



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

Processo nº 10830.720714/2015-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.423 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2017
Matéria IRPJ: OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente PETROSOL - DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA e outro
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

NULIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. SIGILO BANCÁRIO

O Supremo Tribunal Federal entendeu serem constitucionais os dispositivos legais que permitem ao Fisco requisitar informações às instituições bancárias sobre movimentação financeira de contribuintes, sem prévia autorização judicial. Preliminar indeferida.

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Configura-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em que o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Caracterizada a presença do dolo, elemento específico da sonegação, cabível a aplicação da multa qualificada nos termos de legislação em vigor.

ADMINISTRADORES DE PESSOAS JURÍDICAS. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO. INTERESSE COMUM. SOLIDARIEDADE.

Os administradores, gestores e representantes de pessoas jurídicas, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou

estatuto, passam a ser sujeitos passivos da relação tributária, e quando se associam de forma voluntária e consciente, praticando em conjunto o fato gerador do tributo, obrigam-se solidariamente pelo pagamento do crédito tributário, dada a existência de interesse comum.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por unanimidade de votos, acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao recurso. Ausente, momentaneamente o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza

assinado digitalmente
Waldir Veiga Rocha - Presidente.

assinado digitalmente
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flavio Franco Correa, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

PETROSOL - DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA e FLÁVIO MAX THEODORO DE MORAES, já qualificadas nos autos, recorrem da decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) - DRJ/RPO, que, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação, para adicionar manter o crédito tributário exigido e a imputação de responsabilidade tributária solidária, no valor total de R\$328.134.565,99.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração para lançamento de IRPJ e CSLL (fls. 03/13), cumulados de juros e multa qualificada, lavrado contra PETROSOL - DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA e FLÁVIO MAX THEODORO DE MORAES, em razão de omissão de receitas por presunção legal, por depósitos bancários de origem não comprovada, no ano-calendário de 2010, nos termos dos arts. 247, 248, 249, II, 251, 277, 278, 279, 280, 287 e 288, do RIR/99 e art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Segundo o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, (fls. 16/27), e Relatório do acórdão recorrido, as razões de autuação foram:

A ação fiscal está descrita no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls.16/27, e teve início em decorrência de provocação do Ministério Público Federal, uma vez que, no processo criminal nº 05004.015178-6/00, que corre na 10ª Vara Criminal do Fórum da Barra Funda, a contribuinte está relacionada como integrante de esquema de fraude de combustíveis.

Segundo consta do TVF, foi apurado que a interessada movimentou diversas contas bancárias no ano-calendário de 2010 e, intimada e reintimada, não comprovou a origem dos depósitos/créditos nessas contas, portanto não conseguiu afastar a presunção legal de omissão de receitas, constante da Lei nº 9.430, de 1996, art. 42. Assim, o somatório da movimentação financeira (depósitos/créditos mensais) das referidas contas bancárias foi considerado como omissão de receitas da atividade da empresa. O lançamento foi com aplicação de multa qualificada, por entender o autuante que as condutas e tentativas de desvio de foco da fiscalização pela fiscalizada, em especial quanto à intimação cientificada em 30/04/2014, demonstraram a má-fé da empresa.

Relata o autuante que a empresa se encontra relacionada no processo criminal citado como distribuidora de “barriga” operante na base da Transo Combustíveis Ltda., ou seja, empresa que aluga espaços em base de tanques, opera um período sem recolher impostos e some do mercado. Foi elaborada Representação Fiscal para Fins Penais.

Foi atribuída responsabilidade solidária ao sócio Flávio Max Theodoro de Moraes, por entender que, ao não cumprir as obrigações acessórias, não declarando em Declaração de Débitos e Créditos Tributários (DCTF) débitos tributários da empresa, e também ao não cumprir a obrigação principal, não pagando os tributos devidos, ele praticou gestão temerária e com excesso de poderes, enquadrando-se no disposto no inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação, de fls. 745/776:

- *Autuação baseada em omissão de receitas por presunção legal – violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da razoabilidade;*
- *O lançamento recaiu sobre o valor total dos extratos bancários, não deduzindo nenhum custo ou despesa operacional;*
- *Para se caracterizar omissão de receitas pelos extratos bancários, o lançamento só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente a omissão de rendimentos;*
- *Não ficou comprovado que os depósitos se constituem disponibilidade econômica de renda e proventos, logo não podem ser utilizados como base para a cobrança de IRPJ e CSLL;*
- *É imprescindível que seja atribuído o custo da compra de mercadorias, pois o lucro é a venda menos o custo das mercadorias vendidas, e, da forma que houve a autuação, todos os valores apurados foram considerados como lucro tributável;*
- *A simples presunção sem lastro em prova cabal de existência de renda tributável, por si só, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto devido;*
- *É firme o entendimento da doutrina de que o depósito bancário, por si só, não representa aquisição de disponibilidade jurídica e econômica de renda e proventos de qualquer natureza;*
- *Violação ao sigilo bancário e o direito à privacidade do contribuinte;*
- *Houve a quebra do sigilo bancário da impugnante, violando o seu direito constitucional de sigilo e privacidade;*
- *As Leis Complementares 104 e 105, de 2001, feriram a Constituição Federal (CF);*
- *Caráter confiscatório da multa aplicada;*
- *Para a aplicação da multa no patamar de 150%, a autoridade fiscal deveria comprovar o intuito de dolo ou fraude por parte do sujeito passivo, conforme Súmula Carf nº 14;*
- *Já encontra-se pacificado no Supremo Tribunal Federal (STF) que a aplicação de multa em percentual superior a 20% viola o princípio da razoabilidade, da capacidade contributiva e do não-confisco.*

O sujeito passivo solidário, Sr. Flávio Max Theodoro de Moraes, também apresentou impugnação às fls. 790/822, com o mesmo teor da impugnação apresentada pela empresa, acrescentando com relação à responsabilidade solidária:

- *Inocorrência de gestão temerária;*
- *A referida gestão temerária sequer restou comprovada nos autos, eis que a alegação de não cumprimento de obrigações principais e acessórias não é apta a caracterizar sua inclusão como sujeito passivo solidário;*

• Não há hipótese cabível para se cogitar a solidariedade disposta no CTN, art. 135, III, sem que se demonstre de maneira cabal que a conduta perpetrada pelo administrador seja efetuada com dolo, assim como importe algum risco para ser considerada temerária.

Solicitou sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária.

Em julgamento realizado em 25 de maio de 2016, a 3ª Turma da DRJ/RPO, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e do sujeito passivo solidário e prolatou o acórdão 14-60.971, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

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

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado a ocorrência de sonegação.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-GERENTE.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Processo nº 10830.720714/2015-11
Acórdão n.º **1301-002.423**

S1-C3T1
Fl. 912

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Os recorrentes, devidamente cientificados do acórdão recorrido, apresentaram recurso voluntário tempestivo (fls. 865/900), onde repetem os argumentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade.

Recebi, por sorteio, o presente auto em 23/03/2017.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/RPO e intimada ao recolhimento dos débitos em 13/06/2016 (AR de fl. 852/853), e apresentou em 13/07/2016, recurso voluntário, às fls. 865/900. Deste Recurso Voluntário também se aproveita o responsável solidário, Flávio Max Theodoro de Moraes.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, e tempestivo, dele conheço.

Mérito (presunção legal/quebra de sigilo bancário)

Trata o presente caso de apuração de omissão de receitas com base em depósitos bancários sem origem comprovada.

Intimados a justificarem a seguintes movimentações bancárias:

PA	VALORES A LANÇAR (R\$)
jan/10	30.857.615,41
fev/10	31.582.639,74
mar/10	33.042.714,19
abr/10	29.034.943,42
mai/10	36.346.986,30
jun/10	23.502.506,83
jul/10	16.333.506,60
ago/10	22.305.523,26
set/10	24.691.187,49
out/10	25.138.327,01

10

Alegam os recorrentes da impossibilidade da manutenção da autuação baseada em presunção legal, por violação aos princípios da legalidade, segurança jurídica e razoabilidade.

Tal entendimento já foi superado desde o advento da Lei nº 9.430/96, art. 42, que estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo legal pela norma citada torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

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.

Aqui esclareça-se que os recorrentes foram diversas vezes intimados e reintimados a apresentar documentos ou a justificar as operações e movimentações, e em todas as oportunidades que lhes foram dadas não respondeu de forma que demonstrasse ao menos vontade de esclarecer os fatos. Ressalte-se, inclusive, que foi emitido Termo de embargo à fiscalização (fl. 363)

Sempre esquivou-se com respostas de que não caberia ao Fisco verificar as suas contas bancárias ou apenas justificou informando que os valores eram resultados da venda de seus produtos (fls. 248/250).

Os valores percebidos em sua conta corrente são decorrentes de sua atividade empresarial, referem-se à compra e venda de produtos que comercializa.

Em nenhuma das oportunidades, seja em sede de fiscalização, ou após o lançamento, em impugnação ou em recurso, apresentou alguma documentação que comprovasse a origem e/ou a movimentação dos recursos de suas contas bancárias.

Aqui também, aplicável o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscal (Carf) acerca da questão, consolidado na **Súmula 26**:

Súmula CARF nº 26: *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.*

Dessa forma, nos termos da lei, caberia ao contribuinte a comprovação, detalhada, com datas e valores, da origem dos valores que entraram em sua conta corrente, e a partir daí informar o que já foi tributado ou não. Os recorrentes não lograram comprovar, com documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária. Não o fez durante o procedimento fiscal, e tampouco em sede de impugnação ou recurso voluntário.

De igual maneira a alegação de que tais depósitos não representariam aumento de renda, ora, se o contribuinte não apresenta nada como pode querer que valores sejam excluídos para que tribute-se somente a renda?

Assim, com relação à argumentação de presunção legal não merece prevalecer.

Os recorrente afirmam não ser possível a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, sem autorização judicial, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF.

Entendo não ter razão os recorrentes, pelos motivos a seguir.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente essa matéria em sede de Repercussão Geral. O julgamento se deu no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, na sessão plenária do dia 24.02.2016, publicada em no DJe nº 37/2016 (em 29.02.2016), e decidiu por maioria de votos a seguinte:

“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”; e, quanto ao item “b”, a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.02.2016. ”

Ademais, transcrevo o dispositivo legal que permite o acesso à movimentação financeira pela Fisco, o art 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Assim também o entendimento da Profa. Maria Rita Ferragut¹: "O sigilo bancário não é absoluto, e, no que diz respeito ao aspecto fiscal, deve ceder ao interesse público de obter informações que possam se configurar relevantes a tipificar indícios de prática do fato jurídico tributário. A interpretação do direito à privacidade, na forma ora proposta, garante tanto a eficácia na produção de provas tributárias, quanto a concretização da legalidade e da igualdade. Os benefícios parecem, portanto, muito maiores que a prevalência cega e absoluta da privacidade."

Dessa forma, correto o procedimento fiscal embasado em dispositivo legal em plena vigência.

Do caráter confiscatório da multa qualificada de 150%

Alegam os recorrentes que a multa qualificada de 150% tem caráter confiscatório.

Por conta da Súmula 2, deixo de analisar tais alegações.

Entretanto, no que se refere à aplicação da multa qualificada, verifica-se plenamente aplicável ao caso em tela.

A empresa, distribuidora de petróleo, movimentou mais de R\$300 milhões em suas contas bancárias no ano-calendário de 2010, e apresentou DIPJ e DCTF zeradas, o que

¹ As provas e o direito Tributário, pág. 110.

consubstancia em evidente sonegação, com a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte uma obrigação tributária.

Em que pese a existência da Súmula CARF 14: em que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Justamente pela forma de atuação dos recorrente, não apresentando as informações devidas, verifica-se tal intuito de fraudar o erário.

Ao ser intimada a apresentar a ECD de 2010 em 22/08/2014, verificou-se que os tais arquivos foram enviados na data de 10/09/2014, ou seja, após a intimação.

A Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, constante do dispositivo que qualifica a multa de ofício, na Lei nº 9.430, de 1996, caracterizou:

Art . 71. Sonegação é tôda 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 de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Art . 74. Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas ou quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 85 e em seu parágrafo.

§ 1º Se idênticas as infrações e sujeitas à pena de multas fixas, previstas no art. 84, aplica-se, no grau correspondente, a pena cominada a uma delas, aumentada de 10% (dez por cento) para cada repetição da falta, consideradas, em conjunto, as circunstâncias qualificativas e agravantes, como se de uma só infração se tratasse. (Vide Decreto-Lei nº 34, de 1966) (Grifou-se.)

Assim, no meu entender cabível a multa qualificada já que caracterizado o dolo, no evidente intuito de sonegação da recorrente.

Responsabilidade Solidária - sócio-administrador Flávio Max Theodoro de Moraes

Foi emitido o termo de sujeição passiva contra Flávio Max Theodoro de Moraes, sócio-administrador da empresa, em razão do não cumprimento de obrigações acessórias, não declaração de DCTF e não pagamento dos tributos devidos, praticando gestão temerária e com excesso de poderes, nos termos do art. 135, III do CTN.

O responsável solidário requer a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, em razão da não comprovação da gestão temerária nos autos, bem como a não comprovação da conduta dolosa do sócio.

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

(...)

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

Ainda que seja atribuída a responsabilidade pessoal àqueles discriminados no referido inciso do art. 135 do CTN, permanece incólume a responsabilidade da contribuinte autuada, não se desfigurando o dever jurídico daquelas pessoas elencadas no art. 135 que tenha agido com infração à lei, contrato social ou estatutos.

Ainda que a mera falta de recolhimento do tributo não constitui, por si só, a ilicitude visada pelo legislador, necessitando-se a demonstração do dolo daquele a quem ela é atribuída.

E isso é o que se verifica da conduta do sócio-administrador, sócio com 99% das quotas do capital, sendo 1% de Lismara Rocha Moraes, com quem é casado, possuindo amplos poderes de gestão, como ficou amplamente demonstrada nos autos e na decisão a quo.

A empresa do qual é sócio o sujeito passivo, mesmo possuindo movimentações relevantes em contas bancárias deixou de apresentar de forma reiterada as obrigações acessórias a que está obrigada por lei, demonstrando a conduta dolosa, no evidente intuito de sonegação fiscal.

Dessa forma, pela manutenção do Sr. Flávio Max Theodoro de Moraes como sujeito passivo da obrigação tributária.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário de ambos os sujeitos passivos, para no mérito NEGAR-LHES PROVIMENTO.

assinado digitalmente
Amélia Wakako Morishita Yamamoto

Processo nº 10830.720714/2015-11
Acórdão n.º **1301-002.423**

S1-C3T1
Fl. 918
