo de Verificação Fiscal que aponte conduta com excesso de poderes.

Deveria ser provado que os créditos tributários resultantes da atuação originaram-se de atos abusivos de sua parte quando do exercício profissional, o que não ocorreu;

8.3. anui e ratifica todos os termos da impugnação já apresentada pela empresa;

8.4. protesta por todos os meios de prova em direito admitidos.

9. Os demais sócios e procuradores responsabilizados solidariamente não apresentaram impugnação.

A DRJ/RECIFE (PE) decidiu a matéria consubstanciada no Acórdão 11-44.130, de 04 de dezembro de 2013, julgando procedente em parte a impugnação, tendo sido lavrado a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2009

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. PESSOA JURÍDICA (CONTRIBUINTE). ILEGITIMIDADE PARA CONTESTAR.

Consoante o CPC, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Como não há previsão na legislação específica do processo administrativo tributário que excepcione a regra geral estabelecida naquele código, ou seja, que autorize a substituição processual, há que se considerar que o contribuinte (pessoa jurídica autuada) não possui legitimidade para contestar a responsabilização solidária de sócios e procuradores.

ACESSO A INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em quebra de sigilo bancário quando a instituição financeira transfere à Receita Federal informações sobre movimentação financeira de cliente em atendimento à RMF expedida por autoridade competente.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

O disposto no art. 42 da Lei nº 9430/96 é taxativo no sentido de que a falta de comprovação da origem de depósitos bancários enseja considerar que estes valores correspondem a receita omitida, e já que este dispositivo não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*, ou teve sua aplicação afastada em sentença proferida em processo judicial em que o contribuinte era parte, sua aplicação é incontestável no âmbito administrativo.

LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. EXTRATIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO

A pessoa jurídica é obrigada a conservar guardar os livros contábeis e fiscais, bem assim os documentos que embasaram suas operações e registros contábeis. Caso ocorra extravio deverá publicar em jornal tal fato e comunicá-lo ao órgão do Registro de Comércio e à Receita Federal no prazo de quarenta e oito horas. Não houve comprovação do extravio.

LIVROS. EXTRAVIO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA REFAZIMENTO.

A hipótese de extravio apenas dos livros não inviabiliza a pessoa jurídica de refazê-los com base nos documentos representativos de suas operações.

LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS.

A falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais exigidos em lei autoriza o arbitramento do lucro.

LUCRO ARBITRADO. COEFICIENTE DE PRESUNÇÃO 38,4%. LOCAÇÃO DE VEÍCULOS COM OU SEM MÃO DE OBRA. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. COLETA DE RESÍDUOS.

Serviços de locação de veículos com ou sem mão de obra, de locação de equipamentos, de locação de mão de obra e de coleta de resíduos e entulhos **sujeitam-se ao coeficiente de 38,4% na determinação do lucro arbitrado.**

LUCRO ARBITRADO. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO. CONDIÇÕES PARA ENQUADRAMENTO NO COEFICIENTE DE 9,6%.

Os serviços relativos a construção por empreitada sujeitam-se ao coeficiente de 9,6% quando todo o material indispensável à obra, assim entendido aquele que se lhe incorpora, é fornecido pelo prestador do serviço (empreiteiro).

LUCRO ARBITRADO. TERRAPLENAGEM. COEFICIENTE DE ARBITRAMENTO.

Em que pese o serviço de terraplenagem enquadrar-se no conceito de construção civil, não sujeita-se ao coeficiente de 32% por tratar-se de serviço que não incorpora material à obra.

LUCRO ARBITRADO. TRANSPORTE DE CARGA. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL.

Serviços de transporte de carga e de fornecimento de água potável (por não ser concessionário de serviço público) sujeitam-se ao coeficiente de 9,6% para fins de determinação do lucro arbitrado.

TRIBUTO RETIDO. COMPROVAÇÃO.

A nota fiscal emitida por contribuinte é um dos documentos necessários à comprovação da realização de determinada operação, seja de prestação de serviços, seja de venda de mercadorias, porém não serve como prova de que a fonte pagadora reteve os tributos devidos sobre o montante pago ao emitente da nota.

Para a comprovação da retenção dos tributos, o contribuinte deve apresentar o comprovante anual fornecido pela fonte pagadora.

Não obstante a falta de comprovação das retenções por parte do contribuinte, o julgador administrativo possui acesso às Dirf entregues pelas fontes pagadoras, cujos valores declarados devem corresponder aos montantes informados nos comprovantes anuais de retenção. Assim, em busca da verdade material, é devido considerar os montantes retidos informados nesta declaração.

TRIBUTO RETIDO COMPROVADO. DEDUÇÃO DO TRIBUTO LANÇADO.

Uma vez que o lançamento foi efetuado com base em depósitos bancários, que pressupõe abrangência de todas as receitas auferidas, há que se considerar que nas bases de cálculo apuradas pela autoridade fiscal estão incluídas as receitas da atividade, sendo, pois, passíveis de dedução os tributos retidos sobre as mesmas pelas fontes pagadoras.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Consideram-se receitas omitidas, por presunção legal, os depósitos/créditos bancários para os quais o contribuinte, devidamente intimado, não tenha comprovado a sua origem.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

Por representarem receita omitida por presunção legal, os depósitos/créditos bancários de origem não comprovada integram a receita bruta conhecida para fins de determinação do lucro arbitrado.

CONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DE NORMAS. INCOMPETÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A análise de teses contra a legalidade ou a constitucionalidade de normas é privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente.

VERDADE MATERIAL. DILIGÊNCIA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CARÁTER COMPLEMENTAR.

Não pode o colegiado administrativo substituir o contribuinte no direito/dever de produção de provas, mas tão somente buscar a verdade material de forma complementar quando surgidas dúvidas diante dos fatos e provas que instruíram a impugnação.

MULTA DE OFÍCIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Dentre outras hipóteses, o lançamento de ofício é realizado quando verificado em procedimento fiscal que o contribuinte não cumpriu com sua obrigação de antecipar o tributo devido antes de prévio exame da autoridade administrativa, ou seja, não cumpriu a contento a atividade a ele atribuída no lançamento por homologação. No presente caso ocorreu tal situação, tendo sido efetuado lançamento de ofício, o qual está sujeito à aplicação de multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

As razões da qualificação não foram contestadas, devendo ser considerada matéria não impugnada e, por conseguinte, não sujeita à apreciação deste colegiado administrativo.

CSLL, PIS e COFINS. LANÇAMENTOS REFLEXOS

Aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, aplica-se a eles as razões de decidir utilizadas na apreciação do lançamento de IRPJ, vez que são reflexos deste, possuindo mesmo suporte fático e probatório.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

Os recursos voluntário apresentados pela contribuinte/autuada e pela responsável solidária Sra. Josemita Almeida Brandão Rebouças são tempestivos e assentes em lei. Deles conheço.

Os demais responsáveis solidários não apresentaram as impugnações iniciais tampouco recursos.

Passo a análise das argumentações trazidas na peça recursal na mesma seqüência em que apresentadas.

NULIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

Em longo arrazoado os recorrentes repetem as alegações iniciais (impugnação) alegando a necessidade de anulação dos lançamentos em cumprimento ao disposto no art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999, e da Súmula nº 473 do STF, em virtude do procedimento fiscal estar eivado de ilegalidade devido à obtenção das provas (extratos bancários) por meios ilícitos, o que é vedado no art. 30 da referida lei. Segundo o entendimento por si exposto, a quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial e sem destinação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal viola o art. 5º, XII da Constituição Federal (CF/88). Reforçam seu argumento com jurisprudência do STF, do STJ e dos TRF. Defendem que tais requisitos fixados para obtenção de informações bancárias de contribuintes não podem ser afastados por lei ordinária (Lei nº 9.430, de 1996, art. 33, I) ou por lei complementar (LC nº 105, de 2001) devido ao *status* de cláusula pétrea do dispositivo constitucional.

Pois bem. Constata-se do Termo de Verificação Fiscal que a ora recorrente foi selecionada no rol das empresas a ser fiscalizada a partir de indícios de Omissão de Receitas, tendo em vista a verificação de movimentação financeira no ano calendário de 2009 no montante de R\$ 19.036.139,67 e a receita bruta anual do mesmo período declarada na DIPJ foi de apenas R\$ 18.600,00. O arbitramento do lucro deu-se em razão da não apresentação dos livros contábeis e fiscais à fiscalização. Após reiteradas intimações, inicialmente não atendidas e posteriormente (13/06/2013) alegou-se que os mesmos (Livros contábeis e fiscais) encontravam-se extraviados. A receita bruta foi determinada por presunção legal "Depósitos Bancários de Origem e Natureza Não Comprovada".

Portanto, no presente caso, a apuração do lucro para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, deu-se por arbitramento por meio do qual a lei defere à autoridade administrativa, na ausência das informações e escriturações contábeis e fiscais suficientes, a aplicação de um percentual sobre a receita bruta da empresa.

No caso dos autos, a questão levantada nos recursos se refere à legalidade do procedimento adotado na identificação das entradas financeiras da pessoa jurídica, tendo em vista ter havido a requisição administrativa de informações bancárias diretamente às instituições financeiras, ante a recusa da apresentação dos extratos bancários pela Recorrente.

Segundo entendimento da Recorrente, tal requisição consistiria violação ao dever de sigilo que alberga os dados financeiros da empresa, pelo que a constituição do crédito tributário em apreço estaria eivado pelo vício e, portanto, nulo.

Neste ponto, importa saber se houve, de fato, a quebra de sigilo bancário e conseqüente ilegalidade do ato.

O sigilo bancário pode ser conceituado como o dever legalmente imposto a pessoa que possua informação acerca da movimentação bancária de outra de não tornar públicos referidos dados, sob pena de responsabilização pessoal. A questão é regulada, no direito pátrio, pela Lei Complementar nº. 105, de 2001, firmando, logo em seu art. 1º, que “*as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*”.

A referida lei complementar, por outra vez, relaciona 1) hipóteses em que o intercâmbio de informações bancárias não constitui quebra de sigilo bancário e 2) hipóteses em que será realizada a quebra do sigilo bancário.

A quebra do sigilo bancário, nos termos do parágrafo quarto do artigo 1º, poderá ser decretada “quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial”. Ainda, “a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (art. 10 da LC 105/2001).

Logo, resta saber se a requisição administrativa de informações bancárias junto as instituições financeiras por Autoridade Fiscal, no curso do processo administrativo, consistira a tal quebra de sigilo bancário.

Dispõe, a lei complementar nº 105/2001, o seguinte:

Art. 1º (...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

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

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.

Ainda, segundo o disposto no art. 197 do 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;

A dicção do art. 1º, parágrafo 3º, inciso VI e do art. 6º da LC 105/2001, c/c o art. 197 do CTN torna evidente não ser, a disponibilização de informações bancárias à Autoridade Fiscal no curso de procedimento administrativo de fiscalização, quebra de sigilo bancário a impedir a utilização de referidas informações por se tratar, apenas, da utilização de novo meio de fiscalização.

Tenho, assim, que a requisição de informações bancárias no curso de procedimento fiscal, ao contribuinte ou diretamente às instituições financeiras, não constitui quebra do sigilo bancário, dispensando, nesta ordem, a interveniência do Poder Judiciário para a aquisição de referidas informações.

Importante ressaltar que as informações fiscais também estão albergadas, ao lado das informações bancárias, por dever de sigilo, nos termos do art. 198 do CTN. Desta feita, a aquisição de informações bancárias no curso de procedimento fiscal não tornam públicos os dados da pessoa jurídica. De fato, se se pensasse que a disponibilização das informações ao Fisco tornassem públicos os dados bancários da empresa, estaríamos diante da ilegal quebra do sigilo definida na lei complementar nº 105/2001. Mas não é este o caso: o dever de sigilo fiscal protege as informações bancárias apuradas no curso do procedimento de fiscalização.

Ainda, verifico que o acesso às informações bancárias da empresa é essencial para o exercício da atividade de fiscalização tributária. De fato, não se pode restringir o acesso do Fisco à identificação das entradas financeiras, de forma a permitir a verificação da veracidade da receita bruta apresentada à tributação pela pessoa fiscalizada.

Este é o entendimento sufragado no âmbito desta Corte Administrativa, ressaltando-se como precedente o Acórdão 1401-001.404, Sessão de 05 de março de 2015, cujos argumentos da lavra i. Conselheiro Alexandre Antonio Alkimim Teixeira, me servir, para ao meu modo, fundamentar o presente voto.

E, no mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento pela possibilidade de requisição administrativa de informações bancárias no curso de processo administrativo tributário. Vejamos a jurisprudência daquela casa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. AUTUAÇÃO COM BASE EM DEMONSTRATIVOS DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. POSSIBILIDADE. LEI 8.021/90 E LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/TFR. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Codex Tributário, ao tratar da constituição do crédito tributário pelo lançamento, determina que as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata (artigo 144, § 1º, do CTN), pelo que a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, atingem fatos pretéritos. Assim, por força dessa disposição, é possível que a administração, sem autorização judicial, quebre o sigilo bancário de contribuinte durante período anterior a vigência dos aludidos dispositivos legais. Precedentes da Corte: AgRg nos EDcl no REsp 824.771/SC, DJ 30.11.2006; Resp 810.428/RS, DJ 18.09.2006; EREsp 608.053/RS, DJ 04.09.2006; e AgRg no Ag 693.675/PR, DJ 01.08.2006).

(...)

4. A LC 105/2002 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, determinando que não constitui violação do dever de sigilo, entre outros, o fornecimento à Secretaria da Receita Federal de informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações artigo 11, § 2º, da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, e a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, e 9º, da lei complementar em tela (artigo 1º, § 3º, III e VI).

5. Em seu artigo 6º, o referido diploma legal, estabelece que: "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."

6. Nesse segmento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada no sentido de que: "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de

constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal."

(REsp 685.708/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005).

7. Tese inversa levaria a criar situações em que a administração tributária, mesmo tendo ciência de possível sonegação fiscal, ficaria impedida de apurá-la.

8. Deveras, ressoa inadmissível que o ordenamento jurídico crie proteção de tal nível a quem, possivelmente, cometeu infração.

9. Isto porque o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.

(...)

(Resp nº. 943.304/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 06/05/2008).

Por fim, no que toca à arguição de inconstitucionalidade da lei complementar, afasto a sua verificação, seja pela ausência de pronunciamento neste sentido por parte do Supremo Tribunal Federal, seja pela aplicação da súmula nº 2 do CARF (*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*). Com entendimento reflexo, não vejo a possibilidade de questionar a constitucionalidade da requisição realizada pela Autoridade Fiscal, posto que 1) o direito ao sigilo bancário não é absoluto, sendo permitidas exceções definidas em lei; e 2) o procedimento em apreço seguiu o procedimento definido na lei complementar nº 105/2001.

Assim, rejeito a argumentação apresentada pela Recorrente.

Prosseguindo a peça recursal, no mérito, alega que a autoridade julgadora de primeira instância ao não considerar sua alegação de que teve toda a sua escrituração contábil e fiscal extraviada sob o argumento de que não foram cumpridas as determinações procedimentais para o caso, deveria determinar a baixa dos autos em diligência para se apurar *in loco* o quanto alegado pela Recorrente.

Neste ponto, cabe dizer que no processo administrativo fiscal, vigora o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o que garante ao julgador, nos termos dos arts. 18 e 29 do Decreto nº 70.235/1972, a liberdade para formar a sua convicção, deferindo as diligências e perícias que entender necessárias ou indeferir-las, quando prescindíveis ou impraticáveis.

Nos expressos termos do citado art. 18 (redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993) o pedido de realização de perícia/diligência deve ser analisado se é considerado imprescindível à tomada de decisão para julgamento da lide, *verbis*:

Art. 18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessária, indeferindo as que considerarem prescindíveis ou impraticável, observado o disposto no art. 28, 'in fine'.

Como se percebe, o dispositivo consagra a idéia de que a prova produzida por meio da perícia ou da diligência, antes de qualquer outro motivo, tem como objetivo firmar o convencimento da autoridade julgadora, que pode ter a necessidade, em face da presença de questões de difícil deslinde, de municiar-se de mais elementos de prova. Os termos da norma **“quando entendê-las necessária, indeferindo as que considerarem prescindíveis ou impraticável”** estão claramente dirigidos à autoridade julgadora, que, apenas e tão somente quando julgar serem, diligências ou perícias, necessárias, as determinará.

A diligência requerida, no caso em exame, é absolutamente prescindível e não existe nenhuma justificativa para sua realização, mesmo porque, o ônus da prova é do contribuinte, que teve oportunidade, durante todo o período, desde o início do procedimento fiscal até a fase impugnatória, de trazer aos autos os documentos probatórios necessários e não se desincumbiu a contento.

Em seguida, a recorrente diz discordar veementemente dos parcos valores considerados a título de retenção de tributo sobre as notas fiscais emitidas (informados pelos tomadores de serviços).

Aqui, por pertinente, reproduzo o quanto decidido no voto recorrido, cujos fundamentos são aqui adotados como razão de decidir para manter a autuação, com a permissão do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

"91. Outro argumento carreado pelos impugnantes refere--se à suposta falta de dedução pela autoridade fiscal de tributos retidos pelas fontes pagadoras. Apresenta como provas das retenções cópias das notas fiscais às fl. 2432 a 2777. Pleiteia a realização de diligência para intimar as empresas tomadoras dos serviços para que comprovem o devido repasse aos cofres públicos dos tributos retidos.

92. A nota fiscal emitida por contribuinte é um dos documentos necessários à comprovação da realização de determinada operação, seja de prestação de serviços, seja de venda de mercadorias, porém não serve como prova de que a fonte pagadora reteve os tributos devidos sobre o montante pago ao emitente da nota. Inclusive, conforme salientado na impugnação, os tributos porventura retidos não são indicados no corpo da nota.

93. Para a comprovação da retenção dos tributos, a fonte pagadora é obrigada a entregar ao prestador de serviços ou fornecedor comprovante anual na forma estabelecida em atos normativos. Vejamos as normas vigentes à época que tratavam das retenções de IRPJ, CSLL, Cofins e PIS por pessoas jurídicas de direito privado ou público em virtude de pagamento ou crédito de rendimentos:

Decreto nº 3000, de 1999

Art. 942. As pessoas jurídicas de direito público ou privado que efetuarem pagamento ou crédito de rendimentos relativos a serviços prestados por outras pessoas jurídicas e sujeitos à retenção do imposto na fonte deverão fornecer, em duas vias, à pessoa jurídica beneficiária Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte, em modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal (Lei nº 4.154, de 1962, art. 13, § 2º, e Lei nº 6.623, de 23 de março de 1979, art. 1º).

IN SRF nº 119, de 2000

Art. 2º A fonte pagadora deverá fornecer, à pessoa jurídica beneficiária, comprovante de retenção do imposto de renda que indique:

I o nome empresarial e o número de inscrição completo (com 14 dígitos) no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da fonte pagadora e do beneficiário;

II o mês da ocorrência do fato gerador e os valores em reais, inclusive centavos, do rendimento bruto e do imposto de renda retido;

III o código utilizado no DARF (com 4 dígitos) e a descrição do rendimento.

(...)

Art. 3º As informações prestadas no Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte Pessoa Jurídica deverão ser discriminadas na Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte DIRF.

Art. 4º O Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte Pessoa Jurídica será utilizado para comprovar o imposto de renda retido na fonte a ser deduzido ou compensado pela beneficiária dos rendimentos ou a ela restituído.

IN SRF nº 459, de 2004

Art. 12. As pessoas jurídicas que efetuarem a retenção de que trata esta Instrução Normativa deverão fornecer à pessoa jurídica beneficiária do pagamento comprovante anual da retenção, até o último dia útil de fevereiro do ano subseqüente, conforme modelo constante no Anexo II .

IN SRF nº 480, de 2004

Art. 31. O órgão ou a entidade que efetuar a retenção deverá fornecer, à pessoa jurídica beneficiária do pagamento, comprovante anual de retenção, até o último dia útil de fevereiro do ano subseqüente, podendo ser disponibilizado em meio

eletrônico, conforme modelo constante do Anexo V, informando, relativamente a cada mês em que houver sido efetuado o pagamento, os códigos de retenção, os valores pagos e os valores retidos.

94. Esse documento é o instrumento de que o beneficiário do rendimento dispõe para provar que sofreu retenção e, por conseguinte, poder deduzir tal valor na apuração do tributo a pagar. Assim dispõe a instrução de preenchimento da DIPJ/2010 aprovada pela IN RFB nº 1.028, de 2010 (embora transcrita ficha referente a IR apurado por lucro real, aplica-se o mesmo entendimento, por óbvio, ao lucro arbitrado):

Linha 12A/14 (-) Imposto de Renda Retido na Fonte

(...)

Atenção:

(...)

2) O imposto retido na fonte somente pode ser compensado se a pessoa jurídica possuir comprovante de retenção emitido em seu nome pela fonte pagadora.

95. Está claro, pois, que as notas fiscais trazidas pelo contribuinte não possuem qualquer valor probatório da ocorrência de retenções, cabendo-lhe apresentar os comprovantes de retenção fornecidos pelas fontes pagadoras. Caso tais documentos não tenham sido fornecidos, mesmo após cobrança por si efetuada, o contribuinte deveria ter comunicado tal fato à Receita Federal, a fim deste órgão adotar as providências cabíveis em função do descumprimento de obrigação acessória pelas fontes pagadoras.

96. Nesse sentido está a orientação contida na obra “Retenções na Fonte de Impostos e Contribuições – Guia Prático” 1, conforme transcrição abaixo:

O Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte – Pessoa Jurídica, discriminará os rendimentos que foram pagos ou creditados, mês a mês, e a correspondente retenção. Esse documento será utilizado para comprovar o Imposto de Renda retido na fonte a ser deduzido ou compensado pela beneficiária dos rendimentos ou a ela restituído.

(...)

E independentemente desta previsão, caberá ao prestador de serviço exigir este documento da fonte pagadora quando esta não entregá-la no prazo, uma vez que este documento é a comprovação de que a retenção foi efetuada. Se tentativas junto à fonte pagadora não surtirem efeitos, recomenda-se ao prestador de serviço que leve tal fato a conhecimento da administração tributária local, a fim de resguardá-lo de possíveis questionamentos no futuro.

97. Não obstante a falta de comprovação das retenções por parte do contribuinte, este julgador administrativo possui acesso às Declarações do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (Dirf), cujos valores declarados devem corresponder

aos montantes informados nos comprovantes anuais de retenção. Assim, em busca da verdade material, não posso me furtar a considerar os montantes retidos informados para a Receita Federal pelas fontes pagadoras consoante consulta realizada ao sistema Dirf, cujos extratos estão às fl. 3283 a3315.

98. Uma vez que o lançamento foi efetuado com base em depósitos bancários, que pressupõe abrangência de todas as receitas auferidas, há que se considerar que nas bases de cálculo apuradas pela autoridade fiscal estão incluídas todas as receitas da atividade indicadas na tabela acima, sendo, pois, passíveis de dedução os montantes retidos pelas fontes pagadoras.

Como tais valores não foram deduzidos pela autoridade fiscal, conforme pode ser verificado nos demonstrativos dos autos de infração, onde foram considerados apenas os valores confessados em DCTF, é devido excluir tais montantes dos tributos apurados nos lançamentos."

DA ILEGALIDADE DE SE CONSIDERAR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COMO RENDA.

Neste tópico, em síntese, os recorrentes argumentam ser ilegal considerar depósitos bancários como renda, pois nem todos configuram acréscimo patrimonial. Entendem ser devido promover as deduções das despesas e custos operacionais incorridos. Citam Súmula nº 182 do extinto TFR, que dispõe ser ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

De início, ressalte-se, que nos casos de arbitramento, não há falar-se em contraposição de receitas e despesas ou custos, pois o lucro, como o próprio nome diz, é arbitrado nos termos e percentuais definidos pela lei.

O regime de tributação pelo lucro arbitrado, no qual a parcela de custos e despesas é implícita e automaticamente computada mediante a aplicação dos coeficientes de arbitramento sobre a receita da pessoa jurídica, revela-se apropriado, legal e mais realista para a determinação da correta base de cálculo do IRPJ e da CSLL na ausência de informações precisas da composição do lucro, evitando a mera e ilegal incidência direta desses tributos sobre a receita. Isso porque, o que se visa tributar é a renda e o arbitramento do lucro cumpre essa função, eis que, conhecida a receita, presumem-se as despesas incorridas na atividade, encontrando-se o lucro tributável, sobre o qual devem recair as exigências de IRPJ e CSLL.

No caso em apreço, o lançamento tributou omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, com base no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Transcrevo o dispositivo legal que embasou o lançamento:

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

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;

(...)

Assim, vê-se que a lei criou uma presunção legal de omissão de receita, que se caracteriza quando o titular de conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, após regular intimação, não comprove a origem dos recursos creditados nessas contas, mediante documentação hábil e idônea.

Por isso, após a intimação do Fisco para que o fiscalizado comprove a origem dos depósitos, passa a ser ônus do contribuinte a demonstração de que não se trata de receitas auferidas, sob pena de se considerar aquilo que não foi justificado como omissão de rendimentos.

Para afastar a presunção legal, não servem como prova argumentos genéricos, que não façam a correlação inequívoca entre os depósitos e as origens indicadas.

No caso, verifico que o procedimento fiscal atendeu os termos da lei, pois o contribuinte foi intimado a apresentar seus extratos bancários; com a recusa parcial eles foram obtidos diretamente dos bancos; depois da totalização dos depósitos, intimou-se o sujeito passivo a justificar sua origem; e só após foi lavrado o auto de infração com os depósitos sem origem justificada.

Em relação à Súmula nº 182 do TFR, é devido esclarecer que esta é anterior à publicação da Lei nº 9.430, de 1996. Somente a partir desta lei a existência de depósitos bancários de origem não comprovada passou a ser considerada, por presunção legal, como caracterizadora de omissão de receitas (antes, era mera presunção simples). Logo, a súmula e os julgados anteriores à sua entrada em vigor não servem como referência jurisprudencial.

Sem razão, portanto, a defesa.

Recurso Voluntário do Responsável Solidário

A par das questões já julgadas que se identificam com o Recurso Voluntário da Contribuinte, passa-se à apreciação das matérias exclusivamente argüidas no Recurso da Sra. JOSEMITA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS, responsável solidário.

Como visto do relatório e voto condutor recorrido, dentre os sujeitos passivos por responsabilização solidária, apenas a Sra. Josemita Rebouças apresentou defesa contestando a sua legitimidade passiva.

Argumenta, em síntese, que é advogada, atuando em defesa dos interesses da empresa atuada de forma pontual, em processos junto a instituições financeiras e somente quando do impedimento de seus sócios por problemas de saúde. Para tanto atua por

procuração, não exercendo cargo de mando ou assumindo obrigações em nome de seu representado. Além disso, alega que a responsabilização com base no art. 135 do CTN pressupõe ação com excesso de poderes ao exercer seu múnus profissional, o que não restou provado nos autos. Entende que para tal capitulação deveria ter sido provado que os créditos tributários resultantes da autuação originaram-se de atos abusivos de sua parte quando do exercício profissional, o que não ocorreu.

Neste ponto, verifica-se no Termo de Verificação Fiscal, por intermédio de procurações públicas a Sra. Josemita recebeu amplos e ilimitados poderes para gerir, em todos os seus desdobramentos, os negócios e interesses da empresa e representá-la junto a estabelecimentos bancários. Conforme cópias das procurações às fl. 900, 1397 a 1400, 1411 a 1412, 1413 a 1414, e outras, cujos trechos de interesses descritos deixa claro que ela possuía poderes para, destaque-se, assinar e endossar cheques, firmar compromissos, fazer saques, usar cartão de crédito, assinar contratos de empréstimos e negociar títulos junto a instituições financeiras, bem assim, a assumir obrigações em nome da empresa, demitir e contratar funcionários, fixar salários destes, dar quitação, entre outros.

E, mais, ao se analisar as alterações contratuais e procurações conferindo amplos poderes verifica-se que em 04/12/2008 a Sra. ERENITA DOS SANTOS ALMEIDA foi admitida na sociedade (com 99% do capital social) e, logo, em seguida (17/12/2008), nomeia sua filha a Sra. JOSEMITA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS com os mais amplos poderes como alhures anotado. Inclusive, constata-se, também, que a Sra. Josemita alterou a partir desta data por diversas vezes seu domicílio tributário.

Ora, não faz parte da atuação de um advogado ser responsável direto pelas movimentações e operações financeiras de uma empresa, por gerir a empresa em suas transações comerciais, bem assim por administrar sua área de recursos humanos. Resta evidenciado que a Sra. Josemita não atuava simplesmente como advogada da empresa, mas sim como gestora efetiva e de fato desta.

Sendo um dos responsáveis pela administração da empresa, não resta dúvida de que a Sra. Josemita tinha pleno conhecimento da falta de escrituração das movimentações financeiras, da falta de livros contábeis e fiscais exigidos por lei, e das informações falsas prestadas em suas declarações aos fiscos municipal e federal, tendo declarado em 2008 menos de 4% de seu faturamento, e em 2009 menos de 0,02% deste.

Correta, portanto, a sua sujeição passiva solidária pelo crédito tributário constituído, nos termos do disposto nos arts. 135 e 124 do CTN, *in verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I as pessoas referidas no artigo anterior;

II os mandatários, prepostos e empregados;

III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido, deve-se imputar ao mandatário e gestor de fato da contribuinte a responsabilidade tributária nos termos previstos no art. 135 do CTN, em virtude da prática de atos de infração à lei sob a gestão de fato e por mandato da sociedade com conduta pró-ativa no sentido de fraudar a fiscalização tributária e omitir reiteradamente vultosa receita da sociedade apurada em movimentação bancária no período citado.

No mais, e na medida em que na peça recursal a contribuinte limita-se a repisar as argumentações esposadas na peça impugnatória, não vislumbro correção a ser feita na matéria tributável mantida em primeira instância. Ressalte-se que não foi objeto de contestação nesta fase recursal, entre outros temas da inicial, a qualificação da multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido em relação à tributação do IRPJ deve acompanhar as autuações reflexas da CSLL, PIS e COFINS.

Por todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, NEGAR PROVIMENTO aos recursos voluntários, mantendo os tributos lançados conforme o decidido em primeira instância.

“documento assinado digitalmente”

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator