



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

Processo n° 10665.000563/2009-84
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.593 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2017
Matéria Auto de Infração
Recorrente GLAUCIANE MARIA DE SOUSA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2004, 2005

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte. Descabe a alegação de nulidade quando não existirem no processo atos insanáveis, ainda mais quando comprovado que a autoridade lançadora observou, durante os trabalhos de auditoria, os procedimentos previstos na legislação tributária.

ARBITRAMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. CABIMENTO.

A não apresentação, pela interessada, dos livros previstos pela legislação ou de qualquer outro documento para o qual tenha sido devidamente intimada, exige a adoção dos procedimentos previstos no artigo 530 do Decreto n. 3000/99, que trata das hipóteses de arbitramento.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL. INEFICÁCIA.

Para a comprovação de seus argumentos, deve o recurso ser instruído com todos os documentos e provas necessários. Meras alegações, desacompanhadas dos documentos comprobatórios, não são suficientes para infirmar a procedência do lançamento efetuado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PESSOA FÍSICA. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA.

As pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou

comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços, equiparam-se à pessoa jurídica, e devem inscrever-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

A multa de ofício possui base legal e tem como fundamento o artigo 44 da Lei n. 9.430/96, devendo ser aplicada quando apurada falta ou insuficiência de recolhimento do imposto.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECORRÊNCIA. MULTA QUALIFICADA DE 150%. CABIMENTO.

Quando as provas carreadas aos autos pelo Fisco evidenciam a intenção dolosa de evitar o conhecimento da ocorrência do fato gerador, pela prática reiterada de desviar receitas da tributação, cabe a aplicação da multa qualificada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São solidariamente obrigadas as pessoas que comprovadamente atuaram, com infração à lei, na administração da sociedade, ainda que de fato ou irregular.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS, COFINS E CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplicam-se ao PIS, à COFINS e à CSLL, por relação de causa e efeito, os mesmos fundamentos do lançamento primário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2004, 2005

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. NECESSIDADE.

A perícia só se faz necessária quando o procedimento for essencial para a compreensão dos fatos e o convencimento dos julgadores. Quando ausentes tais requisitos, ante a comprovação de que constam dos autos elementos suficientes para a resolução da controvérsia, deve o pedido ser indeferido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR provimento aos recursos voluntários, vencido o Conselheiro José Carlos, que lhes dava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, Luiz Paulo Jorge Gomes e José Carlos de Assis Guimarães.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração lavrados em decorrência de omissão de receitas, nos anos-calendário de 2004 e 2005, para exigência do IRPJ e reflexos, com multa qualificada de 150% e demais acréscimos legais.

A questão fática debatida nos autos é bastante extensa e foi assim descrita no relatório da decisão ora recorrida, com excertos retirados do Termo de Verificação Fiscal (grifos no original):

Em síntese, os fatos mais relevantes são os seguintes:

A - As contas bancárias mantidas na Caixa Econômica Federal (CEF) e na Credipeu em nome de Glauciane Maria de Sousa foram movimentadas para efetuar operações de empréstimos a terceiros, tendo como financiador (emprestador) Glauciane e/ou Jamir de Souza Machado.

B - Essas contas bancárias eram movimentadas com assinaturas da correntista Glauciane ou seus procuradores, muito embora o Sr. Jamir também possuísse procuração específica e ampla para movimentar essas contas. Na realidade, as movimentações dessas contas atendiam aos interesses da correntista e do Sr. Jamir, não sendo possível identificar a propriedade dos recursos de cada um, embora Glauciane nunca tenha demonstrado condições econômicas e financeiras para movimentar e possuir tais recursos, conforme dados das Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física. Assim sendo, pela falta de informação das partes, foram rateados proporcionalmente aos dois utilizadores dos benefícios das contas bancárias, os créditos bancários sujeitos à comprovação e caracterizados como omissão de receita nos termos do art. 42 e seus parágrafos da Lei nº 9.430, de 1996, principalmente os parágrafos 5º e 6º, incluídos pela Lei nº 10.637, de 2002.

C - Essas operações de empréstimos são atividades de pessoas jurídicas e sujeitam o responsável à inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas CNPJ, voluntariamente ou de ofício.

D - As operações deverão ser escrituradas, com base em documentos, obedecidas as demais normas de controle e autorizações do Banco Central do Brasil (Bacen) estabelecidas pela Lei nº 4.595, de 1964. A tributação dessa atividade é pelo regime do lucro real ou pelo lucro arbitrado.

E - Glauciane foi intimada várias vezes, não tendo apresentado nenhum documento ou escrituração, o que motivou o arbitramento do lucro. A tributação é feita com a base apurada em cada tipo de origem dos créditos, quando identificados, ou pelo arbitramento com aplicação do maior percentual relativo às atividades desenvolvidas, quando não é possível apurar cada atividade em separado, sobre os créditos relacionados com os valores dos empréstimos pagos pelos clientes, conforme preceituam os arts. 841 e 845 c/c art. 530, incisos I, III e VI, arts. 532, 533 e 537 e seu parágrafo único do RIR/1999.

F - A multa de ofício cabível é de 150%, tendo em vista: o montante omitido; a ocorrência, smj, de sonegação, fraude e conluio; o exercício de atividades financeiras sem autorização do Bacen.

Em decorrência da omissão de receitas, também foram lavrados os autos de infração abaixo especificados, cujos valores indicados representam o montante da contribuição lançada, multa de ofício de 150% e juros de mora calculados até 31/03/2009, abrangendo fatos geradores compreendidos nos exercícios de 2005 e 2006:

- Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) - R\$ 376.982,64 - fls.14/25;**
- Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - R\$ 2.319.896,27 - fls. 26/37;**
- Contribuição Social s/ Lucro Líquido (CSLL) - R\$ 623.602,66 - fls. 38/49.**

O Termo de Encerramento foi juntado às fls. 51/52, enquanto o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 001 foi anexado às fls. 53/55, no qual constam arroladas como responsáveis solidários as pessoas físicas Glauciane Maria de Sousa e Jamir de Souza Machado.

No TVF anexado às fls. 56/85, foram relatados os procedimentos fiscais, com destaque para a ciência do Termo de Início de Ação Fiscal, as intimações expedidas, além das respostas e documentos apresentados pelo contribuinte.

Foi feita ainda a análise da documentação bancária, consubstanciada nos demonstrativos fiscais de apuração de fls. 86/181 (Anexos 1 a 3), contendo a motivação para a equiparação da pessoa física como pessoa jurídica em razão da atividade desempenhada pelo contribuinte, nos casos especificados, além das justificativas para o arbitramento do lucro e para a qualificação da multa de ofício aplicada ao lançamento.

Constam também registros acerca da formalização da Representação Fiscal para Fins Penais, da lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária e sobre o arrolamento de bens e direitos.

Os demais documentos que fundamentam a exigência fiscal constam das fls. 182/1661. Consoante despacho de fl. 1662, o competente processo de representação fiscal para fins penais foi formalizado sob nº 10665.000567/2009-62.

Glauciane Maria de Sousa e Jamir de Souza Machado foram cientificados do lançamento em 06/05/2009, conforme Aviso de Recebimento - AR (doc. fls. 1663 e 1668).

Às fls. 1664/1667 e 1669/1676 consta solicitação de cópia de documentos e pedido do contribuinte, com o registro de deferimento da autoridade competente, a respeito de dilação de prazo para impugnação.

Glauciane Maria de Sousa, por intermédio de seus procuradores, apresentou a impugnação em 05/06/2009, anexada às fls. 1677/1895, cujo resumo se passa a explicitar.

I. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A impugnante sustenta a tempestividade da impugnação tendo ressaltado que recebeu, via carta com AR, o Auto de Infração ora impugnado no dia 06/05/2009 (quarta-feira).

Assim, a contagem do prazo de 30 dias se iniciou no dia 07/05/2009 (quinta-feira), findando no dia 05/06/2009.

II. DOS FATOS

A impugnante faz referência às intimações fiscais expedidas, tendo destacado que envidou esforços na tentativa de obter os documentos e informações solicitadas.

Nesse sentido, ressalta que entendeu abusiva a conduta da fiscalização na obtenção dos extratos bancários e, em relação aos termos fiscais especificados, dá ênfase às providências tomadas e aos esclarecimentos prestados no curso da ação fiscal, inclusive no tocante a aspectos acerca das operações mantidas com Jamir e das procurações outorgadas.

Apresentou-se, portanto, a descrição pormenorizada dos fatos, necessária pela conduta da fiscalização, que distorceu alguns fatos ocorridos no curso do procedimento fiscal, principalmente em relação à acusação de que a impugnante não estaria colaborando com a fiscalização.

Outrossim, todos os pedidos de dilação de prazo requeridos foram feitos devidamente justificados, bem como foram realizados no intuito de se obter as informações necessárias junto às instituições bancárias, o que, posteriormente, não se mostrou viável em sua plenitude.

Ressalta-se, por outro lado, que a RFB poderia ter solicitado tais informações utilizando de suas prerrogativas, mas preferiu não fazê-lo, donde se conclui que a impugnante colaborou sim durante todo o procedimento fiscal, contudo a fiscalização não tomou nenhuma providência a fim de permitir a comprovação

das afirmações feitas pela impugnante, preferindo a via mais fácil da presunção e do arbitramento.

Assim, passa a impugnante a demonstrar que a equiparação à pessoa jurídica não se mostra viável no presente caso, bem como a utilização do arbitramento é procedimento incompatível com os autos, uma vez que é possível a apuração do eventual lucro obtido com as operações.

Além disso, ficará demonstrado que a vinculação das operações realizadas pela impugnante a Jamir de Souza Machado decorre de interpretação casuística dos auditores fiscais. Por fim, se concluirá que a aplicação da multa majorada de 150% não se molda ao caso dos autos, todos estes argumentos que resultarão na nulidade do auto de infração, como se passa a demonstrar.

III. DO DIREITO

III.1. Impossibilidade de Equiparação da impugnante à Pessoa Jurídica Instituição Financeira

É totalmente absurda e equivocada a pretensão da Receita Federal em considerar como Instituição Financeira pessoa física que jamais realizou as atividades previstas na legislação (art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964), quais sejam: intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Como se passa a demonstrar, o enquadramento da impugnante como empresa financeira contradiz tudo que foi dito no curso do procedimento fiscal, inclusive no TVF. Afirmou a fiscalização que as operações de empréstimos exercidas pela contribuinte eram atividades comerciais: "as operações de empréstimos, factoring, mútuos e similares, quando habituais são atividades comerciais e/ou civis".

As factoring não são instituições financeiras, nos termos da Lei nº 4.595, de 1964, possuindo, inclusive, tratamento próprio, previsto no art. 58 da Lei nº 9.430, de 1996, para fins de imposto de renda. Assim, tendo sido constatado, no curso da ação fiscal, que a impugnante exercia atividades de "factoring", estranhamente, só no TVF, último ato do procedimento fiscal, os auditores fiscais, depois de afirmar que devem aplicar o maior percentual possível no arbitramento, mudam de idéia.

Essa contradição é evidenciada especialmente quando se considera que os auditores fiscais declaram que pretendem aplicar o maior percentual do arbitramento (45%) próprio das instituições financeiras, enquanto que as factoring, mesmo em caso de arbitramento, estão sujeitas a percentual inferior.

Os mútuos realizados, conforme confirmado pela auditoria fiscal nas inúmeras diligências realizadas, em relação aos mutuários da impugnante, eram praticados por meio da emissão de cheques ou transferências pela impugnante para os mutuários, em troca

de cheques dos mutuários ou de terceiros, ou seja, a impugnante realizava verdadeira troca de títulos, o que enquadra perfeitamente na previsão do art. 58 da Lei nº 9.430, de 1996, que estabelece o conceito de operações de factoring.

Como relatado no procedimento fiscal, a impugnante troca cheques, "pré-datados" para curto ou médio prazo, apresentados pelos mutuários, cheques estes de terceiros, obtidos pelos mutuários certamente em decorrência de vendas mercantis, por recursos à vista.

Considerando que os cheques são direitos creditórios e decorrem de operações mercantis fica caracterizada a operação de factoring, afastando a possibilidade de equiparação à instituição financeira.

III.2. Impossibilidade de exigência de escrituração contábil nos termos do art. 160 do RIR

Como já relatado, a fiscalização equiparou a impugnante à instituição financeira, com base nos arts. 150 e 160 do RIR, contudo o art. 160 não se adequa ao caso dos autos.

Verifica-se que o mencionado art. 160 do RIR/1999 refere-se tão-somente à hipótese de equiparação de pessoas físicas a "Empresas Individuais Imobiliárias" (Capítulo II Seção II), ou seja, atividade absolutamente estranha à atividade desenvolvida pela impugnante.

Conclui-se, assim, que a aplicação do art. 160 do RIR à impugnante é flagrantemente ilegal, pois a norma não se amolda à espécie dos autos.

Logo, todas aquelas consequências que os fiscais querem imputar à impugnante de que haveria obrigação de manutenção de escrituração contábil deve ser afastada. Constata-se, novamente, que a fiscalização deveria ter utilizado de suas prerrogativas legais para requerer as informações necessárias às instituições financeiras, ao invés de pretender imputar à impugnante a responsabilidade por provar o impossível a ela, pois, agora, não resta alternativa senão julgar improcedente o combatido auto de infração.

Frisa-se que o afastamento da aplicação do art. 160 do RIR põe por terra a aplicação do arbitramento, nos termos do art. 530, III do mesmo dispositivo.

III.2.1. Impossibilidade do Arbitramento - Possibilidade de Apuração do eventual Ganho na Atividade de Empréstimo

O suporte legal adotado pelos fiscais para aplicar a tributação com base no arbitramento não merece prevalecer.

Em primeiro lugar, durante todo o procedimento, os fiscais jamais apontaram qual livro precisariam para verificar a regularidade, ou seja, se precisaria do livro caixa, do livro diário, ou qualquer outro.

Em segundo lugar, não se pode negar que outro elemento passível de utilização deve ser considerado, ou seja, no caso aqui em análise os comprovantes de todas as movimentações bancárias - extratos.

Nesse sentido, somente poderia ocorrer o arbitramento do lucro para fins de imposto de renda, quando efetivamente outro meio hábil não possa ser utilizado.

Sendo assim, não se pode olvidar o flagrante equívoco do lançamento fiscal ao desconsiderar os aspectos corretos do caso, que se encontram à disposição da fiscalização. Se ela fez diligência nas Instituições Financeiras para pegar uma série de informações e cópia de documentos, porque não exigiu a apresentação de todos os detalhes da movimentação, se a própria impugnante comprovou que realizou o pedido e não foi atendida.

III.2.2. Vedação à utilização do Arbitramento em Razão da Possibilidade de se apurar o Lucro Real

Ficará demonstrado ainda que é possível a apuração da eventual renda da impugnante pela sistemática do lucro real, determinando-se sua renda efetiva, o que afastaria por completo a possibilidade de utilização do arbitramento. Tal assertiva foi confirmada inúmeras vezes pela própria fiscalização, como, por exemplo, na descrição dos fatos e fundamentos legais do auto de infração, onde afirma: "A forma de tributação desta atividade é o Lucro Real ou na impossibilidade da apuração por esta forma, o Lucro Arbitrado;"

Sem rodeios, a jurisprudência citada demonstra que, ainda que seja o último recurso passível de utilização, não se pode olvidar que a movimentação bancária pode ser importante instrumento para tributação de Imposto de Renda. Em miúdos, para afastar a malfadada tributação de arbitramento, que só tem vez em última instância, até mesmo a sistemática acima apontada pode ser utilizada.

III.2.2.A - Da possibilidade de apuração do ganho obtido nas operações de mútuo - Impossibilidade do arbitramento

Como se constata, não há dúvida de que a movimentação da impugnante decorre das operações de mútuo realizada por esta. Assim, como é notório e presumido, pelo art. 591 do CC/2002, que o mútuo de dinheiro é oneroso, ou seja, incidem juros, deve-se concluir que os juros cobrados pela impugnante são os ganhos (o lucro) obtidos na realização das operações.

Diferentemente do entendimento da fiscalização, sendo as operações de mútuo realizadas através de emissão de cheques, transferências, TEDs e DOCs e do recebimento de Cheques e depósitos, fica evidente que é possível calcular o montante dos empréstimos realizados e, por consequência, aplicar os juros cobrados sobre tal montante para se apurar os ganhos.

Em seguida, a impugnante passa a explicitar o procedimento que tornaria possível a apuração do lucro real, com base nos juros cobrados nas operações de mútuo, afastando por completo a possibilidade do arbitramento.

Para demonstrar a funcionalidade desse método de apuração do lucro real, a impugnante elaborou uma planilha seguindo o passo a passo por ela descrito (documento anexo). Verifica-se, pelo resultado apurado, que o valor obtido é infinitamente inferior aos 45% utilizado na apuração da base de cálculo a partir do equivocadamente arbitramento realizado, distanciando do rendimento real da impugnante e da previsão legal para sua utilização.

Enquanto na apuração pela sistemática do arbitramento a base de cálculo do Imposto de Renda atingiu a vultuosa e surreal quantia de R\$ 38.032.359,19, a apuração com base no lucro real, considerado o valor dos juros cobrados nas operações de mútuo não ultrapassou 5% do valor supra mencionado.

Não espera a impugnante que a planilha apresentada seja aceita como valor definitivo; pelo contrário, a impugnante deseja e requererá que seja realizada perícia técnica para a apuração precisa dos ganhos obtidos através da cobrança de juros nas operações de mútuos, até porque acredita que um técnico poderá colaborar com a certeza esperada de todo procedimento fiscal.

Vale ressaltar que a demonstração, acima explicitada, da forma de apuração da base de cálculo (ganho) do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido deixa claro que os auditores fiscais não primaram pela busca da verdade material.

III.2.2.B. Da possibilidade da apuração do lucro real mediante a consideração das "entradas" como receitas e das "saídas" como despesas, como admitido pela própria fiscalização - Impossibilidade do arbitramento.

A fiscalização, durante o procedimento fiscal, afirmou que "Nas operações de empréstimos, factoring ou mútuo, os pagamentos dos clientes representam as receitas, enquanto que os valores repassados a eles representam os custos."

Sendo assim, pressupondo que a impugnante se equipare a factoring ou mesmo instituição financeira, o que faz para argumentar, os valores recebidos pela impugnante dos mutuários representam a receita, enquanto que os valores emprestados representam os custos, ou seja, as despesas.

Vale ressaltar que os extratos bancários disponibilizados à fiscalização durante o procedimento fiscal podem e devem ser considerados como a própria escrituração fiscal da impugnante, uma vez que todas as operações de mútuo eram realizadas mediante movimentação bancária, sendo que os extratos são o próprio livro caixa da impugnante, estando neles registradas todas as operações.

*Para demonstrar como seria simples a apuração do lucro real (ganho) considerando as "entradas" de recursos nas contas bancárias como **receitas** e as "saídas" de recursos como **despesas**, assim como foi feito no tópico anterior, a impugnante fez uma breve exposição dos procedimentos para se chegar à base de cálculo do imposto de renda (documentos anexos), tendo ressaltado que, pelo resultado apurado, o valor obtido é infinitamente inferior ao arbitramento realizado, demonstrando a incorreção deste.*

III.3. Solidariedade entre Glauciane e Jamir - Improriedade - Falta de previsão legal - Violação à legalidade tributária

Conforme se pode auferir no relatório fiscal e na vasta documentação anexada, as transações realizadas entre Jamir e Glauciane são extremamente reduzidas e de valor monetário ínfimo, comparando-se com todas as demais operações praticadas, a ponto de poderem ser mencionadas uma a uma pelos auditores fiscais, enquanto as operações realizadas com terceiros nem sequer puderam ser identificadas. Ora, dentre inúmeras operações realizadas pela impugnante, bastaram apenas cerca de quatro com Jamir para se rotular uma sociedade?

Ademais, o argumento trazido à baila perde força principalmente pelo fato de a fiscalização desconsiderar totalmente outras operações realizadas pela Sra. Glauciane com terceiros ou seja, não o Sr. Jamir, em quantidade muito maior e com movimentação financeira também mais elevada. E isso ganha ainda maior plausibilidade pelo fato de Jamir assentar na sua DIRPF a realização de mútuo com a ora impugnante.

Outro fundamento apresentado pela fiscalização para anotar a existência de solidariedade tem supostamente suporte no fato de Jamir ser procurador da impugnante, assim como, ambos possuem procuradores-prepostos em comum.

Mais uma vez, imperioso destacar que ambos vivem em uma cidade do interior. Atuam na mesma área. Assim, a impugnante achou por bem, a título de prudência, outorgar Procuração para Jamir, pessoa de sua inteira confiança e com a qual mantém relacionamento pessoal, no caso de alguma medida urgente. É de se destacar com grande ênfase que, muito embora Jamir possua procuração outorgada pela impugnante, ele jamais realizou qualquer ato sequer em nome dela.

No que se refere a ambos possuem procurador-preposto em comum, a sustentação supra se encaixa aqui. Essas pessoas são das poucas na cidade que têm capacidade ou que prestam essas espécies de serviço, com desenvoltura, tendo ressaltado que os serviços praticados foram meramente superficiais.

Segundo os fiscais, algumas operações bancárias realizadas foram praticadas em conjunto com Jamir. No entanto, tal conduta não pode significar parceria ou sociedade. Qualquer

pessoa que passe os olhos na presente peça poderá verificar que os fatos e argumentos se entrelaçam e estão em perfeita sintonia.

Ora, como os prepostos-procuradores são, em algumas oportunidades, comuns, podem, por praticidade, realizar o ato de forma conjunta. Em síntese, pode até ser que ocorra coincidência de transferência financeira do Sr. Jamir e a impugnante em uma mesma operação em favor de terceiro. Isso se deve pela suposta praticidade do funcionário que realiza o ato, que no caso é um preposto em comum.

Vale lembrar que, tanto Jamir quanto a impugnante, realizam seus mútuos através do recebimento de cheques do mutuário ou de terceiros; logo, apesar da operação de empréstimo ser, eventualmente, realizada em conjunto, por praticidade do executor da transferência dos recursos, que é o mesmo, os recebimentos dos empréstimos se dá de forma totalmente isolada, uma vez que Jamir deposita os cheques que recebeu, que somados compreendem o valor do empréstimo por ele realizado, e Glauciane deposita aqueles que estão em seu poder trocados com o mutuário.

Os fiscais apresentam outro argumento para justificar a solidariedade entre Jamir e a impugnante. Desta feita, assinalam que a impugnante passou a aumentar a sua capacidade econômica substancialmente, enquanto Jamir, ao seu turno, passou a reduzir. Não existe nenhum suporte lógico e coerente que fundamente essa conclusão.

Talvez, essa premissa possa ser concluída de outras formas. A começar, ela é falha porque se pauta em presunções e não em provas. Em seguida, porque, conforme é cediço, Jamir tem outras atividades, sendo certo que, em alguns períodos pode ter reduzido o trabalho de mútuo por estar necessitando de recursos para suas outras atividades. Sempre importante ressaltar que outro fundamento relevante é o que a impugnante é uma forte concorrente e pode ter atraído mais interessados que Jamir, por exemplo, por praticar taxas menores. Logo, mais sensata tal conclusão para justificar o progresso de um e regresso de outro.

Por fim, alega a impugnante que, como não existe previsão legal, para não aparecer absurda a conclusão alcançada, a fiscalização assentou a suposta solidariedade nos artigos 134 e 135 do C'TN.

Nessa esteira, algumas considerações devem ser observadas. A primeira e mais importante, é que não existe sociedade entre Jamir e a impugnante. Impossível alcançar tal conclusão fática ou juridicamente. A propósito, a própria fiscalização reconhece tal fato na medida em que criou CNPJ separadamente para Jamir e a impugnante. Se é o caso de sociedade, por que não um CNPJ único?

Por exclusão lógica, a hipótese que o Sr. Jamir e a impugnante poderiam se enquadrar seria no art. 134, VII e 135, I do CTN, ou seja, sócios. Nessa esteira argumentativa, inexistente qualquer

possibilidade de, no caso concreto, sociedade de pessoas. Ora, tudo gira em torno de capital, recursos, mútuo etc. A sociedade de pessoas passou a ser denominada no Código Civil de 2002, como sociedade simples, caracterizando pela realização de atividade intelectual, científica, literária ou artística, o que certamente se diferencia da atividade de mútuo, realizada pela impugnante.

Ademais, a responsabilidade subsidiária somente terá vez no caso de liquidação. Destaque-se novamente que inexistiu sociedade. E, se ela existisse, não se pode afirmar, evidentemente, que ela estaria em sede de liquidação. Refutada, portanto, a alegação do art. 134, VI do CTN.

Logo, o art. 135, que fala em responsabilidade pessoal, também não tem aplicabilidade no caso concreto. Isso porque a fiscalização não demonstrou cabalmente qual seria a lei, ou Contrato social, ou estatuto ou os excessos de poderes que teriam sido violados.

Além disso, o art. 135 não trata de responsabilidade solidária, trata de responsabilidade pessoal do sócio em relação à pessoa jurídica e não de solidariedade entre supostos sócios de empresa que nunca existiu.

Por fim, não se pode olvidar que outra falha gritante da fiscalização foi deixar de observar que, relativamente à penalidade, com exceção à de caráter moratório, esta jamais poderá ser alvo de solidariedade, sob pena, inclusive, de violação expressa de disposição normativa - art. 134, parágrafo único do CTN.

III.4 - Multa Aplicada

III.4.1 - Multa de 150% - art. 44, II da Lei nº 9.430/96 - Falta de previsão legal

A penalidade aplicada teria previsão legal no art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996.

Nessa linha, exsurge a primeira questão: como os fiscais chegaram à conclusão de que se deveria pagar multa no importe de 150% do valor do tributo, de acordo com a redação atual do art. 44, II da Lei 9.430, de 1996? Principalmente, pelo fato de o lançamento tributário ter sido concretizado em maio de 2009, ou seja, cerca de três anos após as multas de 150% terem sido excluídas do referido diploma normativo?

Evidentemente, a conduta adotada está desamparada de suporte legal, em total ausência de sintonia com os princípios da legalidade e da tipicidade tributárias, positivadas no texto constitucional. Nesse sentido, pois, não deve prevalecer a penalidade imposta, devendo ser imediatamente afastada.

III.4.2 - Inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Efeito confiscatório da penalidade aplicada - Violação do art. 150, IV da CRFB

A penalidade deve ser afastada de plano, pois além de atualmente não existir previsão legal para sua aplicação, ela tem evidente efeito confiscatório.

Em reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem utilizado o enunciado normativo do art. 150, inciso IV, da Constituição da República para afastar multa tributária exorbitante decorrente de descumprimento de obrigação tributária.

Destaque-se: tributo e penalidade tributária não podem ter efeito confiscatório. Logo, multa correspondente a uma vez e meia ao tributo a ser pago, viola o direito à propriedade e, conseqüentemente, possui caráter de confisco.

III.4.3 Inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Tipicidade cerrada tributária flagrantemente violada - Violação ao postulado da coerência

Conforme restou consignado durante todo o curso da ação fiscal, todas as intimações enviadas para a impugnante traziam em seu corpo que, em caso de falta de atendimento, ou quiçá, reiteração das requisições apresentadas, ensejaria aplicação da penalidade prevista no art. 968 do RIR.

Assim, a partir do momento em que a fiscalização insere em uma carta oficial de intimação que, em caso de descumprimento, ensejará multa nos termos do art. 968 do RIR, indubitavelmente, até mesmo em respeito ao postulado da coerência, que o Auditor Fiscal não pode se valer de outros mecanismos para aplicar penalidade mais severa. Isso é quebrar com os princípios da segurança jurídica e o da boa-fé na relação Estado-contribuinte.

Portanto, caso não seja afastada a penalidade imposta, em primeiro lugar, porque inexistente conduta típica; em segundo, em razão de o dispositivo legal utilizado como suporte inexistir no ordenamento jurídico; em terceiro lugar, porque resta flagrante o efeito confiscatório do ato, em total falta de sintonia com art. 150, IV da CRFB, seja a penalidade desqualificada e, por conseqüente, aplicado o enunciado previsto no art. 968 do RIR, conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro e inserido no corpo do texto de todas as cartas.

III.4.4. Eventualidade: inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Inexistência de fraude - Retroatividade benigna - Lei nº 11.488/2007.

Talvez os Auditores Fiscais tenham observado indevidamente a legislação em vigência à época da concretização dos supostos fatos geradores. No entanto, ela não terá aplicabilidade ao caso concreto, quer em razão da inexistência de fraude, dolo etc; quer

em virtude da aplicação da retroatividade benigna da lei com relação às penalidades, nos termos do art. 106 do CTN.

Nessa linha argumentativa, pois, deve-se destacar que em nenhum momento o impugnante teve como escopo agir com fraude, isto é, visando prejudicar o fisco. E mais, os Auditores Fiscais responsáveis não assinalaram isso com veemência e, muito menos, comprovaram verdadeiro intuito de fraude. Passa-se a discorrer.

III.4.5.1 - Inexistência de fraude no caso concreto - Inaplicabilidade da antiga redação do art. 44, II da lei nº 9.430/1996

A fiscalização pressupôs uma série de condições, sem levar em consideração as condutas corretas e realmente praticadas pela contribuinte, totalmente em sentido contrário àquelas que visam agir com fraude. Veja-se, pois, alguns exemplos:

- a) a contribuinte sempre apresentou declaração de Imposto de Renda;*
- b) ela sempre teve como escopo atender às solicitações deste renomado órgão federal, comprovando documentalmente que estava diligenciando junto às instituições financeiras;*
- c) apresentou informações relativas ao seu patrimônio, quando solicitada;*
- d) quando teve acesso a informações junto às instituições bancárias relativamente à origem de recursos, sempre compartilhou informações com a RFB;*
- e) todas as indagações formuladas ao longo da fiscalização foram respondidas.*

Então, a partir dessa conduta realizada pela impugnante e que deveria ter sido detectada pela fiscalização, questiona-se: (i) existe fraude no caso concreto? (ii) O contribuinte teve realmente intenção de macular?

Ora, todos esses fatos e provas em conjunto demonstram evidentemente a boa-fé na conduta da impugnante ao longo dos anos, por conseguinte, faltando elemento essencial para se caracterizar a fraude: o animus. Sem a existência do elemento subjetivo, devidamente presente e comprovado, não há que se falar em fraude e/ou sonegação.

Conforme exhaustivamente debatido e decidido pelo Conselho de Contribuintes, a fraude, para ser configurada, dependerá de prova inequívoca ou ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos pela fiscalização.

No caso dos autos, não se pode esquecer que existem três situações evidentes que afastam a fraude: (i) a autoridade fiscalizadora não atendeu aos requisitos legais, isto é, ela não apontou de forma minuciosa e não houve prova nenhuma em

relação à suposta conduta fraudulenta; (ii) a autoridade administrativa fundamentou e apurou o crédito tributário por meio de presunções, equivocadas, no entanto; e (iii) voluntariamente, a contribuinte demonstrou a seriedade dos seus atos, comprovando e fundamentando a sua interpretação da legislação tributária, inclusive atendendo todas as solicitações realizadas durante o processo de fiscalização.

Ocorre que se, por suposição, a interpretação da legislação tributária feita pelo contribuinte estiver equivocada, ou seja, mera omissão de receita porventura existente, isso, por si só, não resulta necessariamente em fraude.

Assim sendo, não se pode olvidar que o instituto da fraude não se caracterizou no caso concreto, devendo, por conseguinte, ser afastada a multa qualificada aplicada e as demais consequências.

III.4.5.2 - Aplicação da lei em vigência quando da constituição do suposto crédito tributário - Lançamento tributário - art. 144 CTN

Amparando-se na antiga redação da Lei nº 9.430/1996, a fiscalização aplicou multa qualificada de 150%. Ocorre, entretanto, que a referida lei, que sustenta a aplicação da mencionada multa, foi revogada pela Lei nº 11.488/2007 - com vigência a partir da sua publicação. Portanto, mais do que evidente que o dispositivo sofreu alteração substancial na sua redação, conforme anteriormente exposto.

De acordo com art. 144 do CTN, o lançamento tributário deverá ser regido pela lei vigente à época da ocorrência do fato jurígeno. Entretanto, tal regra é aplicada tão-somente no que se refere à obrigação tributária principal de pagar tributo. Logo, em relação às penalidades por descumprimento de obrigação tributária, a regra será outra.

O Capítulo III do Livro II do CTN, especificamente os arts. 105 e 106, dispõem acerca da aplicação da legislação tributária. O diploma legal, inspirado no direito penal, ao tratar das sanções em matéria tributária, determina a aplicação da lei mais favorável ou mais branda em favor do contribuinte.

Já foi sustentada acima a inexistência de fraude no caso concreto, motivo pelo qual a multa aplicada deve ser afastada. Entretanto, em respeito ao princípio da eventualidade, a penalidade deverá ser reduzida e ser pautada de acordo com a legislação atual - Lei nº 11.488/2007.

E, assim sendo, em sede de conclusão, a penalidade não deverá permanecer porque: (i) inexistente conduta atípica que faça incidir multa ou qualquer penalidade tributária; (ii) a penalidade aplicada no Auto de Infração não possui previsão legal no ordenamento jurídico; (iii) a penalidade aplicada não está em sintonia com o texto constitucional, sendo mais do que evidente a existência de caráter confiscatório; (iv) simples omissão de

receita, que não é a hipótese dos autos, não corresponde necessariamente à fraude, motivo pelo qual totalmente imprópria a aplicação da redação antiga da Lei; (v) diante da flagrante inexistência de fraude, conforme salientado, caso tenha que ser mantida penalidade, que, ao invés de 150% do valor do tributo, seja aplicada a penalidade prevista no art. 968 do RIR, conforme destacado pelo fiscal em todos os termos de intimação, ou, quiçá a redação atual da Lei nº 11.488, de 2007.

IV - Dos PEDIDOS

Por tudo quanto exposto, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração, por conseguinte, extinto o lançamento tributário e afastado o pretense crédito tributário - tributo e multa.

Em respeito à eventualidade, caso não seja acolhido o pedido supra, que seja afastada a possibilidade de aplicação do arbitramento, e apurado o ganho efetivo e real das operações de mútuo, para que tais valores sirvam de base de cálculo para a tributação.

Requer, ainda, que seja afastada a penalidade aplicada - 150% do valor do tributo -, pois esta não existe no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pelo fato de inexistir fraude, dolo ou sonegação no caso concreto e, principalmente, por não ter sido devidamente demonstrada pela autoridade fiscal; por ter evidente caráter confiscatório.

Ainda em respeito à eventualidade, caso seja considerado típico qualquer ato praticado, que a penalidade seja aplicada, de acordo com a legislação nacional em vigência e asseverada nos termos de intimações fiscais, ou seja, o disposto no art. 968 do RIR.

Por fim, caso nenhuma das alternativas acima seja admitida, requer que, em última instância, seja aplicada a penalidade prevista no art. 44, II da Lei nº 9.430/1996, redação atual, em respeito ao disposto no art. 106 do CTN.

Requer, também, a produção de prova documental, ainda não disponibilizada pelas instituições financeiras, mas, especialmente, produção de prova pericial, considerando a necessidade de comprovação de que é possível apurar o ganho da impugnante pela sua movimentação bancária (Quesitos em anexo).

Foram juntados ao contraditório apresentado os documentos de fls. 1726/1895.

*Por sua vez, a impugnação apresentada por **Jamir de Souza Machado** foi anexada às fls. 1898/2098, tendo sido postada em 15/06/2009, conforme documento de fls. 2099/2100.*

I. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O impugnante recebeu a notificação do Auto de Infração ora impugnado no dia 06/05/2009 (quarta-feira), tendo solicitado cópia integral do Procedimento Fiscal.

Considerando que a Delegacia Regional pediu um prazo de 10 dias para fornecer as cópias solicitadas, imprescindíveis à defesa do impugnante, foi requerido o restabelecimento do prazo para impugnação pelo menos em idêntico período, ou seja, de 10 dias, em razão do manifesto cerceamento de defesa, o que foi deferido pelo Delegado da Receita Federal.

Assim, tendo a intimação do Auto de Infração ocorrido no dia 06/05/2009, e considerando o restabelecimento de mais 10 dias para se tentar minimizar o cerceamento de defesa, tem-se que o prazo final para apresentação da impugnação encerrou-se em 17/06/2009, estando demonstrada a tempestividade da presente impugnação, interposta em 15 de junho do corrente ano.

II. DA REDUÇÃO DO PRAZO LEGAL DE IMPUGNAÇÃO, DA IMPRESTABILIDADE DA CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DE DEFESA DO IMPUGNANTE

Conforme relatado, o impugnante requereu cópia integral do Processo Tributário Administrativo (PTA) a fim de exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa garantidos constitucionalmente.

Tendo em vista a redução do prazo de defesa garantido legalmente pelo art. 15 do Decreto nº 70.235, 1972, em razão da burocracia da RFB para se obter simples cópias do PTA, bem como em razão das cópias fornecidas estarem praticamente imprestáveis, verifica-se que o direito de defesa do impugnante sofreu visível abalo.

Deve-se reconhecer que, em razão da limitação do prazo de defesa do impugnante, outras provas que não foram obtidas pela escassez de tempo de defesa deverão ser admitidas oportunamente, assim como alguns argumentos aqui apresentados poderão ser complementados para uma melhor compreensão da questão colocada nos autos ao longo do procedimento fiscal, sob pena de tornar inválido o presente processo tributário administrativo, já que demonstrado o cerceamento do direito de defesa do impugnante.

III. DOS FATOS

O impugnante faz referência aos fatos que motivaram a autuação, tendo salientado que a fiscalização conduziu o procedimento fiscal, sempre tentando vincular o impugnante à Sra. Glauciane Maria de Souza.

Logo, a partir da condução subjetiva e do pré-julgamento realizado pelos auditores fiscais, desde o início dos trabalhos, concluiu a fiscalização de acordo com sua mera convicção inicial, em absoluto desprezo do conjunto probatório.

A presente impugnação tem como intuito combater as conclusões equivocadas da fiscalização em relação ao PTA nº 10665.000563/2009-84, enquanto os demais PTAs serão impugnados por meio de peças processuais autônomas.

IV. DO DIREITO

IV.1. Pré-Julgamento - Presunção de Inocência

No que tange à parte do direito da presente peça, afirma que as condutas praticadas pelos fiscais estão em total dessintonia com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A começar pelo fato de se afastar do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, art. 37 e 150, I, todos da Constituição.

A busca pela verdade material foi deixada de lado e em seu lugar foram incluídas presunções, ou melhor, ficções não jurídicas.

Nessa linha, não se pode olvidar que, além de violar o princípio da legalidade, outro, basilar do Estado de Democrático de Direito, também o foi: "presunção da inocência".

Portanto, a partir do momento em que os fiscais se afastaram de princípios basilares do ordenamento jurídico, o da presunção da inocência, não se pode olvidar flagrante vício em todo o procedimento fiscalizatório.

IV.2 - Vinculação do Impugnante à Sra. Glauciane e o Sr. Jamir - Impropriedade - Falta de previsão legal - Violação à legalidade tributária

IV.2.1 - Da inexistência de fundamentação legal para atribuir ao impugnante a movimentação realizada na contada Sra. Glauciane.

O impugnante faz a transcrição do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, com destaque dos §§ 5º e 6º.

Em seguida, ressalta que o parágrafo 5º aplica-se exclusivamente aos casos de interposição de terceiros, ou seja, quando "provados que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro", o que não ocorreu no presente caso. A ausência de provas foi reconhecida pela própria fiscalização, que apenas afirmou que haveriam indícios da interposição de terceiro, mas não provas, tanto que fundamentou a imputação da movimentação bancária da Sra. Glauciane ao impugnante por outros argumentos.

No tocante ao parágrafo 6º, salienta o impugnante que este se aplica, exclusivamente, "Na hipótese de contas de depósito ou de investimento MANTIDAS EM CONJUNTO", em trecho adiante tal fato é ressaltado "o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de TITULARES."

Ora, o impugnante e a Sra. Glauciane nunca tiveram contas conjuntas, ou seja, nunca foram titulares de uma mesma conta bancária.

Como, apesar de todos os esforços da fiscalização, as provas coletadas levavam a conclusão diversa daquela tomada em pré-julgamento, a fiscalização, para não aceitar o equívoco cometido e para justificar todo o trabalho realizado, forçou a aplicação dos dispositivos supramencionados, sem qualquer correlação lógica-legal. Ademais, impossível não admitir que as provas coletadas não demonstram a ocorrência de interposição de terceiros.

Dessa forma, imperioso o cancelamento do Auto de Infração lavrado contra o impugnante, uma vez que não há fundamento legal que lhe dê suporte. Além disso, como ficará comprovado a seguir, não há fundamento fático também, pois as movimentações bancárias da Sra. Glauciane são exclusivamente dela.

IV.2.2. Da existência de recursos próprios da Sra. Glauciane que justificam a movimentação bancária por ela apresentada.

Salienta o impugnante que, ao contrário do que afirmou a fiscalização, a Sra. Glauciane possuía bem mais do que R\$ 53.791,11 para a realização das operações de mútuo.

Além desse valor, verifica-se que a Sra. Glauciane efetuou um saque o valor de R\$ 891.000,00 em sua conta corrente nº 4.719-5 da CEF, no dia 30/12/2003.

Considerando que seria impossível que todo esse valor fosse gasto pela Sra. Glauciane antes da virada do ano, torna-se lógico que esse valor também estava disponível para a Sra. Glauciane realizar suas operações de mútuo.

Além disso, como a Sra. Glauciane realizava empréstimos para recebimento futuro, é certo que vários créditos em suas contas bancárias, realizados nos primeiros meses de 2004, referem-se a recursos que já eram de propriedade da Sra. Glauciane e que se encontram emprestados a terceiros.

Por fim, vale ressaltar que o montante movimentado nas contas bancárias depende muito mais do prazo em que os empréstimos são realizados do que propriamente do valor disponível para tanto.

Ademais de ser absurda a hipótese de que os empréstimos realizados pela Sra. Glauciane seriam feitos com prazo de 1 dia, se considerarmos que na verdade ela teria a sua disposição R\$ 1,4 milhões, e que a movimentação real nas contas bancárias nas quais a fiscalização constatou as operações de empréstimos, excluindo-se as devoluções de cheques, alcança tão-somente R\$ 38 milhões e não R\$ 60 milhões, como alegado pela fiscalização, os valores parecem mais compatíveis.

Não se tem a pretensão de sustentar ou comprovar a disponibilidade financeira da Sra. Glauciane, bem como a possibilidade ou não de tais recursos justificarem sua movimentação financeira. Pretendeu-se tão-somente demonstrar que as afirmações vagas da fiscalização, desprovidas de qualquer demonstração metodologicamente compreensível, não podem sustentar que a Sra. Glauciane não teria recursos para realizar a movimentação bancária constante de suas contas correntes, e, menos ainda, de demonstrar a vinculação com o impugnante.

Constata-se, portanto, que se trata de mera alegação de que a Sra. Glauciane não teria recursos suficientes para justificar sua elevada movimentação bancária, mera suposição da fiscalização. Mesmo que assim o fosse, isso em nada a vincula ao impugnante, que, diga-se de passagem, na lógica da fiscalização também não teria recursos para justificar sua movimentação bancária, quem dirá, a sua e da Sra. Glauciane.

IV.2.3. Das Supostas operações comerciais entre o impugnante e a Sra. Glauciane.

Conforme se pode auferir no relatório fiscal e na vasta documentação anexada, as transações realizadas entre Jamir e Glauciane são extremamente reduzidas e de valor monetário ínfimo, comparando-se com todas as demais operações praticadas, a ponto de poderem ser mencionadas uma a uma pelos auditores fiscais, enquanto as operações realizadas com terceiros, nem sequer puderam ser identificadas na sua integralidade. Ora, dentre inúmeras operações realizadas pelo impugnante, bastaram algumas poucas, cerca de dez operações com a Sra. Glauciane para se rotular uma sociedade?

Ademais, o argumento trazido à baila perde força principalmente pelo fato de a fiscalização desconsiderar totalmente outras operações realizadas pela Sra. Glauciane com terceiros - ou seja, não o Sr. Jamir -, em quantidade muito maior e com movimentação financeira também mais elevada, conforme exemplos citados.

Ocorre que, em meio a essas tantas operações, a fiscalização de forma casuística pretende sustentar que o impugnante movimentou recursos através das contas da Sra. Glauciane, porque não os demais? Vale ressaltar que o impugnante não ocultou as operações de mútuo realizadas com a Sra. Glauciane. Pelo contrário, estas foram declaradas na sua DIRPF, sendo as movimentações bancárias entre o impugnante e a Sra. Glauciane decorrentes desta operação de mútuo.

IV.2.4. Dos procuradores comuns

Outro fundamento apresentado pela fiscalização para anotar a existência de sociedade entre o impugnante e a Sra. Glauciane seria a existência de procuração dela para ele movimentar suas contas bancárias e dela para o Sr. Anderson e o Sr. Frank, que também são procuradores do impugnante.

Com relação à procuração outorgada pela Sra. Glauciane para o impugnante, como informado durante o procedimento fiscal, o impugnante é pessoa de confiança da Sra. Glauciane, tendo esta solicitado que ele figure como seu procurador junto a instituição financeira para numa eventual necessidade representar a Sra. Glauciane.

Ocorre que o impugnante nunca utilizou tal procuração, ou seja, não foi realizada nenhuma operação pelo impugnante em nome da Sra. Glauciane, uma vez que esta nunca o solicitou.

No que se refere a ambos possuírem procurador-preposto em comum, a sustentação supra se encaixa aqui. Essas pessoas são das poucas na cidade que têm capacidade ou que prestam essas espécies de serviço, com desenvoltura.

Em verdade, o impugnante utiliza-se dos serviços do Sr. Anderson e do Sr. Frank há mais tempo para a realização das citadas operações de mútuo, sendo estas pessoas de absoluta confiança do mesmo, tendo indicado essas pessoas, quando a Sra. Glauciane passou a exercer tal atividade e com o crescimento do volume de movimentações.

Verifica-se que tal fato em nada compromete as operações realizadas pelo impugnante ou pela Sra. Glauciane, bem como não vincula uma pessoa a outra, pelo contrário, demonstra que ambos realizam operações de mútuo, mas cada um seus negócios individualmente (necessário nesta atividade), sendo os prepostos-procuradores os responsáveis pela operacionalização.

IV.2.5. Das supostas transferências comuns de recursos entre o impugnante e a Sra. Glauciane.

O defendente afirma que a fiscalização distorceu as informações prestadas por terceiros apenas para tentar justificar a sua conduta abusiva de vinculação do impugnante à Sra. Glauciane.

Inicia a explanação pelas informações prestadas pelas instituições financeiras e pelos documentos apresentados por estas, conforme foi registrado às fls. 37 a 41 do Termo de Verificação Fiscal.

Com relação à alegação da fiscalização de que teriam sido efetuados saques na conta da Sra. Glauciane e depositados nas contas do impugnante, verifica-se, no ANEXO I do Termo de Verificação Fiscal, que foram identificados duas operações dessa natureza, uma no importe de R\$ 5.000,00 de 18/05/2004 e outra de R\$ 3.842,00 do dia 12/04/2004.

Como já afirmado anteriormente, o impugnante realizou operação de mútuo com a Sra. Glauciane, tendo tal fato sido, inclusive, registrado em sua DIRPF. Assim, a realização dessas duas únicas transferências em valores módicos, comparativamente com as demais operações realizadas pela Sra. Glauciane, deixa evidente que tal fato em nada demonstra que o impugnante utilizava-se das contas bancárias desta.

Além dessas duas operações, consta do mesmo ANEXO 1 do Termo de Verificação Fiscal, algumas operações (identificadas pelos documentos de n. 39 a 58) descritas pela fiscalização como sendo "CH a Glauciane p/finalidades de utilizações diversas, c/possível depósito em dinheiro p/Jamir".

Na realidade, a fiscalização não sabe para que foram utilizados os recursos, por isso afirmou que seriam destinados a "utilizações diversas", aproveitando a impossibilidade de se determinar o destino dos recursos supôs que teriam sido destinados ao impugnante. Isto resta claro pelo próprio termo utilizado - "c/possível" -, fica evidente que se trata de suposição sem qualquer comprovação. Ademais, verificando os documentos identificados como de n. 39 a 58; não se vê nenhuma menção ao impugnante, sequer há indicio de que os valores teriam sido depositados nas contas bancárias deste.

Foram identificadas algumas operações realizadas pela Sra. Glauciane com o Sr. Murilo Ribeiro Reis, sócio do impugnante em algumas empresas. Como demonstrado anteriormente, a Sra. Glauciane realiza muitas operações de mútuo, com diversas pessoas, dentre elas também com o Sr. Murilo Ribeiro Reis, por acaso sócio do impugnante.

Não há no relatório da fiscalização qualquer indicio de que as operações realizadas pela Sra. Glauciane com o Sr. Murilo Ribeiro Reis merecessem tamanho destaque, a não ser pelo fato de o mesmo ser sócio do impugnante, ou seja, as operações não alcançam valores diferentes dos comumente operados pela impugnante; as operações não são realizadas com maior frequência do que com outras pessoas; o modus operandi também não se diferencia, ou seja, não há qualquer razão para se destacar tais operações, a não ser a subjetividade e imparcialidade da fiscalização em tentar demonstrar alguma vinculação entre a Sra. Glauciane e o impugnante, mesmo que, para isso, fuja de qualquer critério de razoabilidade, beirando o absurdo.

O último indicativo da suposta vinculação entre a Sra. Glauciane e o impugnante, apontado pela fiscalização, seria a realização de saque, débitos autorizados no caixa etc. na conta da Sra. Glauciane, cujos recursos foram utilizados para envio pelo Sr. Jamir a terceiros e vice-versa, bem como a realização da mesma operação com complementação de recursos da Sra. Glauciane e do Sr. Jamir para realização uma única transferência para terceiro.

Mais uma vez, como já esclarecido acima, o que se verifica, de fato, é que os documentos acostados nos autos não comprovam as afirmações feitas pela fiscalização.

Conforme ANEXO 1 do Termo de Verificação Fiscal, na tabela "Débitos autorizados realizados na conta corrente da Glauciane Maria de Souza", os documentos n. 42 a 61, 64, 66, 67, 68, 71, 85, 124 e 126 seriam os comprovantes da realização das operações em conjunto pelo impugnante e pela Sra. Glauciane.

As operações representadas pelos documentos estão registradas unicamente em nome de uma delas, algumas em nome do impugnante, outras vezes, em nome da Sra. Glauciane. Não há qualquer indício de que o recurso sacado na conta de um tenha sido utilizado pelo outro para a realização de TEDs e DOCs.

Os comprovantes de saques possuem a identificação precisa da conta sacada; bem como do titular desta, não havendo qualquer menção a outra pessoa. Da mesma forma, os documentos relativos às transferências realizadas identificam perfeitamente o sacado (conta e nome) e o beneficiário do recurso, não havendo nenhuma informação que indique que o recurso provém da conta bancária da Sra. Glauciane e foi realizada a transferência pelo impugnante, ou vice-versa.

A alegação da fiscalização de que haveria saque na conta de um e utilização dos recursos por outro, ou complementação de recurso do impugnante e da Sra. Glauciane para realização de uma única operação em nome de apenas um deles, simplesmente foi presumida pela fiscalização, não havendo sequer um documento que demonstre tal operação, nem mesmo que contenha o nome dos dois (salvo as operações realizadas diretamente entre eles, já explicadas).

Acredita-se que, a partir de anotações manuscritas, teria a fiscalização concluído que a identificação do nome da Sra. Glauciane e de valores seria prova de que houve a alegada complementação de valores entre o Sra. Glauciane e o Sr. Jamir.

Inicialmente, vale destacar que anotações sem identificação de autoria, praticamente incompreensíveis não apenas quanto à leitura, mas também no que estariam relacionadas às operações representadas nos documentos, não podem ser admitidas como prova de nada. Afinal, qualquer um poderia ter realizado tal anotação, utilizando do documento, inclusive como uma forma de rascunho. Ademais, poderiam tais anotações ter sido realizadas em momento distinto da realização das operações representadas nos documentos, estando desvinculadas destas.

Ora, como os prepostos-procuradores são, em algumas oportunidades, comuns, podem, por praticidade, realizarem o ato de forma conjunta. Em outros termos e em síntese, pode até ser que ocorra coincidência de transferência financeira do impugnante e da Sra. Glauciane em uma mesma operação em favor de terceiro, mas isso se deve, exclusivamente, pela suposta praticidade do funcionário que realiza o ato.

Encerrada a demonstração que as diligências realizadas nas instituições financeiras em nada corroboraram com a alegação da fiscalização de que o impugnante utilizaria as contas correntes da Sra. Glauciane para operações de mútuo, passa-se à análise das diligências realizadas junto a terceiros, que receberam ou enviaram recursos à Sra. Glauciane, descritas no ANEXO 2 do Termo de Verificação Fiscal.

Ressalta que, das 33 diligências realizadas pela fiscalização, em apenas 11 houve suposta relação com o impugnante, tendo todas as outras comprovado que a Sra. Glauciane realizava autonomamente operações de mútuo com terceiros.

IV.2.6. Análise das 11 diligências em que, supostamente, teria vinculado o impugnante às movimentações nas contas bancárias de titularidade da Sra. Glauciane.

Prossegue o defendente com a análise das 11 diligências em que, supostamente, teria se vinculado às movimentações nas contas bancárias de titularidade da Sra. Glauciane.

Ao final conclui o impugnante que o resultado das diligências foi distorcido pela fiscalização a fim de tentar demonstrar que o impugnante teria participação nestas movimentações, contudo, ponto a ponto foi demonstrado que as conclusões da fiscalização não merecem crédito. Assim, inexistente qualquer possibilidade de imputação ao impugnante da movimentação bancária da Sr. Glauciane, motivo pelo qual requer o cancelamento do auto de infração combatido.

IV.2.7. Improriedade da atribuição de solidariedade - Falta de previsão legal

Alega o impugnante que, como não existe previsão legal, para não aparecer absurda a conclusão alcançada, a fiscalização assentou a suposta solidariedade nos artigos 134 e 135 do CTN.

Nessa esteira, algumas considerações devem ser observadas. A primeira e mais importante, é que não existe sociedade entre o Sr. Jamir e a Sra. Glauciane. Impossível alcançar tal conclusão fática ou juridicamente. A propósito, a própria fiscalização reconhece tal fato na medida em que criou CNPJ separadamente para a Sra. Glauciane e o impugnante. Se é o caso de sociedade, por que não um CNPJ único?

Por exclusão lógica, a hipótese que o Sr. Jamir e o impugnante poderiam se enquadrar seria no art. 134, VII e 135, I do CTN, ou seja, sócios. Nessa esteira argumentativa, inexistente qualquer possibilidade de, no caso concreto, sociedade de pessoas. Ora, tudo gira em torno de capital, recursos, mútuo etc. A sociedade de pessoas passou a ser denominada no Código Civil de 2002, como sociedade simples, caracterizando pela realização de atividade intelectual, científica, literária ou artística, o que certamente se diferencia da atividade de mútuo, realizada pelo impugnante.

Ademais, a responsabilidade subsidiária somente terá vez no caso de liquidação. Destaque-se novamente que inexistente sociedade. E, se ela existisse, não se pode afirmar, evidentemente, que ela estaria em sede de liquidação. Refutada, portanto, a alegação do art. 134, VI do CTN.

Logo, o art. 135, que fala em responsabilidade pessoal, também não tem aplicabilidade no caso concreto. Isso porque a

fiscalização não demonstrou cabalmente qual seria a lei, ou contrato social, ou estatuto ou os excessos de poderes que teriam sido violados.

Além disso, o art. 135 não trata de responsabilidade solidária, trata de responsabilidade pessoal do sócio em relação à pessoa jurídica e não de solidariedade entre supostos sócios de empresa que nunca existiu.

Por fim, não se pode olvidar que outra falha gritante da fiscalização foi deixar de observar que, relativamente à penalidade, com exceção a de caráter moratório, esta jamais poderá ser alvo de solidariedade, sob pena, inclusive, de violação expressa de disposição normativa - art. 134, parágrafo único do CTN.

Os fiscais apresentam outro argumento para justificar a solidariedade entre o Sr. Jamir e a impugnante. Desta feita, assinalam que a impugnante passou a aumentar a sua capacidade econômica substancialmente, enquanto o Sr. Jamir, ao seu turno, passou a reduzir.

Não existe nenhum suporte lógico e coerente que fundamente essa conclusão.

Talvez, essa premissa possa ser concluída de outras formas. A começar, ela é falha porque se pauta em presunções e não em provas. Em seguida, porque, conforme é cediço, o Sr. Jamir tem outras atividades, sendo certo que, em alguns períodos pode ter reduzido o trabalho de mútuo por estar necessitando de recursos para suas outras atividades.

Sempre importante ressaltar que outro fundamento relevante é o que a impugnante é uma forte concorrente e pode ter atraído mais interessados que o Sr. Jamir, por exemplo, por praticar taxas menores. Logo, mais sensata tal conclusão para justificar o progresso de um e regresso de outro.

Assim, diante de todos esses argumentos expostos que, faticamente, inexistente qualquer possibilidade de imputação de solidariedade e, juridicamente, tal conclusão não possui suporte legal.

IV.3. Equiparação do Impugnante à Instituição Financeira

A fiscalização equiparou o impugnante à Instituição Financeira, com base nos arts. 150 e 160 do RIR/1999.

Nos termos legais, são atividades das instituições financeiras a "intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros."

As atividades das instituições financeiras em nada se confundem com as operações realizadas pelo impugnante que, como foi afirmado durante todo o procedimento fiscal e comprovado pela

própria fiscalização, consistiam na realização de empréstimos por meio da troca de títulos de crédito de terceiros.

Para que não reste dúvidas, vale rememorar que os empréstimos realizados pelo impugnante eram feitos por meio da compra de títulos de crédito, ou seja, o impugnante recebia dos mutuários "cheques pré-datados", próprios ou de terceiros, e notas promissórias disponibilizando o recurso financeiro representado por esses títulos de forma imediata através da emissão de cheques ou realização de transferências bancárias para os mutuários. Assim, quando do vencimento dos "cheques pré-datados", estes eram depositados nas contas do impugnante e as notas promissórias eram resgatadas pelos mutuários pela entrega de cheques, dinheiro ou transferências para as contas do impugnante.

A realização de empréstimos ou mútuos tem regulamentação pela lei civil e não pela legislação das instituições financeiras, podendo ser praticada por qualquer pessoa física ou jurídica nos termos do Código Civil.

Assim demonstrado, torna-se impossível a aplicação do arbitramento nos termos do art. 533 do RIR/1999 como pretende a fiscalização, uma vez que tal previsão se aplica exclusivamente a instituições financeiras que realizem as operações elencadas no referido dispositivo.

Como se verifica de trecho do "Termo de Verificação Fiscal" do PTA nº 10665.000564/2009-29, os auditores expressamente afirmam que o arbitramento deve ser realizado "com aplicação do maior percentual para se apurar o lucro".

Esse trecho demonstra que a fiscalização não estava preocupada em aplicar o arbitramento adequado ao caso, mas tão-somente aplicar o maior percentual para se apurar o lucro, mesmo que para tanto tivesse que inventar que as operações do impugnante tratavam-se de operações próprias de instituições financeiras, apenas para aplicar o maior percentual possível para apuração do lucro no arbitramento, no caso, 45% para definição da base de cálculo.

O enquadramento do impugnante como instituição financeira contradiz tudo que foi dito no curso do procedimento fiscal tanto pelo impugnante quanto pela fiscalização. Afirmou a fiscalização, por diversas vezes, como se depreende dos TIF n. 003, 004, 005 e 006, que as operações de empréstimos exercidas pelo contribuinte seriam operações comerciais de factoring.

As factoring não são instituições financeiras, nos termos da Lei nº 4.595, de 1964, possuindo, inclusive, tratamento próprio, previsto no art. 58 da Lei nº 9.430, de 1996, para fins de imposto de renda. Assim, tendo durante todo o procedimento fiscal ficado demonstrado que as operações de mútuo realizadas pelo impugnante se equivalem à atividade de "factoring", não poderia a fiscalização, no TVF, último ato do procedimento fiscal, sem a ocorrência de nenhum fato novo, alterar o seu entendimento

apenas para aplicar o maior percentual possível do arbitramento, ou seja, apenas para arrecadar mais.

Inclusive, corroborando todas essas afirmações e a configuração da operação de factoring, a título exemplificativo, o impugnante faz referência à diligência 06.1.07.00-2008-00432-7 realizada pela fiscalização junto à Bonet Madeiras e Papéis Ltda., tal contribuinte esclareceu a finalidade dos recebimentos de recursos como sendo decorrentes das operações; de factoring; e à diligência nº 06.1.07.00-2008-00421-1, realizada junto ao Sr. Nelson Adriano dos Santos, que também deixaria claro que as operações eram realizadas mediante já troca de cheques, o que descaracteriza totalmente as operações realizadas como operações de instituições financeiras, pois, como se sabe, estas são impedidas de realizar estes negócios jurídicos, estando obrigadas a sempre realizar a compensação dos cheques.

Considerando que os cheques são direitos creditórios e decorrem de operações mercantis, fica caracterizada a operação de factoring, afastando a possibilidade de equiparação à instituição financeira. Assim, ainda que o órgão julgador entenda ser hipótese de arbitramento, as operações realizadas devem ser consideradas de factoring e não como próprias de instituições financeiras.

IV.4. Impossibilidade da Realização do Arbitramento

IV.4.1. Impossibilidade de exigência de escrituração contábil nos termos do art. 160 do RIR, como fundamento jurídico para a realização do arbitramento

Como já relatado, a fiscalização equiparou o impugnante à instituição financeira, utilizando-se da previsão do art. 150 do RIR/1999.

Apesar de confusa a fundamentação apresentada pela fiscalização para sustentar a realização do arbitramento, com muito exercício hermenêutico, é possível concluir que tal sistemática foi adotada em razão da ausência de escrituração contábil, nos termos do art. 160 do RIR.

Ocorre que o art. 160 do RIR, fundamento legal para exigência da escrituração contábil, que, por sua vez, foi o fundamento para a realização do arbitramento, não se adequa ao caso dos autos, sendo certo que a mesma não está obrigada ao cumprimento das determinações do referido dispositivo, como sustentaram os Auditores Fiscais.

Verifica-se que o mencionado art. 160 do RIR/1999 refere-se tão-somente à hipótese de equiparação de pessoas físicas a "Empresas Individuais Imobiliárias" (Capítulo II— Seção II), ou seja, atividade absolutamente estranha à atividade desenvolvida pelo impugnante.

Como ficou demonstrado, não se aplicando o art. 160 do RIR ao impugnante e, por consequência, não estando o mesmo obrigado

à manutenção de escrituração fiscal, afasta-se por completo todas as hipóteses legais para a utilização do arbitramento como forma de determinação da base de cálculo do tributo, uma vez que tais hipóteses pressupõem a exigência de manutenção da escrituração fiscal.

IV.4.2 Vedação à utilização do Arbitramento em Razão da Possibilidade de se apurar o Lucro Real, ou seja, a renda efetiva

Ficará demonstrado, ainda, que é possível a apuração da eventual renda do impugnante pela sistemática do lucro real, determinando-se sua renda efetiva, o que afastaria por completo a possibilidade de utilização do arbitramento. Tal assertiva foi confirmada inúmeras vezes pela própria fiscalização, como, por exemplo, na descrição dos fatos e fundamentos legais do auto de infração, onde afirma: forma de tributação desta atividade é o Lucro Real ou na impossibilidade da apuração por esta forma, o Lucro Arbitrado".

Assim, passa-se a demonstrar as possibilidades de apuração da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL a partir do ganho efetivo nas operações de mútuo, que pode ser determinado pela movimentação bancária do impugnante.

IV.4.2.1. Da possibilidade de apuração do ganho obtido nas operações de mútuo - Impossibilidade do Arbitramento

Como se constata, não há dúvida de que a movimentação do impugnante decorre das operações de mútuo realizada por este. Assim, como é notório e presumido, pelo art. 591 do CC/2002, que o mútuo de dinheiro é oneroso, ou seja, incidem juros, deve-se concluir que os juros cobrados pelo impugnante são os ganhos (o lucro) obtidos na realização das operações e devem ser apurados para determinar a base tributável.

As operações de mútuo eram realizadas através de emissão de cheques, transferências, TEDs e DOCs e do recebimento de cheques de terceiros. Logo, fica evidente que é possível calcular o montante dos empréstimos realizados e, por consequência, aplicar o juros cobrados sobre tal montante para se apurar os ganhos.

Em seguida, o impugnante passa a explicitar o procedimento que tornaria possível a apuração do lucro real, com base nos juros cobrados nas operações de mútuo, afastando por completo a possibilidade do arbitramento.

Para demonstrar a funcionalidade desse método de apuração do lucro real, o impugnante elaborou uma planilha seguindo o passo a passo por ele descrito (documentos anexo). Verifica-se, pelo resultado apurado, que o valor obtido é infinitamente inferior aos 45% utilizado na apuração da base de cálculo a partir do equivocado arbitramento realizado, distanciando do rendimento real do impugnante e da previsão legal para sua utilização.

Enquanto na apuração pela sistemática do arbitramento a base de cálculo do Imposto de Renda atingiu a vultuosa e surreal quantia de aproximadamente R\$ 7,5 milhões, apenas das duas contas consideradas pela fiscalização, o levantamento efetuado com base no lucro real, apurado sobre o valor dos juros e correção monetária cobrados nas operações de mútuo, não ultrapassou 5% do valor supra mencionado.

Não espera o impugnante que a planilha apresentada seja simplesmente acolhida e aceita como valor definitivo. Pelo contrário, o impugnante deseja e requererá que seja realizada perícia técnica para a apuração precisa dos ganhos obtidos através da cobrança de juros nas operações de mútuos, até porque acredita que um técnico poderá colaborar com a certeza esperada de todo procedimento fiscal.

Vale ressaltar que a fiscalização pode confirmar o montante dos juros e correção monetária com a verificação das próprias diligências realizadas no curso do procedimento, já que alguns contribuintes que realizaram operações com o impugnante informaram exatamente o valor dos títulos trocados e o valor pago na liquidação do mútuo, tornando evidente a possibilidade de apuração dos valores.

IV.4.2.2. Escrituração das operações com base nos extratos bancários

Além da possibilidade de apuração do valor do juros cobrados como acima demonstrado, o impugnante, em um trabalho minucioso a partir dos extratos bancários, buscou identificar algumas operações para determinar qual o montante emprestado e o valor recebido.

Como ressaltado durante o procedimento fiscal, o impugnante só teria condição de identificar cada uma das operações, com valor emprestado, valor recebido e beneficiário, a partir da obtenção da microfilmagem dos cheques emitidos e recebidos.

Porém, diante da dificuldade de obtenção nas instituições financeiras das microfilmagens dos cheques (conforme informado durante o procedimento fiscal e solicitação feita após a autuação - doc. anexo), o impugnante buscou identificar cada uma das operações, por meio de "borderôs". Em cada borderô foi identificado o cheque ou transferência que representa a realização do empréstimo ao mutuário e, em contrapartida, foram identificados os depósitos que representam a quitação do referido empréstimo, a título de amostragem.

A partir desse levantamento, ficará cabalmente comprovado o lucro/ganho real em cada uma das operações, afastando por completo a necessidade e possibilidade de realização do arbitramento.

Vale ressaltar que se tratando de um trabalho minucioso e sendo as operações em grande número, o que é agravado pela falta dos cheques que demonstram a operação, ainda não foi possível o

levantamento completo das informações, o que se pretende concluir ao longo do processo administrativo.

Assim, a partir dessas operações identificadas torna-se possível o cálculo do juros médios das operações e, aplicando-se esses juros médios sobre os demais empréstimos realizados ter-se-á a base de cálculo da tributação do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro.

Tais fatos deixam claro que a fiscalização não primou pela busca da verdade material, ficando evidenciado o interesse de apenas aumentar a arrecadação dos tributos, mesmo que, para isso, tenha que se afastar da legalidade e da razoabilidade, o que torna impossível a realização do arbitramento.

Ainda que se admita o arbitramento, não se pode olvidar que os elementos disponibilizados durante todo o procedimento de fiscalização devem ser observados, conforme exposto acima.

O presente caso concreto não é de instituição financeira, mas sim de factoring, cujo tratamento legislativo-tributário é específico.

Nessa linha, pois, deve-se ter em mente que, ao contrário do que foi estipulado pelos fiscais, nem todas as entradas na empresa de factoring devem ser equiparadas à receita/faturamento e renda, para fins de tributação. Isso reflete não só para fins de IR, mas também e em mesmo grau, para CSLL, PIS e Cofins.

Fazendo referência a disposições do Ato Declaratório SRF nº 9, de 23/02/2000 e à jurisprudência, ressalta o impugnante que o lançamento deverá observar os preceitos normativos elencados, enfatizando que somente os ganhos (diferença entre saída e entrada de recursos) devem ser observados.

IV.4.2.3. Da possibilidade da apuração do lucro real mediante a consideração das "entradas" como receitas e as "saídas" como despesas, como admitido pela própria Fiscalização - Impossibilidade do arbitramento.

A fiscalização em praticamente todos os Termos de Intimação Fiscal, afirmou que "Nas operações de empréstimos, factoring ou mútuo, os pagamentos dos clientes representam as receitas, enquanto que os valores repassados a eles representam os custos." (TIF n. 006, pg.1).

Sendo assim, pressupondo que o impugnante se equipare a factoring ou mesmo instituição financeira, o que faz para argumentar, os valores recebidos pelo impugnante dos mutuários representam a receita, enquanto que os valores emprestados representam os custos, ou seja, as despesas.

Vale ressaltar que os extratos bancários disponibilizados à fiscalização durante o procedimento fiscal podem e devem ser considerados como a própria escrituração fiscal do impugnante, uma vez que todas as operações de mútuo eram realizadas

mediante movimentação bancária, sendo que os extratos são o próprio livro caixa do impugnante, estando neles registradas todas as operações.

Para demonstrar como seria simples a apuração do lucro real (ganho) considerando as "entradas" de recursos nas contas bancárias como receitas e as "saídas" de recursos como despesas, assim como foi feito no tópico anterior, o impugnante fez uma breve exposição dos procedimentos para se chegar a base de cálculo do imposto de renda (documentos anexos), tendo ressaltado que, pelo resultado apurado, o valor obtido é infinitamente inferior ao arbitramento realizado, demonstrando o equívoco, quer pelo seu distanciamento no tocante à verdade material, ao efetivo ganho do impugnante, quer pela ausência, repita-se, de previsão legal para sua utilização.

V - MULTA APLICADA

V.1 - Multa de 150% - art. 44, II da Lei nº 9.430/96 - falta de previsão legal

A penalidade aplicada teria previsão legal no art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996.

Nessa linha, exsurge a primeira questão: como os fiscais chegaram à conclusão de que se deveria pagar multa no importe de 150% do valor do tributo, de acordo com a redação atual do art. 44, II da Lei 9.430, de 1996? Principalmente, pelo fato de o lançamento tributário ter sido concretizado em maio de 2009, ou seja, cerca de três anos após as multas de 150% terem sido excluídas do referido diploma normativo?

Evidentemente, a conduta adotada está desamparada de suporte legal, em total ausência de sintonia com os princípios da legalidade e da tipicidade tributárias, positivados no texto constitucional. Nesse sentido, pois, não deve prevalecer a penalidade imposta, devendo ser imediatamente afastada.

V.2 Inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Efeito confiscatório da penalidade aplicada - Violação do art. 150, IV da CRFB

A penalidade deve ser afastada de plano, pois além de atualmente não existir previsão legal para sua aplicação, ela tem evidente efeito confiscatório.

Em reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem utilizado o enunciado normativo do art. 150, inciso IV, da Constituição da República para afastar multa tributária exorbitante decorrente de descumprimento de obrigação tributária.

Destaque-se: tributo e penalidade tributária não podem ter efeito confiscatório. Logo, multa correspondente a uma vez e meia ao tributo a ser pago, viola o direito à propriedade e, conseqüentemente, possui caráter de confisco.

V.3 Inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Tipicidade cerrada tributária flagrantemente violada - Violação ao postulado da coerência

Conforme restou consignado durante todo o curso da ação fiscal, todas as intimações enviadas para o impugnante traziam em seu corpo que, em caso de falta de atendimento, ou quiçá, reiteração das requisições apresentadas, ensejaria aplicação da penalidade prevista no art. 968 do RIR.

Assim, a partir do momento em que a fiscalização insere em uma carta oficial de intimação que, em caso de descumprimento, ensejará multa nos termos do art. 968 do RIR, indubitavelmente, até mesmo em respeito ao postulado da coerência, que o Auditor Fiscal não pode se valer de outros mecanismos para aplicar penalidade mais severa. Isso é quebrar com os princípios da segurança jurídica e o da boa-fé na relação Estado-contribuinte.

Portanto, caso não seja afastada a penalidade imposta, em primeiro lugar, porque inexistente conduta típica; em segundo, em razão de o dispositivo legal utilizado como suporte inexistir no ordenamento jurídico; em terceiro lugar, porque resta flagrante o efeito confiscatório do ato, em total falta de sintonia com art. 150, IV da CRFB, seja a penalidade desqualificada e, por conseguinte, aplicado o enunciado previsto no art. 968 do RIR, conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro e inserido no corpo do texto de todas as cartas.

V.4 - Eventualidade: inaplicabilidade do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - Inexistência de fraude - Retroatividade benigna - Lei nº 11.488/2007.

Talvez os Auditores Fiscais tenham observado indevidamente a legislação em vigência à época da concretização dos supostos fatos geradores. No entanto, ela não terá aplicabilidade ao caso concreto, quer em razão da inexistência de fraude, dolo etc; quer em virtude da aplicação da retroatividade benigna da lei com relação às penalidades, nos termos do art. 106 do CTN.

Nessa linha argumentativa, pois, deve-se destacar que em nenhum momento o impugnante teve como escopo agir com fraude, isto é, visando prejudicar o fisco. E mais, os Auditores Fiscais responsáveis não assinalaram isso com veemência e, muito menos, comprovaram o verdadeiro intuito de fraude. Passa-se a discorrer.

V.5 - Inexistência de fraude no caso concreto - Inaplicabilidade da antiga redação do art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996

A fiscalização, quando impingiu a multa qualificada, pressupôs uma série de condições, sem levar em consideração as condutas corretas e realmente praticadas pelo contribuinte, totalmente em sentido contrário àquelas que visam agir com fraude. Veja-se, pois, alguns exemplos:

- a) o contribuinte sempre apresentou declaração de Imposto de Renda;
- b) ele sempre teve como escopo atender às solicitações deste renomado órgão federal, comprovando documentalmente que estava diligenciando junto às instituições financeiras;
- c) apresentou informações relativas ao seu patrimônio, quando solicitado;
- d) quando teve acesso a informações junto às instituições bancárias relativamente à origem de recursos, sempre compartilhou informações com a RFB;
- e) todas as indagações formuladas ao longo da fiscalização foram respondidas.

Então, a partir dessa conduta realizada pelo impugnante e que deveria ter sido detectada pela fiscalização, questiona-se: (i) existe fraude no caso concreto? (ii) O contribuinte teve realmente intenção de macular?

Ora, todos esses fatos e provas em conjunto demonstram evidentemente a boa-fé na Conduta do impugnante ao longo dos anos, por conseguinte, faltando elemento essencial para se caracterizar a fraude: o animus. Sem a existência do elemento subjetivo, devidamente presente e comprovado, não há que se falar em fraude e/ou sonegação.

Conforme exaustivamente debatido e decidido pelo Conselho de Contribuintes, a fraude, para ser configurada, dependerá de prova inequívoca ou ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos pela fiscalização.

No caso dos autos, não se pode esquecer que existem três situações evidentes que afastam a fraude: (i) a Autoridade Fiscalizadora não atendeu aos requisitos legais, isto é, ela não apontou de forma minuciosa e não houve prova nenhuma em relação à suposta conduta fraudulenta; (ii) a Autoridade Administrativa fundamentou e apurou o crédito tributário por meio de presunções, equivocadas, no entanto; e (iii) voluntariamente, o impugnante-contribuinte demonstrou a seriedade dos seus atos, comprovando e fundamentando a sua interpretação da legislação tributária, inclusive atendendo todas as solicitações realizadas durante o processo de fiscalização.

Desde a primeira manifestação, o impugnante vem afirmando que realizava operações de mútuo, tendo sido tal fato confirmado pela fiscalização. Também afirmou que não possuía nenhum documento de controle das operações, uma vez que elas eram controladas pelos próprios títulos (cheques). Ressalte-se que em diligências realizadas pelos Auditores Fiscais nas instituições financeiras e mutuários, os fatos foram integralmente confirmados. Verdadeiramente, o que se verifica nos autos é que tudo que foi dito pelo contribuinte foi demonstrado, justificado e comprovado pela própria

fiscalização. Logo, como imputar ao impugnante a condição da fraude, em razão de não manter escrituração fiscal, se este entendia que não estava obrigado e afirmou textualmente esta condição quando questionado.

Assim sendo, não se pode olvidar que o instituto da fraude não se caracterizou no, caso concreto, devendo, por conseguinte, ser afastada a multa qualificada aplicada e as demais consequências.

V.6 - Aplicação da lei em vigência quando da constituição do suposto crédito tributário - Lançamento tributário - art. 144 CTN

Amparando-se na antiga redação da Lei nº 9.430/1996, a fiscalização aplicou multa qualificada de 150%. Ocorre, entretanto, que a referida lei, que sustenta a aplicação da mencionada multa, foi revogada pela Lei nº 11.488/2007 - com vigência a partir da sua publicação. Portanto, mais do que evidente que o dispositivo sofreu alteração substancial na sua redação, conforme anteriormente exposto.

De acordo com art. 144 do CTN, o lançamento tributário deverá ser regido pela lei vigente à época da ocorrência do fato jurígeno. Entretanto, tal regra é aplicada tão-somente no que se refere à obrigação tributária principal de pagar tributo. Logo, em relação às penalidades por descumprimento de obrigação tributária, a regra será outra.

O Capítulo III do Livro II do CTN, especificamente os arts. 105 e 106, dispõem acerca da aplicação da legislação tributária. O diploma legal, inspirado no direito penal, ao tratar das sanções em matéria tributária, determina a aplicação da lei mais favorável ou mais branda em favor do contribuinte.

Já foi sustentada acima a inexistência de fraude no caso concreto, motivo pelo qual a multa aplicada deve ser afastada. Entretanto, em respeito ao princípio da eventualidade, a penalidade deverá ser reduzida e ser pautada de acordo com a legislação atual - Lei nº 11.488/2007.

E, assim sendo, em sede de conclusão, a penalidade não deverá permanecer i porque: (i) inexistente conduta atípica que faça incidir multa ou qualquer penalidade tributária; (ii) a penalidade aplicada no Auto de Infração não possui previsão legal no ordenamento jurídico; (iii) a penalidade aplicada não está em sintonia com o texto constitucional, sendo mais do que evidente a existência de caráter confiscatório; (iv) simples omissão de receita, que não é a hipótese dos autos, não corresponde necessariamente à fraude, motivo pelo qual totalmente imprópria a aplicação da redação antiga da Lei; (v) diante a flagrante inexistência de fraude, conforme salientado, caso tenha que ser mantida penalidade, que, ao invés de 150% do valor do tributo, seja aplicada a penalidade prevista no art. 968 do RIR, conforme destacado pelo fiscal em todos os termos de intimação, ou, quiçá.

VI- DOS PEDIDOS

Por tudo quanto exposto, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração, por conseguinte, extinto o lançamento tributário e afastado o pretense crédito tributário - tributo e multa.

Em respeito à eventualidade, caso não seja acolhido o pedido supra, que seja afastada a possibilidade de aplicação do arbitramento, e apurado o ganho efetivo e real das operações de Mútuo, para que tais valores sirvam de base de cálculo para a tributação.

Requer, ainda, que seja afastada a penalidade aplicada - 150% do valor do tributo -, pois esta não existe no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, deve ser afastada pelo fato de inexistir fraude, dolo ou sonegação no caso concreto e, principalmente, por não ter sido devidamente demonstrada pela Autoridade Fiscal; além de possuir evidente caráter confiscatório. Ainda em respeito à eventualidade, caso seja considerado típico qualquer ato praticado; que a penalidade seja aplicada, de acordo com a legislação nacional em vigência e asseverada nos termos de intimações fiscais, ou seja, o disposto no art. 968 do RIR.

Por fim, caso nenhuma das alternativas acima seja admitida, requer que, em última instância, seja aplicada a penalidade prevista no art. 44, II da Lei nº 9.430/1996, redação atual, em respeito ao disposto no art. 106 do CTN.

Requer, também, a produção de prova documental, ainda não disponibilizada pelas instituições financeiras, mas, especialmente, produção de prova pericial, considerando a necessidade de comprovação de que é possível apurar o ganho do impugnante pela sua movimentação bancária (Quesitos em anexo).

Os documentos anexados à impugnação constam das fls. 1977/2098. O documento de fls. 2047/2096 trata-se de cópia de impugnação apresentada por Glauciane pertinente ao processo nº 10665.000564/2009-84.

Em sessão de 11 de agosto de 2009, a 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte, por unanimidade de votos, decidiu pela improcedência da impugnação, com a manutenção integral dos montantes lançados e afastou, ainda, o pedido de perícia formulado.

Com a ciência da decisão, a interessada interpôs recurso, no qual repisou, basicamente, os argumentos da impugnação, acrescidos de farta documentação, notadamente cópias de borderôs e de cheques.

Em 05 de agosto de 2010, esta Turma, a partir da relatoria do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, resolveu converter o julgamento em diligência para que a autoridade preparadora informasse se fora dada ciência ao responsável Jamir de Souza Machado, posto que não fora encontrado, nos autos, recurso voluntário em seu nome.

Consta dos autos, ainda que fora de ordem cronológica, manifestação de Glauciane Maria de Souza, pela qual requer a juntada de documentos obtidos a partir das cautelares impetradas contra instituições financeiras e cooperativas, com o objetivo de obter dados que comprovassem as suas alegações. A copiosa documentação foi acostada às fls. 3.229 e seguintes.

Por força da Resolução exarada neste Conselho, a autoridade preparadora promoveu a ciência da decisão de primeira instância ao responsável solidário Jamir de Souza Machado, que, por seu turno, interpôs o correspondente Recurso Voluntário (fls. 3.682 e ss.), no qual repisou, em síntese, os argumentos formulados na impugnação.

Posteriormente, o Voluntário em nome do Sr. Jamil foi emendado, para que o julgamento dos autos fosse sobrestado até que o STF se manifestasse no RE 389.808/PR, em que se discute o acesso a dados bancários sem ordem judicial.

Depois de diversos trâmites internos neste Conselho, os autos foram distribuídos, por conexão, a este Relator, em 04 de agosto de 2015.

Em sessão de 19 de janeiro de 2016, esta Turma resolveu, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, para que os documentos trazidos pela responsável solidária Sra. Glauciane fossem apreciados pela autoridade fiscal, nos seguintes termos (destaques no original):

Nesse sentido, em homenagem ao princípio da verdade material, que deve nortear o processo administrativo e, por decorrência, as decisões deste Conselho, aliado ao fato de que a Justiça Estadual reconheceu liminarmente a pretensão da Recorrente quanto à apresentação dos documentos, entendo conveniente a baixa dos autos em diligência, para que a autoridade competente:

a) Analise a documentação acostada aos autos, por força das liminares concedidas, e elabore parecer conclusivo, com os cálculos pertinentes, sobre:

- se os documentos possuem ou não o condão de alterar os lançamentos efetuados ou qualquer dos seus fundamentos;

- se, à luz dos documentos, deve ser promovida qualquer alteração no que tange à responsabilidade solidária imputada às pessoas físicas.

b) Intime, nos termos e na forma que julgar convenientes, os sujeitos passivos, contribuintes e responsáveis, para que estes prestem, caso necessário, esclarecimentos adicionais ou apresentem documentos complementares.

c) Ao final, promova a ciência dos interessados acerca das conclusões, abrindo-lhes prazo para manifestação.

Ressalte-se que o processo deverá tramitar em conjunto com os autos de n. 10665.000564/200929, que discutem a mesma matéria fática e jurídica, razão pela qual o presente feito foi distribuído a este Relator, por conexão.

Assim, ambos deverão ser encaminhados às autoridades de jurisdição do contribuinte e, após a adoção das providências solicitadas em diligência, deverão retornar a este Conselho, para apreciação e julgamento em conjunto.

Em atendimento à Resolução deste Colegiado, a autoridade fiscal elaborou Termo de Diligência (fls. 3.819 e ss.), no qual apresenta suas conclusões.

Os interessados foram cientificados do termo lavrado pela autoridade diligenciante. A Sra. Glauciane apresentou contrarrazões, que constam das fls. 3.829 e seguintes dos autos.

O processo retornou a este Conselho e Relator para apreciação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

Os recursos são tempestivos e atendem aos pressupostos legais, razão pela qual deles conheço.

Como os recursos dos solidários e as manifestações posteriores à diligência determinada por este Colegiado veiculam diversos argumentos, faremos a análise tópica dos pontos levantados pelas respectivas defesas.

a) Preliminar de cerceamento de defesa

O Sr. Jamir alega a imprestabilidade das cópias extraídas do processo, nos seguintes termos:

As cópias foram reproduzidas de forma desorganizada e desconexa, sendo que a grande maioria encontra-se com a identificação da página apagada, tornando impossível a organização das mesmas. Ademais, as páginas foram numeradas apenas o rosto das páginas, sendo que os versos não estão em seqüência.

A despeito do argumento, não constatamos nos autos qualquer vício ou problema em relação à documentação acostada, que inviabilizasse o direito de defesa pelo interessado, que foi exercido em sua plenitude, como bem demonstra o longuíssimo Recurso Voluntário apresentado e as contrarrazões oferecidas ao término dos trabalhos de diligência.

Descabe, portanto, a preliminar, que não deve ser acolhida.

b) Preliminar de que a diligência não atendeu aos questionamentos determinados pelo CARF

Entende a defesa da Sra. Glauciane que a autoridade diligenciante não atendeu aos questionamentos formulados por este Colegiado:

O que se observou na presente manifestação fiscal é que a Auditoria Fiscal não apreciou os documentos juntados aos autos, especialmente os "borderôs", de forma precisa e minuciosa como o caso demandava, muito menos, considerando as alegações trazidas pelo Recorrente e pela Sra. Glauciane no decurso do processo administrativos, ou seja, a auditoria não realizou a diligência conforme os ditames deste i. Órgão Julgador.

Neste ponto, penso que não assiste razão ao Recorrente, visto não se tratar de hipótese de nulidade, cujos requisitos são expressamente veiculados pelo artigo 59 do Decreto n. 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração ou da decisão de 1ª instância.

A diligência teve por objetivo dar oportunidade para que a autoridade fiscal se manifestasse acerca dos novos documentos trazidos aos autos pela Sra. Glauciane, o que efetivamente foi feito.

A análise sobre o juízo emitido pela autoridade compete a este Colegiado, que o apreciará no mérito do processo, sem qualquer possibilidade de que as conclusões aduzidas, porventura contrárias ao entendimento da defesa, acarretem qualquer nulidade.

Na esteira do artigo 18 do Decreto n. 70.235/72, com a redação dada pela Lei n. 8.748/93, este Relator encaminhou pela realização de diligência e a entende satisfatoriamente cumprida, razão pela qual não há espaço para a realização de novos procedimentos, como pretende o interessado:

*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 necessárias, **indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis**, observando o disposto no art. 28, in fine. (grifamos)*

Afasto, portanto, a preliminar suscitada.

c) Quanto ao Mérito: Presunção de inocência

Aduz a defesa do Sr. Jamir que a fiscalização se preocupou em lhe imputar o descumprimento de normas tributárias sem verificar se houve efetiva violação dos respectivos dispositivos.

Nesse contexto, entende que houve violação ao princípio constitucional da presunção de inocência e que este suposto desrespeito a preceitos basilares macularia o procedimento fiscal, pois teria havido "parcialidade na conduta e indução nas respostas obtidas".

O argumento não prospera, dado que se constata a observância, durante os trabalhos de auditoria, de todos os procedimentos e fundamentos exigidos pela legislação, como se depreende dos autos de infração e dos termos de verificação, que descreveram minuciosamente as práticas observadas e a elas atribuíram os efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento.

De se notar que a atividade fiscal é vinculada, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, e que a eventual discordância dos contribuintes em relação às constatações das autoridades inaugura o contraditório, com a possibilidade de discussão das infrações e do exercício da ampla defesa, como se observa nos autos.

Como inexistem vícios ou omissões nos lançamentos efetuados não há de se falar em nulidade, de sorte que não assiste razão ao Recorrente.

d) Impropriedade na qualificação da suposta sociedade entre os solidários

Neste ponto, os dois Recorrentes alegam falta de previsão legal para o entendimento de que atuavam conjuntamente, vale dizer, defendem que jamais existiu a sociedade de fato descrita pela autoridade fiscal, o que afastaria qualquer responsabilização solidária pelas atividades praticadas.

Ambos alegam que em relação às contas bancárias da CREDIPÉU (de n. 31.641-5 e 4.719-5) toda a movimentação é de responsabilidade exclusiva da Sra. Glauciane, titular das referidas contas, o que, por si só, afastaria a responsabilidade do Sr. Jamir.

Ocorre que a fiscalização demonstrou, à exaustão, a verdadeira confusão patrimonial e financeira entre as pessoas do Sr. Jamir e da Sra. Glauciane.

Mais do isso: resta evidente que a Sra. Glauciane não possuía condições financeiras para realizar os vultosos empréstimos que lhe são atribuídos, o que nos leva a concluir que parte significativa dos recursos que ingressavam em suas contas era de fato suprida pelo Sr. Jamir, como atestam as constatações fiscais, a seguir reproduzidas:

Na primeira etapa, foram solicitadas às Instituições Financeiras, cópias de documentos escolhidos por amostragens, baseados nos históricos e tipos de transações, com o objetivo de confirmar as declarações prestadas por Glauciane Maria de Sousa, de que as suas contas bancárias eram utilizadas para realizar operações de mútuos, com cobrança de juros de 1% (um por cento) ao mês, onde ela recebia do cliente cheques de terceiros ou não, em troca da entrega da disponibilidade de recursos no dia da transação. Os documentos selecionados, estão relacionados no "ANEXO 1: DOCUMENTOS REQUISITADOS AOS BANCOS", como segue:

15.1) Cheques emitidos com débito na conta corrente da Sra. Glauciane (pagos no caixa, compensados e avulsos); constatamos as seguintes transações, observando-se a obrigatoriedade da identificação do beneficiário, pela legislação em vigor:

- Cheques nominais a outras pessoas físicas não ligadas;
- Cheque no valor de R\$ 64.976,00, sem condições de identificação, tendo em vista no local da identificação do beneficiário do cheque constar uma assinatura resumida;
- Cheques nominais a outras pessoas jurídicas não ligadas;
- Cheques nominais a pessoas físicas ligadas: Murilo Ribeiro Reis (pessoa que é sócia de empresas juntamente com o Sr. Jamir de Souza Machado) e Anderson Ferreira de Freitas (trabalha para o Sr. Jamir e para a Sra. Glauciane, com poderes para movimentar contas bancárias);
- Cheque no valor de R\$ 45.481,00, com a identificação do beneficiário a designar;
- Cheques nominais ao Sr. Jamir de Souza Machado, muito embora a Sra. Glauciane e o Sr. Jamir tenham afirmado a inexistência de transações comerciais entre eles, podendo existir uma operação de mútuo;
- Cheques nominais a Glauciane, de valores expressivos, muito embora autenticados no caixa, serviram para efetuar diversas operações, inclusive para depósito em dinheiro em contas do Sr. Jamir de Souza Machado;
- Cheques nominais a Glauciane, de valores expressivos, muito embora autenticados no caixa, serviram para efetuar diversas operações que a princípio não possuem relação direta com o Sr. Jamir de Souza Machado, exceto em possíveis transações triangulares não investigadas para esses valores.

15.2) Créditos provenientes de depósitos ou transferências ou lançamentos contábeis, efetuados na conta bancária da Glauciane, selecionados por amostragem com base nos históricos dos extratos bancários, assim agrupados:

- Depósito em dinheiro realizado por pessoas físicas;
- Créditos na conta corrente da Glauciane, provindos de transferências de pessoas físicas;
- Créditos na conta corrente da Glauciane, provindos de transferências de pessoas jurídicas;
- Remessas efetuadas por empresas de arrendamento mercantil, fomento ou financeira a crédito da conta corrente da Glauciane;
- Transferência realizada pela empresa Alto da Boa Vista Mineração, no valor de R\$ 200.000,00, (sendo que um dos sócios

é o Sr. Jamir de Souza Machado), a crédito na conta corrente da Glauciane.

- Créditos realizados na conta corrente da Glauciane, com identificação das instituições financeiras de onde pessoas (físicas e/ou jurídicas) enviaram os recursos.

- Transferência de R\$ 52.000,00 originária da conta corrente de Jamir de Souza Machado.

- Crédito proveniente a impugnação da devolução de cheque nº 8500035.

15.3) Débitos autorizados realizados na conta corrente de Glauciane Maria de Sousa, selecionados por amostragem, com o objetivo de verificar a destinação daqueles recursos.

Destacamos as operações cruzadas de saques e débitos em conta corrente da Glauciane e/ou Jamir, cujos valores eram destinados à realização de suas operações de mútuo.

Agrupamos as ocorrências semelhantes, com a identificação das origens dos recursos e suas aplicações, como segue:

- Valores debitados com autorização na conta corrente da Glauciane para a realização de transferências, depósitos e créditos em conta para pessoas físicas. (Doc. 1 a 30).

- Valores debitados com autorização na conta corrente e complementados com cheques nominais a Glauciane os quais foram sacados no caixa com o objetivo de efetuar o pagamento de débito de imposto (DAE) de empresas e depósitos em contas correntes e transferências de pessoas físicas e jurídicas. (doc. 31 a 41).

- Valores originários de débitos autorizados na conta corrente da Glauciane e complementados com saque no caixa de cheque emitido pela Glauciane, cujo montante foi destinado à remessa a pessoa jurídica, pelo Jamir, via TED. (Doc. 42 a 43)

- Valor originário de débito autorizado na conta corrente da Glauciane e complementado com saque no caixa de cheque emitido pelo Jamir, cujo montante foi destinado à remessa pelo Jamir de créditos a pessoas físicas e jurídicas. (Doc 44 a 46).

- Valores originários de débitos autorizados na conta corrente da Glauciane e complementados com saques no caixa de cheques emitidos pela Glauciane e cheque ou autorização de débito na conta do Jamir, cujos montantes foram destinados a remessas pelo Jamir de créditos a pessoas físicas e jurídicas. (Doc 47 a 65).

- Valores originários de débitos autorizados na conta corrente da Glauciane para crédito na conta corrente do Jamir para envio de TED a pessoa jurídica. (Doc 66 a 67).

- Valores originários de débitos autorizados na conta corrente da Glauciane e complementados com saques no caixa de cheques emitidos pela Glauciane e Jamir, cujos montantes foram destinados a remessas pela Glauciane de créditos a pessoas jurídicas e físicas (com alguns casos para o Sr. Murilo Ribeiro Reis, sócio do Jamir em algumas empresas) e pagamentos de contas diversas. (Doc 68 a 90).

- Valores debitados na conta da Glauciane e complementados com cheques emitidos pela mesma com a finalidade de efetuar transferências ou depósitos a pessoas físicas e jurídicas, inclusive ao sócio do Jamir, Sr. Murilo Ribeiro Reis. (Doc. 91 a 123).

- Valores debitados na conta corrente da Glauciane para crédito na conta do Jamir. (Doc. 124 a 126).

- Valor de transferência entre contas da Glaciane na Credipéu e Banco do Brasil, cuja origem de recursos está comprovada. (doc. 127).

O valor do débito em conta no valor de R\$ 845.000,00, acrescidos de saques em cheques de clientes da CREDIPÉU (R\$ 34.351,00), perfazendo o total de R\$ 880.000,00, foram disponibilizados para saque em nome da Glauciane no Banco do Brasil pela CREDIPÉU, uma vez que o Banco do Brasil é o supridor de recursos dos Bancos na praça de Pompéu, orientado pelo Banco Central do Brasil. Esses valores disponibilizados no Banco do Brasil podem ser em espécie ou utilizados para transferências ou créditos a terceiros, pagamentos, etc.

A título de conclusão sobre a origem e a natureza das operações, a autoridade fiscal assim se manifestou:

As contas correntes n's 4719-5 da agência 1426 da Caixa Econômica Federal e 31.641-5 da agência 3161 da CREDIPÉU, em nome de Glauciane Maria de Sousa foram movimentadas com a finalidade de atender interesses em conjunto da Glauciane e do Jamir, sem a definição e comprovação das origens dos recursos e aplicando indistintamente o nome de um ou do outro, cujos fatos contradizem as declarações dos dois, quanto à inexistência de operações comerciais entre eles e à existência de apenas amizade e confiança recíproca;

A vinculação dos recursos movimentados na conta em nome de Glauciane Maria de Sousa na CREDIPÉU com o Sr. Jamir de Souza Machado é evidenciada pelas transações citadas neste Termo e nos documentos ora anexados, cujos vínculos foram percebidos pela própria CREDIPÉU, conforme documento apresentado, em atenção à Intimação e às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira dirigidas àquela instituição.

A Glauciane Maria de Sousa afirmou que a movimentação bancária se refere a empréstimo mútuo, cuja operação foi

confirmada, com os documentos apresentados em decorrência das Requisições de Informações sobre Movimentações

(...)

As contas bancárias nº 4.719-5 da Agência 1426 junto à Caixa Econômica Federal e nº 31.641-5 da Agência 3161 da Cooperativa de Crédito Rural de Pompéu - CREDIPÉU cadastradas em nome de Glauciane Maria de Sousa, CPF 057.582.436-04, foram movimentadas em operações comerciais de empréstimos, com remuneração de juros, com participação na movimentação bancária das mesmas, direta ou indiretamente, do Sr. Jamir de Souza Machado, CPF 445.016.416-49, cujas operações eram realizadas, com predominância, pelos seus procuradores em comum, Srs. Anderson Ferreira de Freitas e Frank Corrêa Lacerda Campos. Essas operações são comerciais e tributadas na Pessoa Jurídica.

Glauciane Maria de Sousa, CPF 057.582.436-04, e Jamir de Souza Machado, CPF 445.016.416-49, foram inscritos de ofício no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, como pessoa jurídica equiparada, nos termos dos artigos 150 e 160, e seus parágrafos e incisos do Regulamento do Imposto de Renda - RIR, Decreto 3.000/99, c/c artigos 10 e 19 da Instrução Normativa RFB nº 748 de 28/06/2007, tendo em vista a prática usual de operações comerciais de empréstimos a terceiros.

O conjunto probatório é robusto e demonstra, à evidência, que o Sr. Jamir e a Sra. Glauciane, a partir de recursos comuns, fornecidos pelo primeiro e mediante a utilização de contas cuja titularidade pertencia à Sra. Glauciane, atuavam conjuntamente com o objetivo de lucro.

A constatação ganha força com a comprovação de que ambos possuíam procuradores comuns, autorizados a movimentar as contas bancárias.

A defesa dos dois solidários, conquanto tenha apresentado diversos argumentos teóricos, em nenhum momento consegue refutar, de forma cabal, as conclusões da autoridade fiscal.

Nosso entendimento é compatível com a linha de raciocínio desenvolvida pela decisão de piso:

Primeiramente, na impugnação apresentada por Jamir, foi salientada a existência de recursos próprios de Glauciane que justificariam a movimentação bancária questionada no procedimento fiscal.

Nesse sentido, alegou que Glauciane, em 31/12/2003, efetuou saque no valor de R\$ 891.000,00 em sua conta corrente na CEF, montante disponível para a realização dos empréstimos que, somado a R\$ 470 mil ingressados até 31/03/2004, já poderiam alcançar R\$ 1.400.000,00. Também argumentou que a movimentação real nas contas bancárias de Glauciane seria de "tão somente R\$ 38 milhões", e não R\$ 60 milhões como alegado pela fiscalização.

No caso, cumpre observar que não há comprovação documental alguma de que o suposto saque, efetuado em 31/12/2003, tenha efetivamente se destinado aos empréstimos realizados ao longo dos períodos subsequentes. Sequer há confirmação de que tal numerário tenha figurado no patrimônio declarado da contribuinte nesse período.

Pelo contrário, conforme consta do TVF, a própria Glauciane, em atendimento à intimação fiscal, afirmara que "a contribuinte não possui demonstrativo de rendimentos e faz declaração de isento para fins de Imposto de Renda" (fl. 250), tendo a fiscalização constatado, efetivamente, o seguinte:

(...) As alegações da Contribuinte carecem de documentos para sustentação fática, principalmente quando se destacam os totais de créditos em conta corrente de quase sessenta milhões de reais e o saldo inicial em conta de cinquenta e três mil reais, diante da declaração de isento de imposto de renda apresentada à Receita Federal.

A Declaração Anual de Isento (DAI), como-se sabe, se destinava às pessoas físicas dispensadas da apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda (DIRPF), situação que não se enquadra o contribuinte que detivesse, em 31/12/2003, a importância de R\$ 891.000,00.

No tocante às cifras movimentadas nas contas bancárias analisadas no presente lançamento, o registro fiscal feito no TVF deu realce à importância de R\$ 38.000.000,00, e não somente aos R\$ 60.000.000,00 como sugeriu o impugnante, evidenciando a distinção entre o total movimentado e os valores passíveis de comprovação de origem:

(...)

Desse modo, permanece incólume nessa parte a constatação feita pela fiscalização, que atestou que os rendimentos e o patrimônio declarados de Glauciane Maria de Sousa eram incompatíveis com a movimentação de numerário dessa envergadura nas contas bancárias de sua titularidade.

No tocante às vinculações entre Jamir e Glauciane, os impugnantes procuraram justificar a existência de procuração de Glauciane para Jamir, dos procuradores em comum e a realização de operações financeiras diretamente com o próprio Jamir, com sócio deste e com empresas nas quais tem participação societária.

(...)

As procurações outorgadas por Glauciane para o próprio Jamir e para os prepostos comuns (Anderson e Frank), diferentemente do que querem fazer crer os impugnantes, constituem prova direta do uso comum das contas bancárias de titularidade de Glauciane; indo muito além de um ato de mera confiança entre as partes envolvidas. Esse elo fica ainda mais evidente quando

se verifica a existência de procuração, feita conjuntamente por Glauciane e Jamir, num mesmo documento, nomeando como procurador Anderson Ferreira de Freitas (fls. 1255/1256).

Conforme foi ressaltado no TVF, no tocante às contas bancárias de Glauciane, o que diferencia essencialmente as operações com Jamir, com sócio deste (Murilo Ribeiro Reis) e com empresas nas quais possui participação societária, daquelas feitas com as demais pessoas físicas e jurídicas que transacionaram nessas contas é o fato de a procuração, conferindo amplos poderes, ter sido outorgada apenas a Jamir de Souza Machado e aos prepostos em comum. Ou seja, as demais pessoas, que teriam realizado operações de empréstimos, não detinham procuração em seu nome para gerir as contas bancárias de Glauciane.

Entendo que não merece reparos a decisão recorrida.

Todo o conjunto probatório demonstra, para além de qualquer dúvida, a confusão jurídica e financeira entre os solidários.

Diante de tal circunstância, a defesa apresenta páginas e páginas de argumentos jurídicos, evoca princípios constitucionais da maior relevância, inclusive as sagradas garantias do contraditório e da ampla defesa, mas, curiosamente, delas não faz uso para trazer documentos hábeis aos autos.

Entendo que o tempo e o esforço dedicados ao processo seriam mais bem empregados se buscassem apresentar ao julgador documentos, planilhas, lançamentos contábeis, cópias de DARFs ou declarações, enfim, qualquer informação capaz de subsidiar seu pretenso direito.

Todavia, as intimações foram apenas parcialmente atendidas e as peças de defesa não alteraram este cenário, à exceção de uma ou outra planilha.

Igual sorte se observa nos documentos posteriormente trazidos pela Sra. Glauciane ao processo, que foram objeto de diligência, por determinação deste Colegiado.

Com efeito, a autoridade fiscal, ao analisar toda a documentação, constatou que eram documentos de emissão da própria interessada e concluiu que:

Inicialmente, cabe registrar que parte da documentação apresentada pelo sujeito passivo no seu recurso voluntário, chamada por ele de “borderôs”, manteve as mesmas características daquela juntada à impugnação e que não foi acatada pelos julgadores de primeira instância por estar desacompanhada de documentos comprobatórios das origens dos numerários depositados nas contas bancárias.

Esclarecemos também que todas as referências, neste termo, a números de folhas do processo, se referem ao processo digitalizado.

(...) analisamos os dados nela contidos e apresentamos a seguir quadro resumo dos mesmos comparados com os totalizadores dos dados constantes no anexo 3 ao Termo de Verificação Fiscal

(fls. 137 a 287) vinculado ao Auto de Infração IRPJ objeto do recurso:

Instituição Financeira	Agência	Conta	Supostas baixas de empréstimos conforme planilhas apresentadas no recurso voluntário		Créditos bancários de ORIGEM NÃO COMPROVADA, conforme Termo de Verificação Fiscal	
			Quantidade	Valor em R\$	Valor em R\$	Quantidade
BB	2475-9	10.298-9	81	252.172,49		
CEF	1426	4.719-5	4	8.579,27	193.913,43	6
Credipéu	3161-5	31.641-5	529	3.214.865,21	37.838.445,76	1081
TOTALS:			614	3.475.616,97	38.032.359,19	1087

Com relação ao quadro acima, cumpre-nos observar que:

5.1. As supostas baixas de empréstimos, por meio da tentativa de vinculação de créditos bancários a cheques emitidos contra as contas bancárias do sujeito passivo, carecem de documentos comprobatórios das origens dos referidos créditos, uma vez que apenas foram apresentadas no recurso voluntário cópias de microfilmagens dos cheques debitados nas contas do recorrente. Além disso, tais baixas representam menos de 9% (nove por cento) do total dos créditos de origem não comprovada aos quais os sujeitos passivos se esforçaram para vincular.

5.2. Apesar dos recorrentes terem vinculado supostas baixas de empréstimos a créditos efetuados em três contas bancárias, apenas duas delas (as de número 4.719-5 e 31.641-5) foram incluídas no Auto de Infração IRPJ objeto desse processo (fl. 99, item 20 do Termo de Verificação Fiscal). Isso porque, nem no decorrer da fiscalização, nem nas peças de defesa, ficou comprovada a utilização de outras contas para a realização de empréstimos a terceiros com vinculação das mesmas aos dois responsáveis solidários ora recorrentes. Assim, os créditos bancários de origem não comprovada vinculados à outra conta constante do quadro supra foram objeto de Auto de Infração IRPF de responsabilidade exclusiva da titular Glauciane Maria de Sousa e formalizado em processo administrativo fiscal distinto (número 10665.000562/2009-30).

5.3. Os valores da penúltima coluna do quadro supra se referem aos totais líquidos dos CRÉDITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA de responsabilidade de Glauciane Maria de Sousa e Jamir de Souza Machado, já descontadas as devoluções de cheques e demais estornos de créditos também relacionadas no anexo 3 do citado Termo de Verificação Fiscal.

5.4. O processo administrativo fiscal ora em recurso voluntário, objeto dessa diligência, resume-se apenas a parte dos lançamentos de ofício decorrentes da ação fiscal referente aos sujeitos passivos supracitados, a qual tratou ainda de infrações à legislação do Imposto de Renda da Pessoa Física bem como de outras infrações relativas ao IRPJ sem vinculação entre os interessados ora recorrentes.

(...)

De todo o exposto, e após análise da documentação juntada aos autos do presente processo no recurso voluntário, entendemos que não foram apresentados novos elementos materiais que possam alterar os lançamentos efetuados ou qualquer dos seus fundamentos, ou ainda modificar as conclusões da primeira instância, a qual manteve integralmente as exigências relativas a IRPJ, CSLL, COFINS e PIS consubstanciadas nos autos de infração de fls. 003 a 319 do processo digitalizado, acrescidas de multa de ofício de 150% e dos juros de mora pertinentes.

Concluimos também que os documentos juntados não possuem o condão de ensejar qualquer alteração no que tange à responsabilidade solidária imputada às pessoas físicas.

Entendo que não há margem para dúvidas, sendo forçoso concluir que as operações de empréstimo praticadas pelos solidários efetivamente ocorreram, nos termos apurados pela fiscalização, e que os interessados não lograram êxito em demonstrar, mediante documentos hábeis, qualquer equívoco em relação aos lançamentos efetuados.

Também não procedem os argumentos da defesa do Sr. Jamir, que tentam associar os resultados de 11 diligências da autoridade fiscal ao fato de que não teria qualquer participação com a atividade nas contas da Sra. Glauciane.

O assunto foi extensamente analisado pela decisão recorrida, às fls. 2.856 e seguintes, *cujos fundamentos acolhemos e ratificamos.*

e) Da impossibilidade de equiparação dos solidários a pessoa jurídica

Conquanto a defesa atribua a responsabilidade das contas bancárias somente à Sra. Glauciane, como vimos, os solidários questionam a equiparação, pela autoridade fiscal, das atividades por ela desenvolvidas à de instituições financeiras.

Convém reproduzir, neste passo, o fundamento para a equiparação, conforme descrição do Termo de Verificação Fiscal:

As operações de empréstimos freqüentes com remuneração, como consta nos extratos bancários e documentos ora anexados e citados neste Termo, praticados pelos responsáveis pelas movimentações bancárias, são serviços financeiros prestados, de natureza comercial e similar às operações de instituições financeiras, nos termos do parágrafo único do artigo 17 da Lei 4.595/64, cujas atividades são típicas de pessoas jurídicas no que diz respeito à aplicação da legislação tributária. O volume movimentado, quase R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) de créditos em dois anos, sendo que só de crédito passível de comprovação de origem é de R\$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de reais), desdobrados em mais de 1.000 (uma mil) operações individuais, com a utilização de serviços de duas pessoas para concretizá-las, demonstram a habitualidade e fins lucrativos;

*O fato gerador do tributo **independe das formalidades exigidas e do nome dado à operação.** Equiparam-se às pessoas jurídicas, para os efeitos do Imposto de Renda, "as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens e serviços", conforme dispõe o Inciso II do artigo 150 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99.*

Portanto, os dispositivos que lastrearam a equiparação são os seguintes:

Art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

*Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, **equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.***

Artigo 150 do Decreto n. 3.000/99:

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei n. 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 22).

§ 1º São empresas individuais:

I- as firmas individuais (Lei n. 2 4.506, de 1964, art. 41, §1 2, alínea "a");

*II - as pessoas físicas **que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços** (Lei n. 4.506, de 1964, art. 41, §1 2, alínea "b");*

De se notar que um dos fundamentos para a autuação foi o artigo 150 do Decreto n. 3.000/99 e não o artigo 160 do mesmo instrumento, que também foi mencionado, em outro trecho do TVF, circunstância bastante combatida pelas defesas, sob o argumento de que não se aplicaria à situação dos autos, o que já foi analisado pela decisão de piso, cujos argumentos acolhemos.

O enorme volume de operações (mais de mil transações) e o elevado montante dos empréstimos, superior a R\$ 60 milhões, são fatos suficientes para demonstrar os conceitos de habitualidade e o desempenho profissional atribuídos pela fiscalização.

Em nada socorre a defesa o argumento de que a Sra. Glauciane exercia exclusivamente atividade trabalhista diversa quando se comprova a relevância e a assiduidade das operações de mútuo.

A tese, aliás, discrepa da própria linha de argumentação dos interessados, que pretendem atribuir exclusivamente à Sra. Glauciane os recursos que transitaram pelas suas contas bancárias.

Não é crível nem factível que alguém movimentasse mais de R\$ 60 milhões em suas contas bancárias e realize centenas de empréstimos a terceiros sem que isso constitua, de fato, sua principal atividade econômica, ainda mais quando se constata que a Sra. Glauciane percebia como remuneração algo em torno de R\$ 1.000,00 mensais.

Ante a correta capitulação dos fatos pela autoridade fiscal, a equiparação obriga o contribuinte à observância das regras atinentes às pessoas jurídicas.

Conquanto tenham sido intimados, em diversas oportunidades e ao longo de dois anos, os interessados não trouxeram qualquer documentação aos autos, sob o singelo argumento de que as operações ocorriam em situações "precárias e informais", o que obviamente não se coaduna com o volume das operações e os montantes transacionados.

Entendo corretos os procedimentos fiscais, inclusive no que tange à inscrição de ofício para fins de CNPJ, como determina o artigo 19 da Instrução Normativa n. 748/2007:

Art. 19. O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) que, no exercício de suas funções, constatar a existência de entidade não inscrita no CNPJ deverá proceder à intimação do titular, sócio ou responsável para providenciar, no prazo de dez dias, sua inscrição.

§ 1º O não atendimento à intimação prevista no caput, no prazo determinado, acarretará a inscrição de ofício pelo titular da unidade da RFB cadastradora com jurisdição sobre o domicílio tributário da entidade.

Descabe, ainda, o argumento de que os solidários não tinham como cumprir as exigências do artigo 160 do RIR/99, posto que, como bem ressaltado pela decisão recorrida, tal dispositivo não se conforma à situação dos autos, cujas atividades foram equiparadas a de instituição financeira.

A simples menção do dispositivo pela autoridade fiscal em nada macula ou prejudica os lançamentos efetuados, que tiveram **outros fundamentos**, notadamente a omissão de receitas.

f) Da qualificação como instituição financeira

A defesa argúi que a atividade dos solidários não poderia ser enquadrada como típica de instituições financeiras e que seria, de modo diverso, relacionada ao conceito de *factoring*. Entende que o enquadramento foi efetuado pelas autoridades fiscais apenas com o objetivo de impor aos solidários tributação mais gravosa.

De plano, convém destacar que as autuações decorrem de omissão de receitas, decorrente da não comprovação pelos interessados da origem dos recursos depositados, tanto assim que a autoridade fiscal só conseguiu apurar a base de cálculo tributável a partir das informações obtidas diretamente por meio das RMF.

Nenhum dos interessados trouxe aos autos quaisquer documentos, ao tempo da fiscalização, capazes de comprovar a real natureza das operações praticadas.

Diante dessa circunstância, em nada socorre o argumento de que seriam operações creditícias, enquadradas como atividades de factoring, em detrimento da qualificação de instituição financeira imputada pelas autoridades fiscais.

A base legal do auto de infração é o artigo 42 da Lei n. 9.430/96, que confere presunção de omissão de receita aos depósitos cuja origem não seja comprovada pelo titular, nos seguintes termos:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

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

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

A presunção contida no artigo 42 tem o condão de inverter o ônus da prova, normalmente a cargo do Fisco, nas hipóteses em que o Contribuinte omite os valores depositados em conta de sua titularidade.

Nesses casos, a lei determina que compete ao interessado fazer prova da origem de tais recursos, até então desconhecidos. A prova exigida deve ser hábil e idônea, ou seja, suficiente e conclusiva em relação aos fatos que originaram os respectivos depósitos ou transferências.

A não comprovação pelo interessado ou a apresentação de documentos frágeis ou insuficientes materializa, no campo jurídico, a presunção, e torna de rigor o lançamento do montante detectado.

Por óbvio que cabe à autoridade fiscal intimar, averiguar e determinar a apresentação dos documentos que considera necessários para a comprovação dos depósitos.

Com efeito, foi isso o que ocorreu, conforme relato presente do TVF:

Os contribuintes Glauciane Maria de Sousa e Jamir de Souza Machado não apresentaram documentos idôneos que comprovassem as operações realizadas, com as devidas vinculações de cada uma delas. As pessoas sabem como elas mesmas realizam as suas operações e portanto, a Sra. Glauciane e o Sr. Jamir sabem se realmente existem operações entre os dois, movimentando a conta bancária, direta ou indiretamente, para atender aos seus clientes de empréstimos.

Verificada a ocorrência de irregularidade, cabe também a Receita Federal colher provas quanto à forma da prática da irregularidade, no sentido de demonstrar e existência de mero esquecimento ou falha na apuração, sem qualquer intenção, a fim de aplicar a correta alíquota da multa de ofício.

Assim sendo, não cabe ao fisco comprovar as operações realizadas pelo contribuinte, porém compete apresentar os elementos, como descritos nos Anexos n's 1 e 2 e detalhados nos itens 15 a 19 deste Termo, para evidenciar por amostragem as operações e seus "modos operantes", o que torna claro a relação de negócios da Sra. Glauciane com o Sr. Jamir em conjunto, com os seus clientes tomadores de empréstimos mútuos, além das movimentações diretas ou indiretas de valores entre as contas de suas titularidades.

No que tange à discussão sobre a real natureza das operações, se exclusivamente relativas à atividade de factoring ou mais amplas, para preencher o conceito de equivalência a instituições financeiras, a ausência de qualquer comprovação pelos interessados certamente não lhes favorece, pois a postura de negativa geral durante os procedimentos de auditoria exigiu que a fiscalização apurasse as operações de acordo com as informações de que conseguiu dispor.

O que é determinante para o deslinde da questão é que os interessados não apresentaram qualquer prova do alegado, de forma que não pode o julgador se basear, ainda que em homenagem ao princípio da verdade material, em meras elucubrações ou argumentos hipotéticos, até porque a verdade material exige, ao menos, fortes indícios de sua real ocorrência no mundo fenomênico.

Existe um postado clássico que não se pode criar do nada, muito menos em matéria jurídica.

Ademais, o ordenamento corrobora o entendimento da fiscalização: o Conselho Monetário Nacional (CMN), por exemplo, exarou a Resolução nº 2.144/95 para esclarecer que *factoring é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros, praticada por empresas de fomento mercantil e que se distingue das atividades das instituições financeiras, não podendo aquelas empresas praticar qualquer operação privativa de instituição financeira*, como bem destacou a decisão de piso.

No mesmo sentido, o Código Civil também faz distinção entre as operações de cessão de crédito e as de mútuo, como atestam os seus artigos 286 e 586.

Nesse contexto, não merece reparos o raciocínio desenvolvido pela decisão de piso (destacaremos):

Conforme se depreende das normas supratranscritas, as operações de crédito, entre outras, abarcam empréstimos sob qualquer modalidade, aquisição de direito creditório e mútuo de recursos financeiros, entretanto, a legislação limitou a atuação das factoring a atividades de prestação cumulativa e continua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Diferentemente das alegações do impugnante, não há nenhuma evidência da atuação do contribuinte como factoring, uma vez que não ficou demonstrado que sua atividade compreende exclusivamente as atividades específicas acima assinaladas.

É importante notar também que na impugnação não foi anexado nenhum documento que comprove a atuação como empresa de factoring, tendo restringido o impugnante a relatar que fazia transações com cheques pré-datados e notas promissórias, sem que ficasse demonstrado que as supostas operações eram resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Nesse ponto, a única iniciativa, no caso da impugnação apresentada por Jamir, foi citar exemplos que, no seu entendimento, evidenciariam a atividade como sendo factoring. Assim, pinçou das diversas diligências realizadas pela fiscalização, os seguintes casos: empresa Bonet Madeiras e Papéis Ltda. e Nelson Adriano dos Santos (Anexo 04 - fls. 101 e 104).

Os documentos relativos às situações descritas pelo impugnante, anexado pela autoridade fiscal às fls. 1341/1369 e 1521/1533, dão conta do relato a respeito da ocorrência de "desconto de duplicatas" e "troca de cheques". Entretanto, além de limitadas aos dois casos citados, tais operações não são de exclusividade das empresas de factoring, podendo ser realizadas também por instituições financeiras. Isto porque a instituição financeira pode antecipar ao cliente o valor da duplicata ou do cheque pré-datado custodiado, mediante um desconto sobre o valor nominal do título de crédito.

Em verdade, conforme foi relatado no TVF, no processo investigatório que antecedeu o presente lançamento, foi constatada a realização de operações de empréstimos (mútuo) para pessoas físicas ou jurídicas, utilizando-se das contas bancárias especificadas.

(...)

Operações de mútuo (intermediação de recursos financeiros próprios ou de terceiros - art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964), que se diferenciam das aquisições de direito creditório, a teor das já mencionadas disposições do Código Civil, não figuram entre as atribuições das factoring, lembrando ainda que é vedado às pessoas físicas atuarem em atividades privativas de instituições financeiras, sob pena de serem a elas equiparadas.

Isto porque, de acordo com o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas nesse artigo, de forma permanente ou eventual.

Fato é que, tendo o contribuinte atuado em operações de mútuo com terceiros (não incluídas entre as atividades das empresas de factoring), ainda que tivesse também realizado desconto ou antecipação de valores pertinentes a títulos de crédito, está correto o procedimento fiscal ao caracterizá-lo como instituição financeira, que contempla ambas as atividades descritas.

Desta forma, pode-se concluir que fica afastada a possibilidade de tributação do contribuinte sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado, em procedimento fiscal que, dentre suas atividades, está a realização de empréstimo de mútuo, de forma habitual e sistemática, própria de instituição financeira.

Corretos, portanto, os procedimentos e a qualificação atribuídos pela autoridade fiscal às atividades dos solidários.

g) Do arbitramento

Conquanto os interessados entendam que o lucro não deveria ser arbitrado, porque seria possível apurar o lucro real, os fatos comprovam exatamente o oposto e, nesse sentido, sequer comportam maiores digressões.

Ora, conforme atestado pela autoridade lançadora, a não apresentação dos registros contábeis ou dos livros previstos pela legislação exigiu a adoção dos procedimentos previstos no artigo 530, do Decreto n. 3.000/99, que trata das hipóteses de arbitramento:

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

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal; (grifamos)

(...)

III – o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e

fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (grifamos)

De se notar que os lançamentos com base no lucro arbitrado, efetuados pela autoridade fiscal, decorrem de comando normativo expresso, que se amolda perfeitamente aos fatos narrados nos autos.

Não faltaram intimações ou tempo para que os interessados apresentassem documentos. Durante todo o processo de auditoria vários questionamentos foram feitos aos solidários, de forma que, ao assim proceder, agiu a autoridade lançadora com a devida diligência e o cuidado que devem nortear as hipóteses de omissão de receitas, no sentido de perquirir e dar oportunidade para que o Contribuinte apresente documentos, notadamente os relativos a custos ou despesas.

Ante a perfeita subsunção dos fatos à diretriz normativa, aprecio e rechaço todos os argumentos trazidos pela Contribuinte contra à utilização do arbitramento pela autoridade fiscal.

h) Da qualificação da multa

Os fundamentos para a qualificação das multas foram assim resumidos pela autoridade lançadora:

Por todo o exposto, destacando-se a recusa de apresentar os extratos bancários através do uso de pedidos de prorrogações intermináveis, uso de contas correntes em nome de apenas um titular para uso coletivo de duas pessoas, sendo movimentada por procuradores para mascarar a movimentação da segunda pessoa, valores de receitas omitidas apuradas de R\$ 38.032.359,19 (trinta e oito milhões, trinta e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e dezenove centavos), sem incluir os demais procedimentos de auditoria fiscal em andamento, em contrapartida com os rendimentos declarados pela Glauciane, na faixa de isenção do Imposto de Renda - em torno de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fortes indícios desta conta pertencer à pessoa interposta, prática de operações exclusivas de instituições financeiras registradas e autorizadas pelo Banco Central do Brasil, enseja a qualificação da multa de ofício, aplicada sobre todo crédito tributário ora levantado, com a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do artigo 44, Parágrafo 10 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c o artigo 957, inciso II do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99, tendo em vista, s.m.j., a existência de sonegação, fraude e conluio, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, que assim dispõem:

(...)

Em decorrência dos motivos que ensejaram a qualificação da multa de ofício, citados no item anterior, e da falta de constituição formal da empresa e de autorização do Banco Central do Brasil para operar no mercado financeiro, nos

termos da Lei 4.595/64, foi elaborada Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos da Portaria RFB nº 665 de 24/04/2008.

Os atos praticados pelos solidários demonstram o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, almejando como resultado a redução do montante do tributo devido.

Ressalte-se que não se trata de atos isolados, mas de conduta reiteradamente praticada, que ensejou a omissão de valores expressivos.

Assim, podemos apurar de forma objetiva a intenção dos agentes, seja pela prática de centenas de operações sem qualquer escrituração ou declaração, seja pelo montante omitido e não comprovado, da ordem de R\$ 38 milhões.

Correto, pois, o procedimento da fiscalização em aplicar a multa qualificada de 150% sobre os tributos oriundos dos depósitos bancários sem comprovação de origem.

Também não prospera o argumento de violação ao princípio da tipicidade cerrada, posto que descabe a este Conselho a apreciação de questões de ordem constitucional, para a partir delas afastar a incidência de lei válida e eficaz, no caso o artigo 44 da Lei n. 9.430/96, base legal para a aplicação da multa qualificada.

Ressalte-se, ainda, que as supostas alterações no dispositivo, alegadas pelos interessados, em nada alteram o conceito e as premissas para a qualificação das multas, posto que as circunstâncias que ensejam tal medida estão amplamente comprovadas nos autos, nos exatos termos preconizados pela lei.

Quanto a este aspecto, os inusitados argumentos de que a multa de 150% teria sido "revogada" do ordenamento ou de que aplicar-se-ia à espécie a retroatividade benéfica do artigo 112 do CTN já foram apreciados pela decisão de piso, cujos fundamentos são mais do que suficientes para afastá-los:

No tocante à multa de ofício, os impugnantes alegaram que a exigência está lastreada em redação antiga, não mais vigente, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tendo evidenciado as alterações ocorridas com a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

Consoante consta dos autos de infração que compõem o presente processo, a multa foi exigida no percentual de 150%, de acordo com o disposto no art. 44, inciso II da Lei nº 9430, de 1996, que, na sua redação original, assim dispõe:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30

de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (grifos acrescentados)

Os impugnantes enfatizaram a nova redação dada ao art. 44 supra pela Lei nº 11.488, de 2007, que também foi indicada no TVF, na parte que tratou da exigência da multa de ofício, cujo art. 14 preceitua o seguinte:

(...)

Conforme se vê, não houve alteração na norma legal no que respeita à imputação da multa de ofício qualificada, já que apenas foram modificados os incisos, alíneas e parágrafos, mas a essência da norma continuou a mesma. A alteração normativa ficou restrita à redução do percentual da multa isolada para 50%.

Em verdade, seja na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (citada nos autos de infração, e vigente nos períodos correspondentes aos fatos geradores objeto do lançamento), seja pela redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (citada na impugnação e no TVF), a multa qualificada foi fixada no percentual de 150%, nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Assim, não há porque se falar na retroatividade benigna em razão de aplicação de penalidade menos severa prevista no art. 106, alínea 'c' do CTN, aventada pelos impugnantes, se a multa de ofício qualificada foi mantida no mesmo percentual de 150%. Ou seja, a penalidade prescrita com a nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 11.488, de 2007, no caso de qualificação da multa, não é mais nem menos severa do que aquela prevista na redação original da lei, vigente à época dos fatos geradores objeto do lançamento ora discutido.

i) Da responsabilidade solidária

Como já extensamente apreciado ao longo deste voto, é inequívoca a participação conjunta dos Sr. Jamir e da Sra. Glauciane na movimentação financeira omitida e autuada.

A fiscalização imputou a ambos responsabilidade solidária pela prática das atividades financeiras, cuja síntese reproduzimos a seguir:

As pessoas físicas Glauciane Maria de Sousa, CPF 057.582.436-04, e Jamir De Souza Machado, CPF 445.016.416- /49, respondem solidariamente e pessoalmente pelo crédito tributário total apurado neste procedimento fiscal, conforme descrito neste Termo de Verificação Fiscal nº 001, independentemente dos sujeitos passivos identificados serem as pessoas jurídicas distintas, em nome de cada um deles, tendo em vista tratar-se de operações de empréstimos realizadas por eles, em conjunto e/ou em sem separado, com terceiros, conforme consta no TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 001 em

anexo, lavrado com base nos artigos 133, 135 e 136 do Código Tributário Nacional, Lei Nº 5.172/66.

Restou demonstrado que os Sr. Jamir e a Sra. Glauciane atuaram de forma comum, mediante confusão jurídica e financeira, que evidenciam a existência de uma sociedade de fato ou irregular, que não atuou de acordo com as regras tributárias, realizando centenas de operações financeiras que ficaram à margem de qualquer escrituração ou declaração para a apuração dos tributos devidos.

Pouco importa, na espécie, a existência de contrato ou qualquer outro instrumento formal, pois a irregularidade se caracteriza justamente pela supressão de qualquer registro ou informação às autoridades competentes.

O volume das transações afasta qualquer alegação de erro ou não habitualidade, pois havia evidente organização com vistas à obtenção de lucro, inclusive com o envolvimento de terceiros que atuavam mediante procuração.

Assim, a autuação dos valores omitidos nas pessoas jurídicas constituídas de ofício, por equiparação, enseja a responsabilização solidária dos reais agentes e beneficiários das operações, de acordo com o que preceituam os artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

Não merece reparos, portanto, a imputação de responsabilidade solidária às pessoas físicas, assim como está correto o critério de divisão dos resultados oriundos das atividades econômicas, na proporção de 50% para cada interessado.

j) Efeito confiscatório das multas

Acerca do hipotético efeito confiscatório das multas aplicadas, já nos posicionamos no sentido de que não compete à autoridade administrativa apreciar arguições desse jaez para declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, posto que tal competência foi atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário, conforme artigo 102 da Constituição.

A vedação do efeito confiscatório é uma limitação dirigida ao legislador, que deve atender aos diversos princípios veiculados pela Constituição. Ante a existência de lei válida e vigente no ordenamento descabe à autoridade fiscal deixar de aplicá-la, dada a vinculação do ato do lançamento, assim como não se encontra na esfera de competência do julgador administrativo a possibilidade de negar-lhe efeitos.

A questão está sumulada no âmbito deste Conselho e não exige maiores digressões, razão pela qual não há como acolher a pretensão dos interessados:

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

Ante o exposto CONHEÇO dos Recursos Voluntários e, no mérito, voto por NEGAR-LHES provimento.

É como voto.

Processo nº 10665.000563/2009-84
Acórdão n.º **1201-001.593**

S1-C2T1
Fl. 59

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator