



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

Processo n° 10660.721041/2013-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1102-001.038 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria IRPJ e reflexos - omissão de receitas - sigilo bancário e responsabilidade tributária
Recorrente JS COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E TRASPORTES LTDA.; JOSÉ FLÁVIO ESTEVES DIAS; SÍLVIO DE SOUZA FILHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010

OMISSÃO DE RECEITAS. ART. 42 DA LEI N. 9.430/96. Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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 respectiva. Precedentes.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 135 DO CTN. A hipótese de infração à lei de que trata o art. 135, III do CTN - citado nos Termos de Sujeição Passiva - encontra-se demonstrada pela Fiscalização no caso, ante (a) a comprovada omissão de receitas decorrente da diferença entre os valores declarados ao Fisco e os valores movimentados nas contas correntes da Contribuinte; e (b) a ausência de adequada escrituração contábil e fiscal da pessoa jurídica, de realização obrigatória na forma da legislação tributária e comercial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários interpostos pelo contribuinte e pelos responsáveis tributário.

(assinado digitalmente)

João Otavio Oppermann Thomé - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/05/2014 por ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, Assinado digitalmente em 06

/05/2014 por ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, Assinado digitalmente em 16/05/2014 por JOAO OTAVIO OPPER

MANN THOME

Impresso em 20/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Guidoni Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Marcelo Baeta Ippolito, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, Antonio Carlos Guidoni Filho

Relatório

Tratam-se de recursos voluntários interpostos pela Contribuinte e pelos responsáveis tributários Sr. José Dias e Sr. Sílvio de Souza Filho contra acórdão proferido pela Primeira Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Juiz de Fora (DRJ/JFA) assim ementado, *verbis*:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza-se omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PROCEDÊNCIA.

Constatado que a pessoa jurídica, optante pelo Simples Nacional, ultrapassou o limite de receita bruta anual previsto legislação de regência como condição para permanência na sistemática de apuração, a respectiva empresa deve ser deste excluída.

EXCLUSÃO DO ICMS/ISS DA BASE DE CÁLCULO DO LUCRO PRESUMIDO. IRPJ/CSLL/PIS/COFINS. DESCABIMENTO..

Por falta de previsão legal, descabe a exclusão dos impostos ISS e ICMS (na condição de contribuinte) da base de cálculo dos tributos IRPJ/CSLL/Pis/Cofins.

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO.

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas. Uma vez que há expressa previsão legal a prever a penalidade aplicada, a autoridade administrativa a ela está vinculada, não cabendo a esta apreciar questões atinentes a ofensas a princípios constitucionais.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

Por força da legislação tributária, as razões adotadas no exame do lançamento principal, Imposto de Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, quanto à mesma matéria fática, servem também para a solução dos litígios decorrentes, lançamentos reflexos da CSLL, da contribuição para o Pis e da Cofins.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

NULIDADE. LANÇAMENTOS. TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa/falta de motivação, uma vez que os Autos de Infração e os Termos de Sujeição Passiva Solidária foram formalizados com motivação e descrição dos fatos compatíveis com o enquadramento legal, em estrita observância aos requisitos legais.

ÔNUS DA PROVA.

Cabe à autoridade lançadora provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. Comprovado o direito de lançar cabe ao sujeito passivo alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e além de alegá-los, comprová-los efetivamente.

PROVAS ADICIONAIS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

Tendo em vista a superveniência da preclusão temporal, é rejeitado o pedido de apresentação de provas suplementares, pois o momento propício para a defesa cabal é o da oferta da peça impugnatória.

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou de perícia.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES E/OU INFRAÇÃO À LEI.

Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica respondem pessoalmente e solidariamente pelo crédito tributário decorrente de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

O caso foi assim relatado pela instância *a quo, verbis*:

“Em nome da interessada foram lavrados autos de infração referentes ao IRPJ Lucro Presumido e seus reflexos, CSLL, Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins,

fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro a dezembro do ano-calendário 2009, que lhe exigem um crédito tributário total no valor de R\$ 4.941.494,97, com juros de mora calculados até o último dia útil de maio de 2013.

Consta do Termo de Verificação Fiscal – TVF, que a empresa, optante pelo SIMPLES, foi selecionada para o procedimento fiscal por apresentar movimentação financeira incompatível com a receita declarada, nos anos-calendário 2008 e 2009.

No período do procedimento fiscal, a empresa foi intimada por diversas vezes, sendo lavrados diversos Termos, tais como Termo de Início de Procedimento Fiscal, Termo de Intimação Fiscal, Termo de Constatação Fiscal e Termo de Verificação Fiscal TVF.

Da análise de toda a documentação coletada ficou constatado que o sujeito passivo incorreu em infrações a dispositivos e normas legais pertinentes ao SIMPLES NACIONAL e demais dispositivos legais aplicáveis. Em decorrência disso, a empresa foi, na data de 20/02/2013, excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL – Exercício 2010, ano-calendário 2009, através do Ato Declaratório Executivo – ADE n.º 7 da DRF/Varginha/MG, sendo cientificada do mencionado ADE em 25/02/2013, conforme Aviso de Recebimento – AR (DOC 44 e 45).

Em razão disso, para o ano-calendário 2009, conforme opção da contribuinte (DOC 40 – Fls. 03), o lançamento se deu pelo Lucro Presumido, tendo como fundamentação legal os arts. 32, 34, 35 e 37 da Lei Complementar n.º 123/2006, o art. 42 da Lei n.º 9.430/96, e o *caput* e parágrafos 1º e 2º, inciso I, do art. 849 do Decreto n.º 3.000/99 (RIR/99).

Feito isso, passou a tratar dos acréscimos legais devidos, dentre os quais majoração de alíquotas, multa e juros de mora aplicáveis.

Mais a frente tratou da sujeição passiva solidária, com fundamentação legal nos arts. 124, 135, inciso III, e 137, inciso I, todos do CTN.

Por derradeiro, faz um breve relato da Representação Fiscal p/ Fins Penais e do Arrolamento de Bens e Direitos efetuados, para depois proceder à conclusão.

A contribuinte, por sua vez, após um breve relato dos fatos, em síntese, assim se defende:

...

A Impugnante pretende demonstrar que os créditos que ingressaram em suas contas correntes no ano-calendário de 2.009 foram provenientes de intermediação de negócios.

No entanto, diante da impossibilidade de apresentação dos documentos conforme se verificou no trâmite do presente procedimento fiscalizatório, a impugnante demonstrará que o arbitramento levado à cabo pela Auditora fora extremamente subjetivo, não respeitando os ditames legais que regulam a matéria.

Noutro norte, a Impugnante se resguarda no direito de demonstrar a veracidade de suas alegações, através de todos os meios de prova admitidos em direito, seja em sede administrativa ou judicial. No entanto, ante à imprevisibilidade existente no Decreto 70.235/72, que

só contempla provas documentais, rebaterá a Impugnante item a item, as imputações que lhe foram lançadas.

...

A **Impugnante** é empresa comercial de produtos agropecuários e possui como atividade principal Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral com Predominância de Insumos Agropecuário e desta forma seu **CNAE principal é 4692300**, mas também opera em outras atividades dentre as quais Representantes Comerciais e Agentes do Comércio de matérias primas agrícolas e animais vivos e cujo **CNAE secundário é 4611700** e ainda trabalha com o Transporte Rodoviário de Carga cujo **CNAE secundário é 4930201**.

Com estes objetivos, a **Impugnante** além de sua atividade principal realiza intermediação de venda de produtos agropecuários.

Durante o ano calendário de 2009 a Impugnante realizou diversas intermediações de venda, e apesar do produto não lhe pertencer o numerário ingressava em sua conta corrente para posterior repasse aos proprietários da mercadoria, **com o ganho de comissão**.

Quando uma pessoa interessada desejava vender seu produto, a **Impugnante** efetuava a intermediação, oferecendo a mercadoria para diversos compradores, e, na concretização da compra e venda, a nota fiscal era emitida diretamente para o adquirente e, posteriormente, a **Impugnante** recebia o valor total do lote vendido em suas contas corrente, mas antes de fazer a remessa da quantia ao produtor, equivalente ao preço do produto, deduzia a comissão contratada, e, em alguns casos o valor do transporte da mercadoria e demais despesas inerentes à intermediação realizada (contratada pelos vendedores).

Os valores que ingressaram nas contas correntes da Impugnante a título de recebimento da operação havida entre o vendedor e o comprador foram efetivamente repassados a seus legítimos donos, **não permanecendo como quer fazer crer o Auto de Infração que lhe fora imposto, em sua posse**.

Não pode a Fiscalização pretender tributar como "renda" valores que ingressaram nas contas correntes da Impugnante, quando essas mesmas quantias tiveram outro destino, ou seja, foram repassadas aos produtores que delas faziam jus.

A Impugnante funcionava apenas como um elo que interligava vendedor e comprador.

Ora, na condição de **empresa atuante no mercado agrícola, vários eram os negócios realizados dia-a-dia, entre produtores, comerciantes, destinatários industriais de mercadorias**.

E atuava a Impugnante interligando esses vários componentes da cadeia produtiva, no entanto, operando nessas condições como intermediária que ganhava comissão pelos negócios consumados entre um (vendedor) e outro (comprador).

É certo que detinha confiança dos vendedores que visualizavam sua sólida atuação no mercado, e por essa razão, os créditos provenientes desta operação de compra e venda promovida entre terceiros acabavam por ser lançados em suas contas correntes.

No entanto, é óbvio que não se apoderava das somas em dinheiro que eram tão somente creditadas em suas contas correntes.

Quando as quantias ingressavam como pagamento dos produtos intermediados cabia a Impugnante, proceder ao desconto de sua comissão ajustada e outras despesas eventuais, sendo certo que o valor principal (devido em virtude da venda do produto) era destinado ao seu legítimo dono.

Eméritos Julgadores, se todo o valor que ingressara em conta corrente da Impugnante lhe pertencesse, a empresa se tornaria uma megapotência no mercado agrícola.

No entanto, a situação é outra, muito diversa da visualização que lhe deu o Auto de Infração imposto.

*É que, como todo o negócio tem seus ápices e suas quedas, a empresa, apesar da confiança que os produtores ainda lhe depositavam, foi perdendo mercado para outros concorrentes, e foi **minguando-se o número de negócios que realizava.***

Tal situação de retrocesso econômico atingiu não só o setor de intermediação de onde a Impugnante extraía resultados para custear as suas inúmeras despesas, mas também, atingiu o seu setor comercial e de transporte.

*Diante desse contexto, em que as despesas passaram a exibir mais dígitos que as receitas, **outro caminho não teve à Impugnante senão fechar suas portas.***

Ora, seria crível que com a soma em dinheiro, que segundo a Auditora teria sido creditada em sua conta corrente no ano de 2.009, uma empresa com resultados financeiros dessa envergadura viesse a fechar as portas??

Seria inacreditável que tal circunstância ocorresse, já que os valores que de fato entraram em sua conta corrente foram robustos, mas que de direito não lhe pertenciam e foram repassados a quem lhes fazia jus.

À Impugnante, que somente intermediava a operação, cabia-lhe muito pouco: a módica comissão ajustada com o proprietário do produto a ser vendido, e que era descontada da soma integral recebida do comprador quando o valor lhe era depositado.

*Portanto, e, julgadores, há que se considerar para todos os fins que coube à Impugnante nos valores que ingressaram em suas contas correntes no ano de 2.009, **um percentual variável entre 2% e 3%, que era normalmente a comissão ajustada entre o vendedor do produto e o adquirente deste.***

Pretender que a empresa tenha se apoderado de todas as quantias que lhe foram creditadas é absurdo e não representa sua atual condição de ex-empresa, com portas fechadas, e sem qualquer possibilidade de retorno ao mercado agropecuário.

Ora, sendo a Impugnante apenas uma Intermediária dos depósitos que lhe ingressavam na conta, tem aplicação a legislação abaixo invocada:

...

Cita o §5º do art. 42 da lei n.º 9.430/96 para dizer que:

...

Assim, não tendo permanecido os valores nas contas corrente da Impugnante, razão não há para que seja tributada pelo excesso, mas somente pelo percentual variável entre 2 e 3%, que era efetivamente os percentuais que recebiam como comissão pela intermediação dos negócios.

...

Em seguida, a interessada protesta contrariamente à exclusão do Simples Nacional, dizendo que se tivesse sido notificada à época, 2010, certamente seria possível comprovar a origem dos créditos, já que a empresa ainda estava em funcionamento. Entende que, como o desfecho da apuração somente agora ocorreu em 2013, não poderia a Fiscalização impingir a empresa às multas estratosféricas a que alude o auto de infração.

Informa ainda a impugnante que, no que concerne ao Arrolamento de Bens e Direitos realizado, já combateu os argumentos deste em impugnação apartada.

Dito isso, passa a tecer comentários sobre a cláusula Mandato.

Finaliza pugando contra o lançamento efetuado e a multa aplicada no percentual de 75%, alegando, com relação a esta última, ofensa ao princípio constitucional do não confisco, citando a Constituição Federal e jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Os responsabilizados pelo crédito tributário constituído, sujeitos passivos solidários, apresentaram impugnações em separado da empresa autuada, valendo-se de seu direito de defesa conferido constitucionalmente.

O **Sr. Sílvio de Souza Filho**, após um breve relato dos fatos, preliminarmente, requer a **nulidade** do Termo de Sujeição Passiva Solidária – TSPS, por ausência de motivação do ato administrativo. Nessa linha de argumentação, entende que a sujeição passiva tributária, como elemento essencial do lançamento, subordina-se ao princípio da legalidade estrita. Sendo assim, o referido TSPS há que ser analisado à luz da legislação e não a meros ‘achismos’ da fiscalização. Entende que o princípio da motivação obriga a autoridade administrativa a indicar as razões, quais foram os fatos, qual é o fundamento de direito, qual o resultado almejado, em suma, a autoridade vai dar a justificativa do ato. Aduz ainda que não se poderia aceitar que os fundamentos do ato administrativo deixem de constar em seu bojo, já que o ato é dirigido ao impugnante e a situação deve ser avaliada em relação à sua pessoa, não de forma genérica como se vê no indicado item 4 do TVF. Assim, a decisão que atribui sujeição passiva por responsabilidade deve ser adequadamente motivada e fundamentada, não apenas em relação à norma jurídica, mas em relação especialmente ao preenchimento dos requisitos de fato para a aplicação de tal norma. Não pode o contribuinte ou o

responsável solidário depender de presunções e ficções em relação à motivação de sua inclusão no polo passivo da obrigação. Tais presunções são inadmissíveis, pois por vezes impõe ao autuado deveres probatórios ontologicamente impossíveis, irrazoáveis e desproporcionais. Aduz que o art. 135 aponta as seguintes situações para os atos praticados pelo sócio administrador: “... **resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**”. O apontamento genérico que o impugnante era sócio/sócioadministrador da empresa, por si só, não esclarece a motivação do ato administrativo de lavratura do TSPS, o qual deveria estar embasado em atos irregulares na prática da administração, atos este que devem ser dolosos e reais, jamais presumidos.

Conclui dizendo que o ato jurídico administrativo não aponta a situação de fato que nos leva a reconhecer o motivo para sua consecução pela autoridade fiscal, devendo ser declarado nulo o referido Termo; meritoriamente, o Sr. Sílvio de Souza Filho alega que, independentemente do cargo ocupado na administração, nunca foram praticados atos com excesso de poder ou mesmo com infração de lei, pelo que entendem indevida a autuação da pessoa física do sócio, pois esta não se confunde com a personalidade jurídica da empresa.

Após isso, passa a arrazoar sobre os arts. invocados pela fiscalização, arts. 124, 135, inciso III, e 137, inciso I, todos do CTN.

Depois de concluir pela exclusão da fundamentação jurídica o art. 124 do CTN, passa a analisar os ditames do art. 135. Entende que embora indicado como fundamento legal para a responsabilização efetuada, a fiscalização o fez apenas formalmente, sem apontar em suas razões qualquer motivação em relação aos requisitos de fato para a aplicação da norma. Dessa forma, para ele o fundamento utilizado para a lavratura do TSPS foi unicamente o alegado “**interesse comum**”, já que não há indicação de atos previstos no caput do art. 135.

Em seguida, passa a tratar do tema ‘Da legitimidade para atribuir responsabilidade a terceiro’, citando jurisprudência do então Conselho de Contribuintes.

Finaliza o Sr. Sílvio de Souza Filho suscitando o total descabimento da aplicação do art. 137 do CTN ao caso, porquanto, como já demonstrado, não agiu de forma a lhe incidir o art. 135 e não houve qualquer ato ilícito, irregularidade, na gestão da empresa.

O **Sr. José Dias**, preliminarmente, requer a **nulidade** do auto de infração, principalmente no tocante à total inexistência de justa causa para a sua lavratura contra o Impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude. Cita o inciso II do art. 5º de nossa Constituição Federal e o art. 135 do Decreto n.º 70.235/72 (provavelmente, do CTN), para depois mencionar o princípio da legalidade tributária. Aduz ainda o seguinte:

...

Por outro lado, também nota-se com clareza, que no Termo de Sujeição Passiva, a ilustre auditora fiscal, para tentar impor ao Impugnante, a qualidade de responsável solidário, refere-se à Cláusula 4a da Alteração Contratual, datada de 17/11/2009, constante às fls. 425/426 dos autos.

E importante salientar que os tributos discutidos no presente procedimento fiscal, referem-se tão somente ao Ano-Calendário de 2009, ou seja, a produção do ato contratual retro mencionado, deu-se

tão somente no final do referido Ano-Calendário.

Portanto, em uma simples confrontação entre o que determina o artigo 135, do Decreto 70.235/72 e a fundamentação produzida pela auditora fiscal no presente Auto de Infração, constata-se uma total dissonância entre a lei e o fato concreto.

...

Portanto, por ser nula a exação, não há como prosperar a pretensão da auditora fiscal, quer pela falta de justa causa para a instauração da ação fiscal, quer pela impropriedade de que está revestido o ato formal, ante o total desrespeito para com as garantias constitucionais, principalmente ao Princípio da Legalidade.

...

Alega ainda o Sr. José Dias **ilegitimidade passiva**, porquanto, à época dos fatos, ano-calendário 2009, era sócio minoritário da empresa, conforme docs. anexos. Assim arrazoa:

...

O Impugnante era, à época dos fatos objeto do presente Auto de Infração, qual seja, Ano-Calendário 2009, sócio minoritário da empresa contribuinte e ora autuada, conforme pode-se extrair dos atos contratuais já presentes nos autos, e junta-se novamente.

Ainda, para configurar a total ilegitimidade passiva ao Impugnante, podemos nos reportar aos documentos apresentados pelo Banco Bradesco, mais especificamente o Cadastro de Clientes.

Nota-se que nos mencionados documentos o Banco Bradesco apresenta as pessoas autorizadas a movimentar as contas correntes n.ºs. 6.6060 e 15.9263, ambas da agência 1.7868 (AlfenasMG), e de titularidade da empresa JS Comércio Representações e Transportes Ltda.

*Tais documentos são claros em cadastrar o Impugnante tão somente como **sócio** e o outro sócio é cadastrada na qualidade de **sócio e diretor**.*

Mais importante, ainda, é destacar que os poderes constantes dos mencionados documentos foram destinados tão somente ao sócio Silvio de Souza Filho e Ana Cristina Esteves Dias de Souza, e tais poderes são os seguintes:

*Emitir e endossar cheques contra bancos
Sacar, aceitar, endossar e avalizar Letras de Câmbio
Emitir, endossar e avalizar Notas Promissórias
Endossar e caucionar Conhecimentos Ferroviários
Assinar contrato de Caução e Penhor
Assinar correspondência em geral e de responsabilidade
Vender, hipotecar e adquirir imóveis
Substabelecer
Receber quaisquer quantias e dar recibos e quitações
Transigir – Endosso em Warrants e conhecimentos de depósitos
Assinar ordens de café ou de mercadorias
Entrega de título franco de pagamento
Emitir, avalizar e endossar duplicatas*

Assinar por chancela mecânica para cobrança

É importante ressaltar que os hipotéticos fatos geradores, em sua maior parte referem-se às contas corrente mantidas no Banco Bradesco, sob as quais, conforme documentos por estes fornecidos, o Impugnante sequer tem qualquer forma de controle.

Como se vê, os fatos econômicos ora em apreço não poderiam ter sido praticados pelo Impugnante, visto não ter poderes para tal.

...

Posteriormente, o Sr. José Dias arrazoa sobre o interesse comum, citando posicionamento doutrinário de Hugo de Brito Machado sobre Responsabilidade de Terceiros e jurisprudência do STJ.

- meritoriamente, o Sr. José Dias, após um breve relato dos fatos, alega a ocorrência de vícios materiais do auto de infração, porquanto entende “... *que a movimentação financeira de suas contas corrente, em verdade e em sua grande parte, jamais foi uma forma de receita, mas sim, uma mera movimentação do dinheiro do cliente para o fornecedor*”. Depois passa a tecer comentários sobre a atividade de Representação Comercial, citando, inclusive, decisões do então Conselho de Contribuintes.

Questiona a base de cálculo do auto de infração, porquanto entende que os valores recolhidos aos cofres públicos a título de ICMS/ISS jamais poderão ser considerados faturamento/lucro da empresa.

Solicita ainda o Sr. José Dias a produção de prova na modalidade pericial contábil, indicando perito e quesitos.

Por fim, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a perícia contábil, protestando desde logo pela apresentação de quesitos suplementares, bem como pela juntada de novos documentos.”

O acórdão recorrido rejeitou as impugnações apresentadas pela Contribuinte e pelos responsáveis pessoas físicas citados pelos fundamentos sintetizados na ementa acima transcrita.

Em sede de recurso voluntário, a pessoa jurídica (Contribuinte) e responsável solidário reproduzem suas alegações de impugnação, especialmente, **(a) quanto ao recurso interposto pela Contribuinte**, (i) à nulidade da decisão de primeira instância por não tratar da questão relativa à “cláusula mandato” alegada em impugnação e que justificaria o desenvolvimento da atividade de representação comercial; (ii) à improcedência da acusação de omissão de receitas nos anos-calendário de 2008 e de 2009, pois a Contribuinte teria auferido receitas da intermediação de negócios com produtores rurais, no montante de 2% ou 3% do valor das transações realizadas, sendo que os depósitos bancários que serviram de base para os lançamentos representariam meros ingressos (e não receita tributável); (iii) à improcedência da exclusão do Simples Nacional para o ano-calendário de 2010, ante o fato de a RFB não ter procedido à investigação da pretensa excesso de receitas no ano-calendário de 2009; (iv) à improcedência da multa de ofício, ante o alegado caráter confiscatório respectivo; e **(b) quanto ao recurso interposto pelo Sr. José Dias**, (i) à ilegitimidade passiva para responder pelos créditos tributários lançados, por ser mero sócio-minoritário (e não dirigente da Contribuinte); (ii) à nulidade dos lançamentos pelo fato de a Fiscalização não ter demonstrado adequadamente

a hipótese de presunção aplicada no caso, especialmente se considerada a demonstração, pela Contribuinte, da natureza das atividades por ela desenvolvidas; e **(c) quanto ao recurso interposto pelo Sr. Sílvio de Souza Filho**, (i) à improcedência da imposição de sujeição passiva, ante a falta de comprovação, pela Fiscalização, das hipóteses de responsabilização previstas em lei.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho

Os recursos voluntários são tempestivos e interpostos por parte legítima, pelo que deles tomo conhecimento.

(a) Recurso Voluntário da Contribuinte

Conforme salientado em sede de Relatório, a Contribuinte suscita *preliminar de nulidade do acórdão recorrido* sob o fundamento de que este (acórdão) teria deixado de examinar relevante questão relacionada à “cláusula mandato” celebrada entre a Contribuinte e produtores rurais, cuja qual teria o condão de demonstrar o desenvolvimento da atividade de intermediação de negócios pela Recorrente.

A preliminar merece ser rejeitada.

A questão relacionada à alegada existência de “cláusula mandato” entre a Contribuinte e produtores rurais foi tratada pela própria Recorrente no contexto de comprovar o desenvolvimento da atividade de intermediação de negócios no ano-calendário de 2009 e a conseqüente origem de suas receitas no período assinalado.

A alegação da Contribuinte sobre a natureza de suas atividades foi refutada pelo acórdão recorrido por dois fundamentos distintos, quais sejam: (a) o não enquadramento da conduta da Contribuinte ao tipo contratual “representação comercial” (agência ou distribuição); e, especialmente, (b) à completa ausência de elementos de prova que pudessem confirmar os fatos alegados pela Contribuinte em sua impugnação.

Como é até intuitivo, tais considerações tornaram despicienda a análise da questão relativa à existência de “cláusula mandato” entre a Contribuinte e produtores rurais que seriam por ela (Contribuinte) representados, pois, ainda que tal fato estivesse comprovado nos autos, o que não está, mas se admite apenas para fins de mera argumentação, a ausência de demonstração da realização efetiva de operações de intermediação seria suficiente, de per si, para demonstrar a procedência dos lançamentos, considerado o fato de se estar diante de hipótese de presunção legal de omissão de receita na forma em que trata o art. 42 da Lei n. 9.430/96.

Em outros termos, ainda que fosse procedente a alegação de que a Contribuinte teria firmado contratos de mandato com produtores rurais, o que, se repita, não está demonstrado no processo, tal circunstância não afastaria o ônus da Contribuinte de

demonstrar, operação a operação, a ocorrência efetiva de intermediação (com indicação precisa dos ingressos, comissões e repasses respectivos), ante a presunção legal de omissão de receitas na hipótese de depósitos bancários mantidos em conta corrente cuja origem não é comprovada pelo contribuinte.

Rejeita-se, portanto, a preliminar suscitada.

No mérito, o recurso não merece melhor sorte.

Após a edição da Lei n. 9.430/96 (art. 42), não se contesta em seara administrativa a legitimidade do procedimento fiscal de presumir a omissão de receitas ou rendimentos tributáveis quanto a valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida perante instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem respectiva. Nesse sentido, é a remansosa jurisprudência dessa Corte, *verbis*:

Número do Recurso: [139536](#)
Câmara: OITAVA CÂMARA
Número do Processo: 13808.005672/2001-57
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ
Recorrente: PLAYCENTER S.A.
Recorrida/Interessado: 10ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Data da Sessão: 10/08/2005 00:00:00
Relator: José Carlos Teixeira da Fonseca
Decisão: Acórdão 108-08430
Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

Ementa: IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – OCORRÊNCIAS ANTERIORES A 1997 – A presunção legal de omissão de receitas nos casos de depósitos bancários de origem não comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, só produz efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997, conforme disposto no artigo 87 deste mesmo diploma legal.

No mesmo sentido:

Número do Recurso: [144253](#)
Câmara: QUINTA CÂMARA
Número do Processo: 10875.000137/2004-61
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ E OUTROS
Recorrente: HIKARI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP
Data da Sessão: 22/02/2006 01:00:00
Relator: José Carlos Passuello
Decisão: Acórdão 105-15528
Resultado: DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE
Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - PRELIMINAR DE NULIDADE - Não é nulo o lançamento apoiado em valores de depósitos bancários cuja intimação para comprovação foi devidamente formalizada e que constam de anexo ao termo de constatação, somente por não ter havido ciência individual na planilha que os demonstra, mas tendo firmada a expressa ciência, tanto nas intimações quanto no termo de constatação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS - O artigo 42 da Lei nº 9.430/96 erigiu em legal a antiga presunção simples de que a falta de comprovação da origem de recursos depositados em conta bancária do contribuinte, objeto de expressa intimação para sua comprovação, o que não logrou fazer ou mesmo tentar, reflete omissão de receitas. (...)

Conforme se constata do Termo de Verificação Fiscal que acompanha os autos de infração (fls 63 e seguintes), a Fiscalização encaminhou à Contribuinte intimação específica para que esta prestasse esclarecimentos e apresentasse documentos relativos à matéria tributada, na qual detalhou as operações (depósitos/créditos bancários) que estavam sendo consideradas para fins de incidência tributária e cuja origem deveria ser comprovada pela Contribuinte para ilidir os lançamentos.

Em resposta a tal intimação, a Contribuinte não logrou comprovar a origem dos valores depositados/creditados em contas bancárias de sua titularidade. Ante a falta de tal comprovação, legítima a imposição fiscal.

Não socorre à Contribuinte a alegação de que teria realizado operações de intermediação de negócios no período assinalado, razão pela qual os depósitos respectivos em sua conta corrente não poderiam ser considerados “receita”, mas “ingressos” em suas contas bancárias sem efeito patrimonial.

De fato, para que fosse afastada a presunção legal de omissão de receita acima referida, seria de rigor que a Contribuinte fizesse a comprovação da realização efetiva da intermediação de negócios, demonstrando, operação a operação, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos ingressos, os pagamentos aos seus clientes e a comissão correspondente em um intervalo de tempo razoável para essa espécie de negócio. Não merece reparos a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que:

“para justificar as operações realizadas, a contribuinte deveria relacionar seus clientes/fornecedores, notas fiscais, correlacionar suas operações aos respectivos pagamentos das operações realizadas em suas contas bancárias e o seu correspondente envio aos clientes, bem como o posterior depósito da comissão/contraprestação auferida pelas respectivas intermediações efetuadas, dentre outras despesas (devidamente registradas no livro Caixa), observando ainda um intervalo mínimo de coincidência de datas e valores entre os ingressos e saques nas suas contas correntes, isso tudo mediante a apresentação de documentação hábil e idônea a lastrear as correspondentes operações, o que não foi feito em momento algum.

Em não fazendo tal demonstração, a alegação da Contribuinte cede espaço ao exposto texto da Lei n. 9.430/96, art. 42.

Ratificada a acusação de omissão de receitas, impõe-se reconhecer a *procedência da exclusão do Simples Nacional* para o ano-calendário de 2010. O fato de a Contribuinte não ter sido intimada a comprovar a natureza de suas operações e a origem de suas receitas no próprio ano de 2009 ou no ano subsequente não afasta o direito do Fisco de investigar, em 2013, a apuração de tributos da contribuinte no ano-calendário de 2009 (e, se o caso, cobrar o crédito tributário que identificar). Para tanto, está previsto, no CTN, o prazo decadencial quinquenal. Inerente ao poder/dever de investigação do Fisco está o dever do Contribuinte de manter a guarda de sua contabilidade e dos documentos que a instrui enquanto não decorrido citado prazo decadencial.

Por fim, a multa de ofício aplicada ao caso tem expressa previsão legal (Lei n. 9.430/96, art. 44), cuja inconstitucionalidade (sob alegada violação ao princípio do não confisco) não pode ser reconhecida em seara administrativa, a teor da Súmula/CARF n. 2. Verbis:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Nega-se provimento, pois, ao recurso voluntário da Contribuinte.

(b) Recurso Voluntário dos Responsáveis Tributários Sr. José Dias e Sr. Sílvio de Souza Filho

Os recursos voluntários interpostos pelos Srs. Responsáveis Tributários também não merecem acolhimento.

Quanto à particular alegação de ilegitimidade passiva do Sr. José Dias, conforme bem reconhecido pelo acórdão recorrido, no ano-calendário de 2009, o Sr. José Dias não era apenas sócio-minoritário da Contribuinte, mas também seu administrador, conforme fazem prova a Ficha Cadastral da Junta Comercial e do Banco do Brasil e, especialmente, a Cláusula Quarta do Contrato Social datado de 01.05.2007 (fls. 14), do seguinte teor, contra a qual o Responsável Tributário não se insurgiu em seu recurso, *verbis*:

“A administração da sociedade cabe aos sócios SILVIO DE SOUZA FILHO e JOSÉ DIAS, com poderes e atribuições de administrarem os negócios sociais, podendo assinar quaisquer documentos em conjunto ou separadamente, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto em atividades estranhas aos interesses sociais ou assumirem obrigações seja em favor de qualquer dos cotistas ou de terceiros, bem como onerarem ou alienarem bens imóveis da sociedade sem autorização do outro sócio”.

No tocante à legitimidade passiva de ambos os administradores, a hipótese de **infração à lei** de que trata o art. 135, III do CTN - citado nos Termos de Sujeição Passiva - encontra-se adequadamente demonstrada pela Fiscalização nos autos, ante (a) a comprovada omissão de receitas decorrente da diferença entre os valores declarados ao Fisco e os valores movimentados nas contas correntes da Contribuinte, acima reconhecida; e (b) a ausência de **adequada escrituração contábil e fiscal da pessoa jurídica, de realização obrigatória na forma da**

legislação tributária e comercial. Por oportuno, diga-se que, no caso, não se discute a sujeição passiva solidária entre a Contribuinte e seus administradores, pelo fato incontroverso de a Contribuinte ter encerrado suas atividades no ano-calendário de 2012.

Por fim, a alegada nulidade dos lançamentos merece ser rejeitada, pois a Fiscalização demonstrou adequadamente o fato indiciário de omissão de receitas de que trata o art. 42 da Lei n. 9.430/96, não aproveitando à defesa dos Responsáveis a alegação de desenvolvimento de atividades comerciais de intermediação de negócios, ante a ausência de comprovação nesse sentido. Não há que se falar em aplicação ao caso do art. 112 do CTN, ante o fato de não haver dúvida no caso sobre a aplicação da legislação tributária.

Por tais fundamentos, orienta-se voto no sentido de conhecer dos recursos voluntários interpostos para rejeitar as preliminares de nulidade neles suscitadas e, no mérito, negar-lhes provimento.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Guidoni Filho