



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10970.720091/2015-74
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1402-006.618 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de outubro de 2023
Recorrentes RB SERVICOS MINERARIOS EIRELI
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

RECURSO DE OFÍCIO. LIMITE DE ALÇADA. AFERIÇÃO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso de Ofício quando o valor exonerado de tributo e encargos de multa é inferior ao limite de alçada vigente na data do julgamento em 2ª instância. Inteligência da Súmula CARF nº 103.

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

Ano-calendário: 2011, 2012

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

A constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, foi reconhecida pelo STF ao julgar as ADIs 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859. Existindo procedimento fiscal em curso por ocasião em que a Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) foi emitida, nos exatos termos do Decreto nº 3.724, de 2001, não há nulidade a ser reconhecida.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM.

Caracteriza-se como receita omitida a totalidade dos valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430, de 1996.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PREVISTA NOS ARTIGOS 124, I E 135, III DO CTN

A mera abertura de conta bancária de titularidade de própria pessoa jurídica e a existência de poderes para sua movimentação, descritas como únicos motivos para a atribuição da responsabilidade tributária ao sócio, não tendo a acusação retratado quaisquer condutas praticadas diretamente por ele em seu próprio benefício ou em situações estranhas ao objeto social, não se amoldam às hipóteses previstas nos artigos 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional, principalmente à luz da Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça,

segundo a qual “*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*”.

AUTUAÇÃO REFLEXA: CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) não conhecer do recurso de ofício por inferior ao limite estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 2023. Inteligência da Súmula CARF nº 103; ii) conhecer do recurso voluntário para, ii.i) afastar a preliminar de cerceamento de defesa; ii.ii) excluir a responsabilidade tributária atribuída a TOBIAS ROSA BORGES; ii.iii) manter os lançamentos, a multa de ofício de 75% e os juros pela taxa SELIC.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Alexandre Iabrudi Catunda, Luciano Bernart, Mauricio Novaes Ferreira, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1.Trata-se de Recurso de Ofício e de Recurso Voluntário comum da empresa autuada e do responsável solidário TOBIAS ROSA BORGES (fls. 486/518), interpostos em face do v. acórdão de fls. 431/456, que julgou procedente em parte a impugnação de fls. 366/413 exclusivamente para o fim de cancelar o agravamento da multa de ofício, reduzindo-a para o percentual de 75%, prestigiando, no mais, os autos de infração de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS de fls. 02/66, lavrados com base em omissão de receitas decorrentes de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, relativamente aos anos-calendário de 2011 e 2012.

2.Para melhor compreensão a respeito da matéria versada nos autos e por bem descrever os fatos, consulte-se o relatório da r. decisão recorrida:

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas –IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, e das Contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, lavrados em 17/03/2015, pela DRF Uberlândia/MG, para constituir o crédito tributário no total de R\$ 6.673.864,79, incluídos o principal, a multa de ofício agravada de 112,5%, e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta as irregularidades apuradas, nos anos-calendário 2011 e 2012, e assim descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 68/76, parte integrante da peça acusatória:

CONTEXTO

1-) A empresa supracitada apresentou as Declarações de Informações Econômico-

Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, referentes aos anos-calendário 2011 e 2012, sob a forma de tributação com base no lucro real, informando a atividade econômica de “perfurações e sondagens”, em conformidade com o CNAE 43.12-6/00. As referidas declarações foram entregues apenas com informações cadastrais, sendo que as demais fichas referentes a custos e despesas, receitas, apurações do IRPJ/CSLL e balanços foram apresentadas totalmente “zeradas”, sem quaisquer registros de valores.

2-) Não houve, também, a transmissão da Escrituração Contábil Digital - ECD e do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - DACON referentes aos anos de 2011 e 2012. A conduta omissa do contribuinte se completou com a falta de informação de débitos em DCTF e a ausência completa de recolhimentos dos tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

3-) Diante deste cenário e face ao quadro de movimentação financeira relevante no período (conforme indícios obtidos do cruzamento com a Declaração sobre Informações Financeiras - DIMOF) instaurou-se o procedimento fiscal autorizado pelo Mandado de Procedimento Fiscal de número 0610900-2014-00271-8 lavrando-se, em 12/08/2014, o Termo de Início do Procedimento Fiscal (cuja ciência se efetivou em 19/08/2014) intimando o contribuinte a apresentar os seguintes documentos:

- 1. Retificar as DIPJ's - ano-calendário 2011 e 2012, de forma a registrar a real apuração do IRPJ e CSLL,*
- 2. Retificar as DACON's - ano-calendário 2011 e 2012, de forma a registrar a real apuração do PIS e COFINS,*
- 3. Transmitir a ECD referentes aos anos de 2011 e 2012, para os quais o contribuinte se encontra omissa,*
- 4. Balancetes mensais de suspensão/redução para apuração do IRPJ e CSLL - ano-calendário 2011 e 2012,*
- 5. Livro de Apuração do Lucro Real e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - ano-calendário 2011 e 2012,*
- 6. Extratos bancários mensais de contas-correntes e aplicações financeiras referentes a recursos movimentados na instituição financeira BANCO DO BRASIL S.A., referentes ao ano de 2011 e 2012.*

4-) Diante da ausência de atendimento ao Termo de Início do Procedimento Fiscal por parte do fiscalizado e, verificada a hipótese de indispensabilidade para exame da movimentação financeira, conforme detalhamento apresentado no Relatório para Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, datado e assinado em 23/09/2014, foi obtida diretamente junto ao Banco do Brasil os documentos bancários da empresa.

5-) O Termo de Início foi ratificado pelo Termo de Intimação Fiscal lavrado em 22/09/2014, cuja ciência se deu em 27/09/2014, para o qual houve pedidos de prorrogação de prazo protocolados em 28/10/2014 e novamente em 04/12/2014. Posteriormente, em 08/12/2014, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal solicitando a justificativa das origens dos depósitos efetuados em 2011 e 2012 na conta nº 6.343-6, agência 1338-2, do Banco do Brasil, relacionados em planilha anexa ao referido termo. Este termo teve ciência pessoal do contador/procurador em 08/12/2014, além de ciência via postal em 19/12/2014, mediante remessa ao endereço da empresa.

6-) Diante da ausência de resposta aos termos, lavrou-se por fim o Termo de Intimação Fiscal em 20/01/2014, cuja ciência se deu em 03/02/2015, solicitando os seguintes elementos:

a) Documentos a seguir listados, solicitados através do Termo de Início do Procedimento Fiscal (ciência em 19/08/2014) e Termo de Intimação Fiscal (ciência em 29/09/2014), e que mesmo após duas prorrogações de prazos concedidas não houve atendimento até a presente data:

- 1. Retificar as DIPJ's - ano-calendário 2011 e 2012, de forma a registrar a real apuração do IRPJ e CSLL,*

2. Retificar as DACON's - ano-calendário 2011 e 2012, de forma a registrar a real apuração do PIS e COFINS,

3. Transmitir a ECD referentes aos anos de 2011 e 2012, para os quais o contribuinte se encontra omissa.

4. Balancetes mensais de suspensão/redução para apuração do IRPJ e CSLL - ano-calendário 2011 e 2012,

5. Livro de Apuração do Lucro Real e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - ano-calendário 2011 e 2012.

b) Justificar, mediante documentação hábil e idônea, as origens dos depósitos efetuados em 2011 e 2012 na conta no 6.343-6, agência 1338-2, do Banco do Brasil, relacionados em planilha anexa ao Termo de Intimação Fiscal lavrado em 08/12/2014 (com ciência pessoal efetuada pelo procurador na mesma data e posteriormente através de aviso de recebimento assinado em 19/12/2014), porém não atendido até a presente data.

Ressalte-se que a não apresentação dos documentos relacionados no item "a)" ensejará o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, nos termos preceituados nos artigos 529 e 530 do RIR/99.

7-) Não houve, novamente, atendimento a este último termo, mesmo após deferimento de pedido de prorrogação de prazo protocolado em 24 de fevereiro de 2015, tendo sido concedido prazo até 06/03/2015. O não esclarecimento sobre os depósitos bancários e diante da ausência de documentos comprobatórios a fim de fundamentar ou lastrear os créditos efetivados, além da falta de escrituração da movimentação bancária em livros contábeis, fez por caracterizar a omissão de receitas com base na presunção legal contida no artigo 42 da Lei no 9.430/96, ou seja, depósitos bancários não contabilizados cujas origens dos recursos não foram comprovadas. Os créditos bancários realizados em 2011 e 2012, após a exclusão de valores relacionados a empréstimos, estornos e resgates de aplicações financeiras, podem ser visualizados em planilhas anexas ao presente Termo de Verificação Fiscal, cuja consolidação mensal é apresentada no quadro a seguir:

CRÉDITOS MENSAIS CONSOLIDADOS		
Conta n. 6343, agência 1338, do Banco do Brasil		
	2011	2012
JANEIRO	R\$314.743,54	R\$1.170.982,66
FEVEREIRO	R\$323.467,16	R\$1.072,52
MARÇO	R\$321.565,61	R\$979.155,08
ABRIL	R\$331.359,81	R\$866.146,02
MAIO	R\$169.798,10	R\$915.612,97
JUNHO	R\$463.384,47	R\$863.860,16
JULHO	R\$360.470,25	R\$1.104.034,11
AGOSTO	R\$368.350,84	R\$1.960.743,21
SETEMBRO	R\$1.163.523,57	R\$116.532,77
OUTUBRO	R\$744.029,03	R\$911.892,30
NOVEMBRO	R\$467.462,65	R\$1.343.420,44
DEZEMBRO	R\$1.116.950,99	R\$1.273.360,29
TOTAL	R\$6.145.106,02	R\$11.506.812,53

8-) Para fins de apuração do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS procedeu-se ao arbitramento do lucro com base nas hipóteses previstas nos artigos 529, 530 c/c os artigos 251, 258, 259, 260 do RIR/99, especificamente em relação às situações transcritas a seguir:

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

- *o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou documentos da escrituração comercial e fiscal ou o livro Caixa, nos quais deverá estar escriturada toda movimentação financeira, inclusive bancária.*

A omissão apurada com base nos depósitos bancários não escriturados resultou em lançamento de ofício conforme demonstrativos de apuração anexos do auto de infração. Os percentuais de presunção do lucro para o imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido são aqueles referentes à atividade de serviços em conformidade ao CNAE declarado em DIPJ e em conformidade ao objeto da sociedade registrado na cláusula segunda do contrato social de constituição da empresa em 15/09/1999 e mantido nas posteriores alterações:

‘A sociedade terá como objetivo:

- a) Prestação na área serviço de sondagem de solo e subsolo, na área de mineração;*
- b) Prestação na área de pesquisas e meio ambiente’.*

Procedeu-se ao agravamento da multa de ofício em 50%, nos termos do inciso I do parágrafo 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, tendo em vista o não atendimento aos termos fiscais lavrados no transcorrer da fiscalização.

*9-) Com base no disposto no artigo 124, inciso I e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), verificou-se a sujeição passiva solidária em relação aos créditos tributários lançados na pessoa jurídica para o sócio administrador **Tobias Rosa Borges** - CPF 014.557.886-00, detentor de 90% do capital social à época da ocorrência dos fatos geradores. O contrato social confere a ele a administração da sociedade e a prerrogativa de assinar em nome da sociedade em bancos e repartições públicas municipais, estaduais e federais.*

10-) À luz dos documentos de abertura da conta corrente de número 6343-6, agência 1338, do Banco do Brasil, onde se deu toda a movimentação financeira da pessoa jurídica, pôde-se identificar o interesse comum do sócio administrador nos atos e condutas que motivaram a constituição do crédito tributário de ofício. Em resposta à informação ‘Dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo’, constante da Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira, a instituição financeira encaminhou cópias de documentos que evidenciam os poderes do sócio Tobias Rosa Borges no tocante a todas atividades relacionadas à movimentação financeira da conta bancária da empresa.

*11-) O contrato social e os documentos de abertura da conta-corrente permitem inferir que o sócio administrador era conhecedor e responsável pela movimentação financeira da pessoa jurídica, que se realizou à margem de qualquer escrituração contábil ou fiscal. A não emissão de documentos fiscais, a falta de escrituração dos livros contábeis e fiscais, a total omissão das informações tributárias que deveriam constar em declarações de tributos federais e a completa ausência de pagamentos de impostos e contribuições sobre o faturamento ou lucro denunciam o **caráter doloso** dos atos praticados com infração à lei, o que possibilita a responsabilização pessoal do sócio conforme disposição contida no inciso III do artigo 135 do CTN.*

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavrei o presente Termo, em 02 (duas) vias de igual forma e teor, assinado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil e pelo contribuinte/preposto da fiscalizada, que neste ato recebe uma das vias.

Cientificados dos lançamentos, por via postal, em 06/04/2015 (cópias de AR de fls. 357 e 360), a contribuinte e o designado responsável tributário, por intermédio de seu advogado e bastante procurador (cf. instrumentos de mandato de fls. 414/415 e 416/417) protocolizaram a impugnação de fls. 366/413, em 05/05/2015, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Contradita a inclusão do administrador, Sr. Tobias Rosa Borges, no pólo passivo dos lançamentos, apenas devido à sua condição de administrador do empreendimento, com base no art. 135, III, do CTN. Na sua ótica, essa hipótese normativa de responsabilidade por substituição somente se configuraria se apurada e comprovada a conduta dolosa ou culposa do administrador.

Defende que, por se tratar de responsabilidade pessoal, plena e exclusiva de terceiros, a exonerar a responsabilidade da pessoa jurídica pelo crédito tributário (não haveria solidariedade), somente se aplicaria nos casos de má-fé e de dolo específico dos administradores, fato a ser comprovado. Nas palavras da defesa:

Esta conclusão estabelece significativos reflexos jurídicos, pois o comportamento desautorizado dos administradores não pode ser atribuído à pessoa jurídica, mas tão somente e em caráter personalíssimo aos próprios dirigentes / administradores, já que são pessoas que, dentro das suas atribuições, o fizeram com culpa ou dolo.

(...)

Assim, como regra de absoluta exceção à teoria da inconfundibilidade dos administradores em relação à sociedade, a intenção de se responsabilizar o administrador, somente será cabível a quem demonstrar a prática de conduta faltosa (culpa subjetiva) destas pessoas quando do exercício das suas funções.

(...)

Justamente em função dessa forma excepcional de substituição é que cumpre à Fazenda Nacional a comprovação daqueles atos por parte do administrador. A simples inclusão de seu nome na autuação fiscal não a desobriga de tal ônus, sob pena de transformarmos um evidente caso de responsabilidade subjetiva em odiosa e ilegal hipótese de responsabilidade objetiva.

Menciona jurisprudência a enfatizar que nos casos de responsabilidade tributária de terceiros pelo crédito tributário haveria necessidade de comprovação de fato jurídico tributário distinto da ocorrência do fato gerador, capaz de permitir a inclusão dos sócios e/ou administradores no pólo passivo da relação jurídica tributária. De forma que, verificada a atuação com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, para fundamentar a atribuição de responsabilidade aos administradores, deveria a fiscalização constituir tais fatos jurídicos nos lançamentos, mediante a competente descrição dos fatos, corroborada pelas provas cabíveis.

Contrapõe-se também à quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial, por ofensa à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das comunicações e dados.

Faz referência à decisão do Supremo Tribunal Federal – STF no Recurso Extraordinário nº 389.808, em que rejeitada a possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Fisco, sem autorização judicial. Afirma inconstitucionais os preceitos da Lei Complementar nº 105, de 2001, e menciona que seriam ilícitas as provas assim obtidas, conforme decisões também do STF, no HC 90.298, no MS 27.091 e na AC nº 2183-9. E conclui:

SENDO ASSIM, UMA VEZ QUE, CONFESSADAMENTE, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DA IMPUGNANTE OPEROU-SE DE FORMA IRREGULAR E INDEVIDA, A PROVA UTILIZADA PARA ORIGINAR A PRETENSÃO FISCAL ORA RESISTIDA FOI OBTIDA SOB A MÁCULA DE VÍCIO INSANÁVEL, COMO DEMONSTRADO. NÃO PODE, POIS, PREVALECER E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, TAMBÉM A FISCALIZAÇÃO DELA DECORRENTE, FRENTE AOS PEREMPTÓRIOS TERMOS DO ART. 5º, LVI, DA LEX SUPREMA.

Sempre que se verificar que as provas que sustentam o lançamento tributário foram obtidas por via ilícita, seja por dolo, fraude, violação à privacidade, quebra de sigilo sem autorização judicial, abuso de autoridade, dentre outros, deverá ser considerado que o fato enunciado no lançamento tributário não está fundado em provas. É ESSA A MENS LEGIS DAQUELE PRECEITO CONSTITUCIONAL.

Insurge-se também contra a tributação com base em presunção, na medida em que os depósitos revelar-se-iam como simples indícios, não justificando os lançamentos.

Lança mão do princípio de busca da verdade material e do ônus da prova que compete à autoridade fiscal, assim como da necessária motivação dos atos administrativos, nos seguintes termos:

Toda e qualquer atuação administrativa no âmbito do Estado Democrático de Direito há que estar pautada na legalidade motivada. Vale dizer, não basta estar calcada formalmente em lei, devendo estar devidamente acompanhada da efetiva

demonstração da ocorrência dos fatos previstos em lei como imprescindíveis à sua materialização.

Para a defesa, a fiscalização teria usado a prova indiciária e abandonado a investigação mais exaustiva, para caracterizar a ocorrência do fato gerador. Em suas palavras:

Melhor dizendo, não basta uma simples dificuldade ou maior onerosidade no exercício do dever de investigação em decorrência de fatos isolados da documentação ou escrita, para exonerar o Fisco do cumprimento do seu dever funcional, autorizando-o desde logo ao recurso à prova indiciária. Enquanto essa possibilidade subsiste deve o Fisco prosseguir no cumprimento de tal dever, seja qual for o grau de complexidade e o custo de tal investigação.

Diz que o aspecto material da hipótese de incidência deveria restar perfeitamente configurado, sob pena de não se poder afirmar a ocorrência do fato gerador.

Com base no art. 142 do CTN, argumenta que, como a caracterização da matéria tributável na atividade de lançamento é dever da autoridade administrativa, não se poderia falar propriamente em ônus da prova, mas em dever jurídico de investigar e provar o fato jurídico tributário.

Distingue as normas que prevêem hipóteses de omissão de receitas daquelas que determinam como o valor omitido deve ser calculado, para dizer que:

(...) As normas que estabelecem critérios de apuração do montante dos tributos não pagos têm um pressuposto de aplicação que é a demonstração da ocorrência do fato gerador. Sem que seja demonstrada a ocorrência do auferimento de renda ou receita, será inválido o procedimento fiscal e nula a exigência fiscal.

Traz excertos de decisão do Conselho de Contribuintes em que decidiu que a incidência de imposto de renda dependeria da prova de fatos que revelassem auferimento de receita passível de tributação, ou fatos expressamente arrolados pela Lei como presunções de omissão de receitas, não sendo possível a manutenção da exigência com base em presunções *hominis* ou *facti*.

A defender a exaustiva investigação, para bem fundamentar as autuações e propiciar a concretização do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, prossegue:

A fiscalização deve apresentar provas sobre a natureza da eventual receita omitida. Assim, se os indícios indicarem que houve omissão de receitas decorrentes da venda de bens ou serviços, cabe à autoridade fiscalizadora provar quem teria sido o adquirente dos bens ou o tomador dos serviços eventualmente prestados. Em caso de indícios de suprimento de numerário sem origem, é exigível que sejam reunidas provas sobre as pessoas que tenham feito esses suprimentos e a que título jurídico. (...)

Traz à colação o Acórdão nº 01-02.863 da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, de 14/12/2000 em que decidiu que a tributação com base nos valores dos depósitos bancários somente é possível se a fiscalização lograr vinculá-los às transações comerciais da pessoa jurídica e/ou demonstrar, de alguma maneira, que as importâncias depositadas deixaram de ter como contrapartida receitas registradas em seus livros comerciais e fiscais. Nas suas palavras:

Destarte, no que se refere às presunções e indícios, como no caso sob exame, identificada a sua ocorrência (presunções/indícios) ter-se-á por não provado o fato alegado. Se a prova de sua ocorrência cabia ao fisco, então a presunção, por parte do aplicador da lei, revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isso, deve ser afastada se dá por insatisfeito o dever da autoridade fiscal, não se podendo considerar sustentada a pretensão fiscal.

A razão porque não cabe o emprego de presunções em lugar das provas imediatas é bastante simples: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do fiscal substitua a prova é conceber a possibilidade de que se possa exigir um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.

(...)

Finalmente, ao contrário do que afirmou a autoridade fiscalizadora, não se pode tributar com base na ilação de que o artigo 42, da Lei nº 9.430/96, trata de uma modalidade de presunção que dispensaria a autoridade fiscal de seu dever de provar. Primeiro porque, além do que vimos de ver, aquela norma apenas reproduziu a regra anteriormente existente no artigo 60, § 5o, da Lei 8.021/90, onde nunca se cogitou de tal presunção, e, em segundo lugar, porque tal interpretação estaria totalmente contrária aos ditames dos artigos 43 e 142, ambos do Código Tributário Nacional.

Assevera ainda o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 112,5%, a ultrapassar o valor dos impostos e contribuições devidos.

Numa outra linha de defesa, diz que segundo jurisprudência do CARF a multa agravada não seria aplicável nos casos em que a falta de apresentação de documentos, não tenha obstado o prosseguimento dos trabalhos e os lançamentos de ofício.

Faz referência à Súmula nº 14 do CARF no sentido de que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Requer o cancelamento das autuações.

A autoridade preparadora atestou a tempestividade das impugnações e encaminhou o processo a julgamento em 12/05/2015.

O processo foi distribuído a DRJ Ribeirão Preto/SP em 10/07/2015, e a esta Relatora em Em apenso, processo nº 10675.720611/2015-83, em que formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP.

3.A 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) houve por bem julgar parcialmente procedente a impugnação, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, a menos que o ato tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal - STF.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS.

O agravamento da penalidade, por falta de atendimento à intimação para prestar esclarecimentos, tem que se basear em fatos que configurem embaraço à fiscalização.

A falta de comprovação da origem dos depósitos efetuadas nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica e de apresentação de livros e documentos da escrituração, respectivamente, fundamentaram a acusação de omissão de receitas e o arbitramento dos lucros, não servindo como suporte fático para a aplicação do agravamento da penalidade.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ADMINISTRADORES.

Os administradores respondem com seu patrimônio pessoal e solidariamente com a pessoa jurídica, pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Ao deixar de manter escrituração da pessoa jurídica, nos termos da legislação comercial, a comprometer irremediavelmente a sua autonomia patrimonial, atuou o administrador com excesso de poder, infração de lei societária e de contrato social.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS.

Verificada a omissão de receita, o valor da receita omitida deve ser considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

4.Inconformados, os Recorrentes aviaram o Recurso Voluntário comum de fls. 486/518, por meio do qual reeditam e reforçam os argumentos lançados na impugnação de fls. 366/415.

5.É o relatório.

Voto

Conselheiro Jandir José Dalle Lucca, Relator.

DO RECURSO DE OFÍCIO

6.Os valores totais dos encargos de multa exonerados pela r. decisão recorrida são os seguintes (fls. 458):

Total do Processo	Exigido	Cancelado	Mantido	Multa Exigida	Multa Cancelada	Multa Mantida
	2.799.254,47	-	2.799.254,47	3.149.161,28	1.049.720,43	2.099.440,85

7.Verifica-se, desse modo, que a remessa necessária não atende ao limite estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 2023, aferido nos termos da Súmula CARF nº 103, razão pela qual não conheço do Recurso de Ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

8.O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade.

CERCEAMENTO DEFESA - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

9. Alegam os Recorrentes que *“Não procede o argumento da decisão recorrida no sentido de não se manifestar sobre a inconstitucionalidade de legislação fiscal”*, insistindo que as normas de caráter tributário, contidas na Constituição Federal, também integram o conceito de legislação tributária, nos termos do artigo 96 do CTN, ficando eivada de vício a decisão administrativa que não se debruça e tampouco resolve todas as questões postas à sua apreciação pelo contribuinte, como é o caso da r. decisão recorrida. Assim, entende configurado o cerceamento ao seu direito de ampla defesa.

10. Sucede, todavia, que, nos termos do artigo 26-A do Decreto 70.235, de 1972, *“No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”*.

11. No mesmo sentido, dispõem a Súmula CARF nº 2, segundo a qual *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*, e o caput do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, ao estatuir que *“Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”*.

12. Por conseguinte, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

13. Neste quesito, os Recorrentes desenvolvem longo arrazoado em que, em síntese, defendem a ausência de fundamento constitucional e de irregularidade na quebra de seu sigilo bancário, bem como a ausência de fundamento legal, diante da cessação de vigência da Lei nº 9.311, de 1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF.

14. No entanto, o Pretório Excelso, ao julgar as ADIs 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em decisão plenária de 24.02.2016, se pronunciou quanto à constitucionalidade dos dispositivos insculpidos na Lei Complementar nº 105, de 2001, assentando a desnecessidade de prévia autorização judicial para acesso às informações bancárias do contribuinte, em acórdão de cuja ementa se destacam os seguintes excertos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco.

Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

(...)

4.Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5.A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição **sine qua non** para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o **dever fundamental de pagar tributos**, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, **sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.**

(...)

15.O procedimento de fiscalização foi inaugurado com a emissão do “Termo de Início do Procedimento Fiscal” em 12.08.2014, com ciência do contribuinte em 19.08.2014 (fls. 78/79).

16.Dessarte, considerando a existência de procedimento fiscal em curso por ocasião em que a Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) foi operacionalizada (23.09.2014, fls. 84/87), nos exatos termos do Decreto nº 3.724, de 2001, nada há a prover nesse aspecto.

DA TRIBUTAÇÃO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS

17.Defendem os Recorrentes que, sem que se demonstre de forma inconcussa o suporte fático tributário, a tributação estará escorada em mera presunção, o que não é juridicamente aceitável, vez que colidente com os princípios constitucionais da legalidade e da motivação e com a própria definição legal de lançamento, constante no artigo 142 do CTN.

18.Argumentam, ademais, que os conceitos de receita e renda não se confundem, não podendo o arbitramento do lucro ser utilizado como instrumento de punição, de modo a gravar, como se lucro fosse, a totalidade dos valores depositados nas contas bancárias do contribuinte, que, na prática, podem eventualmente exceder à efetiva receita por ele auferida, concluindo que a receita omitida, apurada em arbitramento de lucros, deve ser efetivamente realizada com base nos parâmetros legais, para se levar à tributação percentual da receita tida como omitida, mas nunca 100% da omissão, por afronta ao artigo 43 do Código Tributário Nacional, como também ao seu artigo 3º, quando a tributação total se reveste com características de penalidade.

19. Neste ponto, importa registrar que, conforme notícia o TVF de fls. 68/76, a empresa autuada apresentou as DIPJ's dos anos-calendário de 2011 e 2012, sob o regime de apuração do lucro real, contendo apenas informações cadastrais, sendo que as demais fichas referentes a custos e despesas, receitas, apurações do IRPJ/CSLL e balanços foram apresentadas totalmente “zeradas”, sem quaisquer registros de valores. Além disso, não houve transmissão da Escrituração Contábil Digital (ECD) e do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (DACon), referentes aos mesmos períodos, circunstância à qual se aliou a falta de informação de débitos em DCTF e a ausência completa de recolhimentos dos tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

20. Com esse pano de fundo e considerando a movimentação financeira relevante no período (conforme indícios obtidos do cruzamento com a Declaração sobre Informações Financeiras - DIMOF), foi instaurado o procedimento fiscal, intimando-se o contribuinte a retificar as DIPJ's e as DACon's, de forma a registrar a real apuração de IRPJ e CSLL e de PIS e COFINS, respectivamente; transmitir a ECD e apresentar balancetes mensais de suspensão/redução para apuração do IRPJ e CSLL e o Livro de Apuração do Lucro Real e da CSLL, além dos extratos bancários mensais de contas-correntes e aplicações financeiras referentes a recursos movimentados no Banco do Brasil S/A, relativamente aos anos-calendário de 2011 e 2012 (fls. 78).

21. Diante da omissão no atendimento do quanto solicitado e constatada a sua indispensabilidade para o exame da movimentação financeira do contribuinte, foi emitida a Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) de fls. 84/87, que redundou na resposta de fls. 90/204, consistente na apresentação de dados cadastrais e extratos da conta bancária de titularidade da Recorrente.

22. Posteriormente, foi a empresa autuada intimada a “*Justificar, mediante documentação hábil e idônea, as origens dos depósitos efetuados em 2011 e 2012 na conta nº 6.343-6, agência 1338-2, do Banco do Brasil, relacionados em planilha anexa a este termo, indicando a correlação dos créditos com as atividades comerciais da pessoa jurídica*” (fls. 209/212) e, mais adiante, reintimada para a mesma finalidade, bem como para apresentar os documentos objeto do Termo de Intimação de fls. 78, até então não fornecidos.

23. Não obstante, mesmo após o deferimento de pedido de prorrogação de prazo, não houve atendimento às diversas solicitações, permanecendo sem esclarecimento a origem dos depósitos bancários, visto não terem sido apresentados documentos comprobatórios a fim de fundamentar ou lastrear os créditos efetivados, além de não ter sido realizada a escrituração da movimentação bancária nos livros contábeis. Dessa maneira, não restou à fiscalização outra alternativa senão a de considerar os créditos bancários como receita omitida.

24. É importante destacar que, segundo o TVF, “*Os créditos bancários realizados em 2011 e 2012, após a exclusão de valores relacionados a empréstimos, estornos e resgates de aplicações financeiras, podem ser visualizados em planilhas anexas ao presente Termo de Verificação Fiscal*” (original sem grifo), ou seja, a autuação não se baseou em todos os créditos constantes dos extratos bancários, tendo sido eliminados aqueles cuja nomenclatura indicava não se tratar de receita ou nos casos de duplicidade.

25. No mais, olvidam os Recorrentes que a identificação de valores creditados em contas bancárias, sem que o titular, regularmente intimado, comprove, mediante documentação

hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, presume a omissão de receitas, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que soa:

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

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

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

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

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

II -no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Medida Provisória nº 1.563-7, de 1997)(Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

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

§ 6ºNa hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

26.Referido dispositivo legal é claro ao dispor sobre a presunção *juris tantum* de omissão de receita (relativa), passível de ser elidida por prova em contrário, cujo ônus compete ao sujeito passivo. Milita a favor do fisco, portanto, uma presunção legal que, uma vez não afastada, por meio da apresentação de documentos hábeis e idôneos, dará ensejo à tributação. Consequentemente, não há qualquer contrariedade ao disposto nos artigos 43 e 142 do Código Tributário Nacional.

27.Com efeito, uma vez constatada a existência de crédito em conta bancária, cuja origem não for documentalmente comprovada (o que corresponde ao fato conhecido, indiciário e provado), tal valor é considerado como uma receita omitida do sujeito passivo (tratando-se da ficção legal estabelecida pelo ordenamento jurídico).

28.Nesse passo, ressalte-se que a adoção de presunções legais era prevista, à época dos fatos, pelo inciso IV do artigo 334 do CPC/1973 (atualmente reproduzida no inciso IV do artigo 374 do CPC/2015), *in verbis*:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

29. Os argumentos desenvolvidos no RV, porém, não se encontram lastreados em qualquer elemento probatório, ônus que, como visto anteriormente, competia à Recorrente, forte no disposto no indigitado artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Como dito alhures, a existência do crédito em conta, sem que o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, é suficiente para presumir a omissão de receitas, sendo desnecessária qualquer outra incursão probatória como fundamento para o lançamento.

30. Dessarte, não merece acolhimento o pleito recursal.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

31. As ações praticadas pelo sócio TOBIAS ROSA BORGES, que motivaram a sua responsabilização solidária, estão indicadas nos itens 9 e 10 a 64 do TVF, a saber:

(...)

9-) Com base no disposto no artigo 124, inciso I e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), verificou-se a sujeição passiva solidária em relação aos créditos tributários lançados na pessoa jurídica para o sócio administrador Tobias Rosa Borges – CPF 014.557.886-00, detentor de 90% do capital social à época da ocorrência dos fatos geradores. O contrato social confere a ele a administração da sociedade e a prerrogativa de assinar em nome da sociedade em bancos e repartições públicas municipais, estaduais e federais.

10-) À luz dos documentos de abertura da conta corrente de número 6343-6, agência 1338, do Banco do Brasil, onde se deu toda a movimentação financeira da pessoa jurídica, pôde-se identificar o interesse comum do sócio administrador nos atos e condutas que motivaram a constituição do crédito tributário de ofício. Em resposta à informação “*Dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo*”, constante da Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira, a instituição financeira encaminhou cópias de documentos que evidenciam os poderes do sócio Tobias Rosa Borges no tocante a todas atividades relacionadas à movimentação financeira da conta bancária da empresa.

(...)

32. Vale dizer, os atos atribuídos ao sócio responsabilizado consistiram, basicamente, no ato de abertura e na existência de poderes de movimentação da conta corrente bancária onde foram identificados os créditos que, por não terem sua origem demonstrada, foram considerados como receita omitida.

33. A r. decisão recorrida assim enfrentou a questão:

Da responsabilidade tributária do administrador

Fundamentaram a inclusão do administrador no pólo passivo dos lançamentos os preceitos dos arts. 124, I e 135, III, do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

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

(...)

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

Apesar dos protestos da defesa, a hipótese de responsabilidade tributária dos administradores, prevista no art. 135, III, do CTN, não configura hipótese de substituição tributária, mas de responsabilidade solidária, conforme Portaria PGFN 180, de 25/02/2010, e Súmula do STJ, *verbis*

Port. PGFN 180/10 - Port. - Portaria PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PGFN nº 180 de 25.02.2010 D.O.U.: 26.02.2010

Art. 1º Para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 da Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

Súmula 430 Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 24/03/2010

Enunciado O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Assim, nos termos da legislação em vigor, os administradores respondem com seu patrimônio pessoal, e solidariamente com a pessoa jurídica, pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Ademais, encontra-se fartamente comprovado que o administrador atuou com excesso de poder, infração de lei societária e de contrato social, quando deixou de manter a escrituração da pessoa jurídica, nos termos da legislação comercial, o que comprometeu irremediavelmente a necessária autonomia patrimonial entre a sociedade e seus sócios.

Note-se que, na ausência de escrituração, o expressivo montante de recursos movimentados, por dois anos consecutivos, em conta corrente da pessoa jurídica, remanesce sem titularidade, porque apenas a contabilização dos recursos garantiria a separação e a autonomia entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios. *In casu*, perfeitamente configurada a confusão patrimonial, prevista no art. 50 do Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *verbis*:

Art. 50. Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela *confusão patrimonial*, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Diante desse quadro, a inclusão do administrador se fez justamente porque detinha poder de gestão, e deveria ter atuado em favor dos interesses da pessoa jurídica e de seu patrimônio.

Pode-se dizer que tal confusão patrimonial tornou válida também a fundamentação da responsabilidade tributária no interesse comum (art. 124, I do CTN), já que indistintos os patrimônios da pessoa jurídica e do administrador.

Ademais, a autoridade fiscal bem descreveu a ocorrência de dolo, na conduta adotada pelo administrador, conforme se vê o excerto abaixo transcrito:

*11-) O contrato social e os documentos de abertura da conta-corrente permitem inferir que o sócio administrador era conhecedor e responsável pela movimentação financeira da pessoa jurídica, que se realizou à margem de qualquer escrituração contábil ou fiscal. A não emissão de documentos fiscais, a falta de escrituração dos livros contábeis e fiscais, a total omissão das informações tributárias que deveriam constar em declarações de tributos federais e a completa ausência de pagamentos de impostos e contribuições sobre o faturamento ou lucro denunciam o **caráter doloso** dos atos praticados com infração à lei, o que possibilita a responsabilização pessoal do sócio conforme disposição contida no inciso III do artigo 135 do CTN.*

Veja-se que os fatos descritos e que deram suporte à imputação de responsabilidade tributária ao administrador são distintos do fato jurídico tributário (omissão de receitas) que deu ensejo à autuação.

34.Data máxima vênia, não se vislumbra, na simples abertura e movimentação de conta corrente bancária, **em nome da própria sociedade**, conduta apta a configurar qualquer das hipóteses de atribuição de responsabilidade solidária de que tratam os artigos 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional.

35.De fato, a simples falta de pagamento de tributos sobre créditos identificados em conta corrente bancária, presumidos como receita omitida em razão da omissão do contribuinte em apontar sua origem e contabilização, não configura sequer motivo para a qualificação da multa de ofício, diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação, nos termos das Súmulas CARF nºs 14 e 25:

Súmula CARF nº 14

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.

Súmula CARF nº 25

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

36.O artigo 124, I do CTN tem por pressuposto o interesse comum na situação que constitua o **fato gerador da obrigação principal**, ou seja, é necessário que as pessoas envolvidas sejam partícipes na situação vinculada ao fato jurídico tributário que a lei elegeu como hipótese de incidência do tributo.

37.No caso dos autos, não foi apontada nenhuma ação do sócio relacionada com os fatos geradores que constituem o objeto da autuação (receitas presumidamente auferidas por conta de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada), uma vez que os créditos bancários, como visto anteriormente, foram sempre realizados diretamente na conta da empresa, fator que, isoladamente, não configura *“interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”*.

38.Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do Parecer Normativo Cosit nº 04, de 2018:

(...)

16. Não é qualquer interesse comum que pode ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN. O interesse deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, como visto acima. Assim, o mero interesse econômico, sem comprovação do vínculo com o fato jurídico tributário (incluídos os atos ilícitos a ele vinculados) não pode caracterizar a responsabilização solidária, não obstante ser indício da concorrência do interesse comum daquela pessoa no cometimento do ilícito. Transcreve-se elucidativo trecho de julgado do CARF:

O interesse comum de que trata o artigo 124, inciso I, do CTN é sempre jurídico, não devendo ser confundido com "interesse econômico", "sanção", "meio de justiça" etc.

O interesse econômico, reconhecemos, até pode servir de indício para a caracterização de interesse comum, mas, isoladamente considerado, não constitui prova suficiente para aplicar a solidariedade. E também não é suficiente que a pessoa tenha tido participação furtiva como interveniente num negócio jurídico, ou mesmo que seja sócio ou administrador da empresa contribuinte, para que a solidariedade seja validamente estabelecida.

Pelo contrário, a comprovação de que o sujeito tido por solidário teve interesse jurídico, o que se faz com a demonstração cabal da relação direta e pessoal dele com a prática do ato ou atos que deram azo à relação jurídico tributária, é requisito fundamental para fins de aplicação de responsabilidade solidária⁶.

⁶ CARF, Acórdão nº 1201-001.974, Rel. Luis Henrique Marotti Toselli.

39. De outra parte, essas mesmas ações (abertura e movimentação de conta corrente bancária), estão longe de poderem ser consideradas como *“atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”*, na dicção do artigo 135, III do CTN.

40. Cabe ressaltar que a falta de escrituração contábil da pessoa jurídica não tem qualquer relação com a autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios. Em verdade, ao contrário do assentado pela r. decisão recorrida, os valores creditados na conta bancária não remanesceram “sem titularidade”, pois é exatamente por terem sido inseridos na órbita patrimonial da empresa, em conta da sua titularidade, é que se presumiu a omissão de receitas. Evidentemente, se inexistisse a titularidade dos recursos em favor da empresa autuada, não haveria o que se cogitar sobre a percepção de receita omitida.

41. Outrossim, é igualmente equivocado afirmar que *“apenas a contabilização dos recursos garantiria a separação e a autonomia entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios”*, pois não é o registro contábil que assegura a disposição, a fruição e o gozo dos recursos, mas sim o contrato mantido entre a empresa e a instituição financeira depositária, celebrado sob os auspícios das regras do Sistema Financeiro Nacional. Nesse sentido, confira-se a Súmula CARF nº 32, assim enunciada:

Súmula CARF nº 32

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

42. Em conclusão, a mera abertura de conta bancária de titularidade da própria pessoa jurídica e a existência de poderes para sua movimentação, descritas como únicos motivos para a atribuição da responsabilidade tributária ao sócio, não tendo a acusação retratado quaisquer condutas praticadas diretamente por ele em seu próprio benefício ou em situações estranhas ao objeto social, não se amoldam às hipóteses previstas nos artigos 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional, principalmente à luz da Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *“O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”*.

43. Portanto, merece ser provido o Recurso para excluir a referida solidariedade.

DISPOSITIVO

44.Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, (i) não conheço do Recurso de Ofício, por inferior ao limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 2023, na inteligência da Súmula CARF nº 103; (ii) conheço do Recurso Voluntário para, (ii.i) afastar a preliminar de cerceamento de defesa; (ii.ii) excluir a responsabilidade tributária atribuída a TOBIAS ROSA BORGES; ii.iii) manter os lançamentos, a multa de ofício de 75% e os juros pela taxa Selic.

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca