



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

Processo nº 10980.001913/2006-12
Recurso nº 158.562 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.093 – 1ª Turma Especial
Sessão de 30 de setembro de 2009
Matéria Simples - Dep. Bancário
Recorrente RAFAEL SELVATICI BORGES
Recorrida 2ª TURMA DA DRJ CURITIBA/PR

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

Não se caracteriza ofensa aos princípios do contraditório ou ampla defesa, nem macula o lançamento tributário, remissão a documentos obtidos junto a terceiros no objetivo de checar as operações negociais dos contribuintes sob fiscalização, ainda mais quando tais documentos constam do processo administrativo fiscal e foram devidamente citados no Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do Auto de Infração lavrado, tendo o contribuinte acesso para consulta e assim possibilitando que exerça a sua defesa de forma ampla, na fase litigiosa.

ALTERAÇÃO DA DENOMINAÇÃO DO ÓRGÃO. SRF. RFB, COMPETÊNCIA.

A competência dos auditores fiscais federais foi resguardada pela Medida Provisória que deu nova denominação para o órgão responsável pela arrecadação e fiscalização dos tributos federais. A sua não conversão em Lei não gerou efeitos de tornar nulos os atos praticados pelos referidos servidores na sua vigência.

ACESSO AOS EXTRATOS BANCÁRIOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. QUEBRA DE SIGILO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01.

Após a edição da Lei Complementar nº 105/01, que regulou os procedimentos para obtenção de informações junto às instituições financeiras, uma vez observados os seus preceitos, não há que se argumentar sobre ilegalidade na obtenção de extratos bancários não fornecidos pelo contribuinte sob fiscalização. Ademais, não existe quebra, mas *transferência* do sigilo bancário para as autoridades administrativas federais, dada a natureza sigilosa do procedimento e do processo administrativo fiscal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO.

Após intimar o contribuinte a apresentar a contabilidade, não o fazendo, e verificando a autoridade fiscal relevante disparidade entre os valores declarados e a movimentação financeira, é regular o procedimento de efetuar o lançamento tributário pelos créditos espelhados nos extratos bancários, não justificados, por consistir em presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Nos casos de lançamento tributário por presunção legal, o ônus da prova inverte-se e passa ao contribuinte fiscalizado a responsabilidade por descaracterizar o ilícito tributário.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EMPRESA EXTINTA.

Extinta a empresa, por distrato registrado na Junta Comercial, a responsabilidade tributária pelos tributos federais não recolhidos passa ao sócio, de fato ou de direito, que administra a empresa, uma vez comprovado que tenham exorbitado de suas atribuições estatutárias ou dos limites legais e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias. No caso em concreto restou comprovado que a pessoa indicada como responsável pelos tributos lançados ex officio era o sócio de fato da empresa, mesmo após ser transferida para terceiros, interpostas pessoas.

MULTA AGRAVADA.

Devida a majoração da multa regular aplicada de ofício nos casos em que o contribuinte se recusa a exhibir os livros fiscais e contábeis, bem como a documentação correlata, e não presta os esclarecimentos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal em visível movimento para tentar impedir ou retardá-la.

Preliminares Rejeitadas.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário. Ausentes, os Conselheiros momentaneamente, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (Suplente Convocado) e justificadamente, Marcos Vinícius Barros Ottoni (Vice-Presidente).



Ambos constituíram, para serem representados, o mesmo advogado que veio, posteriormente, a representar a empresa “Curitiba Gesso Comercial Ltda.” e Rafael Selvatici Borges.

A fiscalização, diante de todos os indícios corroborados pelo fato de que perante as instituições financeiras a empresa nunca teve suas cotas transferidas, constando nas fichas cadastrais atualizadas os sócios Rafael Selvatici e João Carlos, bem como sendo o emitente de cheques o sr. Rafael Selvatici, em todo o período fiscalizado, e mais, pelo fato de a empresa ter sido liquidada por distrato registrado na Junta Comercial, estabeleceu a sucessão para esse sócio e administrador de fato, como responsável tributário pelas obrigações da empresa.

Intimado a esclarecer todos os fatos e apresentar a contabilidade da empresa, nos mesmos moldes das Intimações anteriores dirigidas à empresa, fls. 65 a 69, acrescido de manifestar-se sobre os cheques emitidos pela empresa e assinados por sua pessoa após a transferência de cotas, o sr. Rafael Selvatici, representado pelo escritório do advogado das duas interpostas pessoas, limitou-se a requerer a exclusão de sua pessoa como responsável sucessório fls. 110 a 120.

Deve ser esclarecido que a fiscalização formalizou em separado o Auto de Infração relativo à exigência do Simples relativo ao ano-calendário de 2002, protocolizado sob o número desse processo fiscal, e formalizou outro processo – nº 10980.001684/2006-28 – no qual a contribuinte foi excluída do Simples a partir de janeiro de 2003 e exigido os tributos federais relativos aos anos-calendários de 2003 e 2004.

Todavia, destaco, a fiscalização de todos os períodos foi promovida ao mesmo tempo, com base nos mesmos documentos, respeitados os períodos envolvidos.

Os extratos bancários das contas abertas em nome da empresa, bem como as Requisições de Informações sobre as Movimentações Financeiras, as fichas cadastrais bancárias, cópias dos cheques emitidos pela empresa e assinados por Rafael Selvatici (até novembro de 2004), Relatório emitido pelo Serasa em 07 de dezembro de 2005 no qual consta como sócios e administradores responsáveis pela empresa “cancelada” os sócios Rafael Salvatici e João Carlos de Campos, todos esses documentos encontram-se nos Anexos I, II e III do processo nº 10980.001684/2006-28, e por economia processual, não foram xerocopiados para o presente.

Observo, ainda, que foi juntada a cópia do Acórdão nº 11.685/06 proferida nesse processo pela Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR, ao processo nº 10980.001684/2006-28 que exarou o Acórdão nº 11.809/06, tendo sido ambos litígios apreciados pela mesma turma julgadora.

Diante de todos os fatos, a autoridade lançadora lavrou o Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 130 a 150, parte integrante do Auto de Infração lavrado contra Rafael Selvatici Borges, na qualidade de sucessor da empresa extinta “Big Wall Comercial Ltda”, juntado às fls. 151 a 183 deste processo, do qual destaco os seguintes itens:

Em decorrência da extinção da pessoa jurídica a ser fiscalizada, encaminhou-se aos sócios por Aviso de Recebimento (AR), o Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 41/42), sendo que uma delas foi cientificada pessoalmente (ELIAZER PRADO MACHADO).



O mesmo termo foi encaminhado ao mesmo tempo para a sede da empresa BIG WALL, por via postal, tendo sido regularmente recepcionado (fls. 44).

[...]

Os irmãos Eliazer Prado Machado e Helier Machado, que residem no mesmo endereço, Av. Wenceslau Braz, 23, nas proximidades da sede da fiscalizada (fls. 21 letras a e b) são pessoas humildes como se pode observar pela grafia de suas assinaturas, apostas pelos mesmos nos documentos acostados.

[...]

Intimadas por Aviso de Recebimento (AR) (fls. 49 e 59) para comprovar a origem dos recursos utilizados na aquisição das quotas de capital, bem como apresentar documentos de aquisição das referidas cotas, tais como, contratos, recibos, notas promissórias, etc relativos às empresas relacionadas no quadro acima, nada apresentaram, apesar da dilação do prazo para tanto (fls. 56 e 67), permitindo deduzir que não possuem qualquer documento, reforçando a hipótese de que não adquiriram qualquer participação societária, portanto, simples engodo.

Corroborar com essa assertiva o exame da única declaração de imposto de renda de pessoa física apresentada pelos mesmos em 2004 [...]. Estranhamente, observa-se que os parcos rendimentos declarados são procedentes de pessoas físicas e não de pessoas jurídicas [...]

A prova contundente de que Eliazer e Helier foram usados como interpostas pessoas (Sócios apenas de direito e não de fato), nos foi encaminhada pelo Unibanco S/A em 27/12/2005, e pela Caixa Econômica Federal em atendimento à Requisição de Movimentação Financeira [...]. Trata-se de várias cópias de cheques emitidos pela BIG WALL e assinados pelo "ex-sócio" da BIG WALL COMERCIAL LTDA., Rafael Selvatici Borges.

Considerando que a movimentação financeira no ano de 2004 foi realizada pelo sócio "alienante" das cotas e não pelos sócios "adquirentes", anteriormente nominados, o que ocorre normalmente, e considerando que não foi apresentada a procuração dos referidos "quotistas adquirentes" para a pessoa autuada continuasse gerenciando os negócios a partir da alteração contratual, conclui-se que ocorreu uma simulada transferência de cotas.

[...]

Verifica-se assim, que todos os cheques acima relacionados, emitidos no ano calendário de 2004 para liquidação de operações comerciais da fiscalizada BIG WALL, foram assinadas por Rafael Selvatici Borges, sem exceção. Desta forma, repita-se, fiva demonstrado e comprovado que não houve mudança de gestão da sociedade, no período de dezembro de 2003 a novembro de 2004, muito embora a 1ª alteração contratual tenha consignado os nomes de Eliazer e Helier Machado.





ANA DE BARROS FERNANDES – Relatora e Presidente

EDITADO EM: 08/10/2009

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: João Bellini Júnior (Suplente Convocado), Cheryl Berno, Marcelo Cuba Netto (Suplente Convocado), Rogério Garcia Peres, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (Suplente Convocado) e Ana de Barros Fernandes (Presidente).

Relatório

A fiscalização iniciou-se na empresa BIG WALL COMERCIAL LTDA., optante do regime de tributação favorecido do Simples e encerrada, voluntariamente, em 22/09/2004, tendo como indício de ilícito tributário, a ser investigado, a significativa disparidade entre os valores movimentados financeiramente nas contas bancárias e aqueles informados a título de receita bruta ao fisco, nas DIPJS.

Verificou-se, ainda, que os sócios iniciais da empresa referida, srs. João Carlos de Campos e Rafael Selvatici Borges transferiram as cotas para os srs. Eliazer Prado Machado e Helier Machado, em 14/11/2003, mas simuladamente, visto que, quem continuou a gerir a empresa, de fato, inclusive assinando cheques e movimentando as contas bancárias foi o sr. Rafael Selvatici Borges até esta realmente encerrasse as atividades, em finais de 2004.

Ressalte-se, ainda, que os srs. João Carlos e Rafael Selvatici constituíram nova empresa no local, no mesmo ramo de atividades, com o mesmo objeto social, em fevereiro de 2005 – “Curitiba Gesso Comercial Ltda.”.

Os períodos objeto de fiscalização foram, inicialmente, os anos-calendários de 2002 e 2003, estendendo-se posteriormente ao ano-calendário de 2004.

A discrepância entre os valores movimentados financeiramente e aqueles informados ao fisco a título de receita bruta foram especificados, mês a mês, no Termo de Intimação Fiscal nº 01 de fls. 34 a 36, sendo, em valores totais anuais, da ordem de R\$ 107.973,29 para R\$ 1.094.150,82, e R\$ 473.466,93 para R\$ 4.563.120,11, nos anos de 2002 e 2003, respectivamente (aproximadamente 10%).

A empresa na pessoa do sócio de direito, Eliazer Machado, foi intimada e re-intimada a apresentar os livros contábeis e fiscais, bem como documentação correlata, e a esclarecer a origem dos valores creditados nos extratos bancários mantidas nos bancos Unibanco, Sudameris e Caixa Econômica Federal, discriminados de forma individualizada.

Não atendeu às intimações, solicitando postergação de prazo, e, ainda que deferidos os pedidos de postergação, continuou a não atender às intimações nem prestar os esclarecimentos solicitados.

A fiscalização buscou, então, comprovar que os dois sócios de direito que ingressaram na empresa consistiam em interpostas pessoas de Rafael Selvatici e João Carlos. Intimou ambos ‘novos sócios’ para esclarecerem, dentre outros itens, com que recursos adquiriram cotas de empresas que constaram como sócios originais Rafael Selvatici e João Carlos (ou seu parente, Gustavo Campos), a saber, três empresas: BIG WALL, MHE GESSO COMERCIAL LTDA e BCR COML LTDA.

As Intimações Fiscais a essas duas pessoas constam das fls. 38 e 39 e 48 e 49 e estão acompanhadas das cópias de DIRPF Simplificadas relativas ao ano-calendário de 2003, as quais espelham serem essas pessoas vendedores/prestadores de serviços com poucos rendimentos auferidos de pessoas físicas e como único bem declarado as tais cotas da empresa “Big Wall”.

[...]

Por último, em 04/02/2005, Rafael Selvatici Borges e Gustavo Gattass de Campos fundaram a **CURITIBA GESSO COMERCIAL LTDA** (fls. 29 A 33) para, no mesmo ocal, continuar desenvolvendo a mesma atividade comercial da extinta **BIG WALL COMERCIAL LTDA** consistindo-se dessa forma, o sócio remanescente, Rafael Selvatici Borges, como o sucessor e responsável pelo crédito tributário que vier a ser exigido da BIG WALL.

[...]

Apesar de reiteradas solicitações, nenhum extrato bancário, livro contábil ou fiscal, nos foi apresentado, [...]

Diante da falta de apresentação dos elementos solicitados no Termo de Início de Ação Fiscal, emitiu-se, em 03 de maio de 2005, com amparo na Lei Complementar 105/2001, de 10 de janeiro de 2001, Requisição de Informações sobre Movimentações Financeiras (RMF) [...]

Do exame da informações [...] resultou a planilha denominada Relatório de Movimentação Financeira (créditos) (fls. 160 a 198).

A referida relação foi encaminhada para todas as pessoas envolvidas, desde a pessoa jurídica fiscalizada (fls.), passando pelas interpostas pessoas (fls. 45 a 48), para a pessoa jurídica que continuou as atividades (fls. 135 a 138) e principalmente para a pessoa física autuada (fls. 155 a 159).

[...]

Até o presente momento, ninguém apresentou qualquer comprovação, documento, ou justificativa.

[...]

De fato, a BIG WALL COMERCIAL LTDA foi extinta, por liquidação voluntária, em 26/11/2004, conforme consta do Distrato Social juntado ao processo às fls. 26 e 27), cuja extinção não foi iniciativa das interpostas pessoas mas do efetivo proprietário, um dos sócios primitivos que nunca a abandonou.

[...]

Nos termos do artigo 287 do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto 3000/99 (RIR/99), abaixo transcrito, a falta de comprovação da origem dos valores depositados caracteriza omissão de receita operacional sujeitando-se a empresa fiscalizada ao arbitramento do lucro, tendo em vista a falta de apresentação de livros contábeis e fiscais, que registrem as operações comerciais realizadas pela empresa nos citados anos-calendário e permitam a apuração do lucro real.



Segue o termo Fiscal explicitando que ao intimar fornecedor que repassa produtos para revenda à fiscalizada, PLACO DO BRASIL LTDA., descobriu-se o que denominou “BIG ESQUEMA”.

Resumindo, constatou-se que a Placo: a) informou que os responsáveis pelas empresas “Curitiba Gesso” e “Big Wall” eram Gustavo Campos e Rafael Selvatici Borges / João Carlos Campos e Rafael Selvatici, respectivamente, desconhecendo qualquer alteração societária na empresa BIG WALL; b) remeteu diversas cópias das segundas vias de notas fiscais nas quais constavam o nome da outra empresa constituída por Rafael Selvatici e Gustavo campos, localizada em Campo Grande/MS – BCR Comercial Ltda.; c) para cada operação de venda, a Placo emitia uma via da nota fiscal para a BCR, como venda de produção do estabelecimento e outra nota fiscal, extraída em nome da BCR, para a BIG WALL, como simples remessa, mas os produtos eram efetivamente encaminhados para essa última, e apenas simbolicamente à BCR.

Tal esquema foi confirmado por diversos documentos acostados ao Anexo 03 do processo nº 10980.001684/2006-28, inclusive conhecimentos de transportes obtidos junto ao transportador envolvido e cheques emitidos pela BIG WALL em favor da PLACO, assinados por Rafaela Selvatici, mas a fiscalização apesar de minuciosamente haver explicitado o *modus operandi* das empresas envolvidas concluiu que:

Por outro lado, desconhecem-se os motivos de toda essa trama, possivelmente para favorecer-se da redução de tributos de competência de outras esferas de governo (estaduais ou municipais) bem como para dificultar o conhecimento da autoridade administrativa tributária da ocorrência dos fatos geradores de tributos e contribuições.

(grifos não pertencem ao original)

Desta forma, a fiscalização procedeu à autuação da empresa com fulcro no dispositivo legal pertinente à presunção de omissão de receitas, evidenciada por créditos bancários cujas origens não foram justificadas pela contribuinte, no caso, extinta, representada pelo seu sucessor tributário, sócio administrador remanescente que continuou a explorar a mesma atividade que antes a empresa exercia, no mesmo local, como sócio de outra empresa.

Houve, ainda, exclusão da pessoa jurídica do Simples, lastreada a fiscalização em três fundamentos: a utilização de interposta pessoa; embaraço à fiscalização; e a receita bruta excedente.

A multa aplicada aos tributos federais lançados de ofício, neste processo, no qual a empresa foi mantida no regime do Simples, foi agravada pela falta de atendimento às intimações encaminhadas solicitando livros, documentos, extratos bancários, esclarecimentos sobre a origem de créditos bancários etc – percentual de 112,50%.

Reitero que a exclusão da contribuinte do Simples, e a autuação cujos objetos foram os períodos relativos aos anos-calendários de 2003 e 2004, são objetos do processo nº 10980.001684/2006-28, a despeito do retromencionado Termo também se referir a esses fatos e à autuação decorrente.

O autuado apresentou a impugnação de fls. 188 a 233 argumentando em sua defesa diversos tópicos, um a um apreciado pela Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR. Deixo de relatá-los pois foram repetidos no Recurso Voluntário que mais a frente será objeto deste relatório.

A DRJ Curitiba, por intermédio da Segunda Turma exarou o Acórdão nº 11.685/06, mantendo o lançamento tributário, cuja ementa segue:

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA NO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. APLICABILIDADE SOMENTE NA FASE LITIGIOSA DA IMPUGNAÇÃO.

Descabe suscitar violação ao princípio do contraditório, eis que tal norma não incide no procedimento fiscalizatório, de índole inquisitiva, sendo aplicável somente na fase litigiosa de impugnação ao lançamento.

SIGILO BANCÁRIO. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. INOPONIBILIDADE A PESSOAS JURÍDICAS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA DE JURISDIÇÃO.

É improcedente o pedido de insubsistência do auto de infração dos tributos do Simples, por violação do sigilo bancário da empresa, eis que o acesso às informações bancárias diretamente pelo fisco é legítimo, não configurando afronta ao direito de intimidade e privacidade, defesas estas que não são oponíveis em face de pessoas jurídicas, e, além disso, o ato de levantamento do sigilo bancário não se insere nas matérias sujeitas à reserva de jurisdição.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DE FATO. PROSSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

Responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o sócio de fato que prossegue na exploração da atividade social, sob outra razão social, responsabilidade esta que se reveste de natureza pessoal em caso de dissolução irregular da empresa.

PERDA DA EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA CRIADORA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. EXISTÊNCIA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO LANÇAMENTO. FATO NOTÓRIO.

É infundada a alegação de insubsistência do lançamento por extinção do órgão responsável pelo lançamento, uma vez que a Medida Provisória que criou a Receita Federal do Brasil, que perdeu sua eficácia, apenas conferiu nova denominação à SRF, e ademais, é fato notório que este órgão continua existindo, dispensando-se qualquer comprovação.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 42 DA LEI Nº 9430/1996 E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

Correto o lançamento fundado na ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários, por constituir-se de presunção legal de omissão de receitas, expressamente autorizada pelo art.

42 da Lei nº 9.430/1996, dispositivo este que não foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 2001.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. CRIAÇÃO DE TRIBUTO COM MESMA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CPMF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Descabe alegar violação ao princípio da legalidade, com base em suposta criação de tributo com mesma hipótese de incidência da CPMF, eis que o IRPJ não foi exigido com base na movimentação bancária, mas sim na ausência de comprovação de sua origem.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA.

Não se conhece da impugnação tendo como objeto manifestação de inconformidade pela exclusão do sistema simplificado, pedido este que deve ser formulado em processo administrativo próprio.

MULTA AGRAVADA. CABIMENTO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPOSTA À SOLICITAÇÃO FISCAL.

Incide a forma agravada de penalidade quando o contribuinte, regularmente intimado, deixa de encaminhar livros contábeis/fiscais, documentos e extratos bancários, sem apresentar qualquer justificativa para a omissão, causando embaraço à fiscalização, obrigando o autuante a valer-se de terceiros para a obtenção de informações para embasar os lançamentos.

Tempestivamente, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 289 a 327, argumentando em síntese (para remir o tempo, aproveito o relatório do acórdão vergastado já que a defesa reprisou os argumentos):

a) Preliminarmente, a impugnante requer a declaração de insubsistência do auto de infração, por violação ao princípio do contraditório decorrente de autuação com base em documentos não submetidos à vista do contribuinte. Reclama que a responsabilização do contribuinte pelos tributos, supostamente devidos pela empresa Big Wall, foi baseada na suposta condição de sucessor desse contribuinte, sendo que tal condição foi apurada com base em documentos e informações ofertados pela empresa Placo do Brasil Ltda, dos quais não teve vista nem oportunidade de manifestação;

b) A reclamante pede a declaração de insubsistência do auto de infração em vista da extinção do órgão responsável pelo lançamento. Entende que a Receita Federal do Brasil, criada pela Medida Provisória nº 258/2005, para exercício das competências anteriormente atribuídas à Secretaria da Receita Federal, deixou de existir na estrutura jurídica brasileira, em vista da perda da eficácia da referida Medida Provisória, a partir de 18/11/2005. Conseqüentemente, os atos administrativos praticados na presente ação fiscal devem ser invalidados, desde a requisição de informações sobre a movimentação financeira da empresa Big Wall às instituições das quais é cliente, passando

pela intimação do contribuinte para a comprovação da origem dos depósitos bancários dessa empresa;

c) Ainda preliminarmente, a litigante demanda a declaração de insubsistência do auto de infração por violação ao sigilo bancário da empresa Big Wall. Sustenta a inconstitucionalidade da Lei nº 9.311/96 e Lei Complementar nº 105/2001, que violam o direito à intimidade e à vida privada garantidas constitucionalmente. Entende que somente por autorização judicial pode ser decretada a quebra do sigilo bancário;

d) Pugna pela declaração de insubsistência do auto de infração em vista da impossibilidade de lançamento fundado em simples movimentação bancária. O lançamento assim fundamentado redundaria em violação ao art. 150, IV da Carta Magna, que veda a instituição de tributos confiscatórios. Configura-se confiscatório todo tributo que incida sobre hipótese que não contenha sem seu bojo um fato signo-presuntivo de riqueza. Sustenta ainda que o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que fundamentou o lançamento, foi revogado pelo art. 5º, §4º da Lei Complementar nº 105/2001, de modo que o fisco não pode mais tributar os depósitos bancários com base em presunção, devendo proceder à tributação real e efetiva da omissão de rendimentos ou receitas, encontrada e provada pelo fisco;

e) Reclama que, a pretexto de se apurar imposto de renda, está-se lançando outro tributo sobre a movimentação financeira sem que haja previsão para tanto na ordem jurídica. Lembra que, nos termos do art. 2º e incisos da Lei nº 9.311/96, o tributo que ostenta como hipótese de incidência a simples movimentação de recursos é a CPMF, cuja quitação já foi providenciada pelas entidades bancárias, na condição de responsáveis tributárias. Com base em ensinamentos de tributaristas, recorda que a norma de incidência tributária tem estrutura dual, ou seja, há uma hipótese previamente descrita em lei, e uma consequência cujos efeitos são gerados com a subsunção do fato ocorrido à hipótese abstratamente descrita na lei;

f) Discorda da responsabilização que lhe foi atribuída em face dos tributos lançados relativos à empresa Big Wall. Aponta que foi intimada pela autuante a apresentar documentação comprobatória, relativa aos depósitos bancários em benefício da empresa Big Wall, sob pena de efetuar-se o lançamento mediante utilização dos documentos disponíveis. Foi consignada como fundamento da intimação, suposta inserção do contribuinte no art. 132 e parágrafo único do CTN, bem como o art. 207, IV do RIR/99, razão pela qual caberia a ele apresentar as comprovações mencionadas na intimação;

g) Contesta a exclusão do Simples, observando que o art. 9º, inciso II da Lei nº 9.317/96 permite que empresas com faturamento até R\$ 1.200.000,00 mantenham sua inscrição no Simples desde que, na qualidade de empresas de pequeno porte, em lugar de micro-empresas. Alude ao princípio da proporcionalidade, para concluir que um simples desacerto na



classificação legal da contribuinte não pode justificar sua exclusão do sistema. Discorda da existência de interposição de pessoas, sendo que este não foi o motivo determinante constante no ato de exclusão. Afirma que não restou caracterizado o embaraço à fiscalização por falta de apresentação de livros, documentos e extratos bancários, já que este enquadramento, bem como o texto da IN 355/03, não encontram apoio legal;

h) Insurge-se contra a multa, no percentual de 225%, aplicada com base nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4502/64, que não comportam aplicação no montante pretendido pelo autuante. Sustenta que a majoração aplicada pelo fisco é reservada aos casos de evidente intuito de fraude, cujos elementos não se vislumbram no caso examinado. Requer a redução da multa decorrente do lançamento de ofício para seu percentual normal, ou seja, 75%, ou ainda, sucessivamente, e se tanto, de 112,5%.

Considerando que dois processos administrativos foram formalizados contra o sujeito passivo em tela, por questão administrativa, *interna corporis*, consoante já explicitado, e que os documentos pertinentes às conclusões que ensejaram a autuação e a responsabilização por sucessão do contribuinte constaram dos Anexos I, II e III que acompanham somente o processo nº 10980.001684/2006-28, solicitei, em medida saneatória, ao receber o presente por sorteio, o encaminhamento do processo nº 10980.001684/2006-28 para analisar os documentos citados no Termo de Encerramento de Ação Fiscal que explicita as autuações, bem como que fosse dada ciência expressa ao contribuinte dos documentos constantes nos três anexos, também pertinentes à autuação objeto do presente (fls. 336 e 337).

O representante do autuado compareceu à unidade de jurisdição do contribuinte e não só tomou ciência de que os documentos citados no Termo de Encerramento Fiscal constavam nos Anexos I, II e III do processo nº 10980.001684/2006-28, bem como recebeu cópia de todos os documentos (fls. 341). Nada se manifestou a respeito, de certo porque já possuía conhecimento de toda a documentação, uma vez ser o representante das defesas administrativas naquele outro processo administrativo também.

Saliento quanto ao processo nº 10980.001684/2006-28 que, apesar de conexo em face dos documentos comuns que embasaram as autuações, não poderá ser apreciado por essa Turma julgadora em vista da limitação do valor de alçada, visto o crédito tributário (tributo + multa) naquele exigido ultrapassar o valor de R\$1.000.000,00.

Tal fato não prejudica que o julgamento dos processos seja realizado de forma independente, tratando-se de conexão relativa, pois o objeto do presente é a exigência de tributos federais apurados de ofício pela sistemática do Simples e relativa ao ano-calendário de 2002, enquanto o outro processo, de competência de Turma Ordinária, corresponde à exigência fiscal de tributos federais apurados pelo regime de tributação do arbitramento de lucros e relativa aos anos-calendários de 2003 e 2004.

Considerando que foi possível a análise dos documentos citados pela autoridade lançadora para formar a convicção desse órgão colegiado, nada obsta a apreciação do presente litígio.

É o relatório. Passo à análise das razões recursais.

Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

1. Das Preliminares

Violação do princípio do contraditório e da ampla defesa

O recorrente argumenta que houve afronta aos princípios constitucionais porque, no curso da ação fiscal, não foi chamado a conhecer os documentos e esclarecimentos fornecidos pela empresa PLACO do Brasil Ltda. mediante Intimação Fiscal, fornecedor dos produtos adquiridos para revenda pela empresa BIG WALL.

Todavia, essa inconformidade é inadmissível, tendo em vista que a ação fiscal é desenvolvida com fulcro no poder-dever do Estado ao exercer a ação inerente às suas atividades e independe da autorização ou conhecimento dos fiscalizados para que seja desempenhada, fazendo parte do trabalho de investigação da eventual ocorrência de ilícitos fiscais a circularização junto a terceiros para verificação das operações negociais do contribuinte fiscalizado.

Ademais, as respostas e documentos fornecidos à fiscalização não podem ser de desconhecimento do fiscalizado, pois como gestor da empresa é conhecedor das mercadorias adquiridas, emissão de notas e todo o mais relatado no Termo de Encerramento de Ação Fiscal. Deve ser ressaltado, ainda, para afastar de vez as ilações do recorrente neste tocante, que a própria fiscalização concluiu que o “Big Esquema”, montado entre as diversas empresas de titularidade do autuado e a PLACO, tem finalidade que não afetou a autuação realizada contra o contribuinte, sucessor legal da BIG WALL, consoante relatado.

Também frustra a assertiva do recorrente o fato de que a ação fiscal não se desenvolve como um processo administrativo, mas sim trata-se de um procedimento, de natureza inquisitória, no qual todos os elementos devem ser buscados pelo fisco para comprovar se houve, ou não, a ocorrência de descumprimento da obrigação tributária, acessória ou principal.

E determinante foi para a fiscalização a recusa dos representantes da empresa extinta, de direito ou de fato, ao serem intimados a apresentar livros contábeis e fiscais, bem como a documentação correlata a que se obrigam por lei, inclusive extratos bancários, forçando os trabalhos para que buscassem as informações e documentos junto a terceiros, culminando na autuação para os anos-calendários de 2002, 2003 e 2004 com base no levantamento dos créditos bancários, presumindo de forma legal, a omissão de receita.

O recorrente eximiu-se do dever de colaborar com o fisco, o que acarretou o agravamento da multa regular de ofício, mas, ao final dos trabalhos fiscais, foi regularmente notificado da autuação imposta recebendo o Termo que descreve minuciosamente todos os fatos e relaciona documentos verificados no curso do procedimento fiscal, sendo-lhe facultado

vistas ao então formalizado processo administrativo e extração de cópias, possibilitando-lhe exercer amplamente os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa no prazo estabelecido por lei, na impugnação. Aliás, como o fez e está a fazer no recurso ora apreciado.

Quanto à alegação de que o ato do lançamento tributário por si só atenta contra os direitos dos contribuintes, não tem qualquer respaldo legal ou lógica tal assertiva. O ato do lançamento tributário desde que pautado no princípio da legalidade estrita além de ser dever do Estado, proporciona a tão clamada justiça fiscal, pois só é realizado quando constata-se que o contribuinte não cumpriu as obrigações tributárias a que todos os contribuintes estão sujeitos. Destarte, a atividade fiscalizatória quando resulta em lançamento é instrumento que viabiliza o princípio da isonomia entre os cidadãos, da capacidade contributiva, da livre concorrência e outros mais, pois iguala os contribuintes que cumprem as normas, espontaneamente, com aqueles até então à margem da legalidade, punindo-os com as multas de ofício.

No mais, adoto as razões expostas pelo colegiado *a quo* as quais não foram especificamente refutadas pelo recorrente, invocando os ensinamentos lá transcritos de Alberto Xavier, Mary Elbe G Q Maia e a vasta jurisprudência administrativa acostada ao acórdão combatido.

Da extinção do órgão responsável pelo lançamento

Não procede a argumentação do recorrente de que os atos praticados pelos auditores fiscais vinculados à Secretaria da Receita Federal, quando esse órgão passou a denominar-se Receita Federal do Brasil, por Medida Provisória não convalidada em lei, carecem de competência e são nulos, desprovidos de eficácia jurídica.

Isto porque a própria Medida Provisória resguardou em seu texto, conforme já esclarecido pelo órgão julgador de primeira instância, que a Secretaria da Receita Federal (SRF) passava a denominar-se Receita Federal do Brasil (RFB), mantidas as competências previstas na legislação em vigor na data de publicação da própria MP, ou seja, as competências e investidas não foram de qualquer forma afetadas pela nova denominação do órgão, no que tange aos tributos federais administrados pela SRF, o que resultou, em não sendo convalidada em lei, ser, a contrario sensu, convalidado todos os atos praticados nesse ínterim como se da própria SRF fossem.

A tese defendida pelo recorrente não tem substrato jurídico, pelo que não merece acolhida.

Violação ao sigilo bancário da empresa BIG WALL

Esta matéria já está assente e pacificada tanto na esfera administrativa quanto na judiciária, para os procedimentos fiscais realizados após a vigência da Lei Complementar nº 105/2001.

Os dispositivos inseridos na Lei Complementar nº 105/2001, na Lei nº 10.174/2001 (que em seu artigo 1º deu nova conotação ao § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96) e no Decreto nº 3.724/2001, tratam dessa matéria no sentido de possibilitar ao fisco, através do conhecimento da movimentação financeira, pelos recolhimentos de CPMF, utilizar essa informação nos procedimentos administrativos fiscais como mais um instrumento de ~~investigação, consistindo em normas cuja natureza é ampliar as fontes de investigação dos ilícitos tributários e regular o procedimento de fiscalização.~~ Independentemente de autorização judicial.

A seguir, transcreve-se a ementa de acórdão modelo a ser copiado por essa relatora, no que respeita à matéria:

Acórdão nº 103-22.750

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - TRIBUTÁRIO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LC nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA

1. A Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos, (CTN, art. 144, § 1º). Trata-se de aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade.

2. O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensáveis à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação.

3. O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01" (Ac. da 1ª T do TRF da 4ª R – mv – ag 2002.04.01.003040-0/PR – Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – DJU 2 05.06.02, p 164)

(grifos não pertencem ao original)

O parágrafo 1º do artigo 144 do CTN – Código Tributário Nacional, a seguir reproduzido, esclarece que as normas adjetivas se aplicam imediatamente, no ato do lançamento, afastando qualquer aspecto temporal, não se podendo lhes atribuir vedação por irretroativas:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto,



neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Grande lição nos ministra o magistrado Zuudi Sakakihara, in Código Tributário Nacional Comentado (RT), pp 565/566, conforme se extrai do acórdão supra referido:

... na atividade do lançamento é preciso distinguir entre a lei material, que descreve o fato típico tributário e contém a respectiva implicação consistente no pagamento do tributo, das outras leis de natureza apenas adjetiva, que dizem respeito ao modo pelo qual é realizada a atividade do lançamento.

A lei material é aquela aplicada na atividade do lançamento, segundo os critérios da qual é determinada e quantificada a obrigação tributária principal e o correlativo crédito tributário. Integra o próprio objeto do lançamento, na medida em que é dele a fonte formal e, por isso, há de ser aquela vigente na data em que surgiram a obrigação e o respectivo crédito. É o que diz o caput deste artigo.

Já as leis meramente adjetivas não integram o objeto do lançamento, valendo dizer que não são aplicadas pelo lançamento, mas aplicadas à atividade do lançamento. Dizem respeito à atividade e não ao objeto do lançamento. Em razão disso, são aplicáveis aquelas vigentes na data em que é exercida a atividade, sendo irrelevante que sejam posteriores ao surgimento do direito que é objeto do lançamento. É esse o sentido do § 1º deste artigo. Com efeito, as leis que instituem novos critérios de apuração ou novos processos de fiscalização, ou, ainda, que ampliem os poderes de investigação das autoridades administrativas, são todas, por assim dizer, externas ao fato gerador, no sentido de que não alteram nenhum dos aspectos da hipótese de incidência tributária, afetando, apenas, a atividade do lançamento, e não o crédito tributário. Esclareça-se, por oportuno, que os critérios de apuração são unicamente aqueles investigatórios, e não os que se destinem à quantificação do tributo devido, pois estes afetam diretamente a materialidade da hipótese de incidência no seu aspecto dimensível.

(...)

Note-se que o § 1º não prevê nenhuma hipótese que importe aplicação retroativa da lei. Ao contrário, confirma e consagra o princípio da irretroatividade da Lei tributária, pois a legislação aplicável, embora seja posterior à ocorrência do fato gerador, não é posterior à atividade do lançamento, à qual se aplica.

(grifos não pertencem ao original)

O Poder Judiciário, desde outubro de 2003, tem se manifestado no mesmo sentido, consoante ementa a seguir colacionada, parcialmente, a esse voto:

STJ / REsp nº 506.232-PR

~~TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL.
APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE
INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA~~

CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

[...]

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: '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, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente'.

5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade de aplicação dos arts. 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

(grifos não pertencem ao original)

Acrescento que é cediço aos operadores do direito, nas mais largas escalas que se pode alcançar, que os princípios constitucionais devem ser sobreponderados uns em relação aos outros, sempre reconhecendo-se a primazia do Estado, ao representar a coletividade, sobre os direitos individuais. Mais uma vez, reitero que a justiça fiscal e a isonomia entre os contribuintes, bem como a capacidade contributiva de cada um, são alvos perseguidos incansavelmente pelo Estado na promoção do bem estar social, acima de qualquer direito individual isolado que possa vir a servir como escudo para eventual sonegação fiscal.



Por todas essas razões, não sendo demais lembrar que declarar a inconstitucionalidade de leis, ordinárias ou complementares, é matéria privativa do Poder Judiciário, fugindo ao escopo da seara administrativa, afasto a arguição de que houve violação ao sigilo bancário, que, aliás, continua a ser preservado pelos órgãos da administração direta estatais, visto que aos elementos que compõem o processo administrativo tributário não é dada qualquer publicidade. Essa bandeira não pode ser erguida contra a Fazenda Pública na defesa de seus interesses.

No mais, adoto as razões expostas pelo colegiado *a quo* as quais não foram especificamente refutadas pelo recorrente.

2. Do Mérito

2.1. Da insubsistência do lançamento tributário com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 revogação desse dispositivo legal.

As presunções legais vêm expressas na lei tributária. O próprio legislador destaca situações especiais nas quais os indícios pressupõem a ocorrência do fato gerador, no caso, a obtenção de receita. São situações que de tão excepcionais denunciam o ilícito tributário.

Situação deveras conhecida, semelhante à ora analisada, é a constatação do saldo credor do caixa – esta situação é materialmente impossível de ocorrer: se a pessoa jurídica não possui dinheiro em caixa, não poderá fazer o pagamento de despesas. Como pode, então, registrar a contabilidade que a despesa foi paga, sem o respectivo numerário?

A situação é tão absurda, que a norma tributária presume o óbvio: em algum momento houve a omissão de receitas. A norma tributária se incumbe de declarar o indício da omissão: é o saldo credor do caixa.

Semelhantemente ocorre com o artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

O numerário depositado em conta bancária, **não justificado** pelo contribuinte interpelado, constitui omissão de receita.

Novamente, nota-se a seguinte situação excepcional: uma pessoa, jurídica ou física, ao ser fiscalizada, possui ingressos, em conta bancária, em valores superiores àqueles informados ao fisco (ou não registrados na contabilidade).

A norma tributária determina, na verificação desta hipótese, que não sendo demonstrada a origem daquele numerário pressupõe-se que constitui receita omitida (este é o fato gerador da obrigação tributária não percebido pela recorrente). E a prova, a lei expressamente o declara, caberá ao contribuinte.

As presunções legais, pois, surgem de situações nas quais, com tranquilidade, os indícios denotam a ocorrência do ilícito tributário.

E a autoridade fiscal colheu as provas dos indícios enunciados na norma tributária: os créditos tributários – não da presunção, em si, pois esta já está declarada como ilícito, pela própria norma.

A presunção, por conseguinte, ergue-se sobre indícios que devem ser devidamente e fartamente provados, como no presente lançamento.

Vale a pena transcrever o artigo 239 do CPP, que conceitua indício:

Art.239.Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Este *link* entre os indícios e o fato tributariamente relevante é fornecido pela norma tributária: depósitos não justificados $\Rightarrow$ omissão de receitas; saldo credor de caixa $\Rightarrow$ omissão de receitas; passivo fictício $\Rightarrow$ omissão de receitas, e assim por diante.

As presunções enunciadas na norma tributária não são absolutas ($\square$ *juris et* $\square$ *juris*). São presunções legais relativas (*juris tantum*) o que significa que comportam provas em contrário. Estas provas deverão ser apresentadas pelo contribuinte e a própria norma traz esta condição expressa em seu bojo, pois foge à regra geral relativa ao ônus da prova (pertinente ao fisco).

A propósito, o artigo 42 não traz qualquer inovação ao ordenamento jurídico quanto à inversão do ônus da prova. Em todos os casos em que a lei expressamente declare a presunção, o ônus da prova é invertido e, na seara tributária, há muitos casos de presunções legais.

Assim dispõem os artigos 925 e 926 do RIR/99:

Ônus da Prova

Art.924. Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no artigo anterior (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §2º).

Inversão do Ônus da Prova

Art.925.O disposto no artigo anterior não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §3º).

Destarte, irrelevante para a aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, no lançamento tributário, a identificação da origem dos ingressos nas contas bancárias ou estabelecer-se qualquer nexos com o faturamento da empresa, ou com efetivos acréscimos patrimoniais.

E com fulcro no artigo 926 acima reproduzido, quem tem o dever de provar que a origem dos valores depositados em conta de sua titularidade não provém da obtenção de receitas (fato gerador), até então omitidas, é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Somente justificando o ingresso de numerários, com documentação hábil, pode ilidir a presunção legal tributária de omissão de receitas. Não o fazendo, entende-se ser mera alegação, inapta para ilidir a tributação contra si imposta.

Portanto, não havendo o contribuinte comprovado, documentalmente, que os créditos havidos em conta corrente são, de fato, empréstimos, linhas de crédito bancárias etc, não há que se reformar o lançamento tributário pautado estritamente em conformidade com a



norma tributária. Os saldos finais auferidos em cada mês, independentemente de seus valores, não foram estabelecidos como indícios pela norma tributária, da qual não se pode fugir.

Quanto à alegação de que os créditos, individualizados, devem ser superiores a R\$12.000,00 para serem considerados na tributação, trata-se de interpretação equivocada da norma, pois esta trata de valor totalizado dentro do ano-calendário e o remissivo reporta-se às pessoas físicas sob fiscalização, não sendo aplicável às pessoas jurídicas.

Ademais, conforme relatado, os créditos bancários para o ano de 2002 ultrapassam R\$1.000.000,00, enquanto para o ano-calendário de 2003 ultrapassam R\$ 4.000.000,00.

No que respeita à alegação de que o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 fora revogada pela Lei Complementar nº 105/2001, faço meus os fundamentos do acórdão combatido, por suficientemente esclarecedor quanto à natureza de complementação entre as duas normas jurídicas:

É igualmente descabida a alegação de que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 foi revogado pelo art. 5º, §4º da Lei Complementar nº 105/2001. É sabido que, nos termos definidos pela Lei de Introdução ao Código Civil, a revogação de dispositivo legal se dá de forma expressa ou tácita, segundo se a nova lei literalmente dispõe a respeito, ou quando conflita com a antiga ou disciplina totalmente a matéria, respectivamente. Nenhuma das hipóteses se aplica ao caso; na realidade, longe de aparentar antagonismo, as duas normas se complementam, já que o intuito da lei complementar foi conferir à Administração Tributária maior poder instrutório com vistas a identificar o patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, e a lei ordinária autoriza o lançamento com base em documentação assim obtida.

Em outros termos, a lei posterior veio a dar maior eficácia à lei anterior, ao invés de contrariá-la. Tanto assim que o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº105, de 2001, ao dispor sobre a finalidade dos dados bancários do contribuinte requisitados pelo fisco às instituições financeiras, expressamente autoriza a utilização dessas informações para efeito de lançamento fundado no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 5o As informações requisitadas na forma do artigo anterior:

[...]

II - deverão:

b) subsidiar o procedimento de fiscalização em curso, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; (Grifou-se)

No mais, novamente, adoto as demais razões expostas no acórdão para não acolher a alegação do recorrente de que o lançamento tributário não está devidamente fundamentado no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 ou que essa norma fora revogada.

2.2. Tributação sobre a movimentação financeira.

Novamente trilha o recorrente pelo caminho de acusar de insubsistente a presunção de omissão de receitas esculpida em norma tributária não declarada inconstitucional, em plena vigência desde 1996.

Mais uma vez confunde a mera movimentação financeira, cujas informações foram utilizadas para abrir o procedimento fiscalizatório, com a existência, fatídica, de créditos bancários cuja origem não é justificada pelo contribuinte, o que, a norma tributária, atribui o caráter presuntivo de omissão de receitas.

Bastaria o contribuinte comprovar que os créditos discriminados individualmente tem origem diversa àquela proveniente da atividade operacional da empresa, para refutar o lançamento tributário. Mas não o fez durante a fiscalização, não o fez quando impugnou e não o fez em sede recursal.

A alegação de confisco ou que o Estado está a requerer parcela que não lhe comporta são infundadas e carecem de plausibilidade.

A autuação da empresa, na pessoa de seu sócio-administrador, só ocorreu porque houve ingressos de recursos em suas contas bancárias (da empresa) incompatíveis com os valores informados ao fisco a título de receita bruta (faturamento). Se não fossem tais valores dos créditos o faturamento da empresa, o contribuinte teve oportunidades suficientes para excluir os valores da tributação realizada *ex officio*. Se assim não o faz, a quantia exigida, de ofício, refere-se aos tributos federais não pagos à época própria, conforme estabelecem as normas tributárias, acrescidas de juros moratórios e da penalidade pelo descumprimento de normas cogentes, de natureza pública. Assim, incongruente a argumentação que está a se exigir recursos que não pertencem ao Tesouro Nacional assenhorados indevidamente nos anos-calendários fiscalizados.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório se dirige ao legislador e não ao aplicador da lei.

Consoante já abordado no acórdão proferido em primeiro grau e acima, a fiscalização aplicou a norma tributária em vigência, sendo a atividade administrativa do lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN).

Afasto as arguições doutrinárias trazidas pelo recorrente por não tratarem especificamente a matéria tributável no presente caso, ou por referirem-se a épocas anteriores à edição do artigo 42 da Lei nº 9.430/95 e não mais se aplicarem.

2.3. Da responsabilidade do recorrente

Ora, a fiscalização enriqueceu o processo administrativo fiscal com provas de que o sr. Rafael Selvatici Borges era, de fato, o sócio – administrador da empresa BIG WALL extinta pelo distrato registrado na Junta Comercial pertinente.

A falsidade ideológica maquinada para retirar-se do quadro societário e “passar no papel” a empresa para duas interpostas pessoas salta aos olhos no presente caso e configura simulação jurídica.



Várias são as provas, já relatadas de forma esmiuçada, mas a continuidade dessa pessoa na administração financeira da empresa até que as operações negociais extingiram-se, é, com certeza, irrefutável.

A soma dos indícios todos – comunicação do SERASA, informações dos terceiros que negociavam com a empresa, ausência de recursos dos irmãos Machado, sendo que um está identificado como motorista no contrato social da empresa “BCR Comercial” (fls. 34 do processo nº 10980.001684/2006-28, também de responsabilidade de Rafael Selvatici, as diversas empresas cujos quadros societários transitam as mesmas pessoas, as fichas cadastrais bancárias que não deixam margens às dúvidas, as assinaturas apostas nos cheques depois das datas – são elementos que convencem, sem dúvida, a interposição de pessoas com fins espúrios por parte dos sócios originais.

Chegam a afrontar as ilações do recorrente no que tange a este tópico, ao dizer, por exemplo que os administradores à época é que devem ser responsabilizados, pois são comprovadamente ‘laranjas’, e que não há provas de que a empresa fora extinta, quando há cópia do distrato do contrato social remetido pela junta Comercial, juntado ao processo.

Entendo-as meramente protelatórias, visto que estão frontalmente em desacordo com os diversos e já referidos documentos acostados aos Anexos I, II e III do processo nº 10980.001684/2006-28 (conexo a esse e formalizado na mesma época), e àqueles juntados ao presente processo.

Quanto à reprisada contestação de que não há provas conclusivas no processo de que a atividade foi continuada pelo sócio remanescente, aproveito a magistral abordagem da Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba sobre essa questão, não confrontada pontualmente pelo recorrente, razão pela qual adoto-a integralmente:

Os fatos narrados nos autos revelam que a autoridade fiscal, ao imputar a responsabilidade pelos tributos devidos pela empresa Big Wall Comercial Ltda à pessoa física de Rafael Selvatici Borges, procedeu de acordo com a legislação em vigor à espécie. O caso em tela subsume-se ao disposto no art. 207, inciso IV do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, in verbis:

RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

Art. 207. Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei nº 5.172, de 1966, art. 132, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º):

I - a pessoa jurídica resultante da transformação de outra;

II - a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade;

III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;

IV - a pessoa física sócia da pessoa jurídica extinta mediante liquidação, ou seu espólio, que continuar a exploração da atividade social, sob a mesma ou outra razão social, ou sob ~~firma individual~~; (Grifou-se)

V - os sócios, com poderes de administração, da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem

apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, as condições para que a pessoa física do sócio responda pelos tributos devidos pela pessoa jurídica são: a) extinção da pessoa jurídica mediante liquidação; b) continuação na exploração da atividade social pelo sócio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

A impugnante afirma que não há elemento algum no processo administrativo a indicar a extinção da empresa Big Wall Comercial Ltda. Tal assertiva não condiz com os fatos. Conforme telas extraídas do cadastro do contribuinte do banco de dados da SRF, às fls. 249/250, a empresa encontra-se baixada desde 26/11/2004, por motivo de "extinção por encerramento/liquidação voluntária". Ademais, consta ainda cópia do distrato social efetivado pela empresa e encaminhado pela Junta Comercial do Paraná, às fls. 20/22, em que se verifica que os sócios de direito Eliazar Prado Machado e Helier Machado voluntariamente decidiram pela extinção da sociedade em 22/09/2004. Não há dúvida, portanto, de que a referida pessoa jurídica foi extinta mediante liquidação.

A segunda condição da atribuição de responsabilidade na figura do sócio foi igualmente observada, e comprovada pela autoridade fiscal. Conforme acima relatado, o autuante apontou três provas convergindo para a constatação de que a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda continuou com a exploração da atividade da Big Wall Comercial Ltda: a) coincidência de atividade econômica; b) coincidência de produtos comercializados, quanto à natureza e fornecedor; c) coincidência de pessoas responsáveis perante o fornecedor.

Além dessas comprovações, pode-se acrescentar ainda o fato de que a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda foi constituída no mesmo endereço da Big Wall Comercial Ltda, conforme consta nos respectivos contratos sociais, às fls. 13 e 24. O quadro probatório, dessa forma, é farto no sentido de confirmar a suspeita de que o sócio Rafael Selvatici Borges prosseguiu na exploração da atividade social antes desempenhada pela extinta pessoa jurídica, sob outra razão social, a partir do momento em que constituiu a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda.

Assim, restando comprovado os pressupostos exigidos pela lei para a imputação de responsabilidade pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta à pessoa do sócio que continua a exploração da atividade, é de se concluir que não há reparos a fazer quanto ao procedimento adotado pelo auditor fiscal.

Reconheço como acertada a eleição pela fiscalização do sujeito passivo em comento, com fulcro no que dispõe a norma jurídica acima, em face de estar devidamente caracterizado nos autos que o sr. Rafael Selvatici Borges foi o sócio-administrador da empresa até a sua extinção, passando a explorar a mesma atividade, no mesmo local, sob o nome de outra empresa.



2.4. Da multa agravada

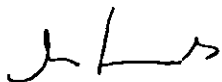
Mantenho a multa agravada no percentual de 112,50% entendendo ser devida em vista às diversas artimanhas perpetradas pela empresa, através das interpostas pessoas e pelo real responsável por esta, que se materializaram na tentativa de obstar o procedimento fiscal e à apuração da verdade material dos fatos, pela reiterada negativa em prestar os esclarecimentos necessários e à exibição de livros e documentos contábeis e fiscais aos quais está a empresa obrigada por lei a manter em boa ordem e guarda e a exhibir à fiscalização.

Por fim, reitero que adoto integralmente as razões de decidir do órgão julgador *a quo* em tudo que não foi especificamente confrontado pelo recorrente, por traduzirem meus próprios fundamentos sobre os assuntos enfrentados, além daqueles ora expostos nesse voto.

CONCLUSÃO

Voto em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Determino à Secretaria da Terceira Câmara que extraia cópia desse acórdão e junte ao processo nº 10980.001684/2006-28, devolvendo-o para sorteio regular junto à Turma Ordinária.



ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora