



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10830.726003/2014-61
ACÓRDÃO	1102-001.444 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	LIONFER INDUSTRIA METALÚRGICA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

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.

OMISSÃO DE RECEITA. 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.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Cabível o arbitramento do lucro da pessoa jurídica na hipótese de ela omitir-se de apresentar à fiscalização os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir a multa qualificada ao patamar de 100%, nos termos do voto do Relator.

Assinado Digitalmente

Lizandro Rodrigues de Sousa – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy José Gomes de Albuquerque, Fenelon Moscoso de Almeida, Cristiane Pires Mcnaughton e Fernando Beltcher da Silva (Presidente). Ausente justificadamente o Conselheiro Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira, em razão de sua participação em sessão de julgamento em outro colegiado, para o qual fora igualmente convocado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (e-fls. 7874 e ss) em que a Recorrente insurge-se contra decisão no Acórdão da DRJ (n. 14-60.094 – 3ª TURMA/DRJRPO, e-fls. 1323 e ss) que considerou procedente em parte o lançamento que arbitrou o lucro referente ao ano calendário 2010.

Assim dispôs em relatório a decisão recorrida:

Conforme o Termo de Verificação Fiscal – TVF de fls. 71/130, em ação fiscal procedida na contribuinte acima identificada, relativamente ao ano-calendário de 2010, de foram constatadas as seguintes infrações:

- 1) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA;
- 2) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL NA REVENDA DE MERCADORIAS;
- 3) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL;
- 4) OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL (DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA)

Diante de tais constatações foi lavrado auto de infração para exigência do IRPJ e, em decorrência, os autos de infração para exigir CSLL, PIS e Cofins (incidência cumulativa), totalizando crédito tributário no montante de R\$ 7.257.718,38, conforme a seguir demonstrado:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	
Imposto	865.058,77
Juros	321.350,46
Multa	1.264.632,06
Valor do Crédito Apurado	2.451.041,29

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	
Contribuição	394.054,37
Juros	146.533,18
Multa	575.784,77
Valor do Crédito Apurado	1.116.372,32

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL	
Contribuição	1.073.685,38
Juros	407.087,46
Multa	1.552.354,40
Valor do Crédito Apurado	3.033.127,24

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	
Contribuição	232.631,82
Juros	88.202,28
Multa	336.343,43
Valor do Crédito Apurado	657.177,53

Os lançamentos foram efetuados com base na legislação tributária discriminada nos respectivos autos de infração.

Consta no referido TVF:

Conforme cadastrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, a sociedade é empresária e tem por objeto: (i) Fabricação de Outros Produtos de Metal não especificados anteriormente, (ii) Serviços de Usinagem, Solda, Tratamento e Revestimentos de Metais e (iii) Comissária de Despachos;

O fiscalizado entregou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica/DIPJ. exercício 2011, ano calendário-2010, apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Presumido, arquivada no sistema com o seguinte protocolo:ND 0000918397. Entretanto, apresentou os campos dos valores de faturamento, receitas, despesas e cálculos dos valores dos tributos devidos “zerados”:

Da mesma forma, o fiscalizado apresentou as suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais, apuração pelo Lucro Presumido, relativas aos anos-calendário 2011(protocolo ND 0000384657), 2012 (ND 0000298203) e 2013 (ND 0000014689), “zerados”.

Nos anos relacionados anteriormente, o fiscalizado realizou operações de com os campos de faturamento, despesas e cálculos dos valores dos tributos devidos industrialização e comercialização de produtos, emitindo NOTAS FISCAIS DE SAÍDA-VENDAS DE PRODUTOS E SERVIÇOS, que, em tese, correspondem operações industriais e comerciais nos correspondentes anos-calendário;

Através da abertura do Mandado de Procedimento Fiscal, foram realizadas as revisões dos valores declarados e apurados do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição Programa Integração Social - PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social -COFINS, relativos ao ano calendário 2010;

Em 24/07/2013, o fiscalizado foi intimado pessoalmente, através de seu Sócio Administrador e Representante legal Fernando Pedra Toledo, CPF 261.857.598-96, do Termo de Início de Fiscalização, onde foi dada ciência da instauração do Procedimento Fiscal.

Nessa oportunidade a fiscalizada foi intimada a apresentar diversos documentos sendo-lhe informado que o não atendimento no prazo determinado poderia ensejar, no caso de lançamento de ofício, o agravamento de multa em 50% a que se referem os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Não sendo atendida a intimação, foi reintimado, para apresentar os documentos e os esclarecimentos a seguir especificados:

- 1.- Contrato Social e alterações realizadas nos últimos cinco anos;
- 2.- Apresentar cópias autenticadas das PROCURAÇÕES outorgadas pela pessoa jurídica, concedendo poderes para a prática de quaisquer atos por seus prepostos;
- 3- Apresentar os extratos de todas as contas bancárias movimentadas e de aplicações financeiras mantidas pela empresa no ano-calendário de 2010. em papel e também em meio magnético (CD ROM);
- 4- Tornar disponíveis para exame todos os documentos que embasaram a escrituração contábil e fiscal da pessoa jurídica, referentes ao período supra;
- 5.- Apresentar demonstrativo de composição da Base de Cálculo do PIS e da COFINS, baseado nos controles internos confeccionados pela empresa para apuração dos montantes mensais devidos relativamente a estas contribuições;
- 6.- Apresentar a Demonstração de Resultado do Exercício e os Balancetes mensais do período de 01/01/2010 até 31/12/2010;
- 7- Apresentar os Balanços Patrimoniais publicados relativos aos anos-calendário fiscalizados;
- 8 - Apresentar cópia das Declarações de Informações Econômica da PF - DIPJ's referentes ao exercício 2011, ano calendário 2010; em papel e também em meio magnético (CD ROM);
- 9- Apresentar copia do Recibo de entrega (encaminhamento via internet) da escrituração digital - SPED;
- 10.- Informar se efetuou consulta fiscal, nos termos dos art. 48 a 50 da Lei nº 9.430/96 e legislação correlata, referente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ). Em caso positivo, apresentar cópia da respectiva consulta e indicar o número do processo administrativo;
- 11- Informar se possui ação judicial relativa ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ). Em caso positivo, apresentar cópia da petição inicial e das demais peças relevantes do referido processo.

Dado o não atendimento das intimações foi novamente encaminhado o termo de intimação reiterando à fiscalizada que prestasse os esclarecimentos do termo de início.

Em 29/10/2013, a fiscalizada, através de seu Representante Legal constituído, compareceu na Delegacia da Receita Federal em Campinas, informando que não possuía os documentos requeridos (extratos bancários).

Através das emissões de várias Requisições de Movimentação Financeira, RMF's nº 08.1.04.00-2013-00065-0 até 08.1.04.00-2013-00074-9, endereçadas aos bancos responsáveis, foram requisitados os dados de movimentações financeiras, caso houvesse, da empresa em fiscalização.

Respondendo ao requerido, os Bancos encaminharam os extratos bancários da Contas Correntes movimentadas, onde são mostrados todos os movimentos ocorridos nº ano-calendário sob fiscalização.

Com base nos extratos bancários recebidos, foram selecionados todos os depósitos ocorridos nas contas bancárias e elaboradas as Planilhas de Lançamentos dos Depósitos (conta corrente por conta corrente), onde foram retratados os depósitos ocorridos n.º ano-calendário. Nas planilhas, não foram relacionados os créditos referentes a devoluções de cheques, estornos de lançamento, resgates de aplicação financeira e as transferências de mesma titularidade, quando identificados. Também foram estornados os cheques depositados devolvidos.

Em 08/04/2014, o fiscalizado foi intimado a comparecer na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas para tomar ciência e receber as cópias das Planilhas onde contam os depósitos das Contas Correntes bancárias mantidas pela empresa no ano

calendário de 2010. Não houve resposta e não compareceu à DRF Campinas para tomar ciência.

Tendo como base as planilhas antes relatadas, foi construída a Planilha Totalizador dos Depósitos, anexa a este Termo, constando os dados dos Bancos, das Contas Correntes e dos Valores totais dos depósitos lançados no ano-calendário.

Com base no relatado e objetivando a verificação das obrigações tributárias, a contribuinte foi intimada nos seguintes termos:

-Comparecer na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas para retirar as cópias das Planilhas de Lançamentos dos Depósitos relacionadas. As Planilhas a serem retiradas pelo fiscalizado contém os dados dos depósitos; explicitando a data, o histórico e o valor correspondente do depósito;

-Conferir, confirmar ou corrigir, se for o caso, todos os valores constantes nas Planilhas de Lançamentos dos Depósitos;

-Caso haja correção a ser efetuada, apresentar documentação comprobatória que embase tal modificação;

-Comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos relacionados nas Contas Bancárias;

-Relacionar os depósitos apresentados nas Planilhas com os Lançamentos contábeis escriturados no Livro DIÁRIO e RAZÃO da empresa;

-Apresentar outras informações que julgar pertinentes ao caso.

A resposta à presente intimação deverá ser prestada por escrito, datada e assinada pelo contribuinte, ou seu representante legal, com indicação dos livros e documentos apresentados, e deverá ser entregue na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas (Serviço de Fiscalização) situada na Av. Prefeito Faria Lima, 235, 3º andar -Parque Itália. Informações pelos telefones n.º3 (19) 3772-5395 ou 3772-5400, ou pelo e-mail corporativo abaixo transcrito.

Em 28 de maio de 2014, dado o não pronunciamento do fiscalizado, nova Intimação, nos mesmos termos, foi encaminhada, onde a empresa era requerida a analisar os dados constantes nas planilhas denominadas Planilhas dos Lançamentos dos Depósitos.

Em 03 de julho de 2014, fiscalizada foi intimado pessoalmente, através de seu Sócio Administrador e Representante Legal Fernando Pedra Toledo, a pronunciar-se sobre os lançamentos dos depósitos bancários constantes das planilhas denominadas Planilhas de

Lançamentos dos Depósitos, às quais foram entregues uma cópia, conferindo, e caso necessário, corrigindo os valores constantes nas mesmas.

Em 09 de outubro de 2014, a fiscalizada foi intimada a apresentar esclarecimentos e documentos sobre os bens componentes de seu ativo permanente. Dado o não atendimento, foi novamente intimada a apresentar documentos e esclarecimentos a respeito do seu ativo permanente.

A fiscalizada não atendeu às solicitações feitas nos termos de intimação lavrados, dos quais teve ciência.

Os valores movimentados nas contas correntes da fiscalizada mostram que suas transações financeiras estão incompatíveis com os declarados em sua Declaração de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ/2011, ano calendário 2010.

Vislumbrando a movimentação bancária, foram lavrados Termos de Intimação requerendo que a empresa apresentasse os extratos bancários correspondentes às movimentações, de tal modo a se determinar a origem desses depósitos bancários;

Intimada, a empresa não apresentou os extratos bancários nem dados contábeis e fiscais, em atendimento a outros termos lavrados no curso do procedimento fiscal.

Dado o não pronunciamento da intimada, nova intimação foi encaminhada nos mesmos moldes da anterior. Intimada também, pessoalmente, a pronunciar-se sobre os depósitos bancários constantes das referidas planilhas, mediante ciência do sócio administrador e representante legal Fernando Pedra Toledo, não houve pronunciamento sobre os valores apresentados pela fiscalização, considerados como depósitos sem comprovação, num total anual de R\$ 31.536.390,97, conforme demonstrativo a seguir:

Tabela 04 – Montante dos Depósitos Bancários sem Comprovação de Origem -ac 2010

Mês	Depósitos Sem Comprovação (R\$)
janeiro	1.150.721,68
fevereiro	1.482.897,04
março	1.753.928,28
1º Trimestre	4.387.547,00
Abri	684.239,64
Maio	1.258.194,24
Junho	543.144,15
2º Trimestre	2.485.578,03
Julho	149.617,97
agosto	2.144.089,06
setembro	4.923.209,21
3º Trimestre	7.216.916,24
outubro	5.019.704,27
novembro	7.516.911,06
dezembro	4.909.734,37
4º Trimestre	17.446.349,70
TOTAL ANUAL	31.536.390,97

Foi efetuada pesquisa no Sistema Público de Escrituração Digital SPED, para verificar se a empresa fiscalizada havia emitido Notas Fiscais de Vendas. Constatou-se que houve emissão de notas fiscais relativas a vendas de produtos de sua fabricação, de revenda de mercadoria e de serviços, no montante anual de R\$ 16.602.007,90, conforme a seguir demonstrado:

Tabela 05 – Notas Fiscais de Venda de Produtos/Serviços emitidas –ac2010

Total Mensal	Valor Tributável
abril	1.482,36
maio	2.142.531,00
junho	1.668.296,52
total 2º trimestre	3.812.309,88
julho	1.858.428,28
total agosto	2.678.911,53
setembro	2.690.192,62
total 3º trimestre	7.227.532,43
outubro	1.616.279,83
novembro	2.466.647,55
dezembro	1.479.238,21
total 4º trimestre	5.562.165,59
TOTAL ANUAL	16.602.007,90

Diante dessas constatações, o Fisco elaborou a tabela a seguir demonstrando a receita omitida que definiu a base de cálculo dos tributos devidos:

Tabela 06 – Definição da base de Cálculo – Valores a serem Lançados de Ofício

Mês	Valor a ser Lançado Emissão NF Saída - Vendas	Depósitos Sem Comprovação	Valor a ser Lançado Depos. Bancários sem Comprovação.
janeiro		1.150.721,68	1.150.721,68
fevereiro		1.482.897,04	1.482.897,04
março		1.753.928,28	1.753.928,28
1º trimestre		4.387.547,00	4.387.547,00
abril	1.482,36	684.239,64	682.757,28
maio	2.142.531,00	1.258.194,24	0,00
junho	1.668.296,52	543.144,15	0,00
2º trimestre	3.812.309,88	2.485.578,03	682.757,28
julho	1.858.428,28	149.617,97	0,00
agosto	2.678.911,53	2.144.089,06	0,00
setembro	2.690.192,62	4.923.209,21	2.233.016,59
3º trimestre	7.227.532,43	7.216.916,24	2.233.016,59
outubro	1.616.279,83	5.019.704,27	3.403.424,44
novembro	2.466.647,55	7.516.911,06	5.050.263,51
dezembro	1.479.238,21	4.909.734,37	3.430.496,16
4º trimestre	5.562.165,59	17.446.349,70	11.884.184,11
total	16.602.007,90	31.536.390,97	19.187.504,98

Como visto, do total dos depósitos bancários – R\$ 31.536.390,97 – cuja origem não foi comprovada pela contribuinte, o Fisco apurou que a quantia de R\$ 16.602.007,90 corresponde à receita relativa às notas fiscais de vendas de produtos, mercadorias e serviços, emitidas pela fiscalizada, mas não oferecida à tributação (tabela 08 – fls. 102). Considerou, que o valor restante dos depósitos cuja origem não foi comprovada, nº montante de R\$ 19.187.504,98, corresponde a receita omitida, com base no disposto na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42

Tendo em vista a não apresentação dos livros contábeis e dos documentos que embasaram a escrituração dos livros fiscais obrigatórios, para apurar os valores devidos de IRPJ e CSLL, o Fisco procedeu ao arbitramento do lucro com base no disposto pelo Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR de 1999), arts. 518, 519, 527, 528, 529, 530, 532, 264.

Aplicou-se multa de ofício prevista no art. 44, I e §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Constam dos autos de infração, termos de responsabilidade tributária que foi atribuída com base no art. 135, III do CTN, por excesso de poderes e infração de lei, aos sócios administradores da empresa FERNANDO PEDRA TOLEDO, LEOCIMAR ALCÂNTARA e MAYARA BIANCHI NOGUEIRA.

Cientes do lançamento em 10/11/2014, a autuada e as pessoas às quais foi atribuída a responsabilidade solidária, devidamente representadas ingressaram em 09/12/2014 com a impugnação de fls. 1174/1208, na qual refutam o lançamento, em suma sob as seguintes alegações:

IMPUGNAÇÃO

A autoridade administrativa presumiu ter a contribuinte autuada, omitido receitas tributáveis face a não comprovação dos depósitos bancários.

Promoveu o arbitramento do lucro para a apuração do IRPJ e da CSLL em face de a contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527 do RIR 1999.

Foi aplicada multa de 225% do valor do tributo exigido.

Não obstante a aparência preliminar de um trabalho fiscal bem sedimentado, a verdade é que carecem os autos lavrados de elementos seguros e suficientes para avaliação de incorreção procedimental da Impugnante, uma vez que a Autoridade Administrativa, evidentemente, ignorou diversos aspectos da atividade principal da Impugnante para a realização do lançamento tributário, acarretando na exigência de obrigação tributária em afronta à capacidade contributiva desta.

Portanto, o lançamento tributário é absolutamente nulo, por violação do princípio da estrita legalidade tributária, tendo em vista a ausência de demonstração da indispensabilidade de emissão das RMF e da quebra de sigilo sem autorização judicial.

O Agente Fiscal promoveu, então, nova intimação para que a Impugnante conferisse, comprovasse ou corrigisse as informações relativas às movimentações financeiras obtidas em decorrência de Requisições de Movimentação Financeira endereçadas à diversas Instituições no País.

Os Termos de Intimações Fiscais não se fizeram acompanhar dos extratos de movimentação bancária, mas apenas de uma relação de créditos promovidos pela Autoridade Fiscal. Também, não se fizeram acompanhar das Requisições de Movimentação Financeira expedidas.

Ocorre, porém, que as Requisições de Movimentação Financeira - RMF, expedidas não seguiram as disposições estabelecidas na Portaria SRF nº 180, de 01 de fevereiro de 2.001

Dispõe a norma vigente:

Art. 2º A RMF somente será expedida quando em relação ao sujeito passivo:

I - exista procedimento de fiscalização em curso, instaurado mediante outorga de Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF^{AF}), de que trata a Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, com 1999, com alteração introduzida pela Portaria SRF nº 1.614, de 30 de novembro de 2000;

II - tenha sido constatada hipótese de indispensabilidade, prevista no art. 39 do Decreto nº 3.724, de 2001; e III - tenha havido intimação para apresentar as informações sobre sua movimentação financeira.

As condições para expedição da RMF são cumulativas e devem, todas estarem presentes no procedimento de fiscalização, impondo-se que fundamentadamente, o Auditor Fiscal promova o requerimento ao Delegado da Receita Federal.

Na hipótese dos autos, não restou demonstrada a indispensabilidade prevista no Artigo 3º do Decreto nº 3.724/2001:

Art. 3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal de que tratam os art. 24 e art. 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica(CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

Não houve, na hipótese, demonstração da indispensabilidade da emissão da Requisição de Movimentação financeira - RMF para obtenção dos extratos de movimentação bancária da Impugnante.

O procedimento adotado, portanto, está eivado de nulidade, sendo assim, imprestáveis para o lançamento as informações em que a Autoridade Fiscal se fincou.

Por outro lado, a obtenção de informações de movimentação bancária sem a devida autorização judicial implica na prática de atos violadores de princípios e garantias constitucionais, o que, mais uma vez, afronta a validade do lançamento.

Não existem garantias ou direitos mais certos do que aqueles enunciados pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, esteio de toda a ordem jurídica pátria. E não há dúvidas sobre a proteção constitucional do sigilo bancário.

(...)E que a regra estabelecida pela Constituição Federal é o estrito sigilo dos dados bancários dados bancários, e, por conseguinte, todas as exceções devem - ineludivelmente - serem submetidas ao Poder Judiciário. Ainda que os interessados nessas informações sejam autoridades públicas.

Cumprir destacar que não se questiona, de forma alguma, o dever da Administração Fazendária de fiscalizar o estrito cumprimento das obrigações tributárias do contribuinte, mas é importante consignar que o ordenamento jurídico coloca ao seu dispor meios eficazes para que exerça tal prerrogativa sem afrontar a reserva de jurisdição que exsurge da interpretação sistêmica das garantias veiculadas pelos Incisos X e XII do Artigo 5º da Carta da República.

Assim, se a Autoridade Fazendária necessita acessar dados bancários sigilosos dos contribuintes, que submeta seus pleitos ao Poder Judiciário, demonstrando ao Estado-juiz a necessidade e a oportunidade da exceção à regra constitucional.

(...)Eis porque a atuação fiscal no caso em análise ultrapassa os limites constitucionais do poder de tributar e atenta também contra os princípios de regência da Administração tributária, especialmente aquele que concerne à moralidade da administração pública.

Destarte, exsurge evidente que ainda que a Impugnante tivesse simplesmente negado à Autoridade Fiscal a apresentação os dados por ela requisitados, seria injustificável a postura fazendária violadora de garantias constitucionais, pois o acesso a tais dados deve passar inexoravelmente pelo crivo do Poder Judiciário.

(...)Isto posto, o lançamento tributário deve ser declarado nulo, por absoluta ausência de legalidade.

Na hipótese, não restou caracterizado nenhum dos elementos descritos no Artigo 148 do Código Tributário Nacional que ensejasse o arbitramento do lucro da pessoa jurídica Recorrente. A Autoridade administrativa possui elementos suficientes a verificação da espécie de atividade praticada pela Recorrente, bem como, possuía a integralidade dos valores a serem utilizados como base de cálculo da obrigação tributária (Art. 42 da Lei Federal 9.430/96).

Isto porque, disciplina o Artigo 42 da Lei Federal nº 9.430/96 que é presumida a omissão de receitas em relação aos depósitos havidos em conta corrente quando a contribuinte não comprova a origem através de documentação hábil e idônea.

Portanto, a receita da pessoa jurídica é conhecida, com base na receita considerada omitida em razão da movimentação bancária sem comprovação da origem.

Oportuno ajustar que a contribuinte, em 28 de janeiro de 2014, compareceu à Delegacia da Receita Federal em Campinas e apresentou parte dos documentos fiscais exigidos pela Autoridade Fiscal, sendo que a Autoridade Fiscal teve acesso a escrituração contábil realizada pela Impugnante, através do Sistema SPED - Nfe.

O arbitramento do lucro não deve ser usado como penalidade ou sanção tributária, posto que se constituiu numa modalidade de apuração do lucro tributável apenas quando impossível a determinação da receita omitida.

Obtida as informações acerca da expedição de Notas Fiscais e a movimentação financeira da Impugnante durante o ano-calendário, verifica-se que a Autoridade Fiscal não promoveu nenhuma outra intimação para que a contribuinte, ora Impugnante, apresentasse livros fiscais ou contábeis, não existindo assim, os requisitos utilizados para o arbitramento do lucro (Art. 530, III. RIR/99).

A correta análise dos extratos de movimentação bancária acostados autos demonstram que os créditos havidos em conta corrente da Impugnante tiveram origem em transferências eletrônicas promovidos pela pessoa jurídica LIONFER COMERCIAL SUDERURGICA LTDA (CNPJ 09.335.799/0001-41), além de transferências ocorridas entre contas da mesma titularidade.

A pessoa jurídica impugnante, assim como, a pessoa jurídica depositante possuem identidade de sócios, sendo eles FERNANDO PEDRA TOLEDO, MAYARA BIANCHI NOGUEIRA e LEOCIMAR ALCANTARA EMILIANO, também Impugnantes.

(...)

No ano de 1998, seus sócios constituíram a LIONFER COMERCIAL SUDERURGICA LTDA (CNPJ 09.335.799/0001-41) para operar em conjunto com a Impugnante, especificamente para comercialização no comércio varejista de ferragens, ferramentas e produtos metálicos, comércio de máquinas, equipamentos, chapas, trefilados, perfilados, tubos, ferros e aço em geral.

Ocorre que no ano calendário de 2009, em decorrência de problemas de mercado a Impugnante passou por dificuldades financeiras e houve um expressivo aumento da quantidade de ações executivas distribuídas contra a mesma.

Com a finalidade de evitar bloqueio de ativos financeiros indispensáveis para a continuidade das atividades das empresas, a Impugnante estabeleceu o expediente de promover a transferência eletrônica de quantias disponibilizadas em suas contas correntes para a conta corrente mantida pela Lionfer Comercial, no Banco do Brasil S/A.

A pessoa jurídica LIONFER COMERCIAL tinha por objetivo atuar no comércio varejista, promovendo venda dos produtos industrializados pela Impugnante, porém, nº ano calendário de 2010 não exerceu qualquer atividade comercial, diante da grave crise enfrentada pela empresa industrial.

A identidade de sócios contribuiu para que a prática fosse considerada regular, e para evitar qualquer configuração de transmissão de receitas e de bens.

Com a finalidade de evitar bloqueio de ativos financeiros indispensáveis para a continuidade das atividades das empresas, a Impugnante estabeleceu o expediente de promover a transferência eletrônica de quantias disponibilizadas em suas contas correntes para a conta corrente mantida pela Lionfer Comercial, no Banco do Brasil S/A.

Esse expediente tinha como única finalidade salvaguardar os ativos financeiros de bloqueios determinados por Autoridade Judicial, que retornavam para suas contas correntes em datas posteriores, para liquidação de suas obrigações comerciais.

A pessoa jurídica LIONFER COMERCIAL tinha por objetivo atuar no comércio varejista, promovendo venda dos produtos industrializados pela Impugnante, porém, nº ano calendário de 2010 não exerceu qualquer atividade comercial, diante da grave crise enfrentada pela empresa industrial.

A identidade de sócios contribuiu para que a prática fosse considerada regular, e para evitar qualquer configuração de transmissão de receitas e de bens.

Devem, portanto, todas as contribuintes serem consideradas um conglomerado de empresas, conforme ensina Rubens: "A conjuntura social e econômica moderna está demonstrando que a tendência é o agrupamento permanente das empresas, através de "conglomerados" o agrupamento de diversas empresas, de diferentes objetos sociais, sob a ordenação de um comando, mantendo elas suas personalidades próprias. O Prof.

Modesto Carvalhosa considera que o conglomerado, no sistema legal, sempre será um comando identificado como uma instituição financeira" (Curso de Direito Comercial, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, v. 2, p. 233/234).

A atuação de ambas as empresas sob um mesmo interesse e objetivo é confirmada pelo pedido de Recuperação Judicial ingressado perante a Terceira Vara Cível da Comarca de Sumaré, Estado de São Paulo, sob nº 0015852-81.2012.8.26.0604, no qual ambas empresas figuram como Requerentes e apresentam um único Plano de Recuperação Judicial.

Assim, as transferências de recursos entre as empresas não podem sofrer nova tributação, porque não representam faturamento e a transferência bancária por razões de contingenciamento sofrido pela Impugnante, com posterior retorno às suas contas não pode caracterizar a omissão de receitas, sujeita a nova tributação.

Ajuste-se, ainda, que a Autoridade Fiscal não promoveu a exclusão de todos os movimentos entre contas de mesma titularidade, como pode ser verificado pela análise dos extratos bancários, tornando-se imprescindível que o julgamento seja convertido em diligência para esta finalidade.

Desta feita, devem ser excluídos da base de cálculo os valores decorrentes das transferências originadas da LIONFER COMERCIAL SIDERÚRGICA LTDA., por tratar-se de empresa do mesmo grupo econômico, e não representar faturamento da Impugnante.

Oportuno afirmar, também, que os faturamentos emitidos pela Impugnante através das Notas Fiscais obtidas pelo Sistema SPED-NFe não correspondem a faturamento para pagamento à vista, sendo que em todas as situações, os pagamentos foram realizados à prazo, o que acarreta numa evidente exigência de tributo à maior.

O quadro constante de fl. 35 do Termo de Verificação Fiscal indica a emissão de Notas Fiscais no ano-calendário 2010 no importe total de R\$ 16.602.007,90 (dezesesseis milhões, seiscentos e dois mil, sete reais e noventa centavos) e depósitos em conta corrente no valor de R\$ 31.536.390,97 (trinta e um milhões, quinhentos e trinta e seis mil, trezentos e noventa reais e noventa e sete centavos).

A diferença entre estes valores é de R\$ 14.934.383,07 (quatorze milhões, novecentos e trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e três reais e sete centavos), no entanto, a Autoridade Fiscal promoveu a tributação como receita omitida no valor de R\$ 19.187.504,98 (dezenove milhões, cento e oitenta e sete mil, quinhentos e quatro reais e noventa e oito centavos), o que implica numa tributação à maior da receita de

R\$ 4.253.121,91 (quatro milhões, duzentos e cinquenta e três mil, cento e vinte e um reais e noventa e um centavos).

Estas inconsistências apontam para irregularidade no trabalho fiscal desenvolvido, que mesmo diante da obtenção de informações acerca da emissão de documentos fiscais pela Impugnante, deixou de apurar corretamente a receita omitida em razão da ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários.

Assim, mister se faz o reconhecimento da ilegalidade do lançamento promovido.

DO REGIME DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO Disciplina o Artigo 530 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, que "O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)No entanto, verifica-se que a Autoridade Fiscal promoveu a apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mediante obtenção da base de cálculo mensal, o que acarretou uma majoração da obrigação tributária.

O quadro constante à fl. 35 do Termo de Verificação Fiscal indica que a Autoridade Fiscal promoveu a apuração da receita mensal para aplicação dos percentuais para obtenção da base de cálculo da obrigação tributária lançada.

No entanto, o quadro diverge da orientação legal, estatuída no Artigo 530 do RIR/99. Eis a norma de apuração correta:

Período Apuração	Valor Emissão NFs	Depósito sem comprovação	Valor Remanescente
1º Trimestre	-	4.387.547,00	4.387.547,00
2º Trimestre	3.812.309,88	2.485.578,03	-
3º Trimestre	7.227.532,43	7.216.916,24	-
4º Trimestre	5.562.165,59	17.446.349,70	11.884.184,11

A apuração de saldo remanescente de depósitos sem comprovação nos 2º e 3º trimestre é indevida, uma vez que é necessária a compensação dos saldos existentes com os negativos do mês seguinte.

Isto se faz necessário, porque a Autoridade Fiscal utilizou-se exclusivamente do regime de apuração caixa, deixando de verificar a necessidade de apuração pelo regime de competência. A emissão de Notas Fiscais de venda de produtos ou prestação de serviços não representam faturamentos à vista, necessariamente.

DA ILEGALIDADE DO AGRAVAMENTO DA MULTA.

A Autoridade Fiscal, arbitrariamente, promoveu o agravamento da multa punitiva, fixando-a no percentual de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) do valor da obrigação tributária correspondente aos documentos fiscais emitidos, nos termos do Artigo 44, inciso I, parágrafos 1º e 2º, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Verifica-se que a impugnante não recusou a promover a entrega dos livros e documentos fiscais/contábeis exigidos pela Autoridade Fiscal, apenas afirmando não os possuir.

O arbitramento do lucro dependeria, necessariamente, da intimação para que a Impugnante apresentasse livros e documentos fiscais/contábeis após conhecida a receita bruta decorrente dos depósitos bancários, porém, tal fato não ocorreu.

A inexistência de intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais/contábeis para fins de apuração do lucro real, impossibilita o arbitramento do lucro para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Mesmo que assim não fosse, há que verificar que a Autoridade fiscal promoveu a apuração da obrigação tributária sobre a receita bruta conhecida.

A presunção legal estabelecida pelo Artigo 42 da Lei Federal 9.430/96 possibilita o conhecimento da receita bruta da contribuinte e permite a apuração dos tributos federais devidos.

Posteriormente, aplicando-se a tributação pelo lucro presumido, é possível verificar, também a possibilidade de apuração das obrigações tributárias sem o arbitramento do lucro, como promovido pela Autoridade Fiscal.

Isto posto, imperioso o reconhecimento da nulidade do lançamento no que se refere as obrigações do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

A exigência da multa punitiva no percentual de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) exige concomitantemente a ocorrência das condições dos parágrafos 1º e 2º do citado dispositivo legal.

Desta feita, importante a análise das disposições dos artigos 71, 72 e 73 da Lei Federal 4.502/64:

(...)O agravamento da multa punitiva somente ocorrerá quando evidente a ocorrência de simulação, fraude, concluiu para a redução ou supressão de tributos.

Na hipótese, a Autoridade Fiscal afirma que o agravamento decorreu da prática reiterada pela Impugnante do expediente de não apresentação das receitas tributáveis através da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), chegando a afirmar que a prática ocorreu nos anos calendários de 2010, 2011 e 2012.

No entanto, o procedimento de fiscalização em análise restringe-se ao ano-calendário de 2010, não restando configurada a prática reiterada.

Frise-se que a Impugnante promoveu emissão de Notas Fiscais de venda de mercadorias e prestação de serviços e apresentou informações eletrônicas através do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

A Impugnante apresentou Declarações de Contribuições e Tributos Federais - DCTFs em todo o período fiscalizado, não se demonstrando omissa em relação ao cumprimento de obrigações tributárias acessórias, tampouco omitindo sua condição de ativa.

A Autoridade Fiscal não colocou à mostra qualquer *modus operandi* da Impugnante, tampouco descreveu condutas tipificadas como simulação ou fraude, nem apontou condutas dolosas da contribuinte.

Disciplina o Artigo 112 do Código Tributário Nacional que a Autoridade Administrativa observe a legislação mais benéfica ao contribuinte, especialmente, quanto a aplicação de penalidades pecuniárias ou administrativas.

Na hipótese, não houve nenhuma tentativa da Autoridade Fiscal em apontar elementos que configurassem a prática de atos fraudulentos ou simulados pela contribuinte, ora Impugnante.

A ausência desta demonstração impossibilita a aplicação da multa agravada, conforme disciplina a Súmula nº 14 do 1º Conselho de Contribuintes: "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".

Não há nenhum elemento de prova no sentido de apontar o intuito de fraude da Impugnante, sendo imperiosa a redução da multa punitiva agravada.

Nem se argumente que a ausência de apresentação da escrituração contábil configura hipótese suficiente para o agravamento da multa.

Neste sentido, é a orientação da jurisprudência administrativa:

Assim, o agravamento da multa punitiva demonstra-se inadmissível, devendo ser reduzida à 75% (setenta e cinco por cento).

DA INEXISTENCIA DE PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA ATRIBUIÇÃO DA SOLIDARIEDADE PASSIVA AOS IMPUGNANTES.

O Termo de Constatação Fiscal atribui aos Impugnantes Fernando, Mayara e Leocimar a sujeição passiva ao lançamento tributário promovido contra a Impugnante Lionfer, baseado em meras suposições e ilações, próprias da Autoridade Fiscal, sem qualquer discriminação da conduta delitativa praticada por cada um dos sujeitos passivos solidários.

Primeiramente cumpre ressaltar que a solidariedade é tema reservado exclusivamente à lei complementar pelas disposições do Artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal:

O Artigo 146, inciso III, da Constituição Federal traz um rol exemplificativo das matérias reservadas à lei complementar, sendo que ao especificar a competência para definição de contribuintes da obrigação tributária, ineludivelmente, também definiu competência exclusiva àquele instrumento normativo para definir os responsáveis solidários.

Neste sentido, fez este papel o Código Tributário Nacional que estabelece os critérios para a caracterização da responsabilidade tributária de outras pessoas que não o contribuinte direto da obrigação tributária, seja de forma solidária, seja subsidiária.

Assim, na hipótese a sujeição passiva ora debatida somente teria sustentação na hipótese estabelecida no Artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional:

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 jurídica de direito privado.

O dispositivo legal acima transcrito, textualmente, estabelece que a responsabilidade pessoal decorre da prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos pelos gerentes e administradores da pessoa jurídica.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça elenca que não se considera ato ilícito tendente a atribuir a sujeição passiva o simples inadimplemento do tributo, devendo se apurar a existência de dolo do sócio-gerente.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo nº 1.314.562/RS, relatado pelo Ministro Humberto Martins, na data de 14 de dezembro de 2010, através da Segunda Turma, assim assentou: "Somente a existência de dolo nº inadimplemento da obrigação configura infração legal necessária à efetivação da responsabilidade do sócio".

(...)

EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO DE SÓCIO GERENTE - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI. De acordo com o artigo 135 do Código Tributário Nacional, o sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade se ficar provado que agiu com dolo ou fraude. O mero inadimplemento tributário não enseja o redirecionamento da execução fiscal. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

S.T.J. - AgRg no Ag. 696047/BA – 2ª Turma - j. 06.11.2008 - Relator Ministro HUMBERTO MARTINS.

Os V. Acórdãos demonstram que é necessário que o Fisco aponte as condutas praticadas pelos sócios para que lhe seja imposta a responsabilidade pessoal pelas obrigações da sociedade.

LEANDRO PAULSEN, in obra "Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", 11a ed., Editora Livraria do Advogado, 2009, pág. 981 ajusta que "a responsabilidade tributária do administrador é analisada em artigo que diz ser pacífico o entendimento de que não basta ser sócio da empresa, mas é necessário que ele pratique atos típicos da administração para responder com seu patrimônio particular".

A sujeição passiva impõe a indicação do modus operandi dos sócios, e ainda a exposição dos atos omissivos ou comissivos deste que implique na sua responsabilização pessoal. Neste sentido dispôs o Superior Tribunal de Justiça em julgamento ao Agravo Regimental em Agravo nº 471.387/SC, relatado pelo Ministro JOSÉ DELGADO, na data de 25 de março de 2003, 1ª Turma: "Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente".

Na hipótese, a Autoridade Fiscal confunde a matéria colocada ao conhecimento desta Câmara Julgadora e afirma que a responsabilidade é solidária e decorre tanto de atos culposos quanto dolosos, o que é contrário ao entendimento esposado pelo Judiciário Pátrio.

A exposição de motivos para a atribuição da responsabilidade não traz nenhuma comprovação da prática de atos dolosos que possam caracterizar a responsabilidade pessoal dos co-Impugnantes.

Estabelecem as disposições do Artigo 112 do Código Tributário Nacional que "A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpretasse da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: III - a autoria, imputabilidade, ou punibilidade".

Na hipótese, não há indícios que comprovem a atuação dolosa de qualquer dos Impugnantes.

O Termo de Constatação Fiscal não aponta qual o papel desempenhado por cada um dos gerentes na administração da sociedade e a qual dele competia a condução gerencial da sociedade. Foram enquadrados como responsáveis pela obrigação tributária ante o mero fato de possuírem poderes de gerência, sem haver prova de que efetivamente o tenham exercido.

Assim, a condição do sócio com poderes de gerência, mas que efetivamente não exerce a gerência da sociedade equivale à situação do mero sócio quotista, pois tal como aquele não possui conhecimentos dos atos praticados ou das omissões permitidas no exercício da administração da sociedade.

Não basta a condição de sócio gerente no contrato social, sendo necessário que a Autoridade Fiscal comprove quem efetivamente gerenciou a sociedade no período em que as infrações foram constatadas.

Por oportuno, imperioso afirmar, ainda, que a sócia Mayara Bianchi Nogueira exerceu a condição de sócia gerente somente até a data de o período de 29 de março de 2.010.

Através da décima terceira alteração contratual da sociedade Impugnante, a ex-sócio Mayara cedeu e transferiu a totalidade de suas cotas sociais para o sócio remanescente Fernando e para o sócio admitido Leocimar, desligando-se do quadro de sócios da Impugnante.

Ainda, nesta décima terceira alteração contratual, verifica-se que os poderes de gerência da sociedade ficaram restritos ao sócio Fernando, sendo que o sócio Leocimar figura meramente como sócio quotista.

Oportuno afirmar, ainda, que o cumprimento das obrigações tributárias acessórias sempre ficou à cargo de escritório de contabilidade terceirizado, uma vez que nenhum dos Impugnantes possui habilitação técnica para promover demonstrações contábeis ou para prestar informações de natureza fiscal ou tributária à Receita Federal.

A capacidade de praticarem atos de comércio não os habilita, automaticamente, a praticarem os demais atos de gestão da sociedade comercial, logo, não sendo admissível que a responsabilidade seja atribuída de forma totalitária e solidária a todos os Impugnantes, devendo ser imposto a Autoridade Fiscal que indique a conduta de cada um dos Impugnantes para que se apure efetivamente a quem competia a administração da sociedade.

REQUERIMENTOS Assentado no princípio do contraditório e da ampla defesa, a Impugnante requer que seja determinado à autoridade Administrativa que preste as necessárias informações acerca da lavratura dos autos de infração e da impugnação apresentada.

Realizadas as diligências supra requeridas, e procedidas as dilações probatórias que se impõe, é a presente para requerer de V.Exa., que digne-se lhe dar integral provimento, seja acolhendo a preliminar aduzida, seja acolhendo as razões de mérito para decretar a IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO para reconhecer:

- a) Inexistência de requisitos para o arbitramento do lucro;
- b) Inexistência de causa para a presunção de omissão de receitas;

- c) Erro no regime de apuração do IRPJ e da CSLL;
- d) Ilegalidade no agravamento da multa;
- e) Inexistência de pressupostos para atribuição da solidariedade passiva aos co-Impugnantes.

É o relatório.

O Acórdão da DRJ (n. 14-60.094 – 3ª TURMA/DRJRPO, e-fls. 1323 e ss) considerou procedente em parte o lançamento que arbitrou o lucro referente ao ano calendário 2010, para excluir do lançamento do valores do PIS e da Cofins declarados em DCTF, nos valores de R\$ 5.324,34 e R\$ 24.544,30, respectivamente, afastar o agravamento da multa de ofício aplicada, reduzindo-a para 150%, manter a responsabilidade solidária atribuída aos sócios Fernando Pedra Toledo e Mayara Bianchi Nogueira (desta somente quanto aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2010) e excluir a responsabilidade solidária atribuída ao Sr. Leocimar Alcântara Emiliano. Assim dispôs em ementa:

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.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

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

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Cabível o arbitramento do lucro da pessoa jurídica na hipótese de ela omitir-se de apresentar à fiscalização os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2010 EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A decisão proferida no procedimento principal - Imposto de Renda Pessoa Jurídica - é aplicável ao lançamento decorrente da Contribuição Social sobre o Lucro, PIS e Cofins, em face da íntima relação de causa e efeito entre eles existente.

DILIGÊNCIA.

Dispensável a realização de diligência quando constam dos autos os elementos necessários para a solução da lide.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2010
MULTA QUALIFICADA.

Presentes nos autos fatos que caracterizam o intuito de fraudar o Fisco, aplica-se a multa qualificada.

MULTA AGRAVADA. REDUÇÃO.

Incabível a aplicação da multa de ofício majorada em 50% quando não se encontram materializados nos autos, de forma inequívoca, os pressupostos previstos na legislação tributária para sua majoração.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

É solidária a responsabilidade do sócio-administrador pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei.

Cientificado da decisão de primeira instância em 16/05/2016 (e-fl. 1374, 1376, 1378 e 1380), apresentaram Recurso Voluntário em conjunto, em 15/06/2016 (e-fl. 1411) em que repetem os termos da impugnação, destacando, em resumo:

- a obtenção da movimentação financeira da Recorrente ocorreu sem a apresentação de indícios de prática de atos ilícitos penais pela Recorrente ou seus representantes legais, e ainda, sem a obtenção de autorização judicial. Verifica-se que a obtenção ilícita dos dados relativos à movimentação bancária da Recorrente foi determinante para o lançamento tributário.
- a Autoridade Fiscal utilizou-se exclusivamente do regime de apuração caixa, deixando de verificar a necessidade de apuração pelo regime de competência. A emissão de Notas Fiscais de venda de produtos ou prestação de serviços não representam faturamentos à vista, necessariamente. Assim, o trabalho fiscal promoveu tanto a tributação da nota fiscal emitida, quanto do recebimento da duplicata mercantil extraída da fatura emitida, promovendo dupla tributação da receita.
- a decisão proferida desconsiderou a existência de transferências entre contas das empresas do mesmo grupo econômico, que não podem ser computadas como receitas novas e passíveis de tributação.
- não restou caracterizado nenhum dos elementos descritos no Artigo 148 do Código Tributário Nacional que ensejasse o arbitramento do lucro da pessoa jurídica Recorrente. O arbitramento do lucro resultou na aplicação de dupla penalidade à Recorrente, que além do agravamento da alíquota aplicada à base de cálculo, ainda, foi penalizada pela aplicação de multa punitiva.
- no período fiscalizado a contribuinte considerava-se imune e entregou DIPJ como tal. Assim, o fato da fiscalizada considerar imune está a demonstrar que quando entregou declaração zerada não estava agindo com o intuito de ocultar, sonegar ou retardar o conhecimento dos fatos geradores por parte da fiscalização, pois não se considerava devedora dos tributos exigidos a partir da expedição, dois anos mais tarde, de Ato Declaratório Suspensivo do benefício da imunidade, com efeitos retroativos.
- a não apresentação de documentos necessários à demonstração do lucro real tem como consequência o arbitramento nos termos do artigo 148 do CNT e artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995. Contudo, uma vez arbitrado o lucro pela falta de apresentação dos documentos exigidos, não cabe o agravamento da multa.
- No momento em que a autoridade fiscal dispões da movimentação financeira do contribuinte, o não atendimento deste para comprovar a origem ou a demonstração da

escrituração contábil e tributação dos mesmos tem como consequência a presunção de receita omitida, não cabendo o agravamento da multa

- a evidência da intenção dolosa exigida na lei para a qualificação da penalidade aplicada há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. A movimentação bancária desproporcional as receitas declaradas, mesmo que de forma continuada, bem como a apuração de depósitos bancários em contas de titularidade do contribuinte não justificados e não escriturados, independentemente do montante movimentado, por si só, não caracterizam evidente intuito de fraude,

- há que se ajustar que considerando os próprios fundamentos da decisão guerreada, a responsabilidade da sócia MAYARA deve ser reduzidas apenas para o primeiro trimestre do ano calendário de 2.010. Isto porque, equivocadamente, a decisão considerou a data de registro na Jucesp como a data do desligamento da co-recorrente do quadro societário da pessoa jurídica. As alterações contratuais anexas apontam, no entanto, que a co-recorrente manteve-se na sociedade comercial apenas no período de 03 de dezembro de 2.009 (admissão) até 29 de março de 2.010 (retirada).

- por outro lado, há que se considerar que tanto a responsabilidade da co-Recorrente Mayara e do co-Recorrente Fernando devem ser excluídas, visto que o lançamento tributário decorre de presunção legal, autorizada pelo Artigo 42 da Lei Federal n 9.430/96.

- Assente-se que o lançamento tributário apenas promoveu a aplicação de multa qualificada nas omissões de receitas decorrentes da emissão de Notas Fiscais não oferecidas à tributação. Relativamente a omissão de receita presumida, em razão dos depósitos bancários não justificados e não escriturados, a multa aplicada é aquela prevista no Artigo 44, I, da Lei Federal n 9.430/96, porque não configurada a prática de atos com dolo.

VOTO

Conselheiro **Lizandro Rodrigues de Sousa**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo. Cumpridos os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal – TVF (e fls. 71/130), relativamente ao ano-calendário de 2010, foram constatadas as seguintes infrações:

- 1) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA;
- 2) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL NA REVENDA DE MERCADORIAS;
- 3) OMISSÃO DE RECEITA BRUTA MENSAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL;
- 4) OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL (DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA)

Apesar do faturamento determinado por diligência do Fisco, o contribuinte entregou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica/DIPJ. exercício 2011, ano calendário-2010, apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Presumido, com todos os campos dos valores de faturamento, receitas, despesas e cálculos dos valores dos tributos devidos “zerados”.

Além disso, intimado a apresentar sua escrituração contábil e movimentação bancária, entre outros documentos (e-fls. 239 e 248), o contribuinte omitiu-se.

Diante da omissão, e considerando que a empresa movimentou em instituições financeiras o montante aproximado de R\$ 190.000.000,00 (dados constantes nos sistemas da Receita Federal do Brasil, obtidos através das Declarações DIMOF (Declaração de Movimentação Financeira) entregues pelas Instituições Bancárias), foi emitido a competente Requisição de Movimentação Financeira (e-fl. 726 e ss) para a solicitação de extratos bancários para as instituições financeiras (na forma do art. 6º da LC 105/2001), sem a obtenção de autorização judicial conforme permissivo legal. Em 03 de julho de 2014, o contribuinte foi intimado a pronunciar-se sobre os lançamentos dos depósitos bancários constantes das planilhas denominadas Planilhas de Lançamentos dos Depósitos. Em nenhum momento, o contribuinte se prontificou a apresentar os esclarecimentos e documentos, obrigado pela legislação societária e tributária a tal, requeridos nos Termos de Intimação lavrados.

Paralelamente, foram pesquisados no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, se a empresa fiscalizada tinha emitido Notas Fiscais de Vendas de Produtos de sua fabricação. Conforme reporta o TVF:

45. Constatou-se que houve emissões de Notas Fiscais de Saída no ano calendário de 2010 no montante total de R\$ 31.699.853,34 (trinta e um milhões, seiscentos e noventa e nove mil, oitocentos e cinquenta e três reais, trinta e quatro centavos);

46. Considerando somente as emissões relativas às vendas de produção (não contando as Notas de Fiscais de simples remessa) o valor total perfaz um montante de R\$ 16.602.007,90 (dezesesseis milhões, seiscentos e dois mil, sete reais e noventa centavos);

47. Estas emissões de Notas Fiscais de Vendas de Produção, juntamente com as Movimentações Bancárias ocorridas nas contas correntes, demonstram, claramente, que a empresa fiscalizada teve vida produtiva e comercial durante o ano calendário fiscalizado, entretanto, deixou de cumprir com suas obrigações tributárias, apresentando suas declarações (especialmente a Declaração de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ/2011 AC 2010) com os dados zerados e não tendo recolhido os tributos porventura devidos;

(...)

50. Com os dados extraídos dos Depósitos Bancários sem Comprovação de Origem e das emissões das Notas Fiscais de Vendas de Produtos (Notas Fiscais de Saída de Produtos), construiu-se a tabela a seguir, onde estão demonstradas as receitas da empresa no ano calendário de 2010, e que foi omitido pelo fiscalizado, as quais servirão como alicerces para a determinação da Base de Cálculo dos tributos devidos, os quais não foram apurados e nem recolhidos pela empresa fiscalizada, não cumprindo com suas Obrigações Tributárias, infringindo, desta feita, com os ditames impostos pela Legislação Tributária;

Tabela 06 – Definição da Base de Cálculo – Valores a serem lançados de Ofício

Mês	Valor a ser Lançado Emissão NF Saída - Vendas	Depósitos Sem Comprovação	Valor a ser Lançado Depos. Bancários sem Comprovação.
janeiro		1.150.721,68	1.150.721,68
fevereiro		1.482.897,04	1.482.897,04
março		1.753.928,28	1.753.928,28
1º trimestre		4.387.547,00	4.387.547,00
abril	1.482,36	684.239,64	682.757,28
maio	2.142.531,00	1.258.194,24	0,00
junho	1.668.296,52	543.144,15	0,00
2º trimestre	3.812.309,88	2.485.578,03	682.757,28
julho	1.858.428,28	149.617,97	0,00
agosto	2.678.911,53	2.144.089,06	0,00
setembro	2.690.192,62	4.923.209,21	2.233.016,59
3º trimestre	7.227.532,43	7.216.916,24	2.233.016,59
outubro	1.616.279,83	5.019.704,27	3.403.424,44
novembro	2.466.647,55	7.516.911,06	5.050.263,51
dezembro	1.479.238,21	4.909.734,37	3.430.496,16
4º trimestre	5.562.165,59	17.446.349,70	11.884.184,11
total	16.602.007,90	31.536.390,97	19.187.504,98

Quando se é conhecida a Receita Bruta auferida pelo contribuinte no ano calendário, deve-se arbitrar o lucro de acordo com as regras descritas no artigo 532 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, e assim foi feito, de ofício. O Recorrente alega a necessidade de apuração de sua receita pelo regime da competência, mas esquece-se que não apresentou qualquer documento contábil que pudesse embasar tal levantamento. A única informação que se dispõe são as advindas das notas fiscais que informam a data de cada faturamento. Logo, a base de cálculo a ser aplicada está disciplinada pelos arts. 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99.

Reclama ainda a Recorrente que a decisão proferida teria desconsiderado a existência de transferências entre contas das empresas do mesmo grupo econômico. Mesmo considerando que a Recorrente não identificou quais seriam estas transferências, tais movimentações não poderiam ser desconsideradas, conforme dispõe o § 3º do art. 42 da 9.430/96:

Art. 42.

(...)

§ 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;

Alega a Recorrente que no período fiscalizado considerava-se imune e entregou DIPJ quando entregou declaração zerada não estava agindo com o intuito de ocultar, sonegar ou retardar o conhecimento dos fatos geradores por parte da fiscalização, pois: “*não se considerava devedora dos tributos exigidos a partir da expedição, dois anos mais tarde, de Ato Declaratório Suspensivo do benefício da imunidade, com efeitos retroativos*”. O Recorrente não apresentou qualquer prova do alegado. Não há também, no TVF ou na DIRPJ apresentada qualquer indício de que o Recorrente detinha qualquer benefício fiscal.

Solicita, ainda, a Recorrente que, se com, há que se ajustar que considerando os próprios fundamentos da decisão guerreada, a responsabilidade da sócia MAYARA deve ser reduzida apenas para o primeiro trimestre do ano calendário de 2.010. Isto porque, equivocadamente, a decisão teria considerado a data de registro na Jucesp como a data do desligamento da co-recorrente do quadro societário da pessoa jurídica. Mas as alterações contratuais que anexara apontariam que a co-recorrente manteve-se na sociedade comercial apenas no período de 03 de dezembro de 2.009 (admissão) até 29 de março de 2.010 (retirada).

Mas, o documento anexado pela recorrente atesta que a sócia Mayara retira-se da sociedade em 08/07/2010:

NUM.DOC: 053.443/10-0	SESSÃO: 23/02/2010
CAPITAL DA SEDE ALTERADO PARA \$ 2.000.000,00 (DOIS MILHÕES DE REAIS).	
REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE FERNANDO PEDRA TOLEDO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 261.857.598-96, RESIDENTE À RUA JOAQUIM JOSE TEIXEIRA NOGUEIRA, 40, JD MONTE SANTO, SUMARE - SP, CEP 13175-130, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 1.000.000,00.	
RETIRA-SE DA SOCIEDADE JOSÉ GOMES DE MORAES SEGUNDO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 823.627.938-34, RESIDENTE À AVENIDA IPE ROXO, 610, CASA 92, VILA FLORA, SUMARE - SP, CEP 13175-658, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 4.000,00.	
ADMITIDO MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 360.279.138-60, RG/RNE: 353715670 - SP, RESIDENTE À RUA JOAO PAULO I, 80, JARDIM SAO JUDAS TA, SUMARE - SP, CEP 13180-560, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 1.000.000,00.	
ALTERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA / OBJETO SOCIAL DA SEDE PARA SERVIÇOS DE USINAGEM, SOLDA, TRATAMENTO E REVESTIMENTO EM METAIS, FABRICAÇÃO DE OUTROS PRODUTOS DE METAL NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE, COMISSARIA DE DESPACHOS.	
CORREÇÃO DE CNPJ 00.011.284/0001-11	
CONSOLIDAÇÃO CONTRATUAL DA MATRIZ.	
NUM.DOC: 231.167/10-6	SESSÃO: 08/07/2010
REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE FERNANDO PEDRA TOLEDO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 261.857.598-96, RESIDENTE À RUA JOAQUIM JOSE TEIXEIRA NOGUEIRA, 40, JD MONTE SANTO, SUMARE - SP, CEP 13175-130, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 1.980.000,00.	
RETIRA-SE DA SOCIEDADE MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 360.279.138-60, RESIDENTE À RUA JOAO PAULO I, 80, JARDIM SAO JUDAS TA, SUMARE - SP, CEP 13180-560, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 1.000.000,00.	
ADMITIDO LEOCIMAR ALCANTARA EMILIANO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 347.834.048-60, RG/RNE: 427267900 - SP, RESIDENTE À RUA JOAO PAULO I, 80, JARDIM SAO JUDAS TA, SUMARE - SP, CEP 13180-560, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 20.000,00.	
ABERTURA DE FILIAL NIRE PROVISÓRIO 42999080797. SITUADA À: AVENIDA RIO BRANCO, 404, SALA 1001, CENTRO, FLORIANOPOLIS - SC, CEP 88015-201, COM OBJETO DESTACADO DE PRODUÇÃO DE LAMINADOS PLANOS DE AÇOS ESPECIAIS. COM INÍCIO DAS ATIVIDADES: 28/03/2010.	

Neste sentido, assim dispôs o TVF:

5. Também durante o ano calendário de 2010 (janeiro/2010 até julho 2010), a empresa teve como sócia administradora MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, brasileira, brasileira, CPF/MF 360.279.138-60, RG 35.371.567-0, residente na Av. Engenheiro Jose Francisco Bento HO,1160,Torre Finity Apto 221, CRP 13091-700, Jardim Madalena, Campinas, estando presente na sociedade, com 50% (cinquenta cento) das cotas da empresa, retirando da sociedade durante o exercício, termos estes constantes nº Instrumento Particular de Alteração Contratual, 13ª alteração, registrado na JUCESP sob Nº 231.167/10-6, de 08 de julho de 2010;

6. A sócia acima foi admitida na empresa em 03 de dezembro de 2009, conforme constante do Instrumento Particular de Alteração Contratual de Sociedade Limitada, 12ª alteração, registro JUCESP 53.443/10-0, com poderes de administração da sociedade (art 5º da referida Alteração Contratual);

Quanto às demais disposições, concordo com o decidido pela DRJ, razão pela qual reproduzo seus termos como razão de decidir:

Sigilo bancário A contribuinte alega nulidade do auto de infração em função de violação do sigilo bancário, que a LC nº 105/01 fere a CF e ausência de demonstração da indispensabilidade de emissão das RMF.

A respeito dessa alegação, cabe assinalar que conforme se constata às fls. 721/737, as RMF(s) indicam a sua indispensabilidade para o andamento do procedimento de fiscalização nos termos do art. 4º § 6º do Decreto nº 3.724, de 2001.

Art. 145 ...

§ 1º Sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

E o CTN, com status de lei complementar, assim já previa, in verbis:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Posteriormente, a Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, dispôs sobre o acesso às informações bancárias, condicionando a requisição ao início do procedimento fiscal e à regulamentação ministerial:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1.964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Contudo, no presente contexto, já se tem a LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determinando:

Art.1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

(...)Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

O acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal:

(...)§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

(...)§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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.

Seguindo-a, a Lei nº 10.174, de 2001, e o Decreto nº 3.724, de 2001, apenas regeram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão-só ao Poder Judiciário, sob o argumento de que somente este atua com a razoabilidade necessária à garantia do direito fundamental à intimidade ou à inviolabilidade de dados. Os atos legais e regularmente mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida.

Importa também acrescer que não há previsão expressa na Constituição quanto à inviolabilidade do sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria.

E, mesmo pressupondo tal garantia, cumpre observar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.780-5, em 13/04/1999, o ministro Carlos Veloso assim se manifesta:

A questão, portanto, de quebra do sigilo, resolve-se com observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário.

A questão, portanto, não seria puramente condicional. A quebra do sigilo bancário faz-se com a observância, repito, de normas infraconstitucionais, que subordinam-se ao preceito constitucional. É de dizer, aquelas normas sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, porque, em termos abstratos ou materiais, poderiam não estar conforme ao mandamento constitucional.

Ainda neste voto, embora identificado o direito ao sigilo bancário como espécie de direito à privacidade, o Ministro reporta-se a julgado anterior no qual admite que ele ceda na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei. E, embora cogite da impossibilidade deste procedimento ser veiculado por meio de leis ordinárias, dada a prerrogativa conferida ao Poder Judiciário pela Lei nº 4.595, de 1964, com status de lei complementar, é de se observar que à época daquele julgado ainda não havia sido editada a LC nº 105, de 2001.

Também o Superior Tribunal de Justiça, antes da edição da LC nº 105, de 2001, entendia possível o acesso aos dados protegidos por sigilo bancário. Veja-se a seguinte ementa:

É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada. [STJ – Corte Especial – AgReg do IP n.º 187/DF – Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira – Diário de Justiça, Seção I, 16/09/96]

Assente está, nos Tribunais Superiores, que o sigilo bancário não é absoluto e deve ceder em face do interesse público relevante. E, na sistemática estruturada pela LC nº 105, na Lei nº 10.174 e no Decreto nº 3.724, todos de 2001, as circunstâncias em que presentes esse interesse são especificadas, inexistindo discricionariedade. O ato administrativo é vinculado às determinações legais, e estas correspondem à concretização da vontade do legislador de, naquelas hipóteses específicas, submeter as informações bancárias ao crivo fiscal.

Assim, uma vez presente o comando expresso, em lei ordinária e complementar, autorizando o exame de informações bancárias, cumpre acatá-lo e utilizá-lo, até porque, não cabe aos agentes públicos questionarem a constitucionalidade de lei vigente, mediante juízos subjetivos, dado o princípio da legalidade que vincula a atividade administrativa.

A corroborar todo o exposto, reproduzem-se os fragmentos da decisão proferida no Agravo nº 138263, pelo Relator, Juiz Federal convocado, Carlos Muta, no TRF da 3ª Região, 3º Turma – Processo 2001.03.00.027704-8- DJU de 13.11.2001, p. 590, reproduzido pela Revista Dialética de Direito Tributário nº 76, p. 216/219:

Em coerência com a legislação complementar, a Lei 10.174, de 09.01.2001, introduziu alteração no art. 11 da Lei 9.311/96, permitindo que a Secretaria da Receita Federal, na posse das informações a respeito da movimentação financeira de titulares de contas bancárias, utilize-os para verificação da

existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, e para o lançamento de crédito porventura existente, ...

Como se observa, (...), é possível reconhecer que a legislação foi minuciosa e criteriosa na identificação das situações sujeitas à quebra do sigilo bancário e dos procedimentos necessários a tanto, resguardando, por meio do sigilo fiscal, as informações prestadas e os dados aferidos pelo exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, e reservando o seu uso a fins específicos, que não transcendem ao que necessário para o regular, justificado, proporcional e razoável exercício da competência constitucional e legal que possui o Estado-Administração de arrecadar os tributos e fiscalizar o cumprimento das obrigações fiscais.

Tampouco procede a tese de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. Com efeito, não existe direito adquirido à sonegação de informações ou de tributos ao Estado, mas apenas a possibilidade de invocação de decadência ou prescrição,(...). Por isso é que, prima facie, deve-se compreender que a criação de mecanismos de fiscalização e apuração de crédito tributário por lei nova não impede a sua aplicação mesmo no período anterior, desde que ainda possua o Fisco o poder de imposição, seja constituindo, seja revisando o lançamento efetuado pelo contribuinte. Em casos que tais, não se trata, por evidente, de criação ou majoração de tributo, com alteração da legislação vigente na data do fato gerador, mas apenas e tão-somente, da aferição da existência de tributo, devido conforme a lei da época, mas, eventualmente, não recolhido ou não declarado pelo contribuinte: em suma, a legislação impugnada não cria nem majora, em absoluto, qualquer tributo, mas apenas permite que o Fisco combata a sonegação fiscal, quando e se existente, o que é diferente.

Ainda, cumpre observar que o acesso às informações bancárias não configura, propriamente, quebra do sigilo bancário, haja vista a imposição às autoridades administrativas de seu resguardo durante todo o procedimento, não só em virtude do sigilo fiscal determinado no art. 198 do CTN, como também do disposto no art. 5º, § 5º, e art. 6º, parágrafo único, ambos da LC nº 105, de 2001. Ademais, as informações se prestam apenas à constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal. Há, na verdade, mera transferência do sigilo, que antes vinha sendo assegurado pela instituição financeira e passa a ser mantido pelas autoridades administrativas.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso extraordinário (RE) nº 601314, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, se posicionou a esse respeito, fixando a tese de que 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”.

Portanto não se constata a ilegalidade argüida, não sendo motivo de nulidade do lançamento.

Nulidade do auto de infração Quanto a preliminar de nulidade, sob alegação de erro na determinação do valor da receita omitida com base no art. 42 da lei nº 9.430, de 1992 (presunção legal) e ilegalidade na obtenção dos extratos bancários, não cabe razão à impugnante.

Como visto, a obtenção dos depósitos bancários seguiu as normas legais e, a determinação da receita omitida, como se verá adiante, também atende a legislação tributária, não havendo motivo para considerar nulo o auto de infração.

Cabe ainda registrar que conforme o disposto no art. 59 do PAF, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, assim como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente, o que aqui não se verificou. A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, somente ocorre nas decisões de primeira e segunda instância, quando são aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Antes da apresentação da impugnação, não há litígio, não há contraditório, o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco.

Tampouco se verificou qualquer nulidade formal no lançamento ocasionada pela inobservância do que dispõe o art. 10 da mesma norma. Os autos de infração foram lavrados cumprindo-se as formalidades legais essenciais, informando a origem da autuação, a capitulação legal clara e coerente com a descrição dos fatos dados como infringidos, a multa aplicada e correspondente fundamento legal. Eles se fizeram acompanhar pelo Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, que relatou todos os fatos e especificou a infração apurada. Estão presentes no processo todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, nos termos do disposto no art. 9º do PAF.

Saliente-se que a contribuinte foi intimada de todos os atos praticados pela autoridade fiscal no curso da ação fiscal, de modo a ter perfeito conhecimento das provas juntadas aos autos, dos argumentos invocados, das medidas adotadas pela fiscalização, enfim, do curso do processo como um todo, inclusive as informações contidas nos extratos bancários solicitados às instituições financeiras.

Ainda, após a ciência do lançamento, a contribuinte teve o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no órgão preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os documentos que entendesse necessários, exercitando, assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, não é de se acatar a preliminar de nulidade do lançamento.

Omissão de receita Os valores depositados, cuja origem não ficou comprovada, foram tributados como receita omitida com base na presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Dispõe referida norma:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou 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 omitidos será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Trata-se de uma presunção legal de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

Em relação às presunções de omissão de receita, destaca-se que essas são classificadas pela doutrina como espécies de provas indiretas.

A doutrina do Direito Tributário identifica duas espécies distintas: as legais e as simples (comuns). As presunções legais se subdividem em absolutas (jure et de jure) e relativas (jures tantum). As presunções absolutas não admitem prova em contrário ao fato presumido, já as relativas admitem prova contrária, reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário.

As presunções legais relativas provocam a chamada “inversão do ônus da prova”, cabendo ao contribuinte provar que o Fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito, este é o entendimento expresso pelo Código de Processo Civil, art. 333, II.

A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já oferecidos à tributação, ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

Conforme anteriormente relatado, a contribuinte foi intimada e reintimada a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados/creditados nas suas contas bancárias (relacionados às fls. 738/1167 e Tabela 04 anteriormente reproduzida). Dos valores relacionados às fls. 738/1167, passíveis de comprovação da origem, num total de R\$ 31.536.390,97, a contribuinte nada comprovou. O Fisco, tendo constatado que R\$ 16.602.007,90 corresponde à receita anual relativa à venda de produtos e serviços e revenda de mercadorias, conforme demonstrado na Tabela 06 (fl.94) anteriormente reproduzida, considerou justificados alguns dos depósitos.

Como visto, restaram sem comprovação os valores depositados de janeiro a março. De abril a dezembro, foi levada em conta a receita relativa às notas fiscais emitidas.

Observe-se que não foram lançados os depósitos efetuados em maio, junho julho e agosto, por considerar que estes foram totalmente justificados pelas notas fiscais emitidas nos respectivos meses, restando tributáveis, nos demais meses, a diferença não justificada com emissão de notas fiscais.

No presente caso, a omissão de receita tributável por presunção legal, de acordo com o art. 42 e § 1º da Lei nº 9.430, de 1996, relativa aos trimestres do ano-calendário de 2010, corresponde a R\$ 4.387.547,00; R\$ 682.757,28; R\$ 2.233.016,59 e 11.884.184,11 respectivamente nos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres, cuja soma monta em R\$ 19.187.504,98.

Portanto, a divergência apontada pela impugnante não existe. No demonstrativo elaborado em sua impugnação, não considerou que nos meses de abril e setembro restaram sem comprovação depósitos nos valores de R\$ 682.757,28 e R\$ 2.233.016,59, respectivamente, o que implicou na tributação desses valores no 2º e 3º trimestres.

Ressalte-se que o § 1º do art. 42 da referida lei, dispõe que o valor das receitas ou rendimentos omitidos será considerado auferido ou recebido no mês do

crédito efetuado pela instituição financeira. Assim, não cabe alegar terem sido lançados valores a maior, tampouco que não foi utilizado o correto regime de tributação. As receitas auferidas mensalmente, descritas nos autos de infração do IRPJ e da CSLL, foram tributadas a cada trimestre correspondente atendendo à norma legal, portanto de forma correta.

Arbitramento do Lucro Cumpre inicialmente esclarecer que o arbitramento do lucro não caracteriza aplicação de penalidade ou sanção, tratando-se apenas de um regime de apuração do lucro tributável, aplicável nos casos previstos em lei.

O art. 530, do Decreto nº 3000, de 1999, dispõe:

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

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

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para: (V. NOTA 1533 APÓS A ALÍNEA b)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 do parágrafo único do art. 527; (grifei)Conforme anteriormente relatado, a contribuinte foi devidamente intimada a tornar disponíveis para exame todos os documentos que embasaram a escrituração contábil e fiscal da pessoa jurídica, mas não foram apresentados.

Dessa forma, reputa-se correto o arbitramento do lucro.

Multa de ofício Quanto a multa aplicada cabe observar o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 :

A Lei nº 9.430, de 1996, no art. 44, I e § 1º dispõe:

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

(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho 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 15 de junho de 2007)

II – (...)§ 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 15 de junho de 2007)Lei nº 4.502, de 1964:

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 de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda 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 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.

A fiscalizada apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica/DIPJ do exercício 2011, ano calendário-2010, apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Presumido, arquivada no sistema com o seguinte protocolo: ND 0000918397. Entretanto, apresentou os campos dos valores de faturamento, receitas, despesas e cálculos dos valores dos tributos devidos “zerados”. Da mesma forma apresentou as suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais, apuração pelo Lucro Presumido, relativas aos anos calendários 2011 (protocolo ND 0000384657), 2012 (ND 0000298203) e 2013 (ND 0000014689), com os campos de faturamento, despesas e cálculos dos valores dos tributos devidos “zerados”.

Embora a autoridade administrativa tenha efetuado lançamento somente relativo ao ano-calendário de 2010, o modus operandi da empresa até o ano-calendário de 2013 revelou o evidente intuito de sonegar tributo, o que justifica aplicação de multa qualificada(150%) prevista no § 1º da referida norma.

Ressalte-se que o fato de ter apresentado DCTF com débitos de PIS e Cofins em alguns meses do ano-calendário, não afasta a hipótese prevista no art. 71 acima citado.

Majoração da multa em 50%.

No que se refere à multa agravada (225%), aplicada sobre a infração correspondente, teve sua exigência baseada no disposto na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997.

Dispõe o citado § 2º do art. 44:

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

(...)§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

- a) prestar esclarecimentos;
- b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;
- c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.

Excluídas as hipóteses previstas nas alíneas b e c, que não foram apontadas pelo autuante, resta analisar se ocorreu o fato previsto na alínea a, ou seja, “prestar esclarecimentos”. Segundo o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.11 e Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos “esclarecer” significa explicar, elucidar, deslindar, nº sentido de tornar claro, inteligível, dando compreensão ao que é esclarecido.

Não me parece que a não apresentação dos livros, extratos bancários e comprovantes que dariam suporte à escrituração possa ser tomada como “falta de esclarecimentos”. Quanto aos esclarecimentos solicitados que dizem respeito ao ativo permanente, em nada

influenciaram o presente lançamento. A não apresentação dos livros e documentos implicou o arbitramento do lucro e a apuração de omissão de receita, e não pode servir de justificativa para majorar a multa em 50%. Se fosse esta a intenção do legislador, teria ele expressamente previsto que a não apresentação de tais documentos ensejaria a majoração da multa em 50%.

Sobre esta matéria, trago à colação alguns julgados do Conselho de Contribuintes, que se coadunam com o entendimento aqui esposado:

RECURSO EX OFFICIO – ARBITRAMENTO – EMBARAÇO NA EXIBIÇÃO DE LIVROS E DE DOCUMENTOS FISCAIS - AGRAVAMENTO DA PENALIDADE – IMPROCEDÊNCIA – Incabível a majoração da multa de ofício, nos termos do § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, em face da não exibição, à fiscalização, de livros comerciais e fiscais, bem como de documentos que amparariam sua tributação com base no lucro real e que, por isso, motivaram o arbitramento do lucro pela autoridade lançadora.(Acórdão 107-07922, de 27/01/2005)MULTA AGRAVADA - RECUSA NA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS - ARBITRAMENTO DO LUCRO - IMPOSSIBILIDADE DE SUA CUMULAÇÃO - Se a causa que levou a autoridade fiscal ao arbitramento foi justamente a recusa do contribuinte em apresentar seus livros e documentos, uma das hipóteses legais do arbitramento, não é cabível a imposição do agravamento da penalidade de que trata o art. 959 do RIR/99.(Acórdão 105-16277, de 28/02/2007)

Dessa forma, cabe reduzir, de 225% para 150%, a multa de ofício exigida nesse patamar.

Pedido de realização de diligência.

A contribuinte alegou que não foram excluídos valores de créditos relativos a conta de mesma titularidade. Os créditos de mesma titularidade que foram possível ser identificados no documento fornecido pelas instituições financeiras, foram excluídos, assim também os cheques devolvidos e outros.

Observe-se que a Autoridade Fiscal intimou regularmente a contribuinte se manifestar a respeito da Planilha que demonstram os créditos cuja origem deveria ser comprovada.

Não se manifestou a respeito, nenhum documento foi apresentado para comprovar a origem dos créditos/depósitos, tampouco na fase impugnatória. Somente alegou que alguns créditos seriam referentes a transferências de empresa do grupo, mas não apresentou qualquer prova da origem do alegado crédito, sequer os apontou.

Portanto o presente julgamento não prescinde de novas verificações por parte do Fisco para concluir a ocorrência da omissão de receita por presunção legal. Como anteriormente explicitado, é ônus da contribuinte a prova da não ocorrência da infração.

Portanto deve ser indeferido o pedido de diligência

(...)

Responsabilidade tributária O Código Tributário Nacional - CTN, Lei Nº 5.172, de 25/10/1996, trata da responsabilidade pelos pagamentos dos tributos.

De forma bastante clara, o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional reza que os diretores, gerentes ou representantes das Pessoas Jurídicas de Direito Privado são responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Como visto a lei tributária foi infringida.

É importante ressaltar que este tipo de responsabilização, consoante pacificação do Superior Tribunal de Justiça - STJ, tem natureza de responsabilidade solidária e decorre

tanto de ato culposo como de ato doloso; O sócio administrador da sociedade tem como encargo básico zelar pela saúde econômica e financeira da empresa, não praticando atos que possam ser caracterizados como administração temerária, tal qual foi feito, de tal modo a esconder alguma operação que quisesse ser ocultada, fugindo das obrigações a que a lei determina e expondo a empresa a condições que comprometessem a sua existência econômica.

No caso, foram considerados sócios administradores da empresa:

FERNANDO PEDRA TOLEDO, LEOCIMAR ALCÂNTARA EMILIANO e MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, todos devidamente identificados nos referidos termos.

Relativamente ao ano-calendário de 2010, é de se observar que de acordo com a 13ª Alteração Contratual, registrada na Jucesp em 08/07/2010, constavam como únicos sócios da empresa LIONFER INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA, FERNANDO PEDRA TOLEDO e MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, ambos com poderes de administração de acordo com o estabelecido na alteração contratual anterior.

De acordo com o art. 1º da alteração contratual registrada em 08/07/2010, foi admitido na sociedade LEOCIMAR ALCÂNTARA EMILIANO, ali identificado. O art. 2º dessa alteração contratual revela que a sócia MAYARA BIANCHI NOGUEIRA retirou-se da sociedade. Consta do art. 7º (capítulo III):

A administração da sociedade caberá ao sócio, FERNANDO PEDRA TOLEDO, com poderes e atribuições de representar a firma isoladamente ativa e passiva, judicial ou extrajudicialmente, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, nº entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações seja em favor de qualquer dos cotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar bens imóveis da sociedade sem autorização do outro sócio.

Portanto, consoante o que dispõe o art. 135, III, do CTN, reputa-se que são responsáveis pelos tributos relativos aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2010, FERNANDO PEDRA TOLEDO, integralmente, e MAYARA BIANCHI NOGUEIRA, relativamente ao período de janeiro a junho, devendo ser excluída a responsabilidade atribuída a LEOCIMAR ALCÂNTARA EMILIANO, por não ser apontado no contrato social como sócio administrador, nem constar dos autos qualquer documento que assim o qualifique.

Referindo-se ao quadro constante de fl. 35 do Termo de Verificação Fiscal, que indica a emissão de Notas Fiscais no ano-calendário 2010 no importe total de R\$ 16.602.007,90 (dezesseis milhões, seiscentos e dois mil, sete reais e noventa centavos) e depósitos em conta corrente no valor de R\$ 31.536.390,97 (trinta e um milhões, quinhentos e trinta e seis mil, trezentos e noventa reais e noventa e sete centavos), a então Impugnante protestou por entender que a omissão de receitas resumir-se-ia à diferença entre estes valores (tomados anualmente) de R\$ 14.934.383,07 (quatorze milhões, novecentos e trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e três reais e sete centavos).

No entanto, a Autoridade Fiscal promoveu a tributação como receita omitida no valor de R\$ 19.187.504,98 (dezenove milhões, cento e oitenta e sete mil, quinhentos e quatro reais e noventa e oito centavos), o que implicaria, segundo a Impugnante, numa tributação à maior da

receita de R\$ 4.253.121,91 (quatro milhões, duzentos e cinquenta e três mil, cento e vinte e um reais e noventa e um centavos).

Retomemos a reprodução da tabela 06, que discrimina a base de cálculo dos valores lançados:

Tabela 06 – Definição da Base de Cálculo – Valores a serem lançados de Ofício

Mês	Valor a ser Lançado Emissão NF Saída - Vendas	Depósitos Sem Comprovação	Valor a ser Lançado Depos. Bancários sem Comprovação.
janeiro		1.150.721,68	1.150.721,68
fevereiro		1.482.897,04	1.482.897,04
março		1.753.928,28	1.753.928,28
1º trimestre		4.387.547,00	4.387.547,00
abril	1.482,36	684.239,64	682.757,28
maio	2.142.531,00	1.258.194,24	0,00
junho	1.668.296,52	543.144,15	0,00
2º trimestre	3.812.309,88	2.485.578,03	682.757,28
julho	1.858.428,28	149.617,97	0,00
agosto	2.678.911,53	2.144.089,06	0,00
setembro	2.690.192,62	4.923.209,21	2.233.016,59
3º trimestre	7.227.532,43	7.216.916,24	2.233.016,59
outubro	1.616.279,83	5.019.704,27	3.403.424,44
novembro	2.466.647,55	7.516.911,06	5.050.263,51
dezembro	1.479.238,21	4.909.734,37	3.430.496,16
4º trimestre	5.562.165,59	17.446.349,70	11.884.184,11
total	16.602.007,90	31.536.390,97	19.187.504,98

De fato, como aduz a contribuinte, a emissão de Notas Fiscais no ano-calendário 2010 somou o importe de R\$ 16.602.007,90 (dezesseis milhões, seiscentos e dois mil, sete reais e noventa centavos) e depósitos em conta corrente não justificados o valor de R\$ 31.536.390,97 (trinta e um milhões, quinhentos e trinta e seis mil, trezentos e noventa reais e noventa e sete centavos). Mas, a omissão não se resume à diferença (tomados anualmente) daqueles valores: R\$ 14.934.383,07 (quatorze milhões, novecentos e trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e três reais e sete centavos) entre depósitos não justificados e total de notas fiscais não oferecidas à tributação, somados no ano. A análise deve ser feita mês a mês, já que o contribuinte não apresentou contabilidade e documentos que a embasasse, não há como aferir se o saldo de caixa de um mês foi transposto como tal para o mês seguinte.

Desta forma, nos meses em que a omissão por depósito bancário é maior que a omissão por notas fiscais não tributadas, a tributação total de ofício dar-se-á pelo valor maior entre os dois: o total dos depósitos bancários. Isto acontece em abril/2010. Mas, como o valor das notas fiscais não se enquadram em presunção, e sim na omissão direta, este valor é mantido como omissão e a presunção (omissão por depósito bancário não justificado) compõe-se da diferença entre depósitos não justificados e notas fiscais.

Já nos meses em que a omissão por depósito bancário é menor que a omissão por notas fiscais não tributadas, a tributação de ofício dar-se-á pelo valor maior entre os dois: o valor das notas fiscais, não havendo o que se tributar como depósitos bancários não justificados. Isto acontece em maio/2010.

Ou seja, a omissão de receitas só por depósito é a diferença (depósito não justificado e total de notas fiscais) quando o total de depósitos bancários não justificados é maior que o total de omissão por notas fiscais não tributadas. Nestes meses a sistemática do Recorrente funciona.

Mas, a sistemática do Recorrente não funciona quando o total de notas fiscais é maior que o total de depósitos bancários não justificados. Mesmo que nestes meses a omissão de receitas por depósito seja igual a zero (quando a omissão por depósito bancário é menor que a

omissão por notas fiscais não tributadas), o valor equivalente a esta omissão (por depósito bancário) ainda será tributado, mas como notas fiscais não oferecidas a tributação. A presunção é afastada, mas há omissão por não oferecimento de notas fiscais à tributação.

Enfim, em cada mês a omissão total corresponde ao maior entre os dois valores (depósito bancário não justificados ou notas fiscais não oferecidas à tributação), somando as omissões de cada mês para ter-se a omissão no trimestre, e a tributação anual será a soma do apurados em cada trimestre. Por isso não procede o sistema da Recorrente de considerar como omissão a diferença entre o maior dos dois valores tomados no ano inteiro e o menor.

Pelo exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas e dar parcial provimento ao recurso voluntário para reduzir a multa qualificada para 100%, aplicando a retroatividade benigna.

Assinado Digitalmente

Lizandro Rodrigues de Sousa