



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

Processo nº 10976.000276/2009-61
Recurso nº 516338 Voluntário
Acórdão nº 1402-00435 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24/02/2011
Matéria IRPJ e outros - omissão de receitas
Recorrente CANAL DISTRIBUIDORA DE CEREAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

FALTA DE ATRIBUIÇÃO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA OU RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Nas situações em que a fiscalização atribui a sujeição passiva solidária de que trata o art. 124 do CTN, ou atribui a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN, cabe a apreciação dessas matérias nas instâncias administrativas, entretanto, por não haver acusação fiscal dessa natureza, não é o caso de serem apreciadas por este colegiado, cabendo essa discussão em sede de execução fiscal.

SUJEIÇÃO PASSIVA. CONTRIBUINTE. A constituição do crédito tributário, pelo lançamento, efetuada sobre pessoa jurídica regularmente constituída, enseja-lhe a condição de contribuinte de direito e pólo passivo da relação jurídico tributária.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receitas com base nos valores depositados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira para os quais o titular da conta, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Nos termos da Súmula nº 2, do CARF, este colegiado não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

PENALIDADE. MULTA QUALIFICADA.

O fato da empresa ter apresentado declaração na situação de inativa e ter movimentado recursos financeiros em sua conta bancária, não é suficiente

para caracterizar as circunstâncias qualificadoras a que se referem os arts. 71 a 73 da Lei nº. 4.502/64.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA Nº 4 DO CARF.

Nos termos da Súmula nº 4 do CARF, a partir de 1º de abril, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela RFB são devidos, no período de inadimplência, à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Viviani Aparecida Bacchmi, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de lançamento do ano-calendário de 2005, relativo à infração de omissão de receitas, por falta de comprovação da origem de depósitos bancários, efetuado pelo lucro arbitrado, em razão de o contribuinte não possuir escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, com imposição de multa qualificada (empresa declarou-se como inativa). Exigiu-se o IRPJ, a CSLL, a contribuição para o PIS e a COFINS.

Consta no Termo de Verificação Fiscal:

a) durante a ação fiscal, a empresa informou que no ano-calendário de 2005, encontrava-se inativa, conforme informação do Sr. Edilson Pereira da Silva, sócio da empresa no período de 01.09 a 21.11.2006 e 01.12.2006 a 23.02.2007

b) Em 15.08.2008, a empresa informou que quando da aquisição da empresa, a nova sócia, Araújo e Bretas Participações Ltda, adquiriu as cotas de uma empresa inativa, que não havia efetuado movimentações financeiras e bancárias em período anterior, e que os livros fiscais não existiam, em razão da inatividade;

c) Que foram obtidos os extratos bancários por meio de requisição de movimentação financeira, e uma vez intimada a empresa, a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em sua conta corrente bancária, a mesma afirmou não saber sobre a movimentação financeira e que os atuais sócios desconhecem qualquer movimentação (fls. 164/165);

d) A empresa iniciou suas atividades em fevereiro de 1992, e em fevereiro e junho de 2005, por meio da 14ª e 15ª alterações contratuais mudou de endereço, onde se encontrava funcionando e alterou o quadro societário; em 01.08.2005 ocorreu a 16ª alteração do contrato social, com a mudança da razão social para Canal Distribuidora de Cereais Ltda e admissão na sociedade do sócio Valdete Barbosa Araújo;

e) Em 01.09.2006, o sócio Valdete cede e transfere suas cotas para Edilson Pereira da Silva, e dois meses depois, esse sócio cede e transfere suas cotas para Luis Cláudio Cardoso Rodrigues; e em 01.12.2006, os sócios Fábio Alan da Mota e Luis Cláudio Barbosa Rodrigues retiram-se da sociedade cedendo e transferindo suas cotas para Araújo & Bretas Participações Ltda (sócios: Valdete Barbosa Araújo, Laura Bretas Araújo, Cecília Bretas Araújo e Rafael Bretas Araújo) e Edilson Pereira da Silva, que havia sido sócio entre setembro e novembro de 2006;

f) Em fevereiro de 2007, o sócio Edilson Pereira da Silva retira-se novamente da sociedade cedendo e transferindo suas cotas para a sócia Araújo & Bretas Participações Ltda e para os novos sócios Laura Bretas Araújo, Cecília Bretas Araújo e Rafael Bretas Araújo (filhos do Sr. Valdete Barbosa Araújo);

g) Conclui a fiscalização que a resposta da empresa é no mínimo estranha porque os atuais sócios Laura, Cecília e Rafael declaram desconhecer qualquer movimentação

financeira efetuada pela empresa em 2005, mas que no entanto, os mesmos são filhos do Sr. Valdete, que em 2005 era sócio da empresa e participava de sua administração;

h) A fiscalização intimou a empresa a comprovar a origem da movimentação financeira (excluiu as transferências de mesma titularidade, estornos, devoluções, resgates de aplicações financeiras), conforme relação anexa ao Termo de Intimação 121/2009 (fls. 153/163), mas a comprovação não foi efetuada, razão pela qual o lançamento foi efetuado, com base no art. 42 da Lei 9.430/96;

i) O lucro foi arbitrado, com a alíquota de 9,6%, tendo em conta seu objeto social de comércio atacadista;

j) A qualificação da multa se deu porque a empresa declarou-se como inativa, sendo que a mesma movimentou recursos financeiros, com constantes depósitos em sua conta corrente junto ao Banco Itaú.

Apresentada impugnação, o lançamento foi considerado procedente em parte, conforme ementas a seguir transcritas:

SUJEIÇÃO PASSIVA - CONTRIBUINTE A constituição do crédito tributário, pelo lançamento, efetuada sobre pessoa jurídica regularmente constituída e em atividade, enseja-lhe a condição de contribuinte de direito e pólo passivo da relação jurídico tributária.

INFRAÇÕES DE NATUREZA TRIBUTÁRIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA A responsabilidade por infração da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CHEQUES DEVOLVIDOS E ESTORNOS DE DEPÓSITOS. Devem ser excluídos do lançamento os débitos identificados nos extratos bancários com histórico de devolução de cheques depositados e estorno de depósitos, cujos valores correspondentes compuseram o levantamento fiscal como créditos de origem não comprovada.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA A multa de ofício qualificada será aplicada quando, em procedimento fiscal, ficar caracterizada ação dolosa do contribuinte, consubstanciada em conduta tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, evidenciada pela apresentação de declaração de inatividade em contradição

com a expressiva movimentação bancária mantida no ano-calendário correspondente.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Verificada a omissão de receita, o valor correspondente deverá ser considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social, do PIS e da Cofins.

Impugnação Procedente em Parte

A Turma Julgadora excluiu os valores correspondentes aos cheques devolvidos e aos estornos dos depósitos, quadros I a IX, conforme trecho da decisão abaixo transcrito:

No tocante aos valores que serviram como base de cálculo do lançamento, sustentou o impugnante que não foram levados em conta os cheques devolvidos, tendo anexado levantamento feito por amostragem às fls. 361/380. Nesse demonstrativo, além dos cheques devolvidos, foram indicados também os estornos de depósitos.

Analisando o levantamento fiscal consubstanciado na Tabela 01 (fls.34/44), efetuado com base nos extratos bancários apresentados (fls. 72/151), verifica-se que foram relacionados os créditos representados por depósitos efetuados em dinheiro e depósitos por meio de cheques, não tendo sido feita nenhuma menção à devolução de cheques e a estornos de depósitos.

Entretanto, em relação aos depósitos de cheques, de fato existem diversos registros de débitos nos dias subsequentes, com histórico de "DEV CH DEP" ou "DEV CH NAC", atestando a devolução de cheques . depositados, que não foram deduzidos no lançamento; devem ser excluídos ainda os débitos identificados como "ESTORNO DEPÓSITO".

Por outro lado, existem estornos anulando operações de devolução de cheques, que não foram observados na elaboração do demonstrativo apresentado pelo impugnante, que também considerou indevidamente, como débito, operações de crédito identificadas como "DEV SEM FAVOREC", a exemplo do registro, a crédito da conta bancária, datado de 18/05/2005— "DEV CH000091 SEM FAVOREC" no valor de R\$6.000,00 (doc. fls. 86 e 371).

Dessa forma, para a correta apuração da base de cálculo dos tributos lançados, relativamente à omissão de receitas representada pelos depósitos cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, devem ser excluídos os valores correspondentes aos cheques devolvidos e aos estornos de

depósitos, observados ainda os eventuais estornos de devoluções.

*O levantamento assim empreendido consta dos denominados **Quadros I a IX (valores expressos em R\$), que podem ser encontrados ao final do Voto**, como partes integrantes deste, elaborados com base nos registros constantes dos mencionados extratos bancários, contendo somatórios mensais, cumprindo observar que os estornos de devoluções de cheques aparecem entre parênteses, anulando o respectivo registro anterior do cheque devolvido.*

A ciência do lançamento se deu em 27.08.2009 e o recurso voluntário foi apresentado em 28.09.2009.

Um dos pontos centrais do litígio é a alegada ilegitimidade passiva da recorrente.

Aduz que o argumento utilizado pela Turma Julgadora para tentar refutar as alegações da recorrente sobre a impossibilidade de sua figuração no pólo passivo da lide, versa sobre a ausência de competência da autoridade administrativa de julgamento para determinar ou não a responsabilidade tributária. Alega que é absurda essa tese de que a fiscalização simplesmente arrola os possíveis responsáveis e que competiria à Fazenda Nacional decidir se ajuizaria a competente Execução Fiscal contra este ou aquele responsável.

Aduz que o registro no Termo de Declaração de Sujeição Passiva não é uma mera informação destinada a subsidiar a PFN para a inscrição em dívida ativa, porque seria exatamente na esfera administrativa que o contribuinte, tem a oportunidade, de em razão do princípio da ampla defesa, demonstrar que não participou dos fatos geradores que culminaram no crédito tributário que o fisco pretende exigir. Assim, restando configurada a ausência de responsabilidade tributária nesta fase processual, a PFN estaria impedida de constar na Certidão de Dívida Ativa o nome dos coobrigados que foram excluídos do pólo passivo do auto de infração, de forma que não seria possível uma futura execução fiscal contra essas pessoas.

Afirma que a autoridade administrativa de julgamento é competente para analisar a questão da ausência de responsabilidade de coobrigados e autuados, impedindo abusos da fiscalização, e até mesmo, evitando futuras alegações de nulidade na esfera judicial por ausência de manifestação sobre este tema, e consequentemente por cerceamento de direito de defesa dos coobrigados.

Acrescenta que a Turma Julgadora incorreu em contradição, pois quando convém ao fisco menciona que todas as pessoas físicas e jurídicas mencionadas nos autos são responsáveis pelo crédito tributário, tendo em vista que a fiscalização apurou situações que supostamente os caracterizam como coobrigados, mas nos momentos, em que não beneficia o fisco, o acórdão tenta se esquivar de julgar a questão alegando que a indicação da recorrente é decorrente de sua condição de contribuinte, não cabendo na esfera administrativa, maiores ilações sobre esse fato.

Faz a seguinte pergunta: A inclusão no pólo passivo de um processo administrativo fiscal é mera informação ou constitui direito para o fisco exigir dessas pessoas o crédito tributário?

Alega que se for mera informação, então deveria ser ressaltado nos autos de forma expressa que os indicados como responsáveis não serão surpreendidos por qualquer exigência fiscal, eis que meras informações não podem constituir direitos.

Se constituir direito para o fisco exigir dessas pessoas o crédito tributário, estaria claro que a matéria deve ser discutida na esfera administrativa, neste caso, em favor da recorrente, tendo em vista que os argumentos e provas constantes do processo são inquestionáveis no sentido de afastar sua responsabilidade, fazendo-a recair apenas nas pessoas físicas que praticaram os atos dolosos mencionados nos autos.

Conclui que não haveria dúvidas sobre a necessidade de discussão da ilegitimidade passiva da recorrente, ainda na discussão administrativa do lançamento tributário.

A seguir aborda a **responsabilidade pessoal dos agentes por atos dolosos**. Cita o art. 135, III, do CTN.

Afirma que a legislação vigente determina o direcionamento da autuação fiscal contra diretores, gerentes, ou representantes legais da pessoa jurídica, quando comprovada (como seria, o caso dos autos conforme documentos anexos), a prática de atos com excesso de poderes, infração da lei, contrato social ou estatutos. Aduz que esse dispositivo expressa a regra de que deve arcar com o crédito tributário aquele que efetivamente realizou a prática do fato gerador ou do ilícito tributário, nos casos como o presente em que não há retenção ou substituição tributária.

Interpreta que assim, a pessoa jurídica que normalmente deveria ser compelida ao pagamento do tributo ficaria legalmente afastada dessa obrigação quando alguns de seus sócios agem dolosamente no sentido de fraudar o fisco, ou seja, eles mesmos, por sua própria conta praticam o fato gerador e o ilícito tributário e não a pessoa jurídica, não sendo correto penalizar outros sócios ou mesmo a própria sociedade nesses casos excepcionais.

Conclui que a responsabilidade pessoal dos sócios é media excepcional que retira o dever de cumprimento da obrigação tributária por parte da pessoa jurídica em razão de que aquele que age de má-fé deve se responsabilizar sozinho. Afirma que é exatamente neste sentido, que a Primeira Seção do STJ, ressalta de forma inequívoca que, quando verificada, a responsabilidade pessoal, somente aquele agente praticante do ato deve ser incluído no pólo passivo da obrigação tributária. Cita o EREsp 446.955/SC. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/98.

Ressalta, que diante disso, o expediente realizado pela fiscalização de fazer constar do auto de infração, além da empresa autuada, os seus sócios, com o único objetivo de conferir suposta garantia ao crédito tributário, não possui razões de subsistir no ordenamento jurídico, e que a responsabilidade pessoal dos sócios somente pode ser aplicada nos casos em que restar inequivocamente comprovada pelo fisco, a ilicitude de seus atos, excluindo-se a responsabilidade da empresa.

A recorrente pretende provar que os sócios da recorrente, à época dos fatos geradores anteriores agiram com má-fé, abrindo a conta bancária em questão e utilizando a pessoa jurídica para fins questionáveis.

Afirma que os documentos anexados comprovariam que a conta bancária foi aberta em 28.03.2005 (anexa cópia de proposta de abertura de conta Universal Pessoa

Jurídica), em nome ainda de Betinho Comercial Ltda, pelo então sócio, Alan Pereira Mendes, sócio detentor da maior parcela do capital social à época (anexa cópia de documentos pessoais desse sócio utilizados na abertura da conta).

Em 14.12.2005, a representação da recorrente perante o Banco e conta corrente analisada passou do Sr. Alan para o Sr. Fábio Alan da Mota, o qual passou a responder pela autuada, assinando inclusive cheques após essa data

Referida conta foi encerrada em 05.05.2006, pelo Sr. Fábio, pouco mais de um ano de sua abertura, fato que levaria a crer que sua criação coincidente com os depósitos glosados, serviu apenas para fins dolosos, que os sócios atuais, ou mesmo a pessoa jurídica que permanece ativa, não possuem qualquer responsabilidade.

Aduz que foram juntados aos autos cópias das microfilmagens de diversos cheques emitidos pela empresa à época das operações glosadas (acrescenta mais documentos com o recurso). Destaca que todos os cheques até então obtidos da instituição financeira foram assinados pelo Sr. Alan Pereira Mendes, sem qualquer conhecimento dos atuais sócios.

Informa ainda que os cheques após 14.12.2005 foram todos assinados pelo outro sócio, Sr. Fábio Alan da Mota, conforme documentos anexos.

Salienta que somente os Srs. Fábio Alan da Mota e Alan Pereira Mendes tinham conhecimento e poderes sobre a movimentação financeira da recorrente, e que, responsabilizar a pessoa jurídica, e consequentemente seus atuais sócios, pelos atos dolosos praticados pelas pessoas mencionadas seria medida arbitrária e não condizente com o que determina o art. 135, III, do CTN.

Assim, essas pessoas é que deveriam assumir, isoladamente, a responsabilidade por seus atos dolosos, e na pior das hipóteses, apenas os sócios à época dos fatos geradores poderiam ser responsabilizados pelo crédito tributário em discussão, nunca a pessoa jurídica.

Destaca que inclusive existiu no caso em comento, a inclusão de suposto sócio, por meio de assinaturas deliberadamente falsificadas, no contrato social da recorrente, conforme estaria comprovado no laudo grafotécnico anexo.

Argumenta que os documentos anexados aos autos (cópias autenticadas pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais) demonstrariam que o Sr. Valdete Barbosa Araújo, teria sido admitido como sócio, na recorrente, em 01.08.2005, mediante a 16ª alteração contratual, que somente foi levada a registro em 24.08.2006. Sua retirada (17ª alteração) teria se dado em 01.09.2006, levada a registro em 18.09.2006.

Segundo a recorrente, o laudo grafotécnico comprova que nenhuma das assinaturas constantes nas alterações contratuais mencionadas foi oposta pelo Sr. Valdete Barbosa Araújo. Ressalta que segundo a perita grafotécnica, que no contrato social que teria sido admitido o Sr. Valdete como sócio, toda sua qualificação foi realizada no gênero feminino, o que reforça que a pessoa que produziu o contrato e o assinou falsificadamente sequer sabia que o Valdete na verdade se tratava de um homem.

Conclui que a responsabilidade dos Srs. Fábio Alan da Mota e Alan Pereira Mendes é pessoal, em substituição à pessoa jurídica, nos termos do art. 135, III, do CTN, e que

na pior das hipóteses, os sócios pessoas físicas da recorrente, são as únicas pessoas que podem constar no pólo passivo da obrigação tributária e jamais, a pessoa jurídica autuada, levando-se em consideração que o Sr. Valdete Barbosa Araújo teve seu nome incluído no quadro societária da recorrente através de assinaturas falsas, não podendo responder por quaisquer atos praticados por ela.

Aborda ainda a ausência de responsabilidade tributária sem a verificação de culpa por parte do agente (a correta inteligência do art. 136 do CTN).

Salienta que sobre a decisão de primeira instância que alega que a responsabilidade pessoal é objetiva, independentemente da intenção do agente, por meio de uma análise sistêmica do art. 136 do CTN, principalmente em conjunto com os artigos 112 e 137, bem como, em relação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte, verificar-se que não há que se propugnar a existência de responsabilidade tributária independente da constatação de culpa por parte do agente. Diz que aqui não se exige o dolo para que haja a responsabilidade pessoal, mas daí ao texto deixar também de exigir a culpa é interpretação distorcida do ordenamento jurídico-tributário.

Cita julgado da esfera judicial (REsp, 743.839/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Julgado em 14.11.206), entre outros, para concluir que a responsabilidade tributária não pode prescindir da comprovação da culpa.

Quanto ao mérito, discute a impossibilidade de autuação fiscal com base em extratos bancários, por ausência de comprovação inequívoca da disponibilidade econômica de renda e proventos. Cita diversos acórdãos dos Conselhos de Contribuintes para concluir que a disponibilidade de dados relativos a movimentações bancárias ocorridas em determinado período não autoriza o fisco a exigir o imposto de renda justamente, porque tais informações não guardam relação direta com a disponibilidade econômica de renda e de proventos.

Alega que o lançamento fiscal foi baseado em indícios, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico, em função do princípio da estrita legalidade tributária, e que a fiscalização nunca diligenciou no sentido de tentar comprovar que os depósitos seriam efetivamente considerados como receita.

Aduz que a simples transferência de dinheiro entre contas correntes, por si só, não é capaz de provar a omissão de receitas. Salienta que o ônus é do fisco por se tratar de uma presunção simples.

Quanto aos valores estornados e cheques devolvidos, a própria autoridade administrativa de julgamento reconheceu a ponderação realizada na impugnação, mas ressalta que as supostas operações de estorno da devolução de cheques, da mesma forma como demonstrado, não implicam na ocorrência do fato gerador do imposto de renda e seus reflexos. Entende que deve ser revista a reformulação do crédito tributário procedida pela DRJ/BHE, a fim de que efetivamente todas as devoluções de cheques e estornos de créditos sejam retiradas da base de cálculo utilizada para o cálculo do suposto crédito tributário, caso efetivamente seja considerada, procedente a acusação do fisco.

Também discute a impossibilidade de aplicação da multa no patamar exigido pelo fisco. Alega que princípios como a ampla defesa, a moralidade, a razoabilidade, a capacidade contributiva, a vedação ao confisco e a eficiência, por exemplo, devem ser atendidos pela autoridade administrativa em qualquer hipótese. Considera que esses princípios

não foram corretamente aplicados, e assim, pode requerer que a própria autoridade administrativa se manifeste sobre a matéria. Tal fato não implicaria em arguição de inconstitucionalidade, mas simplesmente observância da Constituição Federal.

Salienta que foi infringido o princípio da vedação do confisco e que não foi observado a capacidade contributiva da recorrente.

No item V.3.2, combate a exigência de multa isolada.

No item V.3.3 contesta a qualificação da multa de ofício, por inexistência dos requisitos legais para sua imposição. Aduz que não restou comprovado qualquer das circunstâncias qualificadoras constantes nos arts. 71 a 73 da lei 4.502/64, por parte da recorrente ou seus sócios atuais, tendente a impedir ou a retardar o conhecimento da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador, o que implicaria na sonegação. Requer que caso se entenda cabível a multa de ofício, que a mesma seja aplicada em seu grau mínimo.

No item V.4, aborda que ainda que o julgador não esteja vinculado à jurisprudência trazida aos autos, é fonte de direito tributário que não pode ser descartada.

Contesta também a aplicação da taxa selic. Alega que devem ser excluídos os juros de mora com base na taxa selic, aplicando-se tão-somente, os juros previstos no CTN, na base de 1% ao mês incidente sobre o principal do tributo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Trata-se de lançamento do IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS e COFINS do ano-calendário de 2005, contra o contribuinte CANAL DISTRIBUIDORA CEREAIS LTDA, em razão da infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários cuja origem dos recursos não foi comprovada. O lucro foi arbitrado por falta de apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais. A multa de ofício aplicada corresponde a 150%.

A recorrente alega ilegitimidade passiva, porque à época da ocorrência do fato gerador, os sócios eram outros. Argumenta que o lançamento deveria ter sido efetuado em nome de Alan Pereira Mendes e Fábio Alan da Mota.

De início deve-se esclarecer que nestes autos não há acusação de sujeição passiva solidária, de que trata o art. 124 do CTN, e tampouco foi atribuída a responsabilidade tributária, de que trata o art. 135, III, do CTN, seja para os atuais sócios seja para os sócios anteriores.

Quanto à ilegitimidade passiva, a recorrente argumenta que o lançamento deveria ter sido efetuado em nome dos ex-sócios, em razão da responsabilidade pessoal.

Concordo com a Turma Julgadora que entendeu que:

O impugnante sustentou que a pessoa jurídica deveria ser excluída do pólo passivo do auto de infração, tendo defendido a responsabilização pessoal dos antigos sócios da empresa em razão "da prática de atos dolosos" e anexado documentação bancária que atestaria a participação de Fábio Alan da Mota e Alan Pereira Mendes na movimentação financeira da empresa no período objeto da autuação (doc. fls. 271/335). Procurou ainda isentar de responsabilidade os sócios atuais e o Sr. Valdete Barbosa Araújo, nesse caso alegando, com base em laudo grafotécnico anexo (doc. fls. 336/360), que houve falsificação da assinatura deste último nos contratos sociais da empresa

Conforme constou do TVF, a pessoa jurídica Canal Distribuidora de Cereais Ltda., quando da realização dos procedimentos fiscais, tinha existência de fato e estava em condições de assumir o pólo passivo da relação jurídico-tributária na condição de contribuinte de direito, haja vista sua relação pessoal e direta com a situação definida em lei, consoante disposições contidas no art. 121, parágrafo único, inciso I do CTN.

Assim, não está caracterizada a alegada ilegitimidade passiva. A questão de atribuir a responsabilidade tributária "pessoal" aos ex-sócios, deve ser discutida no foro próprio, que é o processo de execução, uma vez que a fiscalização não atribuiu a responsabilidade tributária ou a solidária, a qualquer dos sócios, atuais ou os que eram sócios à época da ocorrência do fato gerador.

Da jurisprudência, cito o acórdão 103-22690, de 19.10.2006, relativo ao recurso 146547 (relator: Leonardo de Andrade Couto) cuja ementa a seguir transcrevo:

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE.INOCORRÊNCIA - A autuação deve ser lavrada contra a pessoa jurídica, sujeito passivo titular da. relação jurídico-tributária, que não se confunde com o responsável tributário.

Preliminar rejeitada.

Deve-se ressaltar que nas situações em que a fiscalização atribui a sujeição passiva solidária de que trata o art. 124 do CTN ou atribui a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN, cabe a apreciação dessas matérias nas instâncias administrativas, entretanto, não é este o caso destes autos.

Quanto à acusação fiscal de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários, cuja origem não foi comprovada, transcrevo o caput do art. 42 da Lei 9.430/96, que assim dispõe:

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.

A redação da lei é clara, trata-se de uma presunção legal, em que o ônus da prova é do sujeito passivo. Cabe a ele apresentar com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias.

No caso destes autos, o sujeito passivo, não apresentou provas durante o procedimento fiscal e tampouco, com o início da fase litigiosa trouxe aos autos qualquer elemento de prova que pudesse comprovar a origem dos recursos.

Portanto, não se trata de presunção simples, em que o ônus da prova é do fisco, e sim de uma presunção legal, em que o ônus da prova é do sujeito passivo. A lei é que determina que caracteriza-se omissão de receitas, os valores creditados em contas bancárias, para os quais o sujeito passivo, regularmente intimado, como o foi no caso dos autos, não comprove a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Cito a seguir algumas ementas representativas da jurisprudência do colegiado de segunda instância administrativa.

Acórdão 105-17328, de 13.11.2008: relator: Waldir Veiga Rocha

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Acórdão 101-96886, de 15.08.2008, relator: Sandra Maria Faroni

OMISSÃO DE RECEITAS- PRESUNÇÃO LEGAL- A presunção legal de omissão de receitas exige do fisco apenas a comprovação do fato indício, no caso, existência de depósitos bancários cuja origem o contribuinte não comprova.

Acórdão 103-23640, de 17.12.2008, relator: Leonardo de Andrade Couto

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

Acórdão 107-09189, de 17.10.2007, relator: Carlos Alberto Gonçalves Nunes.

OMISSÃO DE RECEITAS INDICIADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS – A partir de 1º/01/97, por força do disposto nos artigos 42 e 87, da Lei nº 9.430/96, a falta de escrituração de depósitos bancários configuram caso de omissão de receitas, se

o titular da conta-corrente, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações, com documentos hábeis e idôneos. Por se tratar de regra que inverte o ônus da prova, cabe ao contribuinte infirmar a presunção legal

Acórdão 108-19811, de 19.12.2008, relator: Irineu Bianchini

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA - Caracteriza omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais a interessada, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

Portanto, a jurisprudência administrativa de segunda instância é farta no sentido de que cabe ao contribuinte, o ônus de provar a origem dos créditos bancários de suas contas mantidas junto a instituições financeiras.

A Turma Julgadora excluiu os depósitos que foram estornados e cheques devolvidos, mas não excluiu o estorno da devolução de cheques. A recorrente pediu a revisão da reformulação do crédito tributário procedida pela Turma Julgadora, a fim de que efetivamente todas as devoluções de cheques e estorno de créditos sejam retiradas da base de cálculo utilizada para o cálculo do suposto crédito tributário. Transcrevo trecho do voto condutor do acórdão da Turma Julgadora:

*O levantamento assim empreendido consta dos denominados **Quadros I a IX (valores expressos em R\$), que podem ser encontrados ao final do Voto**, como partes integrantes deste, elaborados com base nos registros constantes dos mencionados extratos bancários, contendo somatórios mensais, cumprindo observar que os estornos de devoluções de cheques aparecem entre parênteses, anulando o respectivo registro anterior do cheque devolvido.*

Assim, os estornos de devoluções de cheques significam a anulação dos registros de cheques devolvidos, ou seja, o estorno da devolução de cheques equivale à prevalência dos depósitos originais, portanto, correta a decisão da Turma Julgadora.

Sobre o combate à exigência de multa isolada, desconhece-se esses argumentos, uma vez que o auto de infração não exigiu multa isolada, mas apenas a multa de ofício de 150%.

Em relação à qualificação da multa, o fato da empresa ter-se declarado inativa e ter movimentado recursos financeiros em sua conta bancária, não é suficiente para caracterizar as circunstâncias qualificadoras a que se referem os arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, devendo a multa de 150% ser reduzida para 75%.

Quanto ao argumento de confisco, aplica-se a Súmula do CARF nº 2, que assim dispõe:

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à discussão sobre a aplicação dos juros de mora incidentes sobre débitos tributários calculados pela taxa Selic, aplica-se a Súmula nº 4 do CARF:

Súmula CARF Nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Aplica-se aos lançamentos da CSLL, COFINS e contribuição para o PIS, o decidido em relação ao tributo principal, por decorrerem de tributação reflexa.

Do exposto, oriento meu voto para dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora