



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10670.721873/2013-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.738 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2023
Recorrente RADIER CONSTRUÇÕES LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

O fato de a administradora do empreendimento estar encarcerada não pode ser admitido como impedimento para o atendimento às intimações da fiscalização para apuração dos fatos, principalmente, porque a documentação solicitada era de apresentação e guarda obrigatória pelo representante legal da empresa, e perfeitamente possível a designação de outra pessoa para cumprimento das intimações.

NULIDADE. PROVA ILÍCITA.

Como os extratos bancários foram obtidos mediante quebra de sigilo bancário decretada judicialmente, com compartilhamento de dados obtidos com a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, não há respaldo para as alegações de que não estava obrigada a apresentá-los, ou de ilicitude da prova.

NULIDADE. APREENSÃO PELA POLÍCIA FEDERAL.

A mera alegação de que a documentação solicitada pela fiscalização havia sido apreendida ou desorganizada pela Polícia Federal, não pode ser considerada sem as competentes provas (termo de apreensão), e porque contraditada pelas informações constantes do processo.

NULIDADE. APRECIÇÃO DE PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO.

Os pedidos de prorrogação de prazo para atendimento às intimações feitos no curso do procedimento fiscal, ainda que não apreciados, não afetam o direito de apresentação das provas cabíveis, pelo que não há cerceamento ao direito de defesa.

NULIDADE. FALTA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS.

Não se sustenta a falta de motivação dos lançamentos devido à mera formalidade de a descrição dos fatos estar contida em termo anexo à autuação, do qual a representante legal da empresa tomou ciência, pessoalmente, na mesma data da ciência dos lançamentos.

NULIDADE. DEMONSTRATIVOS DE APURAÇÃO DE TRIBUTOS E DE MULTAS E JUROS DE MORA.

Não subsiste a invocação de nulidade genérica contra os demonstrativos que atendem aos ditames legais.

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

Omissão de Receitas. Depósito Bancário. Falta de Comprovação da Origem.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Arbitramento dos Lucros. Falta de Apresentação de Escrituração.

O lucro da pessoa jurídica deve ser arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, quando optante pelo Lucro Presumido.

A atuação da Polícia Federal, no estrito cumprimento do dever funcional, na prisão da administradora, e na apreensão da documentação encontrada no estabelecimento da empresa, não pode ser de qualquer forma confundida com furto, incêndio ou inundações, no estabelecimento da empresa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

Multa Qualificada. Sonegação.

Caracteriza sonegação, a omissão de receitas expressiva, reiterada e sistemática nas declarações prestadas à RFB, comprovadamente auferidas na atividade, com suporte em notas fiscais emitidas pela própria empresa, e de rendimentos de aplicações financeiras, com base em informações prestadas pelas fontes pagadoras nas Dirf.

Responsabilidade solidária. Administrador.

A sonegação fiscal, ou a omissão dolosa tendente a impedir/retardar o conhecimento da autoridade fiscal acerca da ocorrência dos diversos fatos geradores ocorridos no período fiscalizado, caracteriza indubitavelmente ato praticado com excesso de poder, infração de lei e contrato social.

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o administrador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário apresentado pela apontada como responsável solidária pelo crédito tributário. Vencido o Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga que votava por afastar a

responsabilidade tributária da sócia Maria das Graças Gonçalves Garcia. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga – Relator

(documento assinado digitalmente)

Claudio de Andrade Camerano – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 7ª Turma da DRJ/SPO 4ª Turma da DRJ/SP1 (Acórdão 16-61.743, fls. 1609 e ss.) que julgou improcedente as impugnações apresentadas pelas recorrentes.

Transcrevo abaixo o relatório da Decisão Recorrida que resume os fatos até aquele momento.

1.1 DO RELATÓRIO DA DECISÃO RECORRIDA (E-FLS. 1611 E SS.)

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas –IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, e das Contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, lavrados em 18/11/2013, pela DRF Montes Claros/MG, para constituir o crédito tributário no total de R\$ 1.373.231,11, incluídos o principal, a multa de ofício de 75% e 150%, e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta as irregularidades apuradas, nos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011, assim descritas no Relatório Fiscal de fls. 150/167, parte integrante da peça acusatória, *verbis*:

1.1.1 CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, concluí, nesta data, os exames de verificação do cumprimento, pela pessoa jurídica acima qualificada, de obrigações tributárias do IRPJ e seus reflexos, relativamente aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011, tudo conforme determina o Mandado de Procedimento Fiscal n.º 0610800-2013-00050-1.

1.1.1.1 I - DOS TERMOS LAVRADOS E RESPOSTAS APRESENTADAS:

Cumprir informar que a ação fiscal na sociedade empresária RADIER CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ n.º 01.682.833/0001-42, para apuração de ilícitos tributários e a constituição dos créditos tributários correspondentes, iniciou-se em cumprimento a uma requisição do Ministério Público Federal ao Delegado da Receita Federal em Montes Claros, feita mediante Ofício 0900/2011 -MPF/PRM - MOC/GAB/AVD, de 13/10/2011, com base no art. 29, VI e VIII, da Constituição Federal e no art. 7º, III da Lei Complementar n.º 75/93.

Inicialmente, o Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF), lavrado em 05/03/2013, foi encaminhado por via postal ao domicílio fiscal da referida empresa, constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). O termo foi devolvido pelos Correios, ficando consignado no envelope que o motivo da devolução seria a mudança de endereço da empresa.

Em 06/03/2013, houve o comparecimento do auditor responsável pelo procedimento ao Edifício Herlindo Silveira, situado no n.º 362 da rua Doutor Santos, nesta cidade de Montes Claros. Conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO lavrado na referida data, apurou-se o seguinte:

- *No n.º 362 da rua Doutor Santos encontra-se o edifício Herlindo Silveira.*
- *No saguão, localizado no pavimento térreo, consta uma placa, relativa à sala 602, com o nome de Radier Construções.*
- *A referida sala, no sexto andar do prédio encontrava-se fechada. Por diversas vezes bati à porta da mesma, e não fui atendido.*
- *Retornei ao saguão do edifício, onde o porteiro, que se identificou pelo primeiro nome de Márcio, prestou as seguintes informações:*
 - *Que os donos da empresa teriam sido presos.*
 - *Que após a prisão dos donos, a sala teria permanecido fechada.*
 - *Que, até onde ele sabe, os donos da empresa continuam encarcerados.*
 - *Que os valores do condomínio do referido imóvel não estariam sendo pagos, desde a prisão dos proprietários.*

Apurou-se que o domicílio fiscal da sócia-administradora e responsável pela empresa perante a Receita Federal do Brasil (RFB), a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA, CPF 520.043.926-49, informado no Cadastro da Pessoa Física (CPF), sito à Avenida Ovídio de Abreu n.º 116, centro, nesta cidade de Montes Claros (MG), era coincidente com o endereço cadastral da empresa CONSTRUTORA NORTE VALE LTDA, CNPJ 04.789.326/0001-09, também sob procedimento fiscal, acobertado pelo MPF n.º 0610800-2013-00053-6 [processo n.º 10670.722003/2013-91 que já encaminhado para inscrição em dívida ativa – revelia]. Conforme Termo de Constatação lavrado em 08/03/2013, verificou-se que o imóvel existente no mencionado endereço se encontrava fechado, estando disponível para locação.

É relevante ressaltar que o sócio-administrador e responsável perante a RFB pela referida empresa (NORTE VALE) é o Sr. EVANDRO LEITE GARCIA, CPF 270.820.086-00, cônjuge da Sra. MARIA DAS GRAÇAS.

Diante de tais constatações, tentou-se efetuar a entrega do TIFP por via postal, com envio do mesmo para o endereço constante do histórico do Cadastro da Pessoa Física (CPF) do Sr. EVANDRO, sito à Rua Topázio, n.º 1100, bairro Monte Carmelo, CEP 39402-015, nesta cidade de Montes Claros (MG). O referido termo foi entregue em 11/03/2013, conforme consta de aviso de recebimento devolvido pelos Correios a Delegacia da Receita Federal em Montes Claros.

Tendo em vista, que no TIFP enviado, ficou consignada informação incorreta, qual seja, que o mesmo teria sido assinado pela representante do sujeito passivo, tal termo foi novamente enviado para o mencionado endereço. Desta feita, o documento foi devolvido pelos Correios, ficando consignado no envelope a informação de que o destinatário seria desconhecido no referido endereço.

Após tais dificuldades, apurou-se que a responsável pela empresa, já citada, encontrar-se-ia reclusa no PRESÍDIO ALVORADA de Montes Claros/MG.

Assim, em 29/04/2013, na mencionada instituição prisional foi dada ciência pessoal do TIFP, à sócia-administradora e responsável pela empresa junto à Receita Federal do Brasil, a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA, que foi intimada a apresentar:

“1. Contrato social e as alterações posteriores vigentes de 2008 a 2011.

2. Extratos bancários mensais de todas as contas correntes, aplicações financeiras, cadernetas de poupança, ou quaisquer contas mantidas pela empresa junto à instituições financeiras, referentes aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011.

3. Relação dos bancos e respectivos números de agências e contas correntes, referentes a todas as instituições financeiras nas quais mantém ou manteve conta bancária de qualquer espécie nos anos-calendário 2008 a 2011.

4. Livros Caixa contendo toda a movimentação financeira inclusive bancária e registro de inventário ou alternativamente, Livros diário e razão, Livros registro de entrada, de saídas, de prestação de serviços, de registro de inventário e de apuração de ICMS, de todos os estabelecimentos da empresa.

5. Todas as notas fiscais emitidas bem como demais documentos que deram suporte à escrituração dos livros contábeis e fiscais.

6. Informar qual foi a atividade desenvolvida pela empresa no período de 2008 a 2011, e relacionar por período, nome e CNPJ os seus principais clientes”.

Na ocasião, a referida sócia apresentou resposta com o seguinte teor: “Em resposta ao termo (...), venho informar o que segue: Que não posso apresentar a documentação solicitada em razão de estar reclusa e pelo fato de os documentos solicitados não estarem em meu poder”.

É importante mencionar que, diante da resposta apresentada pela Sra. Maria das Graças, a mesma foi informada que poderia nomear procurador para apresentação dos elementos solicitados pela fiscalização, ou, ainda, informar qual seria o contador encarregado de sua escrituração.

Mediante Termo de Intimação Fiscal 01 (TIF 01), lavrado em 23/08/2013, com ciência pessoal em 26/08/2013, a responsável pela empresa foi reintimada (itens 1 a 3) / intimada (item 4), a apresentar:

“NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS ÚTEIS:

1. Contrato social e as alterações posteriores vigentes de 2008 a 2011.

2. Livros Caixa contendo toda a movimentação financeira inclusive bancária e registro de inventário ou alternativamente, Livros diário e razão, Livros registro de entrada, de saídas, de prestação de serviços, de registro de inventário e de apuração de ICMS, de todos os estabelecimentos da empresa.

3. Todas as notas fiscais emitidas bem como demais documentos que deram suporte à escrituração dos livros contábeis e fiscais.

NO PRAZO DE 20 (VINTE) DIAS:

4. Comprovar/demonstrar de forma inequívoca, por meio de documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, a origem e tribulação dos recursos creditados/depositados em 2008, 2009, 2010 e 2011, nas contas correntes mantidas junto ao BANCO DO BRASIL S/A e ITAÚ UNIBANCO S/A, e na conta poupança mantida junto ao ITAÚ UNIBANCO S/A. Os recursos que devem ser comprovados estão discriminados nos demonstrativos 'VALORES A COMPROVAR CREDITADOS EM CONTA CORRENTE/CONTA POUPANÇA', anexos e integrantes deste termo. Na comprovação deverão ser observados/apresentados os seguintes documentos/esclarecimentos:

- Deve ser especificada a origem de cada crédito constante da referida relação para cada crédito em conta bancária (corrente ou de poupança) relacionado deverá ser comprovada a origem dos recursos creditados por meio de documentos hábeis e idôneos e especificada a fonte dos recursos (RAZÃO SOCIAL/NOME e CNPJ/CPF), e a natureza das operações a que se referem (venda, prestação de serviços, outras). Apresentar também documentos hábeis e idôneos que comprovem essas operações.
- Nos extratos bancários constam que alguns créditos foram provenientes de transferências (TED, DOC, transferência, etc). Assim sendo, especificar quem efetivou essas transferências (RAZÃO SOCIAL/NOME e CNPJ/CPF) e quais as operações (venda, prestação de serviços, outras) que motivaram essas transferências. Apresentar também documentos hábeis e idôneos que comprovem essas operações.
- Se, por acaso, valores que constam no demonstrativo em anexo estiverem incorretos ou em duplicidade, especificar as eventuais incorreções e apresentar documentos hábeis, idôneos e legíveis que demonstrem os valores correios'.

No mesmo termo o contribuinte foi advertido de que a falta de comprovação da origem e tributação dos recursos creditados, discriminados nos demonstrativos anexos, ou a falta de comprovação de que seriam de titularidade de terceiros, implicaria em tributação dos valores depositados/creditados como rendimentos omitidos, conforme preceituado no artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Em atendimento protocolado em 17/09/2013, assinado pela representante da pessoa jurídica, a mesma teceu as seguintes considerações:

‘1. A representante da Pessoa Jurídica encontra-se encarcerada há mais de um ano, bem como o seu esposo, tendo sido alvo de investigação e operação policial que acarretou total, completa e irrestrita devassa e apreensão de documentos em sua casa, escritórios e até mesmo na contabilidade que lhe prestava os serviços.

2. Diante da referida operação, foram subtraídos, extraviados e desorganizados documentos elementares e essenciais da empresa, não tendo sido, até hoje, totalmente recuperados e reorganizados. Nesse contexto, há mais de um ano, a referida representante da Pessoa Jurídica se encontra desnorreada, abalada, e

completamente impotente para resolver e enfrentar os desafios que lhe são imputados, eis que tanto ela quanto o marido se encontram reclusos, sem ter nem mesmo a quem confiar a tutela, guarda e criação de seus três filhos, que se encontram desamparados psicológica e financeiramente, totalmente suscetíveis aos infortúnios da vida.

3. Assim sendo, é demasiadamente difícil, quiçá impossível, conseguir a intimada atender e esclarecer os termos de tão complexa e ampla intimação fiscal, no contexto fatídico que, tanto ela quanto o esposo, estão inseridos. A intimada se encontra totalmente cerceada de seu direito de defesa, sem condições de contratar um profissional para lhe prestar os serviços, ou de confiar os trabalhos de recuperação e reorganização dos documentos solicitados, muito menos ainda para a identificação da movimentação bancária de todo o período solicitado, vez que era a própria intimada que controlava, pessoalmente, toda a movimentação, não tendo em seu cárcere os documentos que lhe demonstram a origem.

4. Ainda assim, mesmo com todas as dificuldades lhe impostas, quer a representante da empresa intimada se empenhar em esclarecer e atender as solicitações feitas, embora reconheça sua total impotência para prestar os esclarecimentos a tempo e modo requisitados.

5. Logo, é o presente para solicitar a prorrogação do prazo da intimação fiscal por mais 30 dias, a fim de que tente a intimada conseguir alguma pessoa complacente em liberdade para tentar ampará-la e reunir as informações requisitadas' (Os grifos não são do original).

É importante destacar que a Sra. Maria das Graças informa, na resposta apresentada, que não teria condições de apresentar os documentos e esclarecimentos solicitados no TIF 01. Assevera, ainda, que não teria nem mesmo condições de contratar um profissional a quem pudesse confiar o trabalho de recuperação e reorganização da documentação solicitada. Não obstante tais afirmativas, solicita um prazo de trinta dias, com a finalidade 'de que tente a intimada conseguir alguma pessoa complacente em liberdade para tentar ampará-la e reunir as informações requisitadas'.

*Ora, os prazos concedidos para a prestação das informações solicitadas no TIF e no TIF 01 são aqueles estabelecidos na legislação, e foram inclusive citados nos referidos termos. Somente em razão da apresentação de justificativas plausíveis, **desde que houvesse a expectativa de atendimento**, a fiscalização poderia conceder a prorrogação dos prazos estabelecidos na legislação.*

*Em relação aos elementos solicitados nos itens de 1 a 3 do TIF 01, o contribuinte teve um prazo que se iniciou em **29/04/2013** (data da ciência do TIF) e expirou em **02/09/2013** (data para atendimento aos itens 1, 2 e 3 do TIF 01). Assim, o contribuinte dispôs de prazo **superior a quatro meses para apresentação dos livros e documentos solicitados**.*

Em relação às comprovações solicitadas inicialmente através do item 4 do TIF 01, cumpre destacar que o contribuinte foi devidamente reintimado a apresentá-las, mediante item 3 do TIF 02.

No referido termo, lavrado em 20/09/2013, e com ciência pessoal em 24/09/2013, intimou-se o fiscalizado a apresentar:

'NO PRAZO DE 20 (VINTE) DIAS:

1. Tendo em vista a ciência do TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL N.º 02/2013, de 19/09/2013, do Delegado da Receita Federal do

Brasil em Montes Claros/MG, que excluiu o sujeito passivo do regime do SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/01/2009 [processo nº 10670.721458/2013-90 – não impugnado – arquivado], apresentar as Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ's, referentes aos períodos subseqüentes à referida exclusão, conforme relacionado a seguir:

- *Exercício 2010 - Ano Calendário 2009.*
- *Exercício 2011 - Ano Calendário 2010.*
- *Exercício 2012 - Ano Calendário 2011.*

2. Em relação ao período de 01/01/2009 a 31/12/2011, que se encontra também sob procedimento de fiscalização, apresentar:

- *Escrituração contábil elaborada de acordo com as Leis Comerciais e Fiscais (livros Diário, Razão e LALUR), referentes à sistemática de apuração do imposto de renda pelo Lucro Real, ou,*
- *Opcionalmente, Livros Caixa - onde esteja escriturada toda a movimentação financeira efetuada - relativo à sistemática de apuração do imposto de renda pelo Lucro Presumido.*

3. Comprovar/demonstrar de forma inequívoca, por meio de documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, a origem e tributação dos recursos creditados/depositados em 2008, 2009, 2010 e 2011, nas contas correntes mantidas junto ao BANCO DO BRASIL S/A e ITAÚ UNIBANCO S/A, e na conta poupança mantida junto ao ITAÚ UNIBANCO S/A. Os recursos que devem ser comprovados estão discriminados nos demonstrativos 'VALORES A COMPROVAR CREDITADOS EM CONTA CORRENTE/CONTA POUPANÇA', anexos e integrantes do TIF 01. Na comprovação deverão ser observados / apresentados os seguintes documentos/esclarecimentos:

- *Deve ser especificada a origem de cada crédito constante da referida relação - para cada crédito em conta bancária (corrente ou de poupança) relacionado deverá ser comprovada a origem dos recursos creditados por meio de documentos hábeis e idôneos e especificada a fonte dos recursos (RAZÃO SOCIAL/NOME e CNPJ/CPF), e a natureza das operações a que se referem (venda, prestação de serviços, outras). Apresentar também documentos hábeis e idôneos que comprovem essas operações.*
- *Nos extratos bancários constam que alguns créditos foram provenientes de transferências (TED, DOC, transferência, etc). Assim sendo, especificar quem efetivou essas transferências (RAZÃO SOCIAL/NOME e CNPJ/CPF) e quais as operações (venda, prestação de serviços, outras) que motivaram essas transferências. Apresentar também documentos hábeis e idôneos que comprovem essas operações.*
- *Se, por acaso, valores que constam no demonstrativo em anexo estiverem incorretos ou em duplicidade, especificar as eventuais incorreções e apresentar documentos hábeis, idôneos e legíveis que demonstrem os valores corretos'.*

O prazo para atendimento ao referido TIF 02 expirou em 14/10/2013. Em documento protocolado em 18/10/2013, novamente não houve qualquer apresentação dos livros, documentos e justificativas solicitados em qualquer dos termos lavrados, tendo a sócia-administradora e responsável pela empresa perante a RFB tendo efetuado os seguintes 'esclarecimentos', com data de 11/10/2013:

'1. Estou encarcerada há mais de um ano e três meses, não detendo em meu poder nenhum dos documentos solicitados na intimação fiscal. Toda a documentação solicitada da empresa RADIER CONSTRUÇÕES LTDA. (...), era administrada por mim, sendo as atividades financeiras, contábeis e bancárias da empresa de minha responsabilidade.

2. Não bastasse, simultaneamente a minha prisão, os referidos documentos fiscais foram alvo de apreensão, investigação e operação policial e não pude reavê-los, nem sequer ter o controle deles, eis que fui presa simultaneamente.

3. Com relação à comprovação de movimentos bancários, de igual modo eram todas as operações por mim efetuadas. Diante da precariedade e ausência de liberdade inerente à situação que estou vivendo, não tenho condições físicas, muito menos psicológicas para explicar a contento os quesitos solicitados por esta fiscalização.

4. Dado caráter personalíssimo das informações solicitadas, já que só eu poderia elucidá-las em condições normais, tendo em vista que todo o poder de administração estava centralizado em mim, para que eu tente atender prontamente a fiscalização é necessário que eu esteja em liberdade, a fim de que tenha condições físicas e psicológicas para reunir as informações solicitadas. Neste sentido, dirigi ao mm Juiz da Vara de Execução Penal de Montes Claros/MG pedido de saída provisória com escolta, para tentar reunir as informações e os documentos solicitados. Encaminho-lhe, anexo a esta resposta, o pedido protocolado junto ao fórum.

*5. Nessas circunstâncias, suplico-lhe uma vez mais a prorrogação do prazo para resposta a esta intimação fiscal por mais trinta dias. Reitero a minha vontade de ver toda a situação esclarecida, mas **ressalto a minha total incapacidade e impotência, na situação em que me encontro, de exercer o meu dever de esclarecimento da maneira devida.***

6. Reitero, ainda, mesmo com todas as dificuldades notórias e incontestáveis que enfrento atualmente, que estou me empenhando para esclarecer e atender as solicitações, embora ainda não tenha conseguido no tempo e modo requisitado. Assim, peço, uma vez mais, clemência e complacência por parte desta fiscalização, para que eu consiga responder as intimações fiscais satisfatoriamente'.

Juntamente com o referido documento, foram ainda apresentadas duas folhas manuscritas, também com data de 11/10/2013, em que a mencionada responsável pela empresa, dirige-se ao Juiz de Direito da Vara de Execução Criminal da Comarca de Montes Claros, para solicitar seu deslocamento ao escritório da empresa e aos seus 'anexos', situados em diversas cidades localizadas na região do Norte de Minas e Vale do Jequitinhonha.

*Assim, sendo, novamente a Sra. Maria das Graças, informa sobre a sua dificuldade, incapacidade e impotência para atender aos elementos solicitados nos termos lavrados no procedimento fiscal. **Contraditoriamente, no entanto, solicita a prorrogação de prazo para atendimento aos mesmos.***

Conforme já relatado, os prazos estabelecidos nos diversos termos na fiscalização são aqueles estabelecidos pela legislação, e foram inclusive citados nos referidos documentos. Somente em razão da apresentação de justificativas plausíveis, desde que houvesse a expectativa de atendimento, a fiscalização poderia conceder prorrogação dos referidos prazos. No presente caso, não existe a menor expectativa de atendimento aos referidos termos, tendo em vista as dificuldades apontadas pela própria responsável pela empresa e, ainda, o fato concreto de que tendo transcorrido mais de cinco meses, desde a ciência pessoal do Termo de Início de

Procedimento Fiscal, não houve a apresentação de um único documento que fosse por parte responsável pela empresa fiscalizada.

1.1.1.2 II - DOS TERCEIROS INTIMADOS:

Tendo em vista os problemas enfrentados para obtenção da documentação relativa à escrituração da empresa fiscalizada, intimou-se o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Minas Gerais - CREA/MG, mediante procedimento acobertado pelo MPF D n.º 0610800-2013-00G83-8, a:

'1. Informar, detalhadamente, as Anotações de Registro Técnico (ART) registradas neste conselho, no período de 01/01/2008 a 31/12/2011, pela RADIER CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ n.º 01.682.833/0001-42.

2. Apresentar cópia das ART's acima referidas'.

Após informações do CREA/MG, e, tendo em vista informações extraídas das Declarações de Imposto Retido na Fonte - DIRF, foram intimados, dentre outros, os seguintes contribuintes, para os quais a RADIER CONSTRUÇÕES teria prestado serviços, nos períodos fiscalizados:

| MPF D | CONTRIBUINTE | CNPJ |
|-----------------------|---|--------------------|
| 06.1.08.00-2013-01510 | Prefeitura Municipal de Bocaiúva | 18.803.072/0001-32 |
| 06.1.08.00-2013-01511 | EMATER - MG | 19.198.118/0001-02 |
| 06.1.08.00-2013-01512 | Prefeitura Municipal de Santa Cruz de Salinas | 01.612.497/0001-61 |
| 06.1.08.00-2013-01513 | Prefeitura Municipal de Francisco Sá | 22.681.423/0001-57 |
| 06.1.08.00-2013-01514 | Prefeitura Municipal de Bonito de Minas | 01.612.493/0001-83 |
| 06.1.08.00-2013-01515 | Prefeitura Municipal de Glaucilândia | 01.612.496/0001-17 |
| 06.1.08.00-2013-01516 | Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Retiro | 01.612.484/0001-92 |
| 06.1.08.00-2013-01517 | Prefeitura Municipal de Coração de Jesus | 22.680.672/0001-28 |
| 06.1.08.00-2013-01519 | Prefeitura Municipal de Rubelita | 24.363.590/0001-85 |
| 06.1.08.00-2013-01520 | Prefeitura Municipal de São João da Ponte | 16.928.483/0001-29 |
| 06.1.08.00-2013-01521 | Prefeitura Municipal de Campo Azul | 01.612.551/0001-79 |
| 06.1.08.00-2013-01522 | Espinosa Prefeitura | 18.650.952/0001-16 |
| 06.1.08.00-2013-01523 | Prefeitura Municipal de Josenópolis | 01.612.503/0001-80 |

Os referidos contribuintes foram intimados a prestar informações sobre as obras e serviços prestados pela empresa RADIER, nos períodos fiscalizados, a apresentar as notas fiscais emitidas pela fiscalizada, os contratos celebrados e, ainda, eventuais pagamentos efetuados à referida construtora.

1.1.1.3 III - DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS COM O MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA FEDERAL:

No decorrer do procedimento de fiscalização constatou-se, conforme consta do item I do presente relatório, **a impossibilidade de se conseguir obter livros, notas fiscais e extratos bancários mediante intimação da sócia-administradora, responsável pela empresa perante a RFB.**

Diante disto, buscou-se apurar junto ao Ministério Público - que requisitou a deflagração da ação fiscal - elementos que pudessem auxiliar na apuração dos ilícitos cometidos.

Mediante Ofício 0614/2013 - MPF/PRM-MOC/GAB/AVD, de 16/07/2013, dirigido ao Delegado da Receita Federal em Montes Claros, foi encaminhada cópia da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Montes Claros, que autorizou **a quebra de sigilo bancário pela Polícia Federal e o compartilhamento dos dados obtidos com a Receita Federal**, de EVANDRO LEITE GARCIA e do grupo de pessoas físicas e jurídicas envolvidas no mesmo esquema de fraudes, dentre elas a fiscalizada RADIER CONSTRUÇÕES LTDA., cuja razão social anterior, conforme consta da referida decisão era RADIER CONSTRUÇÕES CONSULTORIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. ME.

Mediante Ofício nº 1120/2013 DPF/MOC/MG, de 20/08/2013, da Delegacia de Polícia Federal em Montes Claros, também dirigido ao Delegado da Receita Federal em Montes Claros, foram encaminhadas notas fiscais e extratos bancários relativos a empresa fiscalizada, obtidos no âmbito da Operação Máscara da Sanidade.

1.1.1.4 IV - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO:

A empresa RADIER CONSTRUÇÕES LTDA, apresentou declarações anuais do SIMPLES NACIONAL (DASN) relativas aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, referente à sistemática de apuração denominada Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL.

Conforme TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL Nº 02/2013, de 19/09/2013, do Delegado da Receita Federal do Brasil em Montes Claros/MG, constante do processo 10670.721458/2013-90, a fiscalizada foi excluída de ofício da sistemática do SIMPLES, **a partir de 01/01/2009.**

Mediante TERMO DE CIÊNCIA DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, lavrado em 20/09/2013, a Sra. Maria das Graças Gonçalves Garcia, sócia-proprietária e responsável pela empresa perante a RFB, foi devidamente cientificada do referido termo de exclusão.

É importante ressaltar que, decorridos mais de trinta dias da ciência da exclusão do Simples Nacional, o sujeito passivo ainda não apresentou manifestação de inconformidade, **tornando-se a mesma definitiva**, na esfera administrativa.

Conforme consta da REPRESENTAÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, lavrada em 18/09/2013, ficou constatada a falta de apresentação dos livros Caixa, implicando em exclusão da empresa do regime simplificado de tributação nos anos-calendário 2009, 2010 e 2011.

Após o procedimento de exclusão do Simples, a empresa foi intimada mediante Termo de Intimação Fiscal 02, a apresentar as DIPJ's dos exercícios 2010 a 2012 (anos-calendário 2009 a 2011) e a escrituração contábil elaborada de acordo com as Leis Comerciais e Fiscais (livros Diário, Razão e LALUR), referentes à sistemática de apuração do imposto de renda pelo Lucro Real, ou, opcionalmente, a apresentar Livro Caixa, com escrituração da movimentação financeira efetuada, referente à sistemática de apuração do imposto de renda pelo Lucro Presumido - referentes ao período de 01/01/2009 a 31/12/2011.

A ciência pessoal do TIF 02 foi efetuada em 24/09/2013. No atendimento protocolado em 18/10/2013, não foram apresentados quaisquer livros ou documentos solicitados no referido termo.

Em relação ao exercício 2009, ano-calendário 2008, o contribuinte apresentou a DIPJ nº 0000027708, em que consta a opção pelo lucro presumido.

Todavia, conforme já relatado no item I do presente relatório, após ser intimado/reintimado a apresentar os livros e documentos fiscais, mediante itens 4 e 5 do TIFP e itens 2 e 3 do TIF 01, o contribuinte não apresentou nem o livro Caixa e tampouco as notas fiscais do referido período.

É importante destacar, que não houve a apresentação por parte da empresa fiscalizada, de nenhum documento, livro, nota fiscal, contrato, extrato bancário, ou qualquer outro elemento solicitado nos termos lavrados no procedimento de fiscalização.

O artigo 530, e seus incisos I, II e III, do RIR 99, a seguir transcritos, estabelecem hipóteses de arbitramento do lucro.

[...]

Diante do exposto, o Imposto de Renda Pessoa Jurídica foi apurado, nos períodos fiscalizados, pela **sistemática do lucro arbitrado**.

1.1.1.5 V - DAS INFRAÇÕES:

1.1.1.5.1 V.1. - RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS:

1.1.1.5.1.1 V.1.1. - RECEITA DECLARADA:

O contribuinte apresentou as seguintes declarações relativas aos períodos fiscalizados:

| Exercício | Ano-Calendário | Tipo Declaração | Nº Declaração |
|------------------|-----------------------|------------------------|----------------------|
| 2009 | 2008 | DIPJ | 27708 |
| 2010 | 2009 | DASN | 016828332009001 |
| 2011 | 2010 | DASN | 016828332010001 |
| 2012 | 2011 | DASN | 016828332011003 |

Tendo em vista a falta de apresentação dos livros Caixa, conforme consta do item IV do presente relatório, foi efetuado o arbitramento do lucro sobre as receitas informadas pelo contribuinte nas declarações por ele apresentadas, que constam dos demonstrativos RECEITA BRUTA DECLARADA, referentes aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011.

1.1.1.5.1.2 V.1.2 - RECEITA APURADA - NÃO DECLARADA:

A partir das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, obtidas mediante intimação dos contribuintes relacionados no item II do presente relatório, e, ainda, da documentação apreendida e repassada pela Polícia Federal, conforme consta do item III deste relatório, foi possível apurar parte da receita obtida com a prestação de serviços nos períodos fiscalizados. A receita apurada consta dos demonstrativos RECEITA APURADA COM NOTAS FISCAIS, relativos aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011.

Comparando-se a receita apurada em tais demonstrativos com aquelas declaradas em DIPJ e DASN apresentadas, constatou-se que o contribuinte não informou, em tais declarações, a totalidade da receita apurada pela fiscalização.

A receita não declarada pelo contribuinte consta dos demonstrativos RECEITA BRUTA APURADA - NÃO DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2008, 2010 e 2011.

1.1.1.5.2 V.2 - CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS:

A empresa RADIER apresentou, nos períodos fiscalizados, significativa movimentação financeira em conta corrente mantida junto ao Banco Itaú Unibanco S/A. Da mesma maneira, apresentou movimentação financeira, nos anos de 2008, 2009 e 2010 em conta corrente mantida junto ao Banco do Brasil S/A. Apresentou, ainda, movimentação de conta poupança mantida junto ao Itaú Unibanco S/A, nos meses de outubro e novembro/2008.

Intimada, mediante item 4 do TIF 01 e reintimada, mediante item 3 do TIF 02, a comprovar a origem/tributação dos créditos em suas contas correntes e conta de poupança, a mesma não apresentou qualquer comprovação de origem dos referidos créditos ou comprovação de tributação referente aos mesmos.

Não obstante o silêncio do contribuinte, foi possível detectar após o cotejo entre os extratos das contas correntes e documentos apresentados pela Polícia Federal e por prefeituras intimadas, a origem de valores oriundos de pagamentos efetuados pelas prefeituras, conforme consta dos demonstrativos VALORES COMPROVADOS CREDITADOS EM CONTA CORRENTE, relativos ao Itaú Unibanco S/A (R\$ 575.285,15) e ao Banco do Brasil S/A (R\$ 78.990,23). Tais valores foram devidamente excluídos dos créditos a comprovar.

Foram também excluídos dos créditos a comprovar, os cheques devolvidos, depositados na conta corrente mantida junto ao Itaú Unibanco S/A, relacionados no demonstrativo DEVOLUÇÃO DE CHEQUES DEPOSITADOS, no montante de R\$ 84.535,29.

Após as mencionadas exclusões, os valores cuja origem/tributação não foram comprovados - creditados na conta corrente e de poupança, mantidas junto ao Itaú Unibanco S/A e na conta corrente mantida junto ao Banco do Brasil S/A - foram considerados como omissão de receitas, conforme preceituado no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Tais valores constam do demonstrativo OMISSÃO DE RECEITAS - CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.

1.1.1.5.3 V.3 - GANHOS LÍQUIDOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS:

A empresa fiscalizada consta como beneficiária em declarações de imposto de renda retido na fonte (DIRF's) apresentadas pelas seguintes fontes retentoras:

| FORTE RETENTORA | ANOS-CALENDÁRIO |
|----------------------------|-------------------|
| Banco do Brasil S/A | 2008 e 2009 |
| Banco Itaú Unibanco S/A | 2009, 2010 e 2011 |
| BB Adm. de Ativos DTVM S/A | 2008 e 2009 |
| Banco Itaucard S/A | 2008 e 2009 |

Na sistemática de apuração pelo lucro presumido, os ganhos líquidos obtidos com aplicações financeiras devem ser acrescidos à base de cálculo do imposto de renda (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

Assim, as receitas informadas em DIRF pelas instituições constantes do quadro acima, que constam dos demonstrativos GANHOS LÍQUIDOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS, relativos aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011 configuram omissão de receitas oriundas de aplicações financeiras.

1.1.1.6 VI - DOS TRIBUTOS:

1.1.1.6.1 VI.1 - IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA:

Para fins do arbitramento feito com base no artigo 530, inciso III, do mencionado RIR/1999, foram lançados os valores do IRPJ trimestral, incidente sobre a receita apurada pela fiscalização, compreendendo:

- 1) A receita bruta de prestação de serviços declarada na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) e nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN) apresentadas, discriminadas nos demonstrativos RECEITA BRUTA DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011.
- 2) A receita relativa à prestação de serviços, não declarada nas referidas declarações apresentadas, discriminada nos demonstrativos RECEITA BRUTA APURADA - NÃO DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2008, 2010 e 2011.
- 3) A omissão de receita caracterizada por depósitos bancários não comprovados, discriminadas no demonstrativo OMISSÃO DE RECEITAS - CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.
- 4) O acréscimo à base de cálculo do IRPJ, de receitas não operacionais, constante dos demonstrativos GANHOS LÍQUIDOS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA, dos anos-calendário 2008, 2009, 2010 e 2011.

Na ficha 14 da DIPJ/2009, ano-calendário 2008, relativas aos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres do referido período, toda a receita bruta declarada foi informada como sujeita ao percentual de 32% (prestação de serviços). Da mesma maneira, nas DASN's apresentadas (anos-calendário 2009, 2010 e 2011), consta a atividade de prestação de serviços sujeitos ao Anexo IV com retenção/substituição tributária de ISS. Por fim, todas as notas fiscais obtidas junto às Prefeituras Municipais e a EMATER, são referentes à prestação de serviços. Assim o percentual de arbitramento utilizado sobre as receitas apuradas, indicadas nos itens 1, 2 e 3 foi de 38,4% - equivalente ao percentual de 32% (lucro presumido) acrescido de 20%.

No ano-calendário 2008, foram deduzidos dos valores apurados, os valores dos débitos declarados em DCTF e pagos, conforme consta do demonstrativo IRPJ - VALORES DECLARADOS E PAGOS - ANO CALENDÁRIO 2008.

Nos anos-calendário 2009 e 2010, foram deduzidos dos valores apurados, as retenções de imposto de renda na fonte e os valores pagos relativos ao IRPJ recolhidos no regime do SIMPLES NACIONAL, discriminados nos demonstrativos DEDUÇÕES - IRRF E SIMPLES NACIONAL.

Por fim, foram também deduzidas dos valores apurados, as retenções de imposto de renda na fonte, conforme consta do demonstrativo IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE, relativo ao ano-calendário 2008.

1.1.1.6.2 VI.2 - DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO:

Foi também lançada a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, como tributação reflexa do IRPJ, sobre as receitas apuradas pela fiscalização, conforme discriminado nos subitens 1 a 4 do item anterior.

Tendo em vista que a atividade exercida pelo contribuinte era a prestação de serviços, o percentual utilizado sobre as receitas apuradas, indicadas nos subitens 1, 2 e 3 do item anterior, para determinação da base de cálculo da CSLL foi de 32%, conforme estabelecido no artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei n.º 9.249/1995, com a redação dada pela Lei n.º 11.727, de 23 de junho de 2008.

No ano-calendário 2008, foram deduzidos dos valores apurados, os valores dos débitos declarados em DCTF e pagos, conforme consta do demonstrativo CSLL - VALORES DECLARADOS E PAGOS - ANO CALENDÁRIO 2008.

Nos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, foram deduzidos dos valores apurados, os valores pagos relativos à CSLL recolhidos no regime do SIMPLES NACIONAL, discriminados no demonstrativo VALORES A DEDUZIR - CSLL.

1.1.1.6.3 VI.3 - DA COFINS:

Foi lançada a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, como tributação reflexa do IRPJ, sobre as seguintes receitas apuradas pela fiscalização:

1) a receita bruta de prestação de serviços declarada nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN) apresentadas, discriminadas nos demonstrativos RECEITA BRUTA DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011.

2) A receita relativa à prestação de serviços, não declarada nas referidas declarações apresentadas, discriminada nos demonstrativos RECEITA BRUTA APURADA – NÃO DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2010 e 2011.

3) A omissão de receita caracterizada por depósitos bancários não comprovados, discriminadas no demonstrativo OMISSÃO DE RECEITAS - CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.

Foi também lançada, a COFINS sobre as receitas apuradas no ano-calendário 2008, constantes das notas fiscais de prestação de serviços, conforme consta do demonstrativo BASE DE CÁLCULO DA COFINS - RECEITA NÃO DECLARADA - ANO CALENDÁRIO 2008.

No ano-calendário 2008, foram deduzidos dos valores apurados, os valores dos débitos declarados em DCTF e pagos, conforme consta do demonstrativo COFINS - VALORES DECLARADOS E PAGOS - ANO CALENDÁRIO 2008.

Nos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, foram deduzidos dos valores apurados, os valores pagos relativos à COFINS recolhidos no regime do SIMPLES NACIONAL, discriminados no demonstrativo VALORES A DEDUZIR - COFINS.

1.1.1.6.4 VI.4 - DO PIS:

Foi lançada a Contribuição para o PIS, como tributação reflexa do IRPJ, sobre as seguintes receitas apuradas pela fiscalização:

1) A receita bruta de prestação de serviços declarada nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN) apresentadas, discriminadas nos demonstrativos RECEITA BRUTA DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011.

2) A receita relativa à prestação de serviços, não declarada nas referidas declarações apresentadas, discriminada nos demonstrativos RECEITA BRUTA APURADA – NÃO DECLARADA, relativos aos anos-calendário 2010 e 2011.

3) A omissão de receita caracterizada por depósitos bancários não comprovados, discriminadas no demonstrativo OMISSÃO DE RECEITAS - CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.

Foi também lançada, a contribuição para o PIS sobre as receitas apuradas no ano-calendário 2008, constantes das notas fiscais de prestação de serviços, conforme consta do demonstrativo BASE DE CÁLCULO DO PIS - RECEITA NÃO DECLARADA - ANO CALENDÁRIO 2008.

No ano-calendário 2008, foram deduzidos dos valores apurados, os valores dos débitos declarados em DCTF e pagos, conforme consta do demonstrativo PIS - VALORES DECLARADOS E PAGOS - ANO CALENDÁRIO 2008.

Nos anos-calendário 2009 e 2010, foram deduzidos dos valores apurados, os valores pagos relativos ao PIS recolhidos no regime do SIMPLES NACIONAL, discriminados no demonstrativo VALORES A DEDUZIR - PIS.

1.1.1.6.5 VII - DA MULTA AGRAVADA:

A Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estatuiu em seu artigo 44, inciso II:

'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 m r colhimento 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 cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito defraude definido nos art. 71, 72 e 73 da Lei no. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis'.

O artigo 14 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, transcrito parcialmente a seguir, deu nova redação ao artigo 44 da Lei n.º 9.430/96:

'Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis'.

A Lei n.º 4.502/64, dispôs, no seu artigo 71:

'Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente'.

O contribuinte apresentou a DIPJ n.º 0000027708, relativa ao ano-calendário 2008. No mencionado período optou pela sistemática do lucro presumido, tendo informado nas fichas 14A (Apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Presumido) e 18A (Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), os seguintes valores de receita bruta:

| PERÍODO DE APURAÇÃO | RECEITA BRUTA INFORMADA (R\$) |
|---------------------|-------------------------------|
| 1º trim. 2008 | 14.750,00 |
| 2º trim. 2008 | 13.705,90 |
| 3º trim. 2008 | 15.066,28 |
| 4º trim. 2008 | 11.800,00 |
| Total | 55.322,18 |

No entanto, a receita bruta apurada pela fiscalização a partir das notas fiscais de prestação de serviços obtidas mediante intimação de terceiros ou via repasse da Polícia Federal, implicou nos seguintes valores:

| PERÍODO DE APURAÇÃO | RECEITA BRUTA APURADA (R\$) |
|---------------------|-----------------------------|
| 1º trim. 2008 | 20.100,00 |
| 2º trim. 2008 | 82.252,07 |
| 3º trim. 2008 | 173.842,45 |
| 4º trim. 2008 | 84.668,95 |
| Total | 360.864,15 |

Assim, a receita informada na DIPJ é inferior a 16% (dezesesseis por cento) da receita bruta apurada no referido período.

Da mesma maneira, em alguns períodos de apuração dos anos-calendário 2010 e 2011, em que o contribuinte optou pelo SIMPLES NACIONAL, tendo apresentado as DASN's 016828332010001 e 016828332011003, respectivamente, foram informados os seguinte valores de receita bruta:

| PERÍODO DE APURAÇÃO | RECEITA BRUTA INFORMADA (RS) |
|---------------------|------------------------------|
| set/10 | 78.277,60 |
| out/10 | 2.990,00 |
| nov/10 | 13.944,48 |
| set/11 | 25.271,05 |
| out/11 | 28.246,67 |
| nov/11 | 15.286,50 |
| dez/11 | 33.517,96 |

A receita bruta apurada pela fiscalização a partir das notas fiscais de prestação de serviços obtidas mediante intimação de terceiros ou via repasse da Polícia Federal, implicou nos seguintes valores:

| PERÍODO DE APURAÇÃO | RECEITA BRUTA APURADA (R\$) |
|---------------------|-----------------------------|
| set/10 | 78.277,70 |
| out/10 | 14.950,00 |
| nov/10 | 69.722,40 |
| set/11 | 101.262,64 |
| out/11 | 176.315,10 |
| nov/11 | 76.432,51 |
| dez/11 | 156.699,12 |

Assim, a receita informada em DASN, nos referidos períodos, é inferior a 30% (trinta por cento) da receita bruta apurada pela fiscalização.

Tendo optado pelo lucro presumido no ano-calendário 2008, o contribuinte deveria ter informado, na linha 06 da ficha 14A e na linha 04 da ficha 18A da DIPJ apresentada, eventuais rendimentos e ganhos líquidos em aplicações de renda fixa/variável. Na referida declaração tais valores estão todos 'zerados'.

Conforme DIRF's apresentadas pelas fontes retentoras Banco do Brasil S/A, BB Administradora de Ativos DTVM S/A e Banco Itaucard S/A, o fiscalizado obteve ganhos líquidos em aplicações de renda fixa (código de receita 3426) e em fundos de investimentos em renda fixa (código de receita 6800), no referido ano-calendário.

Diante disto, ficou constatado que o contribuinte omitiu, na DIPJ apresentada, os ganhos líquidos auferidos em aplicações e fundos de investimentos em renda fixa.

Tendo em vista a opção do contribuinte pelo lucro presumido no ano-calendário 2008, o mesmo ficou sujeito à apuração da COFINS e do PIS sobre a receita bruta mensal, pelo regime cumulativo, às alíquotas de 3% e 0,65%, respectivamente.

Nas DCTF's apresentadas pelo contribuinte, relativas ao ano-calendário 2008, foram declarados débitos relativos à COFINS e ao PIS, dos períodos de apuração fevereiro, abril, julho, setembro e dezembro/2008. A partir dos débitos declarados, foi efetuada a apuração da base de cálculo dos referidos tributos, conforme consta dos demonstrativos BASE DE CÁLCULO DA COFINS SOBRE DÉBITO DECLARADO EM DCTF e BASE DE CÁLCULO DO PIS SOBRE DÉBITO DECLARADO EM DCTF.

A. base de cálculo das referidas contribuições, sobre as receitas apuradas a partir das notas fiscais obtidas no procedimento de fiscalização, constante dos demonstrativos BASE DE CÁLCULO DA COFINS - RECEITA NÃO DECLARADA - ANO CALENDÁRIO 2008 e BASE DE CÁLCULO DO PIS - RECEITA NÃO DECLARADA - ANO CALENDÁRIO 2008, não se coaduna com os períodos e valores apurados a partir dos débitos declarados em DCTF, em razão das seguintes divergências:

- Não foram declarados débitos em DCTF, para os períodos de apuração **janeiro, maio, junho, agosto, outubro e novembro/2008**.
- Nos períodos de apuração de julho, setembro e dezembro/2008, os débitos declarados em DCTF implicam em uma base de cálculo muito inferior àquela apurada a partir das notas fiscais.

Diante disto, constatou-se, a **omissão de receitas** sujeitas à incidência das contribuições para a COFINS e o PIS, para todos aqueles períodos do ano-calendário 2008, em que houve apuração de receitas a partir das notas fiscais obtidas no procedimento de fiscalização.

Conforme a legislação vigente, a sonegação fiscal decorre de uma ação ou omissão, com o intuito de impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento da

autoridade fazendária sobre a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Assim, os expedientes adotados pelo fiscalizado - apresentação de declarações (DIPJ/DASN) em que expressiva parcela dos valores constantes das notas fiscais emitidas foram reiteradamente omitidos; omissão dos valores dos ganhos líquidos de aplicação financeira na DIPJ apresentada; omissão de receitas sujeitas à incidência da COFINS e do PIS - implicaram em omissão do contribuinte, que retardaram o conhecimento por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária do IRPJ, da CSLL, da COFINS e do PIS, caracterizando a sonegação fiscal.

Enfim, é uma circunstância da qual resulta imposição de penalidade agravada, razão pela qual foi lavrada representação fiscal para fins penais, e aplicada para os seguintes tributos, infrações e períodos de apuração, a multa de 150%:

| TRIBUTOS | INFRAÇÃO | PERÍODOS DE APURAÇÃO |
|-------------|---|---|
| IRPJ e CSLL | Receita bruta apurada e não declarada (subitem 2 , item VI. 1). | 1º a 4º trimestres/2008, setembro a novembro/2010 e setembro a dezembro/2011. |
| IRPJ e CSLL | Ganhos líquidos de aplicações financeiras (subitem 4 , item VI. 1). | Janeiro a agosto/2008 e outubro a novembro/2008. |
| COFINS | Receita não declarada (item VI.3, demonstrativo BC DA COFINS - RECEITA NÃO DECLARADA - AC 2008) | Janeiro/2008, maio a dezembro/2008. |
| COFINS | Receita bruta apurada e não declarada (subitem 2 , item VI.3). | Setembro a novembro/2010 e setembro a dezembro/2011 |
| PIS | Receita não declarada (item VI.4, demonstrativo BC DO PIS - RECEITA NÃO DECLARADA - AC 2008) | Janeiro/2008, maio a dezembro/2008. |
| PIS | Receita bruta apurada e não declarada (subitem 2, item VI.3) | Setembro a novembro/2010 e setembro a dezembro/2011. |

1.1.1.6.6 VIII - DA DECADÊNCIA:

O art. 150,§4º do Código Tributário Nacional - CTN - assim dispôs:

[...]

Por sua vez, o art. 173 do referido CTN, estatuiu:

[...]

Conforme consta do item VII do presente termo, constatou-se a conduta dolosa do contribuinte, caracterizada pela entrega de DIPJ relativa ao ano-calendário 2008, com valores de receitas tributáveis inferiores a 16% da receita apurada pela fiscalização, pela omissão na mesma declaração de ganhos líquidos sobre aplicações financeiras e pela omissão de receitas sujeitas à incidência da COFINS e PIS. Tal constatação resultou na aplicação de multa qualificada (150%) sobre os tributos, infrações e períodos de apuração relacionados a seguir, dentre outros:

| TRIBUTOS | INFRAÇÃO | PERÍODOS DE APURAÇÃO |
|-------------|---|--|
| IRPJ e CSLL | Receita bruta apurada e não declarada (subitem 2 , item VI. 1). | 1º a 4º trimestres/2008 |
| IRPJ e CSLL | Ganhos líquidos de aplicações financeiras (subitem 4 , item VI. 1). | Janeiro a agosto/2008 e outubro a novembro/2008. |
| COFINS | Receita não declarada (item VI.3, demonstrativo BC DA COFINS - RECEITA NÃO DECLARADA - AC 2008) | Janeiro/2008, maio a dezembro/2008. |
| PIS | Receita não declarada (item VI.4, demonstrativo BC DO PIS - RECEITA NÃO DECLARADA - AC 2008) | Janeiro/2008, maio a dezembro/2008. |

Dentre os créditos constantes do quadro acima, nota-se que o primeiro fato gerador ocorreu em 31/01/2008, enquanto que o último deu-se em 31/12/2008. Assim sendo, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, deu-se em 01/01/2009. Assim, somente em 01/01/2014 - cinco anos contados da referida data - estará extinto o direito de constituição dos referidos tributos, em razão do exposto no § 4º, art. 150 e no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

1.1.1.6.7 IX - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA:

A definição de sujeito passivo da obrigação tributária, que pode ser contribuinte ou responsável, está expressa no artigo 121 da Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN), transcrito a seguir:

[...]

O artigo 135 do CTN dispõe que:

[...]

O art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), transcrito a seguir dispõe sobre solidariedade tributária.

[...]

A representante legal e responsável perante a RFB pela sociedade empresária, nos anos-calendário 2008 a 2011, foi a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA, CPF 520.043.926-49, pessoa que efetivamente realizou a gestão da sociedade no mencionado período.

É importante ressaltar que a empresa não mais funciona no endereço cadastral constante do CNPJ, à rua Doutor Santos, 362, sala 602, centro, nesta cidade de Montes Claros, conforme consta do Termo de Constatação, lavrado em 06/03/2013.

Durante o procedimento fiscal, todos os termos foram entregues pessoalmente à referida representante legal.

Ante os fatos relatados neste termo, considerando o disposto nos artigos 121, inciso II, 124, inciso I, e 135, inciso III, do CTN, ficou caracterizado que a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA é pessoalmente responsável pelos créditos tributários referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, constituídos de ofício referentes aos anos-calendário 2008 a 2011, tendo em vista a caracterização de SONEGAÇÃO FISCAL, e, ainda, a atual inexistência de fato da empresa, implicando em responsabilidade tributária pessoal e em sujeição passiva solidária, nos termos da legislação vigente.

A Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA será cientificada da responsabilidade tributária e da sujeição passiva solidária, bem como dos Autos de Infração lavrados, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado nesta data, referente aos anos-calendário 2008 a 2011.

Ante todo o exposto, a fim de subsidiar a produção do pertinente Auto de Infração, lavro o presente termo, que vai assinado por mim, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e pelo representante legal da sociedade empresária que neste ato recebe uma via do presente.

Às fls. 1533, tem-se o termo de sujeição passiva solidária, lavrado contra a sócia e administradora Maria das Graças Gonçalves Garcia, CPF nº 520.043.926-49.

Cientificadas dos lançamentos, em 21/11/2013, a pessoa jurídica e a designada responsável tributária solidária postaram nos Correios, as impugnações de fls.

1537/1563 e 1565/1594, em 23/12/2013 (cf. cópias de envelopes de fls. 1564 e 1595), alegando em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito.

1.1.2 Impugnação da pessoa jurídica

Afirma a tempestividade da impugnação, haja vista que a ciência dos lançamentos se deu em 21/11/2013.

Requer a decretação de nulidade dos lançamentos, por cerceamento ao direito de defesa, devido (i) à impossibilidade e à falta de obrigação de atendimento às intimações para apresentação de extratos bancários e comprovação da origem dos recursos; (ii) à falta de resposta ao pedido de prorrogação de prazo, e (iii) à falta de descrição dos fatos e obscuridade nos cálculos dos lançamentos. Em suas palavras:

A priori, cumpre elucidar que a contribuinte, quando do início da fiscalização, sempre se prontificou a atender às solicitações feitas pelo fiscal autuante. Desde a abertura ao encerramento da fiscalização, esta impugnante não hesitou em envidar esforços para que se esclarecesse, perante o fisco, a sua real situação econômico-fiscal no período inquirido.

*A impugnante foi zelosa e diligente no cumprimento de suas obrigações tributárias (assim principais, como acessórias), tanto no que se refere à escrituração das operações comerciais e declaração, apuração e recolhimento dos tributos devidos, quanto na guarda dos livros e documentos correspondentes. E todo esse seu desvelado cuidado não pode ser anulado pela fiscalização insensível à **condição de encarcerada da impugnante**, aliada, ainda, à **devassa que lhe fora imputada pela Polícia Federal**, a qual consubstanciou total desordem na vida e nos documentos em poder da contribuinte.*

*Via de conseqüência, impor à contribuinte o arbitramento de seu lucro representa uma desmedida sanção, porque a não apresentação dos documentos transcende a esfera volitiva da autuada, decorrendo de **fatos inimputáveis à contribuinte**, abaixo discutidos. Mais que isso significa um injusto menoscabo de todos os esforços envidados pela contribuinte para adimplir com retidão suas obrigações tributárias.*

[...]

*Cumpre ainda elucidar, uma vez mais, a situação em que vive a impugnante. A representante da Pessoa Jurídica encontra-se **encarcerada há mais de um ano**, bem como o seu esposo, tendo sido alvo de investigação e operação policial que acarretou total, completa e irrestrita **devassa e apreensão de documentos em sua casa, escritórios e até mesmo na contabilidade que lhe prestava os serviços**.*

*Diante da referida operação, **foram subtraídos, extraviados e desorganizados documentos elementares e essenciais da empresa**, não tendo sido, até hoje, totalmente recuperados e reorganizados. Nesse contexto, há mais de um ano, a referida representante da Pessoa Jurídica se encontra desnordeada, abalada, e completamente impotente para resolver e enfrentar os desafios que lhe são imputados, eis que tanto ela quanto o marido se encontram reclusos, sem ter nem mesmo a quem confiar a tutela, guarda e criação de seus três filhos, que se encontram desamparados psicológica e financeiramente, totalmente suscetíveis aos infortúnios da vida.*

*Assim sendo, fora demasiadamente difícil, ou, por que não dizer **impossível**, conseguir a impugnante atender e esclarecer os termos de tão complexa e ampla **intimação fiscal**, no contexto fatídico que, tanto ela quanto o esposo, estão inseridos.*

A impugnante se encontra totalmente cerceada de seu direito de defesa, sem condições de contratar um profissional para lhe prestar os serviços, ou de confiar os trabalhos de recuperação e reorganização dos documentos solicitados, muito menos ainda para a identificação da movimentação bancária de todo o período solicitado, vez que era ela própria quem controlava, pessoalmente, toda a movimentação, não tendo em seu cárcere os documentos que lhe demonstram a origem.

Ainda assim, mesmo com todas as dificuldades lhe impostas, a fiscalizada elucidou tal condição para o agente fiscal. Tanto o fez que até mesmo o fiscal atuante o reconheceu, em seu Relatório Fiscal, às fls. 04: 'Somente em razão da apresentação e justificativas plausíveis, DESDE QUE HOUVESSE EXPECTATIVA DE ATENDIMENTO, a fiscalização poderia conceder a prorrogação dos prazos estabelecidos na legislação'.

Não bastasse, ainda nos seus breves relatos que 'justificam' atuação fiscal de tamanha magnitude, o fiscal, uma vez mais, às fls. 06 do seu 'Relatório Fiscal' deixa consignado: 'NO PRESENTE CASO, NÃO EXISTE A MENOR EXPECTATIVA DE ATENDIMENTO AOS REFERIDOS TERMOS,. TENDO EM VISTA AS DIFICULDADES APONTADAS PELA PRÓPRIA RESPONSÁVEL PELA EMPRESA (...)'

Embora patentemente reconhecida a situação de penúria que está passando a autuada, quis a representante da empresa intimada se empenhar em esclarecer e atender as solicitações feitas, fazendo até mesmo requisição para o Juízo da Execução Penal, a fim de que fosse autorizada a saída escoltada, na tentativa de reunir os documentos requisitados.

Fora então solicitada a prorrogação do prazo da intimação fiscal por duas vezes, SOLICITAÇÕES QUE NUNCA FORAM OBJETO DE ANÁLISE OU DEFERIMENTO PELA FISCALIZAÇÃO. De forma ardilosa, entretantes, quis a fiscalização atribuir à fiscalizada o dolo de se esquivar das solicitações pelo agente unilateralmente impostas, aduzindo ter tido a fiscalizada prazo suficiente para reunir os documentos solicitados, ***EMBORA NÃO TER HAVIDO QUALQUER MANIFESTAÇÃO, POR PARTE DO FISCAL AUTUANTE, DE ACATAMENTO DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO PROTOCOLADOS.*** Vilmente, a fiscalização ignora as vicissitudes e dificuldades que coadunam com a realidade fática, que dificultam, e muito, o completo, árduo, extenso e utópico atendimento a todas as pormenorizadas solicitações do agente.

*Tais dificuldades são ínsitas das próprias intimações do agente fiscal, que pede, **inescrupulosamente**, a justificativa e origem de todos os créditos depositados em contas bancárias de titularidade da autuada, todas referentes aos passados e distantes anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, bem como **documentos que não estão em poder da autuada, nem sequer foram reorganizados, após a devassa policial a que fora acometida.***

*Não bastasse, pelo manejo dos autos, o que se percebe é que quis ainda a fiscalização impor, **ao seu bel prazer**, que tais solicitações fossem atendidas **no prazo que ela entendeu ser o necessário**, desprezando, com efeito, as inúmeras dificuldades que a impugnante enfrenta, e as veementes limitações carcerárias que fustigam a contribuinte impugnante.*

*Ora, ínclita autoridade julgadora, não quis esta impugnante se escusar ou, muito menos, esquivar ou criar embaraços para que a fiscalização não fosse efetivada. Todavia, inúmeras são as dificuldades que traspassam a realidade fática da autuada, na identificação e comprovação das origens dos depósitos bancários e na reunião da farta documentação solicitada, **o que muito interferiu no atendimento integral das intimações fiscais a ela invectivadas.***

Ademais, é de salutar importância esclarecer que a autuada não tem por obrigação legal sequer guardar extratos bancários, nem tampouco identificá-los pormenorizadamente. Os tais extratos bancários não são documentos no sentido legal do termo. Não há lei que obrigue o contribuinte a conservá-los. Aliás, desses papéis invariavelmente consta a expressão 'extrato para simples conferência', o que por si só revela que se trata de um papel que não cria obrigações nem gera direitos.

Tanto assim, que se alguém tiver um lançamento em seu extrato feito de forma equivocada, isso não o transforma em credor ou devedor da quantia lançada. Enganos em extratos são muito comuns, por isso que nas grandes empresas é comum realizar-se diariamente uma conciliação das contas bancárias.

Apenas a título de análise e reflexão, as pessoas jurídicas não fazem contabilidade com base em extratos, mas tão somente através de documentos, sejam cópias de cheques, comprovantes de depósitos, avisos de lançamento etc.

A vasta indicação de artigos do regulamento com os quais o fisco procura amparar sua atuação já demonstra, por si só, a fragilidade da forma de fiscalização. No curso da fiscalização, o que se observa é que todos os atos do agente, consoante ele próprio fundamenta, são baseados nos arts. 530, 532, 536, 537, 904 e 926, todos estes dispositivos relativos ao Dec. n.º 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda, combinados, ainda, com dispositivos esparsos das Leis 9.249/95 e 9.430/96. Da inteligência ou falta de inteligência aplicada, o que se denota é que os artigos nem sequer mencionam a palavra 'extrato' no seu bojo.

A Constituição Federal ordena, por sua vez, no art. 5º, inciso II, que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

O princípio da legalidade absoluta é cláusula pétrea da Carta Magna e de observância obrigatória pela Administração Pública e seus agentes, na forma expressamente determinada pelo art. 37 da CF. Não existe, pois, a obrigação de entregar extratos bancários, porque nenhuma lei expressamente o ordena.

O exame atento das normas regulamentares resulta em inexistência de qualquer obrigação para que a contribuinte forneça extratos bancários, os quais não são sequer de conservação obrigatória. A contribuinte não é obrigada a guardar extratos e pode após sua conferência destruí-los. Não está obrigada, ainda, a produzir prova negativa ou mesmo comprovação de origem de movimentação financeira.

Mesmo com todos os óbices inerentes à comprovação de origem dos depósitos bancários inquiridos, bem como com a falta de previsão legal que obrigasse a guarda e conservação de extratos bancários, a fiscalizada, desde as intimações, tentou se esclarecer da origem dos valores em conta depositados, o que se revelava tarefa árdua a cada dia, haja vista sua condição de encarcerada.

Atônita com tais circunstâncias, não restara outra alternativa à contribuinte, senão suplicar as dilações de prazo para atendimento às intimações fiscais, todas com os nobres intuitos de tornar possível a elucidação dos fatos e, com efeito, de se alcançar a verdade real e tão idealizada justiça fiscal.

Esperava-se, lhanamente, que tais ideais fossem também perseguidos pela fiscalização. Entretanto, o que se observou das atitudes do agente fora totalmente o inverso: a volitiva busca pelo encerramento da fiscalização, com apuração de cifras milionárias em favor do Fisco, ainda que em detrimento das máximas processuais, tributárias, administrativas e constitucionais relativas à ampla defesa, ao contraditório, à legalidade e à capacidade contributiva, tão consagradas e reconhecidas no direito moderno.

*Por conseguinte, contudo, o que se firmou observado foi o **total desprezo na falta de apreciação do novo pedido**. Deveras, atribuindo à fiscalizada obrigação tributária totalmente incompatível com seu modesto padrão social, sem dá-la a oportunidade de se defender perante o Fisco, preferiu o agente fiscal **precipitar o encerramento da fiscalização, a continuar a fiscalização, em busca da verdade real**.*

*Inobstante todas as dificuldades inerentes à pormenorizada comprovação de origem dos depósitos bancários... Inobstante a máxima constitucional alusiva à ampla defesa e ao contraditório... Inobstante a máxima tributária concernente à capacidade contributiva, totalmente incompatível com o arbitramento imputado... Inobstante a máxima dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade... Inobstante não ser a contribuinte obrigada, em nenhum dos dispositivos legais que sustenta a autuação nem quaisquer outros vigentes, a guardar, conservar e muito menos discriminar movimentação bancária... Numa atitude arditosa, vil e premeditada, **fora o fundamentado pedido de prorrogação de prazo ignorado e desprezado, culminando, com efeito, no cerceamento da ampla defesa da contribuinte e na lavratura do auto de infração combatido**.*

*Logo, pelas sobejas razões fáticas e jurídicas expostas supra, outra sorte não assiste ao auto, senão a decretação de sua nulidade absoluta, eis que conspurcado com o vício e mácula inequívoca do **cerceamento de defesa**.*

*Ainda antes de ferir o mérito, impende dizer que o auto de infração é manifestamente **imperfeito**. Com efeito, **carece da devida descrição dos fatos** que, em tese, motivariam o lançamento. Ora, basta compulsar atenciosamente o referido auto para verificar em nenhuma de suas confusas linhas procedeu-se à necessária descrição desses supostos fatos. Na realidade, quer a autoridade fiscalizadora **suprir essa omissão reportando-se a um tal de “Relatório Fiscal” anexado ao auto**, figura completamente estranha ao direito tributário e processual tributário.*

*No entanto, como o auto de infração é um instrumento solene de imputação de ilícitos tributários, sujeito a ditames legais asseguradores dos princípios due process of law, do contraditório e da ampla defesa, que lhe impõem rígidos contornos formais, não podendo, por essa mesma razão, ser mutilado ou moldado conforme o bel-prazer da autoridade fiscal que lhe subscreva; e como **“Relatório Fiscal” não é auto de infração** (mormente porque não sujeito à mesma compleição formal deste) **nem presta para lhe suprir eventuais omissões; o auto de infração ora impugnado é nulo, por não obedecer ao disposto no Decreto 70.235/72 (art. 10, inciso III), eis que não descreveu, na forma devida, os pretensos fatos ensejadores do lançamento fiscal**.*

[...]

*Com efeito, nalgumas folhas do auto, destinadas à Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, observa-se uma sucessão de planilhas, cálculos, campos e alíquotas, mal distribuídos e organizados, que não elucidam o teor do auto, com **informações confusas e muitas vezes incoerentes**; bem como um emaranhado de referências a dispositivos legais desconexos, inacessíveis ao contribuinte comum. Tudo isso lhe dificultou entender o lançamento contra ele efetuado, sendo óbice o cerceio ao exercício da ampla defesa vigorosamente tutelada por esse órgão da Receita Federal do Brasil.*

*Mas o auge da obscuridade está mesmo é nas **tabelas que tentam “aclarar” a apuração dos acréscimos legais**. E uma verdadeira peia de algarismos entre si despropositados, irracionalmente reunidos, que, não esclarecendo, só complicam a compreensão do auto, além de impedir a correta impugnação aos cálculos das multas e juros constantes do lançamento.*

[...]

Como cediço, antes de lançar qualquer invecção à declaração prestada pelo contribuinte, cumpre à autoridade fiscal lhe requisitar informações e documentos que possam justificar os dados glosandos, a fim de se evitar a lavratura de autos que, posteriormente, constatar-se-ão inconsistentes.

Na presente autuação, o que se denota é que as mais comezinhas normas do bom senso e do contraditório foram olvidadas, acabando, com efeito, por violar o direito de a contribuinte de esclarecer dos fatos versados no auto de infração de maneira precisa e contundente, a fim de que exerça incólume sua defesa.

As obscuridades que cercearam do contribuinte o acesso, por si só, às informações a que tinha direito do auto de infração – o qual, não é demais lembrar, deve, por imposição legal (implícita nos art. 142 da Lei nº 5.172/66 - CTN, c/c arts. 10 e 11 do Decreto n. 70.235/72 Processo Administrativo Fiscal, bem como o art. 836 do Decreto n. 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda - todos transcritos a seguir), ser fonte translúcida e segura de informações que esclareçam o suposto infrator das supostas irregularidades que teria perpetrado - violaram-lhe o direito à ampla defesa.

Em razão disso, outra alternativa não resta, senão obsecrar a V. Sa. a declaração de nulidade do auto impugnado, já que conspurcado de nulidade absoluta, nos termos do art. 59-inciso II do Decreto 70.235/1972, também transcrito a seguir:

[...]

No mérito, prossegue a impugnação:

Apesar de todos os seus esforços no sentido de manter em boa guarda os livros e documentos relativos à sua escrita contábil, foi a contribuinte vítima de verdadeiro assalto pela Polícia Federal, que lhe subtraiu todos os documentos da empresa autuada, incluídos vários elementos relativos a sua escrita contábil, tais como cupons fiscais, talões de notas fiscais, documentos de entrada e saída, vários livros fiscais, bem como as Declarações de Informações Econômico-Fiscais da impugnante, agravadas, ainda, pela prisão simultânea da impugnante, bem como de seu esposo.

Depois do ocorrido, não tivera a contribuinte nenhuma oportunidade para reaver os documentos apreendidos. No entanto, a autoridade fiscal, numa injustificável intransigência para com a contribuinte, fez ouvidos moucos aos esclarecimentos da contribuinte, insistindo, por várias vezes, na requisição dos documentos inacessíveis à contribuinte encarcerada, que sequer se encontravam em poder da impugnante.

E, apesar das repetidas vezes em que o fato foi esclarecido à autoridade fiscal, resolveu esta, por fim, arbitrar o lucro da contribuinte, como uma consequência pela não-apresentação desses elementos.

Expostos os fatos, percebe-se que a não-apresentação, pela contribuinte, à autoridade fiscal, dos documentos contábeis não decorreu de conduta daquela. Nem, muito menos, de sua desídia. Constata-se, bem pelo contrário, que o fator determinante dessa não-apresentação foi uma inopinada fatalidade, por cujo advento, imprevisível e inevitável, não pode ser prejudicada a contribuinte.

A apreensão dos referidos documentos pela Polícia Federal configura, pois, fato que exonera a contribuinte de qualquer responsabilidade decorrente da não-apresentação daqueles.

A respeito do tema, são bastante pertinentes os precedentes do egrégio 1 Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que assim já julgou em casos idênticos:

1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MF

LUCRO ARBITRADO - Descabe o arbitramento do lucro quando o contribuinte justificar a inexistência dos documentos fiscais através de Boletim de Ocorrência de furto ocorrido no estabelecimento comercial. Neste caso, compete ao Fisco comprovar qualquer inexatidão, vício ou erros porventura existentes nas Declarações do Imposto de Renda Pessoa Jurídica entregues pelo contribuinte. [...] (7ª Câmara. Acórdão n. 107-05461)

[...] IRPJ- ARBITRAMENTO DO LUCRO - Ilegítimo o arbitramento de lucros quando ocorrer a inexistência de livros e documentos da escrituração mercantil, justificada pela ocorrência de caso fortuito - furto superveniente à apresentação das declarações de rendimentos - quando não comprovada culpa da vítima do evento, como também a inexatidão ou a existência de vícios nas declarações apresentadas (8ª Câmara. Acórdão n. 108-06315).

Como se vê, para a colenda Corte Administrativa, sobrevindo extravio de documentos, é ao Fisco que compete apurar e comprovar eventuais inexatidões, vícios ou erros porventura existentes nas declarações do contribuinte, não se autorizando, pela mera inexistência de livros e documentos fiscais, o arbitramento do lucro.

E não é apenas na esfera administrativa que esse entendimento tem sido adotado. Caso semelhante, também ocorrido em Minas Gerais, em que livros e documentos fiscais também se haviam extraviado, só que dessa vez em razão de inundação, já foi submetido à apreciação do Poder Judiciário, sendo decidido pelo seguinte acórdão:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DESCONSIDERAÇÃO DA ESCRITA. ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO ANTE A DESTRUIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS EM DECORRÊNCIA DE INUNDAÇÃO. 1. Tendo a empresa apresentado sua declaração de rendimentos na época própria, descabe o arbitramento do lucro por falta de documentos, que foram destruídos em inundação, fato imprevisto e imprevisível, alheio à vontade do contribuinte. A fiscalização não comprovou que a declaração entregue não corresponde à realidade da empresa. Precedentes deste Tribunal. 2. Remessa oficial improvida. (2ª Turma. Remessa Ex Offício n. 19960146513 8/MG. Publicação: DOU/DJU de 12.fev.2004, pág. 78)

Diante desses precedentes, comprova-se como que o caso fortuito de que foi vítima a contribuinte não permite seja ela penalizada com o arbitramento do lucro. Mais que isso, constata-se o equívoco insito à intransigência dos fiscais autuantes, que, rejeitando as razões da contribuinte, procederam ao arbitramento do lucro.

Outro fato que evidencia a implausibilidade do arbitramento do lucro é inexistência de quaisquer indícios de que a contribuinte se tenha portado com intuito fraudulento ou sonegador.

Deveras, da acurada leitura de todo o auto de infração não se extrai sequer um único indício de fraude ou de sonegação atribuíveis à contribuinte. Tirante a obviamente infundada insinuação relativa à não apresentação dos documentos solicitados, não se vislumbra, no bojo do auto, qualquer afirmação séria dos fiscal autuante no sentido de ter sido apurada alguma irregularidade ou inconsistência reveladora de fraude ou sonegação.

Muito pelo contrário, o que se constatou no curso da ação fiscal e está comprovado pelas respostas aos termos de intimação apresentadas pela contribuinte, foi que a contribuinte em nenhum momento se furtou ao cumprimento de suas obrigações

fiscais. Entretanto, como o próprio agente fiscal reconhece em seu Relatório Fiscal, constata-se que era impossível a impugnante apresentar as respostas da maneira solicitada, já que totalmente privada de sua liberdade. Assim sendo, não há como se lhe atribuir indícios de fraude ou sonegação.

Outrossim, é de se apontar como contundente argumento contra a manutenção do arbitramento do lucro da contribuinte a natureza excepcional e extrema dessa medida.

Diante de suas severas conseqüências e pesados ônus, deve o arbitramento ser evitado, de modo a ser adotado somente em situações extremas, o que, de maneira alguma, é a situação dos autos.

Reconhecendo esse jaez extraordinário e extremado do arbitramento, há inúmeros julgados administrativos. Entre eles, são transcritos os trechos pertinentes dos seguintes:

“IRPJ. ARBITRAMENTO DE LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇOS/BALANCETES DE SUSPENSÃO OU REDUÇÃO DA ESTIMATIVA. Descabe o arbitramento do lucro da pessoa jurídica se a única justificativa para a adoção de tal procedimento é o fato de esta não ter apresentado, devidamente transcritos no livro Diário os balanços/balancetes de redução/suspensão do IRPJ devido mensalmente por estimativa. O arbitramento é medida extrema” (1º Conselho de Contribuintes. Acórdão n. 10194390)

“IRPJ. LANÇAMENTO. ARBITRAMENTO DE LUCRO. DESCLASSIFICAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. O arbitramento de lucro mediante desclassificação da escrita contábil é uma medida extrema” (1º Conselho de Contribuintes. Acórdão n. 10194227)

“ARBITRAMENTO. Sendo hipótese extrema, a sua aplicação depende da imprestabilidade da escrita contábil e/ou recusa do contribuinte em apresentar livros ou documentos. A mera não comprovação de parte das despesas operacionais não dá ensejo ao arbitramento” (DRJ de São Paulo. Acórdão n. 611, de 27.mar.2002)

“ARBITRAMENTO É MEDIDA EXTREMA - A aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizado como último recurso”. (DRJ de Campinas. Acórdão n. 4.688, de 22.ago.2003).

“LUCRO REAL - ARBITRAMENTO DO LUCRO -DESCCLASSIFICAÇÃO DA ESCRITA - A aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizada como último recurso” (DRJ de Brasília. Acórdão n. 1985, de 20.jun.2002).

Assim demonstrada a natureza excepcional e extrema da medida, fica evidenciada mais uma razão contrária à manutenção do arbitramento do lucro da contribuinte.

Expendidos todos esses argumentos, verifica-se que o arbitramento do lucro determinado pelas autoridades fiscais no auto de infração impugnado revela-se juridicamente destituído de razoabilidade.

Com efeito, mostra-se sobremaneira implausível que, embora inexistentes indícios de fraude ou sonegação e comprovada a diligência e zelo da contribuinte nas suas respostas limitadas pelo cárcere, seja-lhe imposta a excepcional e extrema medida do arbitramento do lucro, apenas por não ter tido condições de apresentar os documentos, em função da restrição de sua liberdade, aliada, ainda, à apreensão efetivada pela Polícia Federal dos documentos solicitados, evento estranho à vontade e ao comportamento da contribuinte.

Outrossim, o arbitramento do lucro apresenta-se como medida sobremodo desproporcional, por impor onerosidade excessiva e incompatível com a insignificância e impotência das involuntárias omissões da contribuinte.

Por tais razões, espera a contribuinte que essa veneranda DRJ, reconhecendo a referida irrazoabilidade do arbitramento, cancele o lançamento fustigado, julgando-o improcedente.

Ademais, em se tratando de lançamentos lastreados, sobremaneira, em depósitos bancários, é cediço que a fiscalização deve proceder com fundamentos que os comprovem. Assim é que não se pode exercer a atividade de autuar com base tão-somente em extratos bancários, presumindo-se receitas e, com efeito, aquisição de disponibilidade, quaisquer depósitos incessantemente desejados. Por óbvio, improcede lançamento preparado nesses termos, já que carece de fundamentos que os comprovem, e conspurca-se em fatal iniquidade fiscal.

Os extratos bancários como supedâneo exclusivo para configuração de receitas se contrapõem de modo cristalino às inúmeras finalidades de uma movimentação financeira por intermédio bancário. O fato é que nem toda entrada baseada em depósitos bancários constitui receitas.

Por esse escopo, não é demais enumerar as muitas outras entradas que podem não configurar receitas: empréstimos de bancos, clientes, amigos, familiares e particulares; transferências entre contas correntes e saques de uma conta para posterior depósitos em outras contas ... dentre outras.

No procedimento fiscal tributário, para haver a autuação, com base em depósito bancário, nos termos do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, não basta a simples presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável. É, deveras, imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si só, depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos.

A súmula 182 do extinto TFR já traduzia o vício em se atribuir aos extratos ou depósitos bancários a configuração do fato gerador do Imposto de Renda, tendo enaltecido a ilegitimidade dos lançamentos com base apenas em tais indícios. Tal enunciado é, inegavelmente, de todo atual, como se constata da sua aplicação em diversos arestos supervenientes:

“Processo civil. Tributário. Auto de infração. Omissão de receita. Levantamento baseado em Depósito Bancário. Aplicação da Súmula 182 - TFR. 1. O auto de infração que se fundamenta apenas na presumida disponibilidade financeira da empresa, derivada de depósitos bancários tidos como rendimentos omitidos, não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente. 2. A simples demonstração de depósitos bancários não enseja nexo de causalidade entre o aumento patrimonial e a obrigação tributária. 3. O enunciado da Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos preceitua que é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. Precedentes. 4. Apelação provida” (TRF-la Reg. Rei. Juiz Conv. Wilson Alves de Souza, ap. Cível nº 93.01.119773/PA, 3ª T. Suplementar, DJde 11 nov. 2004. p. 101).

Uma vez mais, o próprio Conselho de Contribuintes reconhece a fragilidade dos extratos bancários, como prova exclusiva da aquisição de disponibilidade econômica:

“... , não basta a simples presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si só, depósitos bancários não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos.” (Recurso nº 133.413, 2ª T/DRJ-Curitiba/PR).

Não bastasse, relevantes e pertinentes são os muitos Acórdãos e Decretos acerca da matéria, v.g., a saber:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Em 02 de setembro de 1988, foram cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham tido origem na cobrança do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários; os autos das execuções fiscais relativas aos débitos devem ser arquivados mediante despacho do Juiz, ciente o representante da União (DL 2.471/88, art. 9º, VII, e §1º); esse arquivamento não implicará restituição das quantias pagas, nem compensação de dívidas (DL 2.471/88, art. 9º, §2º). (Grifo nosso)

RECEITAS DECLARADAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Quando efetuados com recursos oriundos de vendas escrituradas, ainda que não contabilizados, mas integrando o saldo da conta Caixa, os depósitos bancários não representam receitas omitidas. (Ac. 1º CC 103-03.706/81). (Grifo nosso)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A tributação com base exclusivamente em depósitos bancários não legitima a tributação, inclusive em consonância com a Súmula 182 do TFR (Ac. 1º CC 10179.223/89 - DO 03/05/90). (Grifo nosso)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Não é bastante para o lançamento do imposto, por constituir mero sinal exterior de riqueza, a existência de depósitos bancários. O rígido contorno legal e constitucional do tributo não permite ver-se aí renda não declarada, na esteira do decidido pelo extinto TFR. Incidência do art. 9º, VII, do DL 2.471/88, determinando o cancelamento dos créditos tributários daí originados (Ac. 1º CC 103-10.492/90 - DO 20/11/90) (Grifo nosso).

EXTRATOS OU DEPÓSITOS BANCÁRIOS - O lançamento do imposto arbitrado apenas com base em extratos ou depósitos bancários é ilegítimo (Ac. un. da 3ª T. do TRF – 3ª R., em 28/03/90 - REO PROC. 89.03.17892-0 - Resenha Tributária, Jurisprudência do IR - Judiciária - Vol. I, p. 73. No mesmo sentido, v. Ac. un. da 3ª T do TRF – 3ª R., em 22/06/90 - REO 89.03.18079-8 - Ac. un. da 4ª T. do TRF – 3ª R, em 22/08/90 - REO 30.371/SP (Proc. 90.03.00419-6) (Resenha Tributária, Jurisprudência do IR - Judiciária - Vol. I, p. 125 e 161) (Grifo nosso).

LIMITES DA PRESUNÇÃO - A presunção de receita baseada em determinados indícios deve assentar em dados concretos, objetivos e não em meras ilações deduzidas de circunstâncias não suficientemente provadas, que se mostrem incapazes de estabelecer fonte segura para o convencimento do julgador (Ac. 1º CC 105-2.232/87 - Resenha Tributária, Jurisprudência IR, Vol. 1.2-2, pág. 239). (Grifo nosso)

Art. 112 CTN. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

(...). (grifo nosso)

Como pôde o agente autuante presumir omissão de receitas com base tão-somente em depósitos bancários, na mera alegação de que os mesmos não foram originalmente comprovados? Como pôde, ademais, associar depósitos como renda e à disponibilidade da contribuinte, imputando-lhe o jamais ocorrido fato gerador do Imposto de Renda? Decerto, imbuído de seu espírito acusatório e tendente à apuração de imposto a qualquer custo, norteou-se no sentido de se tentar imputar de qualquer forma à contribuinte a vultosa quantia de receita, a fim de que conseguisse presumir em favor do Fisco o surpreendente e vultoso crédito tributário.

E inegável que as circunstâncias materiais do fato denotam dúvida, na definição da infração legal, culminando, uma vez mais, na interpretação de maneira mais favorável à acusada (art. 112 CTN citado acima), o que descaracterizaria, por sua vez, o lançamento efetivado infundadamente. A fiscalização, de uma maneira mais cômoda, simplificou-se no resguardo de, tão-somente, o arbitramento e extratos bancários, calculando, a seu talante, o suposto imposto.

Quanto ao ônus da prova assim se manifesta:

Acerca das provas presentes neste processo, pertinente se torna discorrer sobre a quem cabe provar os fatos que fundamentem a eventual imputação de um crédito tributário. E a esse respeito, são sobremaneira incisivos os julgados da egrégia Corte Administrativa do Ministério da Fazenda, de cuja jurisprudência são transcritas as seguintes ementas:

CONSELHOS DE CONTRIBUINTES DO MF

ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o ônus probandi incumbit ei qui dicit. Salvo no caso das presunções legais, cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário ou o procedimento do sujeito passivo que se configure como infração à legislação tributária, no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. [...] (Acórdão 103-20645. No mesmo sentido, acórdão 10320419).

[...] ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o ônus probandi incumbit ei qui dicit. Compete ao Fisco, ab initio, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário ou da prática de infração praticada no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. [...] (Acórdão n. 103-20950. No mesmo sentido, acórdãos: 103-20860, 103-20571, 103-20881, 10320557).

RENDIMENTO OMITIDO - PROVA - À autoridade lançadora cabe comprovar a ocorrência do fato gerador do imposto, ou seja a aquisição da disponibilidade econômica, ao contribuinte cabe o ônus de provar que o valor recebido teve origem em rendimento já tributado, não tributável ou isento (Acórdão 106-12792. No mesmo sentido: acórdãos 108-07124, 108-07171).

FATO GERADOR - Nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional cabe a autoridade lançadora o ônus de provar a ocorrência do fato gerador. Mantém-se decisão da autoridade de primeira instância, que cancela parte do crédito tributário, por não restar demonstrado nos autos o acréscimo patrimonial ou sinais exteriores de riqueza (Acórdão 102-42668).

À luz de tão precisos julgados, não há dúvidas de que é ao Fisco que cabe comprovar a ocorrência do fato gerador ou da infração que motivou a lavratura de auto de infração contra a contribuinte, e não o contrário, ou seja, não é o

contribuinte que deve fazer a prova de que o fato gerador ou a infração não ocorreu.

*Com base nessa noção acerca da divisão do ônus probatório no processo administrativo fiscal, observa-se que **não foi devidamente corroborada a ocorrência do fato gerador da omissão de receitas e dos rendimentos auferidos, por meio dos extratos bancários.***

A fiscalização se amparou totalmente nas informações prestadas pelas instituições financeiras e alguns terceiros contratantes da impugnante, sem se preocupar com a verdade real, precipitando-se e presumindo omissões não ocorridas de fato.

*De fato, quer a fiscalização subverter os valores inatos à Nova Ordem Constitucional, sobretudo no que concerne à **presunção de inocência** e à **capacidade contributiva** da autuada. Não é a impugnante quem tem que fazer prova da sua capacidade contributiva, desqualificando as absurdas presunções feitas em seu desfavor pelo Fisco, e, sim, o agente que tanto almeja caracterizar fato gerador do Imposto de Renda.*

*É admirável que uma imputação tributária possa ser escorada exclusivamente em escassas provas. E, mais chocante ainda, como que as referidas provas, atinentes às relações jurídicas havidas entre terceiros e a impugnante, possam ter convencido a autoridade fiscal a lavrar o presente auto de infração. Certamente porque o **caminho das insensatas presunções** era mais retilíneo, em detrimento daquele sinuoso que levaria ao desvelamento pleno da verdade material.*

[...].

Com base nessa noção acerca da divisão do ônus probatório no processo administrativo fiscal, passa a contribuinte a demonstrar como que o acervo probatório constante do presente processo é incapaz de legitimar contra ela a imputação do crédito tributário.

Defende que as provas carreadas aos autos seriam ilícitas, nos seguintes termos:

*Por amor à eventualidade, ad argumentandum tantum, é ainda de se mostrar a **forma ilícita da fiscalização, quanto à obtenção dos extratos** que lastrearam a autuação quase que em sua totalidade.*

Assim é que a fiscalização, com o tão pouco nobre intuito de tributar, imputa premeditadamente à fiscalizada dolo sonegador. Acusa, com efeito, a autuada de “disfarçar” suas condições econômico-fiscais, atribuindo a ela a conduta consciente e voluntária dirigida à finalidade de se “esquivar” e “procrastinar” o andamento dos trabalhos, causando “embaraços” ao curso da fiscalização.

*Como cediço, a fiscalizada, desde o início do curso do procedimento fiscal, **prontificou-se a atender as exigências da fiscalização**, não deixando de elucidar, todavia, sua condição de encarcerada, que retratava o principal óbice às informações solicitadas, como o próprio fiscal autuante reconheceu em seu Relatório Fiscal.*

Quanto aos extratos bancários, mesmo não sendo obrigada a mantê-los em sua guarda, eis que inexistente dispositivo de lei que a obrigue, cuidou de tentar providenciá-los junto às instituições financeiras concernentes, tudo imbuída da vontade de elucidar sua saúde fiscal perante a Fazenda.

*Para seu infortúnio, entretanto, **por motivos alheios à sua vontade**, não obteve êxito em apresentar os documentos solicitados, eis que, como cediço, sua **condição de***

encarcerada a privava de qualquer mobilidade e condições para se defender da voracidade fiscal.

Como cediço, fora por motivos alheios à sua vontade e pela precariedade de seu cárcere, aliados, ainda, aos exíguos prazos concedidos, e à natureza das solicitações, que, por si só, traduziam-se obstáculos à plena satisfação das inquirições do Fisco. Logo, não há o que se ao menos cogitar de qualquer intuito fraudulento da fiscalizada, eis que pautada em todo curso da fiscalização nos ditames concernentes à honestidade, à lealdade e à boa fé.

*Todavia, de modo premeditado, frise-se, **PREMEDITADO**, o agente atuante tenta caracterizar o **embaraço da fiscalização**, baseando-se, para tanto, nas **informações que a fiscalizada, por impossibilidade e para seu infortúnio, deixou de prestar**. Premeditadamente, tenta o fiscal atuante a todo custo **atribuir o repudiado dolo fraudulento à pessoa da fiscalizada**.*

Sob prova ilícita, algumas ponderações não de ser feitas. A necessidade da licitude dos meios de prova utilizados nos processos é regra consagrada na Constituição Federal, art. 5º, LVI, sendo, portanto, aplicável a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Na realidade, tal regra nada mais é do que uma extensão do princípio do devido processo legal.

Logo, não pode a prova ilícita ser admitida como válida e caracterizadora de direitos e/ou obrigações. Na esfera do processo administrativo tributário, a proibição da prova ilícita está expressamente prevista na Lei nº 9.784/99, no art. 30, segundo o qual “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”. A regra sobre as provas ilícitas têm caráter, a princípio, absoluto, não sendo atribuída a nenhum dos Poderes a prerrogativa de sopesar os interesses que colidem com a garantia constitucional.

*Sobre o tema, recentemente o **plenário do Supremo Tribunal Federal**, guardando e reafirmando os preceitos constitucionais atinentes à garantia em comento, **afastou inequivocamente a utilização dos extratos bancários como prova ilícita, por violar o sigilo de dados do contribuinte**, in verbis:*

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(RE 389.808 Paraná. Min. Rei. Marco Aurélio, Sessão em 15/12/2010)

Ainda acerca da temática, preciso e inequívoco é o voto do preclaro excelso ministro Celso de Mello, dado no Recurso Extraordinário supra transcrito, a saber:

“(...) os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância, nem dispõem do atributo (apenas inerente à jurisdição) da “terzietà”, o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no § 1º do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, ao dispor sobre o sistema tributário, prescreve, em caráter impositivo, que a administração tributária, quando no exercício de sua competência, respeite os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

(...) Impende reconhecer, desde logo, que não são absolutos - mesmo porque não o são - os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, cabendo assinalar, por relevante, Senhores Ministros, presente o contexto ora em exame, que o Estado, em tema de tributação, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

(...) O que me parece significativo, no contexto ora em exame, é que a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei' (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

(...)”

(RE 389.808 / PR - Voto Min. Celso de Mello) (Grifos nossos)

De toda a inteligência aplicada à temática pela mais autorizada corte do país, resta quantum satis elucidada que a quebra do sigilo bancário se caracteriza medida excepcional, só sendo possível, com efeito, quando amparada por terceiro equidistante da relação fiscal.

No caso dos autos, por se tratar o Fisco de parte interessada na relação tributária estabelecida, não há o que se falar de quebra lícita do sigilo bancário da contribuinte, o que macula e contamina tudo que for concernente à prova obtida por meio ilícito. Logo, outra sorte não resta à desditosa lavratura, senão a declaração da mácula da prova ilícita e tudo que dela deriva.

Por fim, destaca que teria demonstrado o mais profundo respeito pela legislação tributária e pela autoridade autuante, tendo respondido a todas as intimações e apresentado os esclarecimentos possíveis, exceto aqueles que, em razão do seu verdadeiro estado de penúria e das restrições à liberdade, não se encontravam em seu poder.

Requer a decretação de nulidade/improcedência das autuações ou a redução equitativa do crédito tributário. Protesta pela juntada posterior de todos e quaisquer esclarecimentos, bem como outras razões de fato e de direito supervenientes e documentos que se fizerem necessários, dadas as precárias condições da impugnante para se defender de tão complexa autuação.

1.1.3 Impugnação da responsável tributária

Afirma a tempestividade da defesa, menciona estar a Impugnante encarcerada no Presídio Alvorada em Montes Claros (MG), e reputa irrefletidos e açodados o procedimento fiscal e os lançamentos dele decorrente.

Defende a carência da ação fiscal, por ilegitimidade passiva, na medida em que não haveria qualquer nexos de causalidade entre os supostos fatos geradores de imposto praticados pela Radier, com a designada responsável solidária.

Após transcrever os preceitos dos arts. 121, 124, 134 e 135 do CTN, assim se pronuncia:

*A responsabilidade tributária é **excepcional e taxativa**, obedecendo estritamente aos ditames legais, na medida exata do que se tipifica como tal. No caso em voga, o que se nota, infelizmente, é a vontade do agente, a todo custo, caracterizar e tipificar o impossível: de fato, não há qualquer relação da obrigação tributária pretendida que obedeça a quaisquer dos dispositivos supra e que, com efeito, configure o cabimento do equívocado e desmedido Termo de Sujeição Passiva Solidária em desfavor da contribuinte impugnante.*

Com base no art. 121 do CTN, diz que responsável *só seria aquele cuja obrigação estivesse expressa e disposta em lei*, e não haveria menção a dispositivo legal que configurasse a responsabilidade da administradora Impugnante.

Com relação ao art. 124 do CTN, diz não ter sido estabelecida relação de interesse comum da Impugnante com os fatos geradores de supostas obrigações tributárias da Construtora Radier.

Já no que se refere ao art. 134 do CTN, não haveria qualquer relação das hipóteses de incidência com os fatos ocorridos.

Com relação ao preceito do art. 135 do CTN, assim se manifesta:

*O art. 135, por sua vez, aponta a responsabilidade pessoal daqueles que praticam atos com **excesso de poder ou infração de lei, contrato SOCIAL e ESTATUTOS**. Da inteligência do mesmo, o que se percebe é que tal dispositivo se restringe à **relação entre sócios e suas respectivas empresas**. Em nenhum momento se cogita de **relação com excesso de poder da contribuinte com a empresa**. Logo, fatalmente, não há como se caracterizar a absurda e excepcional medida de responsabilidade tributária no caso em epígrafe.*

*Da análise dos dispositivos, não se quer acreditar, embora tudo leve a acreditar, que o agente atuante quer a qualquer custo encontrar relação entre o contribuinte intimado e as atuadas. O que se percebe, infelizmente, é que a autoridade fiscalizadora se "muniu" de inúmeros artigos esparsos e que nada se correlacionam com a realidade fática para tentar alcançar algum êxito para que se faça existir o inexistente e possibilitar o impossível, como quer ao tentar **responsabilizar a contribuinte com fatos totalmente estranhos e avessos a seus interesses**.*

Em seguida, são apresentadas razões de impugnação idênticas àquelas invocadas pela pessoa jurídica e já devidamente elucidadas.

No extrato do processo de fls. 1596/1606, consta notícia de formalização de representação fiscal para fins penais no processo administrativo nº 10670.721874/2013-98.

Em 16/01/2014 (fls. 1607), a autoridade preparadora (DRF Montes Claros/MG) atestou a tempestividade das impugnações apresentadas pela contribuinte e pela responsável tributária, e encaminhou o processo a julgamento.

O processo foi distribuído à DRJ São Paulo/SP em 24/04/2014, e a esta Relatora em 27/05/2014.

1.2 DA EMENTA DA DECISÃO RECORRIDA

A decisão ora atacada, que julgou improcedentes as impugnações apresentadas, assim foi ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

Nulidade. Cerceamento ao Direito de Defesa.

O fato de a administradora do empreendimento estar encarcerada não pode ser admitido como impedimento para o atendimento às intimações da fiscalização para apuração dos fatos, principalmente, porque a documentação solicitada era de apresentação e guarda obrigatória pelo representante legal da empresa, e perfeitamente possível a designação de outra pessoa para cumprimento das intimações.

Nulidade. Prova Ilícita.

Como os extratos bancários foram obtidos mediante quebra de sigilo bancário decretada judicialmente, com compartilhamento de dados obtidos com a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, não há respaldo para as alegações de que não estava obrigada a apresentá-los, ou de ilicitude da prova.

Nulidade. Apreensão pela Polícia Federal.

A mera alegação de que a documentação solicitada pela fiscalização havia sido apreendida ou desorganizada pela Polícia Federal, não pode ser considerada sem as competentes provas (termo de apreensão), e porque contraditada pelas informações constantes do processo.

Nulidade. Apreciação de Pedido de Prorrogação de Prazo.

Os pedidos de prorrogação de prazo para atendimento às intimações feitos no curso do procedimento fiscal, ainda que não apreciados, não afetam o direito de apresentação das provas cabíveis, pelo que não há cerceamento ao direito de defesa.

Nulidade. Falta de Descrição dos Fatos.

Não se sustenta a falta de motivação dos lançamentos devido à mera formalidade de a descrição dos fatos estar contida em termo anexo à autuação, do qual a representante legal da empresa tomou ciência, pessoalmente, na mesma data da ciência dos lançamentos.

Nulidade. Demonstrativos de Apuração de Tributos e de Multas e Juros de Mora.

Não subsiste a invocação de nulidade genérica contra os demonstrativos que atendem aos ditames legais.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

Omissão de Receitas. Depósito Bancário. Falta de Comprovação da Origem.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Arbitramento dos Lucros. Falta de Apresentação de Escrituração.

O lucro da pessoa jurídica deve ser arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, quando optante pelo Lucro Presumido.

A atuação da Polícia Federal, no estrito cumprimento do dever funcional, na prisão da administradora, e na apreensão da documentação encontrada no estabelecimento da empresa, não pode ser de qualquer forma confundida com furto, incêndio ou inundações, no estabelecimento da empresa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

Multa Qualificada. Sonegação.

Caracteriza sonegação, a omissão de receitas expressiva, reiterada e sistemática nas declarações prestadas à RFB, comprovadamente auferidas na atividade, com suporte em notas fiscais emitidas pela própria empresa, e de rendimentos de aplicações financeiras, com base em informações prestadas pelas fontes pagadoras nas Dirf.

Responsabilidade. Administrador.

A sonegação fiscal, ou a omissão dolosa tendente a impedir/retardar o conhecimento da autoridade fiscal acerca da ocorrência dos diversos fatos geradores ocorridos no período fiscalizado, caracteriza indubitavelmente ato praticado com excesso de poder, infração de lei e contrato social.

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o administrador.

1.3 DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS (E-FLS. 1687 E SS. E E-FLS. 1730 E SS.V)

A empresa autuada e a administradora apresentaram recursos contra a decisão que julgou improcedente as defesas exordialmente apresentadas.

Transcrevo principais excertos com as razões apresentadas.

1.3.1 II - DAS PRELIMINARES

1.3.1.1 II.I - DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO

1.3.1.2 II.II - Dos DOCUMENTOS RESGATADOS/REORGANIZADOS A POSTERIORI

[...]

Além disso, cumpre ainda lembrar que a Sra. Maria das Graças, até a presente data, ainda se encontra reclusa, sem sequer ter tido a oportunidade, desde o início da fiscalização, de ter qualquer contato com os documentos e livros solicitados desde o início das inpectivas fiscais. (VER ATESTADO CARCERÁRIO ANEXO)

Não bastasse, conforme se demonstrará adiante, a situação se agravou ainda mais, já que, pouco antes da fiscalização, o contador responsável por toda escrita da contribuinte faleceu, dificultando ainda mais a reunião dos documentos solicitados pela fiscalização.

Não se pode ignorar, ainda, o fato de que a Sra. Maria das Graças era quem, personalissimamente, efetuava a administração das atividades da contribuinte recorrente, fato também evidenciado desde o início à Administração Fazendária. (VER CERTIDÃO DE ÓBITO DO CONTADOR ANEXA).

Ao que se nota, a fatídica sucessão dos fatos impossibilitou, sobremaneira, que a Sra. Maria das Graças Gonçalves tivesse qualquer chance de reunir a documentação solicitada pelo Agente Fiscal.

Os mesmos fatos também impediram a Sra. Maria das Graças de exercer sua defesa, no que concerne à injusta exclusão de sua empresa do Simples Nacional, não restando outra alternativa, senão o ADE Fazendário ter corrido à revelia, embora nunca devesse ter existido.

Apenas a título de esclarecimento, a Exclusão do Simples Nacional da recorrente se deu pelo fato de não ter a contribuinte apresentado os livros referentes aos Anos-Calendarário de 2009, 2010 e 2011. Importante consignar que os referidos livros foram devidamente escritos e registrados perante a Junta Comercial, muito antes do início da fiscalização e da exclusão da contribuinte do Simples Nacional. Tais livros foram devidamente confeccionados e assinados pelo hoje falecido contador da contribuinte e são parte integrante deste Recurso Voluntário. (VER LIVROS DIÁRIO, RAZÃO, BALANÇOS ANEXOS) [grifos da recorrente]

[...]

Embora ainda esteja enclausurada e a desditosa lavratura não tenha oportunizado, a Sra. Maria das Graças Gonçalves não cessou os seus contínuos esforços na tentativa de buscar alguém em liberdade para lhe auxiliar. Assim é que, embora não no tempo da fiscalização, conseguiu obter auxílio de terceiros na reunião de importantes documentos que atestam sua boa-fé informada desde o início.

Importante consignar, ainda, o êxito na localização dos Livros Contábeis solicitados, todos escriturados e registrados muito antes da fiscalização covarde e insensivelmente efetuada. Mais do que aqueles livros comerciais de caráter obrigatório, há que se destacar que a contribuinte encomendava, por vontade própria e não por necessidade legal, livros que sequer eram obrigatórios, tudo em nome de sua transparência e organização fiscal. (VER LIVROS DIÁRIO, BALANÇO, DEMONSTRAÇÕES DE RESULTADO EXERCÍCIO ANEXOS)

Assim sendo, em homenagem ao princípio da verdade material, tão sufragado por esta altaneira Corte Administrativa e balizador do Processo Administrativo Fiscal, serve-se desta para juntar aos presentes Autos Administrativos os documentos recém reunidos que integram este Recurso Voluntário.

Insta destacar que, embora ainda existam muitos outros documentos não localizados e também servíveis à prova de todo o alegado neste Recurso Voluntário, a farta documentação jungida a este Recurso é prova mais do que suficiente das alegações da recorrente, bem como das incongruências e vícios que permeiam toda a lavratura desde os procedimentos preparatórios à Decisão Administrativa recém prolatada.

1.3.1.3 II. III — Dos Equívocos na Apuração das Bases de Cálculo do IRPJ e da CSLL

[Matéria não pré-questionada, não foi apresentada em primeira instância]

[...]

A esse respeito, é de se observar que, em seus demonstrativos, a fiscalização se utiliza de equivocados percentuais para arbitrar o IRPJ e a CSLL da recorrente. Imbuído de seu espírito tributante, a fiscalização atribuiu erroneamente o coeficiente de 38,4%, para a apuração da base de cálculo do IRPJ.

De semelhante modo, a fim de também majorar ao máximo os cálculos da CSLL, a fiscalização atribuiu, erroneamente, o coeficiente de 32%, para apuração da base de cálculo da CSLL, alegando se tratar o caso de prestação de serviços em geral.

Cumprido destacar que as atividades desenvolvidas pela contribuinte, como consta do seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, do Contrato Social e Alterações, dos Registros, das Escritas e dos Livros Contábeis/Comerciais que a contribuinte sempre efetuou, bem como dos Contratos Administrativos que a contribuinte firmou com o Poder Público entre 2008 e 2011, são aquelas ligadas à prestação de serviços na modalidade de empreitada global com fornecimento de materiais. (VER A FARTA COMPROVAÇÃO ANEXA: CONTRATOS DE OBRA CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; LIVROS COMERCIAIS QUE APONTAM AS RECORRENTES DESPESAS COM MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO; OBJETO SOCIAL NO CNPJ E CONTRATO SOCIAL DA AUTUADA)

A fiscalização, embora tenha envidado todos os esforços em suas diligências, ao colher fartas informações com os terceiros envolvidos, convenientemente se silenciou sobre a verdadeira natureza jurídica dos serviços prestados pela contribuinte às Administrações Municipais. Embora tenha tido o Auditor Fiscal elementos de prova que, seguramente, atestam a prestação de serviços, por parte da contribuinte, na modalidade de empreitada global com fornecimento de materiais, muito é de se estranhar os percentuais de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL utilizados no vertente caso.

[...]

A fim de extirpar quaisquer dúvidas a esse respeito, é de se observar **que a própria Administração Fazendária Federal, por meio do Ato Declaratório Normativo Cosit n. 06/1996, determinou que a base de cálculo do IRPJ nas construções por empreitada obedeceria ao percentual de 8%, quando houvesse emprego de materiais em qualquer quantidade.**

[...]

Conforme constatado pelo próprio Auditor Fiscal em seu Relatório Fiscal, no próprio Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral no CNPJ da recorrente, no Contrato Social da contribuinte, nos diversos Contratos Administrativos firmados com as Administrações Públicas Municipais intimadas, bem como nas várias escritas contábeis efetuadas no período inquirido, as atividades desenvolvidas pela recorrente eram aquelas ligadas à construção civil, sob o regime de empreitada global, com fornecimento de materiais.

Tal fato é inconteste e conhecido da fiscalização atuante, que, infelizmente ignorou, tudo para aumentar ao máximo as cifras pretensamente constituídas em favor do Fisco e, ainda, tentar demonstrar que a responsável legal da contribuinte agiu com o dolo sonegador. Tal atitude é, de veras, vil e repudiante, **não podendo tamanha iniquidade passar por despercebido dessa Colenda Corte Administrativa, eis que não coaduna com as mais mezinhas regras de tributação e de contabilidade e, por lógico, poluiriam os ativos da União com inscrição em Dívida Ativa indevida e fadada à desconstituição judicial.**

Sobre o assunto, cumpre informar que todos os terceiros intimados e citados no relatório fiscal da desditosa lavratura eram Prefeituras e/ou órgãos ligados diretamente à Administração Pública. Como é cediço dessa colenda Corte Administrativa, os contratos celebrados pela recorrente com tais órgãos eram tipicamente de empreitada global, com fornecimento de materiais, o que reclama a tributação do IRPJ e da CSLL de forma favorecida.

[...]

Assim, pelas razões sobejadas, importa evidenciar que o arbitramento de lucro no vertente caso, embora indevido pelas razões descritas adiante, só poderia ter apurado a base de cálculo do IRPJ e da CSLL pelos percentuais minorados, qual seja a aplicação dos percentuais de 8% e 12%, respectivamente. Ao contrário, contudo, a fiscalização se utilizou dos sobrelevados percentuais de 38,4% e 32% para apuração do IRPJ e da CSLL, o que macula toda a desditosa lavratura ora recorrida por via reflexa.

Logo, pelas razões evidenciadas, não se pode olvidar que a lavratura padece de vícios que conspurcam sua existência. Tais vícios insanáveis não podem passar por despercebidos por essa r. Corte Administrativa, o que seria completamente repudiado pelos Tribunais pátrios. Assim sendo, a revogação do Auto de Infração nos autos em epígrafe é medida que se impõe, eis que contaminado pelos vícios insanáveis de apuração equivocada da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

(grifos da recorrente)

1.3.1.4 II.IV - DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS MULTAS ACIMA DE 100% Do TRIBUTODEVIDO

[...]

1.3.1.5 II.V - DA MORTE DO CONTADOR QUE FAZIA A ESCRITA CONTÁBIL DARECORRENTE

[...]

1.3.1.6 II.VI - DA IMPOTÊNCIA DA RESPONSÁVEL LEGAL COM O CONSEQUENTECERCEAMENTO DE DEFESA

[...]

1.3.1.7 II.VII — DA CARÊNCIA DA AÇÃO FISCAL EM FACE DA ORA RECORRENTE (Responsável)

De todas as razões até aqui expendidas, o que se nota é que totalmente incabível é imputar à recorrente o dolo sonegador que autoriza a responsabilidade tributária, tampouco aplicar a Súmula 435 do STJ ao presente caso, visto que não houve dissolução irregular da empresa, mas, tão-somente, paralisação temporária de suas atividades, por todo o fatídico contexto já mencionado.

Nesse sentido, afasta-se o crime de sonegação fiscal, à medida que se corrobora que a fiscalização superestimou as pretensas receitas que justificaram as cifras em favor do Fisco. Não se pode, assim, cogitar que a Recorrente tenha omitido, como quer a fiscalização e a decisão "a quo" patamares de 84% e 70% dos seus rendimentos.

Infelizmente, o inconsistente Auto de Infração, contudo, tenta agravar ainda mais a situação da Recorrente, imputando-lhe, sem escrúpulo e a qualquer custo, o referido dolo sonegador.

Os documentos jungidos a estes Autos Administrativos elucidam sobremaneira a transparência, boa-fé, lisura e regularidade nas condutas diretivas tomadas pela Recorrente, que sempre procurou, conforme documentação corrobora, esclarecer a situação econômico-fiscal da contribuinte.

Acerca da Súmula 435 do STJ, tão fortemente utilizada pela Administração Fazendária para intentar a responsabilidade tributária, insta destacar que não se aplica ao presente caso. É que o espírito de tal entendimento superior é o de punir aqueles que ENCERRAM/DISSOLVEM as atividades comerciais, sem que seja regularmente comunicada à Fazenda.

No presente caso, como sobejamente demonstrado, a empresa Radier Construções somente paralisou suas atividades, não havendo o que se falar de dissolução irregular. Tão logo seja sua administradora posta em liberdade, haverá o retorno às normais atividades desenvolvidas pela empresa. Logo, não há o que se falar de dissolução irregular no presente caso, o que afasta, de plano, a intentada aplicação da Súmula 435 do STJ.

Detectados os diversos erros do lançamento, bem como analisada a farta escrituração anexa, não há o que se falar de irregularidade alguma que autorize a responsabilização tributária da Recorrente, carecendo o impugnado Termo de Sujeição Passiva Solidária dos requisitos processuais da legitimidade passiva.

Nos termos do art. 301 do Código de Processo Civil, portanto, a recorrente não tem legitimidade para suportar os ônus processuais acerca dos débitos lançados em desfavor da contribuinte Construtora Radier e para ser parte em tal litígio.

A legitimidade de parte se traduz na plausibilidade da afirmação de titularidade e legitimidade para agir no âmbito processual. No caso em tela, a pretensão de se tributar e de se resistir ao tributo se configura totalmente na Construtora Radier e no Fisco, visto não haver qualquer nexo de causalidade entre os supostos fatos geradores de imposto com a contribuinte sujeitada à responsabilidade solidária.

No caso concreto, nenhuma relação se estabelece entre o contribuinte sujeitado à solidariedade passiva e os fatos relevantes ao direito. Logo, inconcebível se torna a ligação do contribuinte impugnante com as supostas obrigações tributárias almeçadas pelo Fisco, por carecer de legitimidade para o feito.

[...]

A responsabilidade tributária é excepcional e taxativa, obedecendo estritamente aos ditames legais, na medida exata do que se tipifica como tal. No caso em voga, o que se nota, infelizmente, é a vontade do agente, a todo custo, caracterizar e tipificar o impossível: de fato, não há qualquer relação da obrigação tributária pretendida que obedeça a quaisquer dos dispositivos supra e que, com efeito, configure o cabimento do equivocado e desmedido Termo de Sujeição Passiva Solidária em desfavor da contribuinte impugnante.

O supra citado art. 121 define o que se entende por "Sujeito Passivo".

Da inteligência do dispositivo, não há muito o que se tecer, eis que auto explicativo.

Apenas se deve ressaltar que "Responsável", como quer o Fisco chamar esta impugnante, só é aquele cuja obrigação esteja expressa e disposta em lei. Em nenhum momento, vale ressaltar, há menção a dispositivo legal que configure a responsabilidade

da contribuinte impugnante, o que, fatalmente, a afasta e exige de ser solidariamente responsável com a pessoa atuada.

O art. 124 retro dispõe acerca dos solidariamente obrigados. Sem maiores nuances, não se estabelece em momento algum relação de interesse comum dos fatos geradores de supostas obrigações tributárias pessoais da Construtora Radier.

O art. 134 não estabelece nenhuma relação com a contribuinte fiscalizada. Em nenhum de seus incisos se configura alguma relação anormal da contribuinte com a pessoa jurídica atuada, sendo curiosa a alusão feita pela fiscalização à mesma, que em nada se relaciona com a situação fática apurada.

O art. 135, por sua vez, aponta a responsabilidade pessoal daqueles que praticam atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato SOCIAL e ESTATUTOS. Da inteligência do mesmo, o que se percebe é que tal dispositivo se restringe à relação entre sócios e suas respectivas empresas. Em nenhum momento se cogita de relação com excesso de poder da contribuinte com a empresa. Logo, fatalmente, não há como se caracterizar a absurda e excepcional medida de responsabilidade tributária no caso em epígrafe.

Da análise dos dispositivos, não se quer acreditar, embora tudo leve a acreditar, que o agente atuante quer a qualquer custo encontrar relação entre o contribuinte intimado e as atuadas. O que se percebe, infelizmente, é que a autoridade fiscalizadora se "muniu" de inúmeros artigos esparsos e que nada se correlacionam com a realidade fática para tentar alcançar algum êxito para que se faça existir o inexistente e possibilitar o impossível, como quer ao tentar responsabilizar a contribuinte com fatos totalmente estranhos e avessos a seus interesses.

Logo, pelas sobejas razões fáticas e jurígenas expostas supra, outra sorte não assiste ao auto, senão a decretação de sua nulidade absoluta, eis que conspurcado com o vício e mácula inequívoca do cerceamento de defesa

1.3.1.8 II.VIII - DOS DEMAIS VÍCIOS DO LANÇAMENTO

Ainda antes de ferir o mérito, impende dizer que o auto de infração é manifestamente imperfeito. Com efeito, carece da devida descrição dos fatos que, em tese, motivariam o lançamento. Ora, basta compulsar atenciosamente o referido auto para verificar que em nenhuma de suas confusas linhas procedeu-se à necessária descrição desses supostos fatos. Na realidade, quer a autoridade fiscalizadora suprir essa omissão reportando-se a um tal de "Relatório Fiscal" anexado ao auto, figura completamente estranha ao direito tributário e processual tributário.

No entanto, como o auto de infração é um instrumento solene de imputação de ilícitos tributários, sujeito a ditames legais asseguradores dos princípios due process of law, do contraditório e da ampla defesa, que lhe impõem rígidos contornos formais, não podendo, por essa mesma razão, ser mutilado ou moldado conforme o bel-prazer da autoridade fiscal que lhe subscreva; e como "Relatório Fiscal" não é auto de infração (mormente porque não sujeito à mesma compleição formal deste) nem presta para lhe suprir eventuais omissões; o auto de infração ora impugnado é nulo, por não obedecer ao disposto no Decreto 70.235/72 (art. 10, inciso III), eis que não descreveu, na forma devida, os pretensos fatos ensejadores do lançamento fiscal.

Impende dizer que o auto de infração é manifestamente imperfeito. Com efeito, carece da devida descrição dos fatos que, em tese, motivariam o lançamento. Ora, basta

compulsar atenciosamente o referido auto para verificar que em nenhuma de suas confusas linhas procedeu-se à necessária descrição desses supostos fatos.

Nesse sentido, é de se apontar a falta de informações e a obscuridade ínsita ao auto. A autoridade fiscal, data máxima venia, não se preocupou com a inteligência do lançamento, nem com o fornecimento das informações relativas à sua fundamentação.

Com efeito, nalgumas folhas do auto, destinadas à Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, observa-se uma sucessão de planilhas, cálculos, campos e alíquotas, mal distribuídos e organizados, que não elucidam o teor do auto, com informações confusas e muitas vezes incoerentes; bem como um emaranhado de referências a dispositivos legais desconexos, inacessíveis ao contribuinte comum. Tudo isso lhe dificultou entender o lançamento contra ele efetuado, sendo óbice e cerceio ao exercício da ampla defesa vigorosamente tutelada por esse órgão da Administração Fazendária Federal.

Mas o auge da obscuridade está mesmo é nas tabelas que tentam "aclarar" a apuração dos acréscimos legais. É uma verdadeira peia de algarismos entre si despropositados, irracionalmente reunidos, que, não esclarecendo, só complicam a compreensão do auto, além de impedir a correta impugnação aos cálculos das multas e juros constantes do lançamento.

A forma insensata e obscura pela qual o auto foi lavrado prejudica veementemente sua compreensão, inutilizando-se e embaraçando-se, por via reflexa, o augusto exercício da ampla defesa do contribuinte. Deveras, presumir o exercício da ampla defesa no caso em tela seria o mesmo que se socorrer de imputação ininteligível ou até se retorquir a ataque às cegas. Essa foi a situação de perplexidade em que se viu a contribuinte. Nessa irresolução foi que, após várias tentativas de interpretar o auto, viu-se impotente e frustrada, tendo perdido precioso tempo do lapso impugnativo.

[...]

As obscuridades que cercearam do contribuinte o acesso, por si só, às informações a que tinha direito do auto de infração — o qual, não é demais lembrar, deve, por imposição legal (implícita nos art. 142 da Lei nº 5.172/66 — CTN, c/c arts. 10 e 11 do Decreto n. 70.235/72 Processo Administrativo Fiscal, bem como o art. 836 do Decreto n. 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda - todos transcritos a seguir), ser fonte translúcida e segura de informações que esclareçam o suposto infrator das supostas irregularidades que teria perpetrado — violaram-lhe o direito à ampla defesa.

Em razão disso, outra alternativa não resta, senão obsecrar a Vossa Senhoria a declaração de nulidade do auto impugnado, já que conspurcado de nulidade absoluta, nos termos do art. 59-inciso II do Decreto 70.235/1972, também transcrito a seguir.

[...]

1.3.2 III - CIRCA MERITIS

1.3.2.1 III.I. LANÇAMENTO BASEADO EM ARBITRAMENTO E EM EXTRATOS BANCÁRIOS

Apesar de todos os seus esforços no sentido de manter em boa guarda os livros e documentos relativos à sua escrita contábil, foi a contribuinte vítima de verdadeiro assalto pela Polícia Federal, que lhe turbou o amplo domínio e acesso a todos os documentos da empresa autuada, incluídos vários elementos relativos a sua escrita contábil, tais como cupons fiscais, talões de notas fiscais, documentos de entrada e saída, vários livros fiscais, bem como as Declarações de Informações Econômico-

Fiscais da impugnante, agravadas, ainda, pela prisão simultânea da impugnante, bem como de seu esposo e, ainda, a lamentável morte do contador responsável.

Depois do ocorrido, não tivera a contribuinte nenhuma oportunidade para reaver os documentos apreendidos. No entanto, a autoridade fiscal, numa injustificável intransigência para com a contribuinte, fez ouvidos moucos aos esclarecimentos da contribuinte, insistindo, por várias vezes, na requisição dos documentos inacessíveis à contribuinte encarcerada, que sequer se encontravam em poder da recorrente.

E, apesar das repetidas vezes em que o fato foi esclarecido à autoridade fiscal, resolveu esta, por fim, arbitrar o lucro da contribuinte em percentuais totalmente absurdos, como uma conseqüência pela não-apresentação desses elementos.

Expostos os fatos, percebe-se que a não-apresentação, pela contribuinte, à autoridade fiscal, dos documentos contábeis não decorreu de conduta daquela. Nem, muito menos, de sua desídia. Constata-se, bem pelo contrário, que o fator determinante dessa não-apresentação foi uma inopinada fatalidade, por cujo advento, imprevisível e inevitável, não pode ser prejudicada a contribuinte.

A apreensão dos referidos documentos pela Polícia Federal configura, pois, fato que exonera a contribuinte de qualquer responsabilidade decorrente da não-apresentação daqueles. Ademais, é ainda de se rememorar que o contador responsável pela escrita da contribuinte morreu em 24/02/2013, causando ainda mais dificuldades e tumulto na vida da representante legal da contribuinte recorrente.

Não bastasse, é ainda de se consignar que os Livros requeridos pela fiscalização foram devidamente efetuados e registrados, não podendo jamais serem dados por inexistentes. A respeito do tema, são bastante pertinentes os precedentes do egrégio 1.9 Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que assim já julgou em casos idênticos:

1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MF LUCRO ARBITRADO - Descabe o arbitramento do lucro quando o contribuinte justificar a inexistência dos documentos fiscais através de Boletim de Ocorrência de furto ocorrido no estabelecimento comercial. Neste caso, compete ao Fisco comprovar qualquer inexatidão, vício ou erros porventura existentes nas Declarações do Imposto de Renda Pessoa Jurídica entregues pelo contribuinte. [...]

(7ª Câmara. Acórdão n. 107-05461)

[...]

Como se vê, para a colenda Corte Administrativa, sobrevivendo extravio de documentos, é ao Fisco que compete apurar e comprovar eventuais inexatidões, vícios ou erros porventura existentes nas declarações do contribuinte, não se autorizando, pela mera inexistência de livros e documentos fiscais, o arbitramento do lucro.

E não é apenas na esfera administrativa que esse entendimento tem sido adotado. Caso semelhante, também ocorrido em Minas Gerais, em que livros e documentos fiscais também se haviam extraviado, só que dessa vez em razão de inundação, já foi submetido à apreciação do Poder Judiciário, sendo decidido pelo seguinte acórdão:

[...]

Diante desses precedentes, comprova-se como que o caso fortuito de que foi vítima a contribuinte não permite seja ela penalizada com o arbitramento do lucro. Mais que isso, constata-se o equívoco ínsito à intransigência dos fiscais autuantes, que, rejeitando as razões da contribuinte, procederam ao arbitramento do lucro.

Outro fato que evidencia a implausibilidade do arbitramento do lucro é inexistência de quaisquer indícios de que a contribuinte se tenha portado com intuito fraudulento ou sonegador. (VER DOCUMENTAÇÃO ANEXA)

Deveras, da acurada leitura de todo o auto de infração não se extrai sequer um único indício de fraude ou de sonegação atribuíveis à contribuinte. Tirante a obviamente infundada insinuação relativa à não apresentação dos documentos solicitados, não se vislumbra, no bojo do auto, qualquer afirmação séria dos fiscal autuante no sentido de ter sido apurada alguma irregularidade ou inconsistência reveladora de fraude ou sonegação.

Muito pelo contrário, o que se constatou no curso da ação fiscal e está comprovado pelas respostas aos termos de intimação apresentadas pela contribuinte, foi que a contribuinte em nenhum momento se furtou ao cumprimento de suas obrigações fiscais. Entretanto, como o próprio agente fiscal reconhece em seu Relatório Fiscal, constata-se que era impossível a impugnante apresentar as respostas da maneira solicitada, já que totalmente privada de sua liberdade. Assim sendo, não há como se lhe atribuir indícios de fraude ou sonegação.

Outrossim, é de se apontar como contundente argumento contra a manutenção do arbitramento do lucro da contribuinte a natureza excepcional e extrema dessa medida.

Diante de suas severas conseqüências e pesados ônus, deve o arbitramento ser evitado, de modo a ser adotado somente em situações extremas, o que, de maneira alguma, é a situação dos autos.

[...]

Ademais, em se tratando de lançamentos lastreados, sobremaneira, em depósitos bancários, é cediço que a fiscalização deve proceder com fundamentos que os comprovem. Assim é que não se pode exercer a atividade de autuar com base tão-somente em extratos bancários, presumindo-se receitas e, com efeito, aquisição de disponibilidade, quaisquer depósitos incessantemente desejados. Por óbvio, improcede lançamento preparado nesses termos, já que carece de fundamentos que o comprovem, e conspurca-se em fatal iniquidade fiscal.

Os extratos bancários como supedâneo exclusivo para configuração de receitas se contrapõem de modo cristalino às inúmeras finalidades de uma movimentação financeira por intermédio bancário. O fato é que nem toda entrada baseada em depósitos bancários constitui receitas. No presente caso, muitas das entradas configuram despesas com o fornecimento de materiais de construção, que jamais podem ser consideradas como fato gerador de tributo.

[...]

A súmula 182 do extinto TFR já traduzia o vício em se atribuir aos extratos ou depósitos bancários a configuração do fato gerador do Imposto de Renda, tendo enaltecido a ilegitimidade dos lançamentos com base apenas em tais indícios. Tal enunciado é, inegavelmente, de todo atual, como se constata da sua aplicação em diversos arestos supervenientes:

[...]

Como pôde o agente autuante presumir omissão de receitas com base tão-somente em depósitos bancários, na mera alegação de que os mesmos não foram originalmente comprovados? Como pôde, ademais, associar depósitos como renda e à disponibilidade da contribuinte, imputando-lhe o jamais ocorrido fato gerador tributável? Decerto, imbuído de seu espírito acusatório e tendente à apuração de imposto a qualquer custo, norteou-se no sentido de se tentar imputar de qualquer forma à contribuinte a vultosa

quantia de receita, a fim de que conseguisse presumir em favor do Fisco o surpreendente e vultoso crédito tributário.

É inegável que as circunstâncias materiais do fato denotam dúvida, na definição da infração legal, culminando, uma vez mais, na interpretação de maneira mais favorável à acusada (art. 112 CTN citado acima), o que descaracterizaria, por sua vez, o lançamento efetivado infundadamente. A fiscalização, de uma maneira mais cômoda, simplificou-se no resguardo de, tão-somente, o arbitramento e extratos bancários, calculando, a seu talante, o suposto imposto.

1.3.2.2 III.II. Do ÔNUS DA PROVA

Acerca das provas presentes neste processo, pertinente se torna discorrer sobre a quem cabe provar os fatos que fundamentem a eventual imputação de um crédito tributário. E a esse respeito, são sobremaneira incisivos os julgados da egrégia Corte Administrativa do Ministério da Fazenda, de cuja jurisprudência são transcritas as seguintes ementas:

[...]

De fato, quer a fiscalização subverter os valores inatos à Nova Ordem Constitucional, sobretudo no que concerne à presunção de inocência e à capacidade contributiva da autuada. Não é a impugnante quem tem que fazer prova da sua capacidade contributiva, desqualificando as absurdas presunções feitas em seu desfavor pelo Fisco, e, sim, o agente que tanto almeja caracterizar fato gerador do Imposto de Renda.

É admirável que uma imputação tributária possa ser escorada exclusivamente em escassas provas. E, mais chocante ainda, como que as referidas provas, atinentes às relações jurídicas havidas entre terceiros e a impugnante, possam ter convencido a autoridade fiscal a lavrar o presente auto de infração. Certamente porque o caminho das insensatas presunções era mais retilíneo, em detrimento daquele sinuoso que levaria ao desvelamento pleno da verdade material.

[...]

Com base nessa noção acerca da divisão do ônus probatório no processo administrativo fiscal, passa a contribuinte a demonstrar como que o acervo probatório constante do presente processo é incapaz de legitimar contra ela a imputação do crédito tributário.

1.3.2.3 III.III. DAS PROVAS ILÍCITAS

Como cediço, a fiscalizada, desde o início do curso do procedimento fiscal, prontificou-se a atender as exigências da fiscalização, não deixando de elucidar, todavia, sua condição de encarcerada, que retratava o principal óbice às informações solicitadas, como o próprio fiscal autuante reconheceu em seu Relatório Fiscal.

Quanto aos extratos bancários, mesmo não sendo obrigada a mantê-los em sua guarda, eis que inexistente dispositivo de lei que a obrigue, cuidou de tentar providenciá-los junto às instituições financeiras concernentes, tudo imbuída da vontade de elucidar sua saúde fiscal perante a Fazenda.

[...]

De toda a inteligência aplicada à temática pela mais autorizada corte do país, resta *quantum satis* elucidada que a quebra do sigilo bancário se caracteriza medida excepcional, só sendo possível, com efeito, quando amparada por terceiro equidistante da relação fiscal.

No caso dos autos, por se tratar o Fisco de parte interessada na relação tributária estabelecida, não há o que se falar de quebra lícita do sigilo bancário da contribuinte, o que macula e contamina tudo que for concernente à prova obtida por meio ilícito. Logo, outra sorte não resta à desditosa lavratura, senão a declaração da mácula da prova ilícita e tudo que dela deriva.

1.3.3 IV. DOS PEDIDOS

Para finalizar, impende lembrar que a contribuinte demonstrou o mais profundo respeito pela legislação tributária e pela autoridade autuante. Foi intimada várias vezes, tendo respondido a todas as intimações e apresentado os esclarecimentos possíveis, exceto aqueles que, em razão do seu verdadeiro estado de penúria, da morte de seu contador responsável e das restrições à liberdade, não se encontravam em seu poder.

Restou comprovada, ante a robusta argumentação jurídica e probatória, a insubsistência do auto impugnado, que ficou a carecer de reais fundamentos que o motivassem.

Dessarte, é a presente para requerer digne-se V. Sa.:

I — perante a fragilidade e inconsistência do auto, seja o mesmo declarado nulo, com o conseqüente arquivamento, visto ter subsistido patentes equívocos no lançamento, sobretudo no que tange à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

II — seja julgado o auto integralmente improcedente, cancelando todo o crédito tributário lançado contra a contribuinte, face à demonstrada impotência da contribuinte e de sua responsável legal, o que lhes acarretaram total cerceamento de defesa;

III — sejam consideradas nulas as multas aplicadas de 150%, eis que tal é o entendimento da Suprema Corte;

IV — seja devidamente cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, eis que ausentes, in casu, os requisitos legais autorizadores da responsabilidade tributária demonstrado supra;

V - em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta-se, ainda, pela juntada posterior de todos e quaisquer esclarecimentos, bem como outras razões de fato e de direito supervenientes e documentos que se fizerem necessários, dadas as precárias condições da recorrente para se defender de tão complexa autuação;

VI — reconhecer expressamente, portanto, a inexistência de débitos tributários, relativos ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP, todos referentes aos anos-calendário de 2008, 2009, 2010 e 2011, por parte da contribuinte para com o Fisco.

Nestes termos,

Aguarda-se o deferimento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, portanto dele conheço.

As razões recursais são as mesmas já enfrentadas pela Julgadora de origem. Com exceção à responsabilidade tributária atribuída à administradora, entendo que a decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Desse modo, com aplicação do art. 57, § 3º do RICARF, adoto como parte deste voto as razões do excelente voto proferido pela Julgadora de origem, o qual transcrevo a seguir.

1.4 VOTO CONDUTOR DA DECISÃO RECORRIDA (E-FLS. 1609 E SS.)

As impugnações são tempestivas e dotadas dos pressupostos de admissibilidade pelo que delas se conhece.

1.4.1 PRELIMINARES

1.4.1.1 Razões de impugnação e Juntada de provas

Nas preliminares, a respeito da oportunidade de apresentação de razões de defesa e instrução probatória dos autos, ressalte-se que nos termos da legislação em vigor, a impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo ser apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência (arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972).

O art. 16 do mesmo diploma legal, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, é ainda mais explícito ao consignar que a impugnação deve mencionar não apenas os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões, mas também as provas que possuir.

Infere-se, daí, que a oportunidade para a apresentação de provas é no prazo de impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea, nos termos dos §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo (parágrafo incluído pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997), que ora transcritos:

“Art. 16. (...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.”

1.4.1.2 Nulidade: cerceamento ao direito de defesa

As impugnantes invocam a ocorrência de nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, entre outros motivos, devido a estar encarcerada a administradora e responsável tributária solidária do empreendimento, e a parte da documentação solicitada não ser de apresentação obrigatória (extratos).

Veja-se que, no termo de início, datado de 05/03/2013, com ciência pessoal à administradora em 24/04/2013 (fls. 227/228), a representante da empresa foi intimada a apresentar a seguinte documentação relativa aos anos-calendário 2008 a 2011: (i) contrato social e alterações; (ii) relação das contas correntes e aplicações financeiras de titularidade da empresa, mantidas nas diversas instituições bancárias, e cópias dos respectivos extratos bancários; (iii) Livro Caixa, com registro de toda a movimentação financeira, inclusive bancária, e Registro de Inventário, *ou alternativamente*, os Livros Diário e Razão, Livro Registro de Entradas e Saídas, Livro de Prestação de Serviços, Livro Registro de Inventário e Livro de Apuração de ICMS; (iv) todas as notas fiscais emitidas e demais documentos que teriam dado suporte à escrituração contábil e fiscal; (v) informar a atividade desenvolvida e relacionar os principais clientes (nome de CNPJ).

No termo de intimação fiscal nº 01, datado de 23/08/2013 (fls. 230/232), cuja ciência pessoal à administradora, foi dada em 26/08/2013, além de ter sido reiterada a intimação anterior (por ter se limitado a responsável pelo empreendimento a dizer que estava encarcerada e impossibilitada de atender à fiscalização), a pessoa jurídica foi instada a comprovar a origem e/ou regular tributação dos recursos depositados nas contas correntes de sua titularidade.

Já no termo de intimação fiscal nº 2, datado de 20/09/2013 (fls. 246/248), com ciência pessoal à responsável pela empresa, em 24/09/2013, a pessoa jurídica foi novamente instada a apresentar a escrituração a que estava obrigada, e a comprovar a origem e/ou regular tributação dos recursos depositados nas contas correntes de sua titularidade.

De notar que, em todas as respostas (fls. 229, 241 e 249/253), a administradora da empresa não disse outra coisa senão que estava presa e impossibilitada de atender às intimações, *ou mesmo de designar um profissional ou uma outra pessoa para fazê-lo*. Informa também que a impossibilidade se devia também ao fato de a operação da Polícia Federal ter “subtraído, extraviado e desorganizado” documentos elementares e essenciais da empresa.

Por ocasião da impugnação, quer fazer crer a defesa, que sempre se prontificou e emvidou esforços para atender às intimações, e que sempre foi zelosa e diligente no cumprimento de suas obrigações tributárias principais e acessórias. Entretanto, nos autos, não há qualquer manifestação ou prova a corroborar tais alegações.

Como o fato de estar encarcerada não teria obstado que a administradora nomeasse profissional ou outra pessoa para atender às intimações da fiscalização, não se configura qualquer cerceamento ao direito de defesa, principalmente porque a documentação solicitada era de apresentação e guarda obrigatória pelo representante legal da empresa.

Não há controvérsia de que a representante legal da empresa deveria apresentar os instrumentos societários, a escrituração a que estava obrigada e a documentação de suporte.

Protestaram especificamente as Impugnantes contra a intimação para apresentação dos extratos, e para a comprovação da origem dos recursos depositados.

O ônus de comprovar a origem dos recursos depositados será apreciado como matéria de mérito.

No que tange à intimação para apresentação dos extratos bancários, entende-se completamente inócua a invocação de nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, ou mesmo por ilicitude da prova, na medida em que os extratos foram obtidos mediante **quebra de sigilo bancário decretada judicialmente**, com compartilhamento de dados obtidos com a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, conforme Ofício do Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Montes Claros/MG – n.º 614, de 16/07/2013 (fls. 423) e decisão judicial de fls. 425/427, datada de 05/03/2012, com base na qual a documentação obtida foi encaminhada à RFB (Ofício n.º 057, de 18/07/2012 - fls. 428/429; e Ofício n.º 1120, de 20/08/2013 – fls. 430, no qual foram encaminhadas as notas fiscais e extratos bancários obtidos no âmbito da operação Máscara da Sanidade).

Um outro questionamento das Impugnantes diz respeito ao fato de a documentação a ser apresentada ter sido **apreendida ou desorganizada** pela atuação da Polícia Federal. Nesse aspecto, cumpriria à defesa apresentar prova, ao menos, da apreensão da documentação solicitada pela fiscalização, mediante o competente termo de apreensão.

De outro lado, o que se tem no processo é que as cópias da documentação apreendida foram compartilhadas com a RFB, conforme Ofícios acima referidos, e a escrituração e a documentação de suporte não foram localizadas. Integram os autos, apenas os extratos bancários (fls. 596/686) e a documentação integrante dos processos de licitação junto às Prefeituras Municipais (fls. 431/595), entre as quais algumas notas fiscais.

Também não tem qualquer razão as Impugnantes, quanto à nulidade, por falta de análise e de apreciação pela autoridade fiscal dos pedidos de prorrogação de prazo para atendimento das intimações, porque jamais foi obstado o direito de trazer aos autos a documentação porventura obtida. Diante das intimações, deveria a representante legal da empresa ter adotado as providências cabíveis, para apresentação da escrituração e documentação de suporte, assim como, para a comprovação da origem dos recursos depositados nas contas correntes de titularidade da empresa. Sequer a designação de uma pessoa para localizar a documentação foi providenciada.

A representante legal da empresa foi intimada, em 24/04/2013, os lançamentos foram formalizados, em 18/11/2013, e até o presente momento em que apreciada as impugnações (setembro de 2014), nenhum documento foi apresentado pela administradora do empreendimento. Nesse contexto, configuram-se meramente protelatórios os questionamentos acerca dos prazos concedidos, para atendimento das intimações, ou do encerramento precipitado da fiscalização.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

N.º Acórdão 2102-001.750 Data da Sessão 20/01/2012 Relator(a) ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA A partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, e somente então é possível falar em ampla defesa ou cerceamento dela. A alegada falta de apreciação do pedido de “prorrogação do prazo” para apresentação de provas no processo administrativo não enseja cerceamento do direito de defesa.

Nº Acórdão 2801-002.835 - Data da Sessão 20/11/2012 - Relator(a) WALTER REINALDO FALCÃO LIMA

INTIMAÇÃO. PRAZO. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não caracteriza cerceamento do direito de defesa a ausência de manifestação da autoridade fiscal sobre pedido de prorrogação de prazo para atendimento de intimação. A fase litigiosa do procedimento fiscal se instaura com a impugnação da exigência, momento em que o contribuinte pode apresentar todos os documentos e argumentos que entender necessários para a constituição de sua defesa.

1.4.1.3 Nulidade: falta de descrição dos fatos e problemas no enquadramento legal e nos demonstrativos de acréscimos legais

Percebe-se que o questionamento sobre a falta de descrição dos fatos refere-se ao fato de, nos Autos de Infração de fls. 03/147, ao invés de proceder novamente à “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, a fiscalização fez expressa menção/referência ao “Relatório Fiscal em anexo”.

Difícil sustentar a falta de motivação dos lançamentos devido à mera formalidade de a descrição dos fatos estar contida em termo anexo à autuação, do qual a representante legal da empresa tomou ciência, pessoalmente, na mesma data em que tomou ciência dos Autos de Infração, em 21/11/2013.

O relevante é que, de uma forma ou de outra, a pessoa jurídica autuada e a responsável tributária, tanto tomaram conhecimento das acusações, que apresentaram as impugnações ora objeto de apreciação. A jurisprudência referenda a posição adotada:

Nº Acórdão 3202-001.118 - Data da Sessão 25/03/2014 Relator(a) THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES

NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA. O Termo de Constatação Fiscal, parte integrante do auto de infração, não foi impreciso quanto aos fundamentos de fato e de direito do lançamento, inexistindo, portanto, a alegada nulidade.

Nº Acórdão 107-08693 - Data da Sessão 16/08/2006 Relator(a) Natanael Martins

PAF – ARGÜIÇÃO DE NULIDADES – IMPROCEDÊNCIA – Tendo havido no lançamento e no Termo de Constatação a correta descrição das infrações, tanto que a recorrente bem as compreendeu e as contestou, não tem cabimento as nulidades suscitadas.

Ressalte-se, por pertinente, o posicionamento bastante elucidativo da jurisprudência administrativa acerca da necessidade de prova do prejuízo à defesa, para que seja reconhecida a nulidade do ato:

“PIS - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES - DESCRIÇÃO DOS FATOS - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL - Deve ser rejeitado o pedido de nulidade do auto de infração fundado na deficiência da descrição dos

fatos, quando os elementos contidos no lançamento, em especial os anexos que contêm os cálculos do crédito tributário devido, deixam evidenciada a origem das diferenças apuradas pelo Fisco. A descrição dos fatos, ainda que incompleta, não enseja a decretação da sua nulidade, mesmo que se trate de elementos essenciais, tal como estabelece o art. 10, II, do Decreto 70.235/72, se não há prejuízo para a defesa e o ato cumpriu sua finalidade. O cerceamento do direito de defesa deve se verificar concretamente, e não apenas em tese. O exame da impugnação e do recurso voluntário evidencia a correta percepção do conteúdo e da motivação do lançamento. Aplicação do princípio da economia processual” [Resolução nº 203-00029, de 08/12/98 - Relator: Renato Scalco Isquierdo – grifos acrescidos].

Quanto ao enquadramento legal das exigências, não há reparos a fazer nos lançamentos e no termo de verificação fiscal.

Da mesma forma, os Demonstrativos de Apuração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, assim como das Multas e Juros de Mora, atendem perfeitamente aos ditames legais, tendo sido especificados os tributos e contribuições devidos, por período de apuração e vencimento, o percentual e valor da multa aplicada, o percentual e valor dos juros de mora. Ademais, cumpre destacar que os questionamentos da defesa são demasiado genéricos para serem apreciados.

1.4.2 Mérito

1.4.2.1 Da omissão das receitas com base nas notas fiscais

De notar que as Impugnantes não apresentam qualquer razão para contraditar a apuração de omissão de receitas que se fez com base no confronto entre as notas fiscais emitidas pela empresa e apreendidas pela Polícia Federal, e as declarações prestadas à RFB, conforme abaixo:

| Per. Apur. | Notas Fiscais | Receita Declarada | Omissão de Receitas |
|---------------------|-------------------|-------------------|---------------------|
| jan/08 | 20.100,68 | | |
| fev/08 | | | |
| mar/08 | | | |
| 1º trim/08 | 20.100,68 | 14.750,00 | 5.350,68 |
| abr/08 | | | |
| mai/08 | 15.204,34 | | |
| jun/08 | 67.047,73 | | |
| 2º trim/08 | 82.252,07 | 13.705,90 | 68.546,17 |
| jul/08 | 91.137,59 | | |
| ago/08 | 41.331,34 | | |
| set/08 | 41.373,52 | | |
| 3º trim/08 | 173.842,45 | 15.066,28 | 158.776,17 |
| out/08 | 14.875,00 | | |
| nov/08 | 28.993,95 | | |
| dez/08 | 40.800,00 | | |
| 4º trim/08 | 84.668,95 | 11.800,00 | 72.868,95 |
| Total do ano | 360.864,15 | 55.322,18 | 305.541,97 |
| jan/10 | 24.150,00 | 24.150,00 | |
| fev/10 | | | |
| mar/10 | | | |
| 1º trim/10 | 24.150,00 | 24.150,00 | |

| Per. Apur. | Notas Fiscais | Receita Declarada | Omissão de Receitas |
|---------------------|-------------------|-------------------|---------------------|
| abr/10 | | | |
| mai/10 | 14.500,00 | 14.500,00 | |
| jun/10 | | | |
| 2º trim/10 | 14.500,00 | 14.500,00 | |
| jul/10 | | | |
| ago/10 | | | |
| set/10 | 78.277,70 | 78.277,60 | |
| 3º trim/10 | 78.277,70 | 78.277,60 | |
| out/10 | 14.950,00 | 2.990,00 | 11.960,00 |
| nov/10 | 69.722,40 | 13.944,48 | 55.777,92 |
| dez/10 | | | |
| 4º trim/10 | 84.672,40 | 16.934,48 | 67.737,92 |
| Total do ano | 201.600,10 | 133.862,08 | 67.737,92 |
| jan/11 | | 2.960,00 | |
| fev/11 | | | |
| mar/11 | | 10.400,00 | |
| 1º trim/11 | - | 13.360,00 | |
| abr/11 | | | |
| mai/11 | | 10.826,21 | |
| jun/11 | | 6.243,63 | |
| 2º trim/11 | - | 17.069,84 | |
| jul/11 | 118.238,77 | 136.377,40 | |
| ago/11 | | 14.611,20 | |
| set/11 | 101.262,64 | 25.271,05 | 75.991,59 |
| 3º trim/11 | 219.501,41 | 176.259,65 | 75.991,59 |
| out/11 | 176.315,10 | 28.246,67 | 148.068,43 |
| nov/11 | 76.432,51 | 15.286,50 | 61.146,01 |
| dez/11 | 156.699,12 | 33.517,96 | 123.181,16 |
| 4º trim/11 | 409.446,73 | 77.051,13 | 332.395,60 |
| Total do ano | 628.948,14 | 283.740,62 | 408.387,19 |

De observar que, nos anos-calendário de 2008 e 2011, a prática da omissão de receitas foi de grande expressão (84% em 2008 e 64% em 2011) em relação à receita apurada, e não foi apresentada qualquer justificativa pela representante legal da empresa.

Foi apurada também e não regularmente contraditada omissão de rendimentos e ganhos líquidos em aplicações financeiras, de acordo com as informações prestadas pelas instituições financeiras nas Declarações do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – DIRF.

1.4.2.2 Da imputação de omissão de receitas com base nos depósitos de origem não comprovada

Insurgem-se as Impugnantes contra a apuração de omissão de receitas que se fez a partir da apuração de depósitos bancários cuja origem/causa não foi regularmente comprovada pela titular das contas correntes objeto de fiscalização.

Os presentes lançamentos de ofício encontraram fundamento nas disposições contidas no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, abaixo reproduzido, *in verbis*:

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

§ 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;

.....

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

.....

De acordo com os preceitos em vigor, **o contribuinte**, pessoa física ou jurídica, titular de conta de depósito ou de investimento, mantida junto à instituição financeira, **deve comprovar**, mediante documentação hábil e idônea **a origem dos recursos creditados** nas referidas contas. A prova da origem dos recursos se faz mediante a comprovação das operações que teriam dado causa aos depósitos/créditos nas contas correntes, assim como de que essas operações teriam sido regularmente tributadas, ou não eram passíveis de tributação. Caso contrário, o Fisco está autorizado a presumir, **até prova em contrário a ser produzida pelo contribuinte**, a ocorrência de omissão de receitas ou de rendimentos.

A doutrina costuma dizer que as presunções legais invertem o ônus da prova, mas na verdade, não é o que ocorre, porque a Administração Tributária deve provar o **fato indiciário** (provado de forma direta), ou o fato que vai autorizar a que o **fato indiciado** (provado de forma indireta) seja considerado ocorrido.

In casu, a fiscalização fez a prova de que a pessoa jurídica, apesar de regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos depositados nas contas correntes de sua titularidade, este fato (indiciário) provado de forma direta, autorizou legalmente a acusação de que os recursos depositados eram decorrentes de receitas omitidas, fato (indiciado) provado de forma indireta.

No caso de pessoa jurídica, a comprovação deveria ser facilitada pela regular observância das obrigações acessórias previstas na legislação, principalmente, aquelas vinculadas à manutenção de escrituração, nos termos da legislação comercial e fiscal – ou do livro caixa, se fosse o caso –, na qual **deveria estar escriturada toda a movimentação financeira da pessoa jurídica com a indicação da origem dos recursos**. Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica que regularmente cumpre as suas obrigações acessórias tem perfeitas e plenas condições de comprovar a natureza dos recursos depositados.

Apesar de intimada, por duas vezes, em 26/08 e 24/09/2013, a comprovar a origem ou as operações que deram causa aos depósitos efetuados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, a representante legal pretendeu se omitir do ônus da prova, invocando o fato de estar encarcerada, fato que não tem o condão de exonerá-la do cumprimento dos ditames legais.

Não se trata de hipótese de tributação incidente “não renda”, como em princípio seriam definidos os depósitos bancários, mas sobre valores depositados nas contas correntes de titularidade da empresa, em relação aos quais, não foi feita a prova das operações que lhes teriam dado causa, e de que essas operações teriam sido regularmente tributadas, ou não eram passíveis de tributação.

Diante da presunção legal de omissão de receitas instituída pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é completamente inócua a invocação do princípio da presunção de inocência. Ou seja, se não for feita a prova da origem ou das operações que deram causa aos valores depositados nas contas correntes e/ou de sua regular tributação, a autoridade fiscal competente tem fundamento para sustentar a acusação de que os recursos tiveram origem em receitas subtraídas à tributação.

A maior parte da jurisprudência colacionada pela defesa não diz respeito à acusação de omissão de receitas com base no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, mas ao art. 9º da Lei nº 4.729, de 1965 (Súmula 182 do TFR), e art. 6º, §5º da Lei nº 8.021, de 1990. Registre-se apenas que já há Súmula do CARF a referendar que a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada (Súmula CARF nº 26).

Anote-se ainda a ausência de dúvida quanto à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Considera-se suficientemente provada a omissão de receitas, por falta de comprovação da origem dos recursos creditados nas contas correntes de titularidade da empresa.

1.4.2.3 Do arbitramento dos lucros

De acordo com a legislação em vigor, quando o cálculo do tributo tenha por base o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, deve arbitrar aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial (art. 148 do CTN).

De acordo com a Lei, o arbitramento dos lucros *não caracteriza penalidade*, mas uma forma de determinar a base de cálculo dos tributos devidos, *quando sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo*. Esclareça-se que a fraude ou sonegação tem o efeito próprio de gerar a aplicação da multa qualificada de 150%, mas não tem qualquer efeito sobre a determinação da base de cálculo do tributo.

Com base nos preceitos da lei complementar, foram positivadas as hipóteses de arbitramento dos lucros, no art. 47 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, *verbis*:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver

escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

[...]

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

VIII - o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que trata o § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008).

VIII – o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que trata o § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Diante do ato de exclusão da pessoa jurídica fiscalizada do SIMPLES NACIONAL, mediante o Termo de Exclusão nº 02, de 19/09/2013 (fls. 244), atuado no processo nº 10670.721458/2013-90, e não objeto de impugnação, e da falta de apresentação da escrituração a que estava obrigada a pessoa jurídica (o Livro Caixa, se optante pelo Lucro Presumido, ou os Livros Diário e Razão, se optante pelo Lucro Real), em observância aos preceitos legais, vinculada estava a autoridade fiscal ao arbitramento dos lucros.

A jurisprudência colacionada pela defesa diz respeito a *caso fortuito ou força maior*, hipóteses sem qualquer relação com a situação jurídica das Impugnantes. A atuação da Polícia Federal, no estrito cumprimento do dever funcional, na prisão da administradora, e na apreensão da documentação encontrada no estabelecimento da empresa, não pode ser de qualquer forma confundida com furto, incêndio ou inundações, no estabelecimento da empresa.

No caso da fiscalizada, apenas se apresentada a escrituração e a documentação que lhe deu suporte, é que seria possível a validação das declarações apresentadas, isso se houvesse congruência das informações, e se a movimentação financeira contida nos extratos estivesse devidamente escriturada, com a identificação da origem dos recursos.

Por fim, não há dúvida de que o arbitramento dos lucros é medida extrema, e acertadamente aplicado quando não apresentada a escrituração a que estava obrigada a pessoa jurídica, na qual estivesse identificada a movimentação financeira comprovada pelos extratos bancários.

Ademais, foi justamente porque, utilizadas as regras do arbitramento dos lucros, que foi garantida a observância da capacidade contributiva da pessoa jurídica, na medida em que, sobre a receita bruta conhecida, foi aplicado um coeficiente de 38,4% para a apuração do lucro arbitrado, o que indiretamente levou ao reconhecimento de um custo da atividade de 61,6% da receita bruta conhecida.

1.4.2.4 Da multa qualificada

Mencione-se que, apesar dos protestos da defesa, não houve a caracterização do embaraço à fiscalização, fato que levaria ao agravamento da penalidade, conforme os preceitos do art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

*§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão **aumentados de metade**, nos casos de **não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para**: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

A multa aplicada foi a qualificada pelo dolo, em observância aos preceitos do art. 44, I, §1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, devido à caracterização de sonegação, definida no art. 71 da Lei 4.502, de 1964, *verbis*:

'Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente'.

Conforme descrito pela autoridade fiscal a caracterização da sonegação se deu a partir da omissão de 84% das receitas comprovadamente auferidas no ano-calendário de 2008, e de 70% das receitas auferidas nos anos-calendário 2010 e 2011, conforme notas fiscais emitidas pela própria empresa e apreendidas pela Polícia Federal. A sonegação foi ainda imputada à omissão nas declarações prestadas à RFB de rendimentos de aplicações financeiras, informados em DIRF pelas fontes pagadoras. Não há reparos a fazer na acusação fiscal.

Apenas registre-se que não houve a aplicação de multa qualificada sobre a omissão de receitas apurada a partir dos depósitos bancários de origem não identificada.

1.4.2.5 Responsabilidade da administradora

De acordo com o relatório fiscal, a inclusão da administradora no pólo passivo dos lançamentos se deu devido à caracterização de sonegação, e à não localização da pessoa jurídica em seu endereço cadastral.

O procedimento da fiscalização encontra respaldo nos preceitos do art. 135 do CTN, porque a sonegação fiscal, ou a omissão dolosa tendente a impedir/retardar o conhecimento da autoridade fiscal acerca da ocorrência dos diversos fatos geradores ocorridos no período fiscalizado, caracteriza indubitavelmente ato praticado com excesso de poder, infração de lei e contrato social.

Flagrante, no caso, o prejuízo para a própria pessoa jurídica decorrente da omissão de receitas praticada pela administradora do empreendimento, hipótese em que claramente se configura a responsabilidade dos administradores pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias *resultantes* de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Da mesma forma, já há Súmula do Superior Tribunal de Justiça com o entendimento de que a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, presume-se dissolvida irregularmente, o que legitima o redirecionamento da execução fiscal para o administrador. É a seguinte a redação do preceito:

Súmula 435 Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 14/04/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 13/05/2010 RSTJ vol. 218 p. 703

Enunciado: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Por todo o exposto, VOTO por JULGAR IMPROCEDENTES as impugnações.

DRJ São Paulo, 25 de setembro de 2014

[documento assinado digitalmente]

Maria Lucia Aguilera – Relatora

Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil

1.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS EM RELAÇÃO À IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E QUALIFICAÇÃO DA MULTA

De fato, considerando a complexidade da legislação tributária, não é fácil manter o controle e administração de uma operação nem mesmo para um empresário em liberdade, quanto mais no caso de o administrador se encontrar recluso. Digo isso, porquanto há que se analisar a situação de fato da responsável solidária durante o procedimento fiscal para fins de análise da imputação da responsabilidade tributária.

Rememore-se que a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é “responsabilidade pessoal”. Ou seja, a Autoridade Lançadora necessariamente deve demonstrar condutas específicas do administrador para poder incluí-lo no polo passivo da exigência tributária. Assim, o ato ilícito deve ser uma “conduta” do administrador e não da empresa (pessoa jurídica).

Entendo que, neste caso, o único motivo (ato ilícito) para se responsabilizar a administradora seria a dissolução irregular. Ainda, qualquer ato ilícito ensejador da responsabilidade pessoal deve ser praticado voluntariamente. Neste caso, a administradora estava reclusa, impossibilitada de praticar os atos normais de administração. É compreensível a dificuldade encontrada para se manter regular, embora possa ter culpa na administração, mas

necessariamente devemos analisar a voluntariedade da conduta ensejadora da responsabilização tributária.

Nesses termos, verifica-se que o ato ilícito que decorreu no presente caso não foi voluntário, ou seja, a dissolução irregular — a qual se trata de dissolução que não segue o rito previsto na legislação, cujo objetivo é geralmente o de fraudar credores —, não foi praticada voluntariamente.

Não há nenhuma outra conduta específica de modo a atribuir a “responsabilidade pessoal” à administradora.

Nesse ponto, transcrevo capítulo do relatório fiscal que fundamentou a responsabilidade:

1.5.1 IX - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A representante legal e responsável perante a RFB pela sociedade empresária, nos anos-calendário 2008 a 2011, foi a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA, CPF 520.043.926-49, pessoa que efetivamente realizou a gestão da sociedade no mencionado período.

É importante ressaltar que a empresa não mais funciona no endereço cadastral constante do CNPJ, à rua Doutor Santos, 362, sala 602, centro, nesta cidade de Montes Claros, conforme consta do Termo de Constatação, lavrado em 06/03/2013.

Durante o procedimento fiscal, todos os termos foram entregues pessoalmente à referida representante legal.

Ante os fatos relatados neste termo, considerando o disposto nos artigos 121, inciso II, 124, inciso I, e 135, inciso III, do CTN, ficou caracterizado que a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA é pessoalmente responsável pelos créditos tributários referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, constituídos de ofício referentes aos anos-calendário 2008 a 2011, tendo em vista a caracterização de SONEGAÇÃO FISCAL, e, ainda, a atual inexistência de fato da empresa, implicando em responsabilidade tributária pessoal e em sujeição passiva solidária, nos termos da legislação vigente.

A Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA será cientificada da responsabilidade tributária e da sujeição passiva solidária, bem como dos Autos de Infração lavrados, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado nesta data, referente aos anos-calendário 2008 a 2011.

Verifica-se que não há “conduta específica e pessoal” delineada de modo a configurar o ato ilícito praticado pela administradora. A sonegação é ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento da Autoridade Fazendária ou do fato gerador ou das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária. Para se estender este instituto que qualifica a multa ao ato ilícito ensejador da responsabilidade pessoal do administrador, deve a Autoridade Fiscal necessariamente delinear condutas específicas da “pessoa” do administrador para justificar a configuração do ato ilícito e conseqüente imputação de responsabilidade tributária. Caso contrário, até mesmo o não recolhimento de tributo (que é um ato ilícito) ensejaria a responsabilização pessoal do administrador.

Reitero, para se responsabilizar “pessoalmente” o administrador é necessário apontar a conduta que configurou o ato ilícito e não a simples ilicitude tributária que muitas vezes decorre das operações normais da empresa.

Como exposto, entendo que no presente caso a única conduta “da administradora” (e não da empresa) demonstrada no trabalho fiscal que poderia ser enquadrada como ato ilícito foi a “dissolução irregular”. No entanto, não se trata de uma conduta voluntária, mas sim decorrente da situação específica contextualizada nos autos (estar a administradora reclusa).

É importante frisar que é preciso ter muito cuidado para não se dar à imputação de responsabilidade tributária pessoal — decorrente do ato ilícito prevista no art. 135 do CTN — o efeito de Desconsideração da Personalidade Jurídica (art. 50 do CC/02). Imputar a responsabilidade sem analisar a conduta pessoal e específica de cada administrador, inevitavelmente aplicar-se-á o mesmo efeito da desconsideração da personalidade jurídica em todos os casos de qualificação de multa. É importante ressaltar que se trata de institutos distintos. Não basta simplesmente verificar a ilicitude tributária, com a qualificadora, sem delinear a conduta específica de cada administrador para que se possa incluí-lo no polo passivo da exigência tributária.

Desse modo, por entender que o ato ilícito somente se configura quando o agente age voluntariamente, o que não ocorreu no presente caso, tendo em vista que houve a dissolução irregular por estar a administradora reclusa, entendo que deve ser afastada a responsabilidade tributária da sócia Maria das Graças Gonçalves Garcia.

1.5.2 Da Qualificação da Multa

No que toca à qualificação da multa, segue observações em relação à conduta à época dos fatos geradores.

No item VII do Relatório Fiscal, a Autoridade ainda denominou de forma atécnica a multa em questão, denominando-a de “multa agravada”, fundamentando após com os dispositivos que tratam da qualificação da multa.

Assim, os expedientes adotados pelo fiscalizado - apresentação de declarações (DIPJ/DASN) em que expressiva parcela dos valores constantes das notas fiscais emitidas foram reiteradamente omitidos; omissão dos valores dos ganhos líquidos de aplicação financeira na DIPJ apresentada; omissão de receitas sujeitas à incidência da COFINS e do PIS - implicaram em omissão do contribuinte, que retardaram o conhecimento por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária do IRPJ, da CSLL, da COFINS e do PIS, caracterizando a sonegação fiscal.

Entendo que esses fatos provam que, efetivamente, houve intenção de ocultar a apuração da base de cálculo dos tributos e esquivar-se dos pagamentos, pois não deixam dúvidas de que o contribuinte agiu no sentido de ocultar do Fisco as informações necessárias para apuração dos tributos devidos.

Conclusão

Desta forma, voto por afastar a responsabilidade tributária e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator

Voto Vencedor

De se destacar que o presente **voto vencedor** refere-se apenas à manutenção da responsabilidade solidária tributária atribuída à sócia e administradora Sra. Maria das Graças Gonçalves Garcia, que havia sido afastada pelo Relator. Neste item, o Relator foi vencido e me coube a relatoria do presente voto.

Assim, de se acatar o que foi decidido pelo Relator e ratificado por esta Turma Ordinária, relativamente às demais questões trazidas no Recurso, então idênticas às apresentadas no recurso da Autuada, com exceção do afastamento da responsabilidade solidária.

Apesar do brilhantismo e bem articulado voto do Relator, a maioria dos membros desta Turma tendeu por manter a responsabilidade solidária de Maria das Graças Gonçalves Garcia.

Esta senhora, à época dos fatos geradores, era **sócia e gerente** da empresa Radier Construções Ltda. – ME, além de responsável perante a Receita Federal do Brasil e, pelo que consta nos autos, não há menção a qualquer outra pessoa(s) que fizesse parte do quadro societário ou de cargo de gerência da empresa.

De se apontar o que foi destacado no Relatório Fiscal, item IX – DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA:

A representante legal e responsável perante a RFB pela sociedade empresária, nos anos-calendário 2008 a 2011, foi a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA, CPF 520.043.926-49, pessoa que efetivamente realizou a gestão da sociedade no mencionado período.

É importante ressaltar que a empresa não mais funciona no endereço cadastral constante do CNPJ, à rua Doutor Santos, 362, sala 602, centro, nesta cidade de Montes Claros, conforme consta do Termo de Constatação, lavrado em 06/03/2013.

Durante o procedimento fiscal, todos os termos foram entregues pessoalmente à referida representante legal.

Ante os fatos relatados neste termo, considerando o disposto nos artigos 121, inciso II, 124, inciso I, e 135, inciso III, do CTN, ficou caracterizado que a Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA é pessoalmente responsável pelos créditos tributários referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, constituídos de ofício referentes aos anos-calendário 2008 a 2011, tendo em vista a caracterização de SONEGAÇÃO FISCAL, e, ainda, a atual inexistência de fato da empresa, implicando em responsabilidade tributária pessoal e em sujeição passiva solidária, nos termos da legislação vigente.

A Sra. MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES GARCIA será cientificada da responsabilidade tributária e da sujeição passiva solidária, bem como dos Autos de

Infração lavrados, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado nesta data, referente aos anos-calendário 2008 a 2011.

De se manter a decisão recorrida no ponto, a qual se adota como razão de decidir, que se pronunciou adequadamente sobre a questão, a saber:

Responsabilidade da administradora

De acordo com o relatório fiscal, a inclusão da administradora no pólo passivo dos lançamentos se deu devido à caracterização de sonegação, e à não localização da pessoa jurídica em seu endereço cadastral.

O procedimento da fiscalização encontra respaldo nos preceitos do art. 135 do CTN, porque a sonegação fiscal, ou a omissão dolosa tendente a impedir/retardar o conhecimento da autoridade fiscal acerca da ocorrência dos diversos fatos geradores ocorridos no período fiscalizado, caracteriza indubitavelmente ato praticado com excesso de poder, infração de lei e contrato social.

Flagrante, no caso, o prejuízo para a própria pessoa jurídica decorrente da omissão de receitas praticada pela administradora do empreendimento, hipótese em que claramente se configura a responsabilidade dos administradores pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Da mesma forma, já há Súmula do Superior Tribunal de Justiça com o entendimento de que a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, presume-se dissolvida irregularmente, o que legitima o redirecionamento da execução fiscal para o administrador. É a seguinte a redação do preceito:

“Súmula 435 Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 14/04/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 13/05/2010 RSTJ vol. 218 p. 703

Enunciado: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

Complementando, transcrevo comentários acerca do tema, extraído da obra *Constituição e Código Tributário Comentados sob a Ótica da Fazenda Nacional*, no caso, a Procuradora da Fazenda Nacional Juliana Furtado Costa Araújo:

O art.135 do CTN trata da responsabilidade tributária de terceiros que agem ilicitamente, praticando atos com excesso de poderes, infração a lei. Contrato social ou estatutos.

O dispositivo exige a tipificação do ilícito, em que o terceiro tem a intenção de realizar o ato ou assume o risco de produzi-lo.

A infração ao contrato ou estatuto social reflete um comportamento contrário à disposição constante dos atos que regulam a existência e o desenvolvimento da sociedade.

[...]

O artigo nomeia as pessoas que podem ocupar o polo passivo do feito executivo. [...] o artigo 135 exige a realização do ato ilícito, que leva à responsabilização de quem agiu dessa forma, conjuntamente, com o realizador do fato jurídico-tributário. Portanto, a responsabilidade é solidária e decorre da realização de ato ilícito.

[...]

Os incisos II e III do art.135 do CTN estendem a responsabilidade àqueles que agem em nome da pessoa jurídica, com condutas tipificadas como ilícitas. No rol de sujeitos, estão os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Necessariamente, aqui, os terceiros necessitam apresentar poder de gerência ou de administração da sociedade que representam, uma vez que o fato ensejador da responsabilidade é o ato ilícito praticado por parte daquele que tem poder de mando na pessoa jurídica que representa. [...] O Parecer PGFN/CRJ/CAT n.º 55+2009 também confirma esse entendimento.

A mera condição de sócio, por exemplo, sem poder de administração, não enseja responsabilização do terceiro.

Todas as pessoas indicadas no artigo 135 respondem de forma solidária pelo pagamento do crédito tributário com o contribuinte. A pessoalidade referida pelo dispositivo não indica que a responsabilidade ali prescrita seria exclusiva do terceiro que realiza o ato ilícito. Ao contrário, o terceiro, por força da sua conduta legalmente reprovada, é guindado para o polo passivo da relação jurídico-tributária, respondendo conjuntamente com o devedor originário pelo pagamento do crédito tributário em aberto. [...]

Um das hipóteses mais comuns de responsabilização nos termos do dispositivo ora comentado é quando se constata a dissolução irregular da pessoa jurídica. Esta se extingue irregularmente, deixando de funcionar no endereço informado às autoridades fiscais sem seguir o trâmite natural previsto em lei.

[...]

Na dissolução irregular, a pessoa jurídica continua existindo apenas formalmente, sem exercício de qualquer atividade econômica. Portanto, o fato de seus administradores não obedecerem às disposições legais que tratam do funcionamento e da existência da pessoa jurídica enseja a responsabilização nos termos do artigo 135 do CTN.

[...]

É o que basta, sendo que as demais alegações trazidas no recurso da Recorrente e concernentes aos lançamentos fiscais, são mera repetição daquelas apresentadas pela Autuada em seu recurso voluntário, as quais já foram devidamente apreciadas no voto do Relator, acatadas por unanimidade pela Turma.

Conclusão

É o voto, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Redator Designado