



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

Processo nº 13888.723649/2011-77
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1301-001.500 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de maio de 2014
Matéria IRPJ/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA (Responsáveis Solidários: ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO, MARCOS ANTONIO RAINHA, ÂNGELA IRANI RAINHA –ME e, RAINHA & BÉLLO COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS IND. LTDA.) e, FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

SIGILO BANCÁRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Não houve quebra de sigilo bancário nem, tampouco, o procedimento está inquinado de nulidade, ante à observância do estabelecido no art. 10 do Decreto n. 70.235/1972. Os agentes do Fisco podem ter acesso as informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

DECADÊNCIA. IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário deve ser apurado em conformidade com o § 4º do art. 150 do CTN, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. ARBITRAMENTO DOS LUCROS.

O descumprimento das obrigações acessórias constantes do art. 527, parágrafo único, enseja o arbitramento do lucro na hipótese do art. 530, III, ambos do RIR/99. Será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado

quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa contendo toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, na hipótese do parágrafo único do art. 527 e 530, III do RIR/1999.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502 de 1964

ARTIGO 135 DO CTN

Uma das possibilidades de responsabilização de sócio gerente, com base no art. 135 do CTN, é que o débito tributário decorra de sonegação e, que o gerente tenha estado na administração da empresa no momento em que ocorreu a sonegação

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Com relação ao recurso voluntário: 1) Pelo voto de qualidade manter a responsabilidade tributária. Vencidos neste quesito os Conselheiros Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier. 2) Por unanimidade de votos NEGAR provimento quanto às demais matérias.

(assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração exigindo-lhe o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 10.379.252,98 (fl. 7630), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 4.610.869,96 (fl. 7668), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 12.805.786,83 (fl. 7696), Contribuição para o PIS no valor de R\$ 2.766.341,96 (fl. 7722), acrescidos de juros de mora e multa de ofício, perfazendo o crédito tributário de R\$ 70.158.772,59 (fl. 2), em virtude de omissão de receita operacional (revenda de mercadorias sem emissão de notas fiscais) e de omissão de receita caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, tudo conforme Termo de Constatação Fiscal de fls. 7743/7766.

O procedimento fiscal iniciou-se em 20/05/2010 com a ciência do Termo de Início (fls. 41/42), por meio do qual a contribuinte foi intimada a apresentar, relativamente aos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, os extratos bancários das instituições financeiras relacionadas, informações referentes a movimentação das contas bancárias, como a presença de co-titulares ou movimentação por terceiros; livro Caixa e Diário Contábil; Notas Fiscais de entrada e saída; Livro de Registro de Inventário; Livro de Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências; Contrato de Prestação de Serviços; e Cópia do Contrato Social e suas alterações.

No dia 09/06/2010, o contribuinte protocolou um pedido de prorrogação por mais 10 dias para cumprimento das exigências (fl. 43). Em 23/06/2010 solicitou mais uma prorrogação (fl. 44), contudo na ocasião o pedido foi INDEFERIDO e condicionado a entrega de alguns documentos exigidos. Segundo o Termo de Constatação Fiscal (fls. 7744) a contribuinte entregou alguns documentos relativos mas não cumpriu a exigência de entrega de extratos bancários, o que exigiu a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira RMF, com fundamento no art. 33 da Lei 9.430/96.

Em 28/09/2010 foi a empresa cientificada de que, ao verificar os livros Caixas apresentados, constatou-se que neles não estava escriturada a movimentação bancária, razão pela qual foi a empresa intimada (fls. 50/51) a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, os livros Caixas contendo toda a movimentação bancária do período. Em 18/10/2010 a empresa, por meio de seu procurador (fl. 53), solicitou prorrogação por mais 30 (trinta) dias para apresentar os livros Caixas.

Em 01/02/2011 (AR de fl. 57) a contribuinte foi intimada (Termo de intimação de fl. 56) a apresentar os extratos bancários do Banco Mercantil do período de 2006 a 2008. No dia 04/03/2011 a empresa, por meio de seu procurador, Dr. Fábio Mendes, solicitou prorrogação do prazo, contudo não apresentou qualquer documento.

Por meio do Termo de Constatação e Intimação Fiscal de 22/02/2011, a contribuinte foi cientificada de que, em função da não apresentação dos extratos bancários, os mesmos foram obtidos diretamente dos Bancos através de RMF. Além disso, tendo em vista que alguns documentos obtidos necessitavam de maiores esclarecimentos, foram anexados ao

termo cheques emitidos pelo contribuinte e foi solicitado a identificação do destinatário e subscritor, visto que nos cheques emitidos pela contribuinte constavam duas assinaturas que possivelmente não pertenciam à mesma pessoa.

Por meio do Termo de Constatação e Intimação Fiscal de 28/03/2011 a contribuinte foi reintimada sobre os documentos anexados ao termo de 22/02/2011. Mais uma vez a contribuinte não apresentou nenhum documento, o que exigiu a emissão de uma RMF, com base no art. 33 da Lei 9.430/96, para o Banco Mercantil do Brasil S/A .

Em 11/08/2011 a empresa foi novamente intimada a apresentar os livros Caixas contendo a movimentação bancária do período (fls. 83/84). Não consta ter atendido à intimação.

De posse dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras a fiscalização procedeu a consolidação em arquivos digitais, apurando um total anual de depósitos/créditos bancários de R\$ 223.871.254,34 em 2006, R\$ 213.520.485,68 em 2007 e R\$ 167.612.975,90 em 2008. totalizando R\$ 605.004.715,92.

Por meio da intimação de fl. 7107, datada em 15/07/2011, a empresa foi intimada a comprovar, no prazo de 20 (vinte) dias, a origem dos valores creditados em conta corrente e em poupança mantidas junto às instituições financeiras em nome da empresa, conforme planilhas anexas à intimação (fls. 7108/7435).

Após excluir dos depósitos os valores que, pela sua natureza, não constituem créditos a serem computados (quadro de fl. 7747), a fiscalização elaborou um quadro resumo de **TOTAL DE CRÉDITOS** distribuídos por BANCO e ANO (fls. 7747/7748) e, ainda, visando uma melhor visualização do contexto, os créditos foram divididos em **05 SUBGRUPOS** (fls. 7748/7750), a saber: 1) CRÉDITOS PRÓPRIOS; 2) CRÉDITOS INFERIORES À R\$ 10.000,00; 3) CRÉDITOS DE DESCONTOS E COBRANÇA; 4) CRÉDITOS NÃO IDENTIFICADOS; e 5) CRÉDITOS IDENTIFICADOS. Às fls. 7436/7528 contém uma planilha denominada “PLANILHA COM DEPÓSITOS IDENTIFICADOS APURADOS PARA FINS DE OMISSÃO DE RECEITA” A Fiscalização verificou a existência de inúmeras transferências de valores entre contas próprias e elaborou uma tabela (fl. 7751) com um resumo desses valores. Do total de depósito/crédito apurado (R\$ 570.665.490,10) foram excluídas as transferências entre contas próprias (R\$ 119.740.840,55) resultando ainda depósitos no montante de R\$ 450.924.649,55 no período de 2006 a 2008 (fl. 7751).

Visando aprofundar a investigação a fiscalização solicitou aos Bancos, através de RMFs, documentos que subsidiassem as transações superiores à R\$ 10.000,00, tanto de crédito como débitos. De posse da documentação fornecida pelas instituições financeiras a fiscalização procurou separar os créditos conforme sua finalidade e identificar alguns beneficiários de cheques e documentos emitidos pela contribuinte. Visando uma apuração correta da movimentação financeira da contribuinte, bem como obtenção de informações e confirmações externas, decidiu iniciar procedimento administrativo de diligência em empresas e pessoas físicas que foram identificadas através dos documentos enviados pelos bancos.

Foram divididos dois grupos: FORNECEDORES e CLIENTES.

De posse do Livro de Registro de Entrada, no qual constam os fornecedores de material, a fiscalização observou que a contribuinte emitia CHEQUES e ORDEM DE PAGAMENTO a terceiros que não constavam na lista de fornecedores constante das NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. Visando apurar o destino do dinheiro, foram lavrados Termos de

Diligência, nos quais os contribuintes foram intimados a apresentar: 1) Descrição da natureza das operações vinculadas ao valor recebido; 2) Local e nome da pessoa responsável (contato) onde se processava a operação; 3) Descrição dos produtos e/ou serviços comercializados; 4) Original das Notas Fiscais e/ou documentos similares.

No Termo de Conclusão Fiscal (fls. 7752) o autor do procedimento assim se manifestou em relação às respostas recebidas dos fornecedores:

Não houve nenhum tipo de anormalidade nas respostas recebidas. As mercadorias e serviços eram relacionadas à compra de SUCATA e a pessoa responsável pelo contato, na maioria das repostas, era o Sr. Marcos Rainha ou apenas Rainha, filho do Sr. Antonio Borges Rainha Sobrinho, titular da empresa individual. O que chamou a atenção foi a grande quantidade de dinheiro enviado à empresas e pessoas físicas, que vale ressaltar, também confirmaram a compra de sucata, mas que não constavam de notas fiscais emitidas.

O Sr. SIVAL GOMES DA SILVA CPF: 110.136.348-70, não tem nenhuma nota fiscal de entrada no seu nome e recebeu em CHEQUES NOMINATIVOS mais de 1,8 milhão, passou as seguintes informações: "Referente aos valores recebidos, venho informar que os mesmos são de **venda de sucata** recolhidas na rua". "Os produtos comercializados na época eram a **venda de sucata** (especificamente latinha)". "Dos valores recebidos na época, os mesmos **não** possui documentos comprobatórios através de Notas Fiscais, Notas Promissórias e ou Recibos" (grifos nossos)

Outros pagamentos que chamaram a atenção da fiscalização foram para o Sr. FLORISVALDO DIAGONE CPF: 382.055.488-20.

O contribuinte informou que "coletas que fazia (comprando), **...de sucata de metais ...**" e ainda informou: "...e entregava e vendia as referidas sucatas na empresa **PRINCESA METAIS (RAINHA)**" (**Grifo nosso**). Nesse ponto vale uma explicação que será melhor detalhada em tópico específico desse Termo de Constatação Fiscal, o nome fantasia de Princesa Metais é da empresa ÂNGELA IRANI RAINHA CNPJ: 04.614.325/0001-15, que é FILHA do Sr. Antonio Borges Rainha, que, operavam NO MESMO ENDEREÇO: RODOVIA SP 308, KM 175, SANTA TEREZEINHA PIRACICABA.

No decorrer da fiscalização, um contribuinte diligenciado em especial foi objeto de questionamento ao fiscalizado, pois os cheques emitidos em seu nome apresentavam uma grafia que dificultava a identificação. No dia 22/02/2011 o fiscalizado foi intimado a fornecer a identificação completa do beneficiário de um cheque emitido pela empresa no valor de R\$ 10.778,00, sendo que cópia do cheque foi em anexo ao Termo. Após inúmeras tentativas, esta fiscalização identificou o beneficiário como **VANDERLEI TARIFA CPF: 132.608.46824**.

De acordo com as informações prestadas pelos Bancos, esse fornecedor recebeu mais de **6 milhões de reais**, isso apenas nos documentos nominativos. O contribuinte informou que o dinheiro era referente à VENDA DE SUCATA feita pela empresa COMELIT COMERCIO DE METAIS DO LITORAL LTDA CNPJ 69.076.164/0001-07, na qual é sócio administrador. Os documentos relativos às operações comerciais foram enviados em resposta ao Termo de Diligência enviado à COMELIT.

Outras empresas diligenciadas apresentaram informações que confirmavam o comercio de sucatas: CVP INDUSTRIA & COMERCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ: 01.134.694/0001-12; ROMALTA COMERCIO DE METAIS LTDA CNPJ: 53.740.015/0001-52; SUCOCITRO CUTRALE LTDA CNPJ: 61.649.810/0002-49; PRADO COMERCIO DE SUCATAS LTDA EPP CNPJ: 53.935.821/0002-67; FISCHER S/A AGROINDÚSTRIA CNPJ: 52.311.529/0014-44; CAP METAIS LTDA. EPP CNPJ: 03.519.516/0001-35; LC LONGO COMERCIO DE METAIS E SUCATAS LTDA EPP CNPJ: 00.560.167/0001-07; ANÍBAL ARCE TORRES CPF: 199.824.371-00,

SACOMANI COMERCIO DE METAIS LTDA CNPJ: 00.286.597/0001-82, BORGWARNER BRASIL LTDA CNPJ: 61.881.058/0001-86, PRIMO SCHINCARIOL IND DE CERVEJA LTDA CNPJ: 50.221.019/0001-36.

A principal conclusão das diligências efetuadas sobre os fornecedores são: 1) Foram comprovadas OPERAÇÕES COMERCIAIS SEM A DEVIDA CONTABILIZAÇÃO; 2) Algumas compras realizadas pela empresa ANGELA IRANI RAINHA podem ter sido remetidas à empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba, tendo em vista que as operações eram realizadas no mesmo **endereço**.

Com relação às diligências junto aos clientes da empresa a fiscalização assim se manifestou:

O Sr. REYNALDO PASQUA CPF: 049.248.278-00 depositou R\$ 259.251,50 e informou que "As mercadorias adquiridas se consistiam em sucata de alumínio", e ainda informou "Não localizei notas fiscais ou recibos relativos àquela operação".

SERGIO LUIZ CHIMELLO CPF: 076.323.118-58 comprou SUCATA e depositou R\$ 40.000,00 para pagamento.

As empresas ADF CALDEIRA TAPETES E LONAS EPP CNPJ: 08.275.001/0001-50 e MÁRCIO ANTONIO CALDEIRA LTDA, após inúmeras prorrogações, informou que os depósitos efetuados em favor de Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba "ocorriam por conta de solicitações dos fornecedores de sucata, referente ao pagamento do beneficiamento que os mesmo contratavam com a empresa RAINHA". De acordo com o contribuinte, a empresa NÃO mantinha relação comercial direta com a Antonio Borges, mas sim através de outras empresas que compravam dele material beneficiado e revendiam à ADF Caldeira.

Empresa ALUESTE INDUSTRIA E COMERCIO DE ALUMÍNIO LTDA EPP CNPJ: 07.673.743/0001-71 consta como um dos clientes "formais", pois existem notas fiscais de venda emitidas em seu nome, contudo verificou-se que dentre os depósitos à crédito, essa empresa depositou no total valores SUPERIORES à soma das notas fiscais. Na primeira intimação de diligência, a empresa apenas informou dados que a fiscalização já possuía, referente as transações comerciais CONTABILIZADAS.

Um ponto importante na resposta é relacionada às pessoas que tratavam da venda dos produtos, a empresa informou "Alueste Maria José Rios, contatava as responsáveis pela Rainha, Camila e **ÂNGELA**" (**Grifo nosso**). Esse é mais uma prova das conclusões dos fornecedores de que havia uma "CONFUSÃO PATRIMONIAL" entre as empresas Antonio Borges Rainha Piracicaba e Ângela Irani Rainha, que embora constituídas juridicamente distintas operavam, na verdade, de forma conjunta como se fossem uma só empresa. A empresa foi intimada sobre uma lista de depósitos que não constavam da resposta anterior, tendo apresentado a seguinte resposta: "A empresa esta apurando os TED relacionados no termo de diligência fiscal, previamente tem a esclarecer que podem ser decorrente de pagamentos de compras de sucata" (grifo **nosso**). Em relação à possibilidade de Ângela ser Ângela Irani Rainha, a empresa apenas disse que o contato era Ângela.

Para a empresa BRUNA GREGORI MEGIOLARO CNPJ: 03.917.904/0001-74 consta apenas na nota fiscal nº 4612 de 15/05/2006 no valor de R\$ 22.417,00, contudo foram identificados depósitos superiores à R\$ 500.000,00 reais. Após inúmeros pedidos de prorrogação, o contribuinte foi informado da lista de depósitos efetuados em seu nome, em resposta informou que "as operações listadas pelo d. fiscal se referem à **compra de material não ferroso (sucata)**..." (grifo **nosso**). Além disso, a empresa Bruna Gregori Megiolaro é citada pelas empresas LS FOMENTO MERCANTIL LTDA CNPJ: 03.195.972/0001-77 e NOVA AMÉRICA FOMENTO MERCANTIL LTDA CNPJ: 00.840.913/0001-16 como verdadeira dona do crédito e que os depósitos eram realizados por conta e ordem.

Caso semelhante aconteceu na empresa ELDTEC BRASIL LTDA CNPJ: 05.465.079/0001-40 na primeira intimação a empresa apenas informou os pagamentos realizados as notas fiscais "oficiais", contudo ao ser questionada sobre OUTROS DEPÓSITOS IDENTIFICADOS realizados em nome da empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba, confirmou a compra de material ferroso.

A empresa ALPHA GALVANO CNPJ 53.945.341/0001-04 em resposta a intimação apresentou apenas os depósitos referentes à **INTERMEDIACÃO** efetuada pelo fiscalizado com outras empresas. A empresa Alpha Galvano depositava nas contas bancárias da empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba vendas realizadas para outras empresas, mas os numerários deveriam ser em benefício de Antonio Borges.

De acordo com o histórico de transações comerciais demonstradas ao longo do presente relatório, os indícios são de que a empresa Antonio Borges Rainha possuía créditos com os fornecedores da Alpha Galvano e estes repassavam para pagamento de vendas efetuadas anteriormente, o que caracteriza mais uma vez a habitualidade do contribuinte em realizar suas operações **SEM A DEVIDA CONTABILIZAÇÃO**.

Posteriormente, a Alpha Galvano foi intimada sobre outros depósitos identificados e apresentou o espelho da nota de outros fornecedores, mas que o numerário havia sido entregue a empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba.

Seguem exemplos da mesma forma de ação: a empresa DF SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL E COM LTDA CNPJ: 05.087.635/0001-91 informou que o depósito era crédito de MASSA VIDRO PRODUTOS PARA VIDRACEIRA LTDA e que este possuía débito com a fiscalizada. A empresa DANIELE BANCO FOMENTO COML E PARTICIPAÇÕES LTDA CNPJ: 66.618.653/0001-47 informou que o crédito era da empresa ICA LIGAS DE ALUMÍNIO LTDA. No Processo 13888.723649/2011-77 Acórdão n.º **1436.557** DRJ/RPO (Fls. 88), mesmo caso a empresa GELMAR FOMENTO MERCANTIL LTDA CNPJ: 03.870.590/0001-00 remeteu o crédito à LIGALLOY COMERCIO DE LIGAS METALÚRGICAS LTDA. Outro exemplo foi a empresa GIROCAPITAL FOMENTO MERCANTIL LTDA CNPJ: 05.164.294/0001-00 que informou que o crédito era da empresa MILANI METALLIIND E COM LTDA.

A conclusão inicial é que algumas transações comerciais **NÃO ERAM CONTABILIZADAS** e que os pagamentos eram efetuados por terceiros não relacionados diretamente com o fiscalizado, contudo **NÃO RESTA DÚVIDA QUE ERAM OPERAÇÕES COMERCIAIS DE VENDA DE SUCATA**.

Foram também diligenciadas empresas de grande porte como: KSPG AUTOMOTIVE BRAZIL LTDA CNPJ: 57.576.274/0001-40, MICROS AL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA CNPJ: 54.111.737/0001-00, NOVELIS DO BRASIL LTDA CNPJ: 60.561.800/0001-03, CRONIMET BRASIL LTDA CNPJ: 03.374.355/0001-39 e COLETTI PRODUTOS SIDERÚRGICOS LTDA CNPJ: 04.870.670/0001-55, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS CNPJ: 02.808.708/0001-07 que confirmaram as transações comerciais de venda de material ferroso.

A empresa DOM BOSCO METAIS LTDA CNPJ: 48.771.950/0001-46 respondeu a diligência, contudo não apresentou os comprovantes de depósitos, além disso, apesar da grande quantidade de notas fiscais emitidas em seu favor, não constavam nos documentos bancários NENHUM depósito identificado. Há indícios que as relações comerciais entre a Dom Bosco e a Antonio Borges Rainha ultrapassem o campo da venda de sucata, pois de acordo com um contrato de locação apresentado por ANGELA IRANI RAINHA CNPJ: 04.614.325/0001-15 o imóvel no qual acontecem as atividades da citada empresa é alugado pelo valor de R\$ 8.500,00. Como foi visto ao longo do presente Termo de Constatação, os fatos levam a crer que as duas empresas apresentam uma "confusão patrimonial".

A diligência realizada na empresa MAS SENA COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., CNPJ: 05.530.482/0001-05, foi emblemática, pois os documentos comprobatórios das transações comerciais com a Antonio Borges Rainha Piracicaba eram NOTAS FISCAIS COM NUMERAÇÃO DIVERSA DO LIVRO **DE REGISTRO DE SAÍDA** apresentado pelo contribuinte. Foram requisitadas as originais que constam no processo.

A conclusão das diligências realizadas nos clientes foi que o contribuinte realizava, HABITUALMENTE, VENDAS SEM O REGISTRO CONTÁBIL *DEVIDO*.

Segundo a fiscalização, no dia 26/05/2011, a contribuinte, na pessoa do Sr. Marcos Antonio Rainha, CPF 062.914.128-29, Procurador/Administrador, solicitou uma reunião com a fiscalização com a finalidade de sanar dúvidas e pendências de outras intimações com exigências ainda não atendidas. Os assuntos tratados foram objetos de um Termo de Declaração, que foi apresentado e discutido com o contribuinte, contudo NÃO foi assinado. A alegação apresentada pelo advogado Dr. Fábio Guardia Mendes, OAB/SP 152.328, era que as informações poderiam de alguma forma prejudicar o cliente. A fiscalização assim descreve os termos do que chamou de "ata da reunião": "O Sr. Marcos informa que solicitou a reunião com a finalidade de explicar os diversos questionamentos efetuados pela Fiscalização, tecendo de forma resumida uma explanação sobre o funcionamento da empresa inserida no ramo *de comércio de sucatas metálicas*". *Explicou o Sr. Marcos que muito embora* haja uma grande movimentação financeira, as operações realizadas são "casadas ", ou seja, tudo o que é comprado é vendido de imediato e a empresa tem uma pequena lucratividade, procurando ganhar nos grandes volumes comercializados. Acrescentou que toda a movimentação financeira dos anos sob fiscalização — 2006 a 2008, refere-se exclusivamente ao ramo de atividade da empresa, não havendo qualquer outro tipo de atividade vinculada aos montantes movimentados nos bancos. Esclareceu ainda que parte dessa movimentação está contida na contabilidade apresentada a Fiscalização e que foi devidamente tributada, e que é característica deste "ramo de mercado " atuar, em parte, na informalidade. Reafirmou que sua intenção de não obstruir os trabalhos da Fiscalização e que os questionamentos que estão sendo feitos aos seus principais clientes e fornecedores podem a partir de agora, serem feitos diretamente a *empresa "*

Por meio do Termo de Intimação de fl. 7107, datado em 15/07/2011, a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários listados em planilha anexa do citado termo (fls. 7108/7528). A contribuinte não apresentou nenhuma manifestação direcionada à comprovação.

Levando-se em conta as informações prestadas pelos Bancos e obtidas através das diligências, a soma total de créditos foi consolidada e a apuração do crédito tributário foi dividido em 2 TIPOS DE INFRAÇÃO: (01) OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE no montante de R\$ 75.333.727,22, conforme quadro de fl. 7759 e (02) DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA no montante de R\$ 375.590.922,33 conforme quadro de fl. 4459.

Esclareceram os autuantes que os DEPÓSITOS IDENTIFICADOS foram aqueles selecionados dentre todos os depósitos a crédito que, de alguma forma ou de outra, o banco forneceu algum tipo de informação que identificava o depositante, sendo que muitos depositantes não constavam da lista de clientes com notas fiscais de venda emitidas, o que exigiu diligências a fim de sanar a dúvida. E com relação à OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE a fiscalização ressaltou que, através das diligências restou comprovado que o contribuinte mantinha um regime de transações comerciais marginal à contabilidade, tanto pagando fornecedores como recebendo créditos de vendas sem a devida emissão da Nota Fiscal de venda. Informou ainda que os recolhimentos feitos pela empresa foram abatidos por tributo e por período de apuração e encontram-se discriminados no anexo do Termo de Constatação Tributos Recolhidos – Créditos.

Tendo que em vista que a contribuinte, apesar de intimada, não apresentou a escrituração contábil referente ao período de 01/2006 à 12/2008 contendo a totalidade de sua movimentação bancária, a fiscalização procedeu o arbitramento do lucro nos termos do art. 530, III do RIR/99.

Sobre os tributos apurados em decorrência da OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE aplicou-se a multa de qualificada de 150% prevista no art. 44, inciso II da Lei 9.430/96, por entender que o contexto revela a presença de conduta DOLOSA tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir as suas características essenciais, de modo a evitar o pagamento do imposto devido, o que caracteriza SONEGAÇÃO, nos termos do inciso I do Art. 71 da lei 4.502/64.

Sobre os tributos apurados em decorrência da omissão de receita caracterizada por DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA aplicou-se a multa de ofício de 75% prevista no art. 44, inciso I, Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Pelas razões constantes no Termo de Conclusão Fiscal, foram lavrados Termos de SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA em nome de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO CPF 148.767.608-53 (fl. 7767), cientificado em 26/09/2011 (fl. 7768), MARCOS ANTONIO RAINHA CPF 062.914.128-29 (fl. 7771), cientificado em 26/09/2011 (fl. 7771), ÂNGELA IRANI RAINHA –ME (fl. 7775), cientificada em 29/09/2011 (fl. 7776) e de RAINHA & BELLO COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS IND. LTDA (fl. 7781), cientificada em 29/09/2011 (fl. 7782).

Tanto a empresa autuada quanto os responsáveis solidários apresentaram impugnação.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA.

A autuada aduziu como razões de defesa o seguinte:

1 Da nulidade ocorrente violação das garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade prevista no art. 5º, inciso x, da constituição federal –impossibilidade de quebra de sigilo bancário/fiscal sem autorização do poder judiciário inconstitucionalidade declarada por decisão plenária do supremo tribunal federal no re 389.808/PR Alegou que todas as informações bancárias que respaldaram a aferição da suposta matéria tributável foram obtidas de forma ilícita, haja vista que originaram de RMF's emitidas diretamente às instituições financeiras, sem o devido processo legal e determinação/autorização judicial para tanto, violando as garantias asseguradas no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Acrescentou, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, **em decisão plenária**, ao julgar a matéria por meio do Recurso, Extraordinário de nº 389.808/PR, encerrou o debate existente, declarando a inconstitucionalidade da violação ao sigilo de dados bancários pela Receita Federal, estribando-se justamente na impossibilidade de quebra sem a devida autorização judicial.

Ressaltou que no atual contexto do processo a autoridade administrativa responsável pelos julgamentos é competente para análise das alegações de

2 Da nulidade da autuação – arbitramento do lucro carente de respaldo legal – erro grosseiro de tipificação que contradiz os argumentos da autoridade administrativa. Alegou que, no caso em tela, sequer constou nos autos de infrações discutidos, qual a descrição fática da conduta da Impugnante que levou ao indevido Processo 13888.723649/2011-77 Acórdão n.º **14-36.557** DRJ/POR, arbitramento do seu lucro, com a desconsideração de sua escrituração e o regime a que era vinculada.

Segundo a impugnante, ainda que apurada qualquer omissão de rendimentos de forma lícita, caberia ao fisco eventual exigência tributária em atendimento ao regime de tributação adotado pela Impugnante, no caso pelo lucro presumido.

Alegou que o Fisco valeu-se única e exclusivamente da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sendo que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, visto que não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, nem comprova a efetiva existência de acréscimo patrimonial. Concluiu que para presunção de omissão de rendimentos tributáveis do referido imposto, necessário se faz por parte da autoridade fiscal a comprovação da exteriorização de riqueza do suposto contribuinte, sem a qual, não há preenchimento dos requisitos legais que legitimem a autuação.

a) Da autuação decorrente de depósitos bancários não identificados (multa de ofício de 75%).

b) Da autuação decorrente de "Omissão da Receita da Atividade" (multa de ofício qualificada de 150%).

Requeru o reconhecimento da decadência parcial das exigências relativas à infração "omissão da receita da atividade" nos mesmos termos abordados anteriormente ao

argumento de que deve ser refutada qualquer conduta dolosa ou fraudulenta por parte da Impugnante.

5 Do afastamento da multa qualificada (150%). inexistência de conduta dolosa ensejadora do agravamento ausência de elementos probatórios.

Alegou que deve ser afastada a multa qualificada imposta pela fiscalização, haja vista carência probatória na ação fiscal, de dolo e/ou intuito de fraude por parte da Impugnante, pois o fato da existência de omissão de receita, por si só, não é suficiente para caracterização de fraude, o que necessita ser comprovado cabalmente pelo fisco, pois implica em circunstâncias, mais gravosas à contribuinte autuada.

Segundo a impugnante a fiscalização utilizou-se de presunção de fraude para aplicar a multa qualificada, sem especificação e individualização alguma das praticas tidas por dolosas/fraudulentas por parte da autuada que ensejariam no agravamento da multa de ofício para 150%, sendo que a qualificação da multa de ofício não pode se respaldar em "contexto" utilizado genericamente pela fiscalização, mas sim deve ser aplicada quando da comprovação concreta, incontroversa e com detalhamento de forma individualizada acerca da específica conduta que implique em sua destinação.

Concluiu que seria de rigor a redução da multa aplicada no patamar de 150% para o importe de 75%.

6 Dos pedidos.

Requeru a total procedência da presente Impugnação para que:

1) Sejam cancelados os autos de infrações diante das insubsistências quanto: (a) a ilicitude das provas obtidas pela autoridade administrativa, diante da violação do sigilo bancário sem autorização judicial; (b) ao erro de tipificação legal para o arbitramento do lucro da Impugnante (artigo 530, inciso III do RIR/99), haja vista integral cumprimento das obrigações atinentes à entrega dos livros contábeis ratificado pela fiscalização; (c) a impossibilidade de lançamento do IRPJ, por conseguinte os seus reflexos, exclusivamente com base em depósitos bancários; 2) Seja reconhecida a decadência com relação aos 03 (três) primeiros trimestres de 2006, haja vista o transcurso do lapso quinquenal previsto no artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional; e 3) seja afastada a multa qualificada, reduzindo-a ao patamar ordinário da multa de ofício (75%).

IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS POR ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e MARCOS ANTONIO RAINHA (fls. 8013/8046).

Os impugnantes aduziram como razões de defesa o seguinte:

1 Do vício formal existente nulidade da cobrança inexistência de constituição do crédito tributário em face dos impugnantes erro na identificação dos supostos sujeitos passivos.

Alegaram que, em momento algum, foram identificados como partes nas autuações que se pautaram única e exclusivamente em face da empresa "ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA" e que a responsabilização pessoal dos Impugnantes pretendida pelo fisco, consoante artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, que

constou somente de fls. 22/23 do termo de constatação fiscal, impõe à autoridade administrativa que se faça constar a identificação passiva dos mesmos nos autos de infrações lavrados, nos termos do Decreto nº 70.235/72, haja vista tratar-se de redirecionamento da cobrança diretamente em face do suposto devedor pessoal, diferentemente do que ocorre nas responsabilizações subsidiárias e/ou solidárias.

Diante disso seria inócua a busca de cobrança em face dos Impugnantes porque os Impugnantes foram cientificados da autuação como responsáveis pessoais, por meio de "Termos de sujeição passiva solidária", os quais continham como anexos os autos de infrações lavrados em face da pessoa jurídica autuada. Ainda que a autuação estivesse lastreada nos autos de infrações, estes não seriam hábeis à imputação de responsabilidade em face dos Impugnantes, haja vista erro de identificação do sujeito passivo, pois inexistentes quaisquer informações do mesmo nas autuações impugnadas, que se formalizaram exclusivamente em face da pessoa jurídica, faltando-lhes, assim, requisito obrigatório contido no inciso I, do artigo 10º, do Decreto 70.235/72.

2 Da impossibilidade de responsabilização pessoal dos impugnantes
inexistência de elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 135, III, do CTN.

Alegou que a autoridade administrativa, no transcorrer da autuação em face da empresa autuada, da qual o primeiro Impugnante é sócio e o segundo procurador, imputou-lhes de forma genérica responsabilidade inexistente, utilizando-se sem qualquer elemento probatório para tanto, dispositivo do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, sendo que para efeito da responsabilização oponível com base nesta norma, necessária se faz a existência de conduta dolosa ativa por parte de diretores, gerentes ou representantes de empresas privadas, evidenciadas por meio de diligências e elementos concretos de provas que consubstanciem a ligação entre pessoas físicas supostamente responsáveis e o fato ilícito originário da autuação.

Acrescentou que a fiscalização não se desincumbiu de comprovar sequer a ligação dos Impugnantes com as supostas práticas ilícitas e sequer se deu ao trabalho de mencionar quais as condutas dolosas e praticadas por quem que ensejaram na responsabilização, mas atribuindo-lhes responsabilidade pessoal sem qualquer individualização e/ou discriminação.

Concluiu ser incabível a pretensão de se responsabilizar pessoalmente representantes legais de empresas, de forma genérica e sem qualquer indício e/ou demonstração de prova quanto à efetiva colaboração dos mesmos para com a ocorrência dos fatos geradores dos tributos exigidos, sob pena de banalização do instituto da responsabilidade, concebido pelo legislador em caráter excepcional.

3 Do *quantum* da autuação atribuído aos impugnantes necessidade de imputação de responsabilidades em consonância com a constatação fiscal.

Alegou que a única conduta passível de responsabilização a teor do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional deveria estar estritamente vinculada e limitada à imputação da qual se verificou a qualificadora da conduta, ou seja, sobre a suposta "Omissão de receita das atividades". Isto porque, se a responsabilização pessoal de eventuais administradores da empresa, a teor do artigo 135, inciso III, do CTN, decorre da prática de conduta dolosa dos agentes, insuscetível de extensão aos Impugnantes da autuação oriunda de "Depósitos bancários de origem não comprovada" que, conforme apuração da própria autoridade fiscal, não decorreu de nenhum indício, fraudulento, tanto é que levou à constituição

do crédito tributário com a multa de ofício no patamar de 75%, ou seja, sem qualquer elemento qualificador. Daí concluiu que, independentemente de qualquer outra assertiva desta peça, deve ser afastada de plano a responsabilidade dos Impugnantes no tocante à autuação ocorrida com base nos "Depósitos bancários de origem não comprovada".

4 Da nulidade ocorrente violação das garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade, previstas no art. 5º, inciso x, da constituição federal impossibilidade de quebra de sigilo bancário/fiscal sem autorização do poder judiciário – inconstitucionalidade declarada por decisão plenária do supremo tribunal federal no re nº 389.808/PR.

Alegou que todas as informações bancárias que respaldaram a aferição da suposta matéria tributável foram obtidas de forma ilícita, haja vista que originaram de RMF's emitidas diretamente às instituições financeiras, sem o devido processo legal e determinação/autorização judicial para tanto, violando as garantias asseguradas no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Acrescentou, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, em decisão plenária, ao julgar a matéria por meio do Recurso, Extraordinário de nº 389.808/PR, encerrou o debate existente, declarando a inconstitucionalidade da violação ao sigilo de dados bancários pela Receita Federal, estribando-se justamente na impossibilidade de quebra sem a devida autorização judicial.

Ressaltou que no atual contexto do processo a autoridade administrativa responsável pelos julgamentos é competente para análise das alegações de inconstitucionalidade de normas, quando as mesmas tenham sido declaradas inconstitucionais por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, a teor do inciso I, do § 6º do artigo 26A do Decreto nº 70.235/72.

5 Da nulidade da autuação – arbitramento do lucro carente de respaldo legal – erro grosseiro de tipificação que contradiz os argumentos da autoridade administrativa.

Alegou que, no caso em tela, sequer constou nos autos de infrações discutidos, qual a descrição fática da conduta da Impugnante que levou ao indevido arbitramento do seu lucro, com a desconsideração de sua escrituração e o regime a que era vinculada. Acrescentou que tomando por base as informações contidas no Termo de Constatação Fiscal, extrai-se do mesmo, que a conduta supostamente reprovada pela fiscalização, se pautou na omissão de informações de movimentação financeira na escrituração da Impugnante. Entretanto, o dispositivo legal que embasou o arbitramento do lucro de forma discricionária (artigo 530, inciso III do RIR/99), impõe a conduta omissiva do contribuinte, no tocante à apresentação de livros à fiscalização e não no tocante à ausência de informações na escrituração. Desta feita, restaria evidente a discrepância entre a situação fática que a autoridade administrativa fez alusão e a tipificação legal de sua pretensão, sobretudo com base nas próprias assertivas fiscais de apresentação de todos os livros contábeis por parte da Impugnante.

Segundo a impugnante, ainda que apurada qualquer omissão de rendimentos de forma lícita, eventual exigência tributária deveria se dar conforme o regime de tributação adotado pela Impugnante, no caso pelo lucro presumido, o que não ocorreu por vício exclusivo na constatação fiscal.

6. Da impossibilidade de lançamento efetuado apenas com base em depósitos bancários.

Alegou que o Fisco valeu-se única e exclusivamente da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sendo que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, visto que não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, nem comprova a efetiva existência de acréscimo patrimonial. Concluiu que para presunção de omissão de rendimentos tributáveis do referido imposto, necessário se faz por parte da autoridade fiscal a comprovação da exteriorização de riqueza do suposto contribuinte, sem a qual, não há preenchimento dos requisitos legais que legitimem a autuação.

7 Da consumação da decadência – fatos geradores de competências do ano calendário de 2006 artigo 150 §4º do código tributário nacional.

a) Da autuação decorrente de depósitos bancários não identificados (multa de ofício de 75%).

Com relação às exigências relativas a infração “depósitos bancários não identificados” alegou decadência no tocante aos 03 (três) primeiros trimestres de 2006, tendo em vista que tomou ciência dos autos de infração em 22/09/2011 e a contagem do prazo decadencial deve-se dar segundo o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

b) Da autuação decorrente de "Omissão da Receita da Atividade" (multa de ofício qualificada de 150%).

Requeru o reconhecimento da decadência parcial das exigências relativas à infração "omissão da receita da atividade" nos mesmos termos abordados anteriormente ao argumento de que deve ser refutada qualquer conduta dolosa ou fraudulenta por parte da Impugnante.

8 Do afastamento da multa qualificada (150%). inexistência de conduta dolosa ensejadora do agravamento ausência de elementos probatórios.

Alegou que deve ser afastada a multa qualificada imposta pela fiscalização, haja vista carência probatória na ação fiscal, de dolo e/ou intuito de fraude por parte da Impugnante, pois o fato da existência de omissão de receita, por si só, não é suficiente para caracterização de fraude, o que necessita ser comprovado cabalmente pelo fisco, pois implica em circunstâncias, mais gravosas à contribuinte autuada.

Segundo a impugnante a fiscalização utilizou-se de presunção de fraude para aplicar a multa qualificada, sem especificação e individualização alguma das praticas tidas por dolosas/fraudulentas por parte da autuada que ensejariam no agravamento da multa de ofício para 150%, sendo que a qualificação da multa de ofício não pode se respaldar em "contexto" utilizado genericamente pela fiscalização, mas sim deve ser aplicada quando da comprovação concreta, incontroversa e com detalhamento de forma individualizada acerca da específica conduta que implique em sua destinação.

Concluiu que seria de rigor a redução da multa aplicada no patamar de 150% para o importe de 75%.

Dos pedidos.

Requeru a total procedência da Impugnação para que:

1) Sejam reconhecidos os vícios insanáveis existentes com o afastamento da imputação de responsabilidade aos Impugnantes, em razão da (a) Impossibilidade de constituição do crédito tributário em face dos mesmos por meio de "Termo de sujeição passiva solidária", haja vista não se enquadrar na forma legal exigida pelo Decreto 70.235/72; (b) Imprestabilidade do "Termo de sujeição passiva solidária" para responsabilização de conduta tipificada como responsabilização pessoal com base no artigo 135, inciso III do CTN, haja vista distinção de institutos não considerados pela fiscalização; (c) Ausência de requisito obrigatório dos autos de infrações impugnados, quanto à identificação dos Impugnantes como responsáveis pessoais pelo débito exigido, conforme norma cogente prevista no artigo 10, inciso I do Decreto 70.234/72; 2) Sejam afastadas quaisquer responsabilidades, dos Impugnantes pela autuação promovida em face da empresa da qual o primeiro é representante e o segundo meramente procurador, haja vista integral carência de elementos probatórios que comprovem seus envolvimento na prática de conduta dolosa, consoante imposição trazida pelo artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional; 3) Seja afastada de plano qualquer responsabilidade dos Impugnantes no tocante à autuação ocorrida com base nos "Depósitos bancários de origem não comprovada" (multa de ofício de 75%), pois ausentes os elementos autorizadores para tanto, nos termos comprovados.

4) Sejam cancelados os autos de infrações diante das insubsistências quanto: (a) A ilicitude das provas obtidas, pela autoridade administrativa, diante da violação do sigilo bancário sem autorização judicial; (b) Ao erro de tipificação legal para o arbitramento do lucro da empresa autuada (artigo 530, inciso III do RIR/99), haja vista integral cumprimento das obrigações atinentes à entrega dos livros contábeis ratificado pela fiscalização; (c) A impossibilidade de lançamento do IRPJ, por conseguinte os seus reflexos, exclusivamente com base em depósitos bancários.

5) Seja reconhecida a decadência com relação aos 03 (três) primeiros trimestres de 2006, haja vista o transcurso do lapso quinquenal previsto no artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

6) Seja afastada a multa qualificada, reduzindo-a ao patamar ordinário da multa de ofício (75%), pois ausentes os elementos de prova que autorizem o agravamento pretendido.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR ANGELA IRANI RAINHA –ME
(fls. 8250/8274).

A impugnante aduziu como razões de defesa o seguinte:

1 Da impossibilidade de encaminhamento ao ministério público.

Requeru que seja interrompido ou retirado qualquer procedimento interno, no sentido de se promover qualquer encaminhamento ao Ministério Público, para fins de representação da empresa impugnante para fins penais, relacionado ao presente auto de infração, por afronta disposto de lei.

2 – Do arrolamento de bens.

Alegou que não pode ser imputado à impugnante a condição de sujeito passivo solidário, nos termos do artigo 124,1, da Lei 5172/1966, e requereu a suspensão do

eventual ARROLAMENTO DE BENS da ora impugnante até o ingresso da Segunda Instancia Administrativa ou mesmo até decisão judicial a respeito.

3 – Das nulidades.

Primeiramente alegou que é entendimento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, conforme Acórdão que menciona, que o Termo de Sujeição Passiva Solidária não tem o condão de incluir um contribuinte no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim tem um caráter informativo e de prevenção para eventual responsabilização, mas na esfera judicial.

Alegou que a responsabilidade da impugnante buscada pelo fisco, a qual motivou a intimação por meio do Termo de Sujeição Passiva Solidária (Documento de número 02) encontra-se exclusivamente balizada no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional. Assim, não há como se impor a responsabilidade solidária pretendida pelos senhores auditores através do indigitado termo, que se tornou imprestável em face da impugnante, haja vista tratar-se de instituto jurídico totalmente diverso da solidariedade prevista no artigo 124 do Código Tributário Nacional e ainda porque "Os Termos de Sujeição Passiva Solidária e a relação de co-responsáveis anexados pela Fiscalização não têm como escopo incluir os citados no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim, listar todas as pessoas físicas e jurídicas que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa".

Ora, se o legislador teve por intenção atribuir distinção entre as hipóteses de responsabilização solidária (artigo. 124 do CTN), não cabe à autoridade administrativa desvirtuar os institutos expressamente distinguidos pela norma revestida de legalidade, utilizando-se de "Termo de Sujeição Passiva SOLIDÁRIA", para atribuir responsabilidade da impugnante.

Ademais, ainda que a autuação estivesse lastreada nos autos de infrações lavradas em face de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, estes não seriam hábeis à imputação de responsabilidade em face da impugnante, haja vista erro de identificação do sujeito passivo, pois inexistentes quaisquer informações da mesma nas autuações, que se formalizaram exclusivamente em face daquela pessoa jurídica, faltando requisito obrigatório nos termos do inciso I, do artigo 10º, do Decreto 70.235/72.

Citou Acórdão da DRJ/BELÉM para afirmar que o posicionamento de que os responsáveis tributários devem constar da autuação diante de sua sujeição passiva encontra respaldo, inclusive, nos julgamentos proferidos pelas Delegacias da Receita Federal. Concluiu que, diante disso, é de rigor o afastamento de responsabilidade da impugnante ÂNGELA IRANI RAINHA ME, haja vista vícios insanáveis na constituição dos créditos exigidos em face da mesma.

Da sujeição passiva Inexistência de elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

Alegou que, sem qualquer amparo legal e fático, aos auditores fiscais de forma absurda estenderam para a impugnante os efeitos das autuações da empresa ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, com base no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, sob a alegação de suposta "confusão patrimonial" e interesse comum das empresas, mas que, no entanto, inexistem elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

Acrescentou que, não obstante, além da efetiva e cabal comprovação que deve ser feita pela fiscalização, por se tratar de conduta ativa e intransferível de cada agente, imprescindível que averigüe e diligencie de forma individualizada, precisa, aprofundada e com provas robustas se primeiramente houve e qual a parcela de participação da impugnante quanto à suposta prática ilícita, sendo incabível a pretensão de se responsabilizar a impugnante, de forma genérica e sem qualquer indício e/ou demonstração de prova, quanto a sua efetiva participação para com a ocorrência de eventuais fatos geradores dos tributos exigidos, sob pena de banalização do instituto da responsabilidade concebida pelo legislador em caráter excepcional.

Afirmou que, no caso em tela, a fiscalização não se desincumbiu de comprovar sequer a ligação da impugnante com as supostas práticas ilícitas, sequer se deu ao trabalho de mencionar efetivamente quais as condutas dolosas e como praticadas por quem gostaria de responsabilizar, sem qualquer individualização, discriminação e demonstração robusta e concluiu que a condição estabelecida no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional não se fez presente em momento algum diante da ação fiscal, haja vista inexistir qualquer prova em face da impugnante.

5 Dos autos lavrados em face de Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba.

Repudiou a atitude dos auditores que requisitaram diretamente das instituições financeiras, por meio de Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira, informações sobre movimentação financeira e teceu considerações sobre violação do sigilo bancário violação das garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade, previstas no art. 5º, inciso X, da constituição federal impossibilidade de quebra de sigilo bancário/fiscal sem autorização do poder judiciário inconstitucionalidade declarada por decisão plenária do supremo tribunal federal no re nº 389.808/PR.

6 Da juntada de documento apócrifo

Repudiou também a forma que os auditores fiscais fizeram menção, página 15 do Termo de Constatação Fiscal, a um documento apócrifo que se disse "representa uma espécie de ata de reunião", maculando os trabalhos da autoridade fiscalizadora porque unilateral e sem amparo legal, não se sabendo a razão da conduta da autoridade administrativa colocando em descrédito todo o trabalho desenvolvido pelo fisco e obstruindo os princípios da ampla defesa, contraditório e da lealdade, o que não se pode aceitar.

7 – Do pedido.

Requeru a total procedência da Impugnação, haja vista a ausência de solidariedade, na forma preconizada no artigo 124,I, do CTN e, inclusive, que: (a) sejam reconhecidos os vícios insanáveis existentes com o afastamento da imputação de responsabilidade da impugnante; (b) sejam afastadas quaisquer responsabilidades da impugnante pela autuação promovida em face da empresa ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, ante a carência de elementos probatórios que comprovem a prática de suposta conduta dolosa, consoante já articulado; (c) sejam cancelados integralmente os autos de infrações em face de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, diante das constatadas insubsistências, notadamente a ilicitude das provas obtidas pela autoridade administrativa, diante da violação do sigilo bancário sem autorização judicial e afronta as garantias individuais asseguradas pelo artigo 5º, incisos X e XII da Constituição

Federal e pela declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, definida no RE nº 389808/PR; e (d) todas as intimações referentes ao processo em tela sejam enviadas à empresa ora autuada (em seu endereço), bem como aos seus representantes legais.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR RAINHA & BELLO COMÉRCIO
E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA.

A impugnante aduziu como razões de defesa o seguinte:

1 Da impossibilidade de encaminhamento ao ministério público.

Requeru que seja interrompido ou retirado qualquer procedimento interno, no sentido de se promover qualquer encaminhamento ao Ministério Público, para fins de representação da empresa impugnante para fins penais, relacionado ao presente auto de infração, por afrontar disposto de lei.

2 – Do arrolamento de bens.

Alegou que não pode ser imputado à impugnante a condição de sujeito passivo solidário, nos termos do artigo 124,1, da Lei 5172/1966, e requereu a suspensão do eventual ARROLAMENTO DE BENS da ora impugnante até o ingresso da Segunda Instancia Administrativa ou mesmo até decisão judicial a respeito.

3 – Das nulidades.

Primeiramente alegou que é entendimento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, conforme Acórdão que menciona, que o Termo de Sujeição Passiva Solidária não tem o condão de incluir um contribuinte no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim tem um caráter informativo e de prevenção para eventual responsabilização, mas na esfera judicial.

Alegou que a responsabilidade da impugnante buscada pelo fisco, a qual motivou a intimação por meio do Termo de Sujeição Passiva Solidária (Documento de número 02) encontra-se exclusivamente balizada no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional. Assim, não há como se impor a responsabilidade solidária pretendida pelos senhores auditores através do indigitado termo, que se tornou imprestável em face da impugnante, haja vista tratar-se de instituto jurídico totalmente diverso da solidariedade prevista no artigo 124 do Código Tributário Nacional e ainda porque "Os Termos de Sujeição Passiva Solidária e a relação de co-responsáveis anexados pela Fiscalização não têm como escopo incluir os citados no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim, listar todas as pessoas físicas e jurídicas que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa".

Ora, se o legislador teve por intenção atribuir distinção entre as hipóteses de responsabilização solidária (artigo. 124 do CTN), não cabe à autoridade administrativa desvirtuar os institutos expressamente distinguidos pela norma revestida de legalidade, utilizando-se de "Termo de Sujeição Passiva solidária", para atribuir responsabilidade da impugnante.

Ademais, ainda que a autuação estivesse lastreada nos autos de infrações lavradas em face de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, estes não seriam hábeis à imputação de responsabilidade em face da impugnante, haja vista erro de identificação do sujeito passivo, pois inexistentes quaisquer informações da mesma nas

autuações, que se formalizaram exclusivamente em face daquela pessoa jurídica, faltando requisito obrigatório nos termos do inciso I, do artigo 10º, do Decreto 70.235/72.

Citou Acórdão da DRJ/BELÉM para afirmar que o posicionamento de que os responsáveis tributários devem constar da autuação diante de sua sujeição passiva encontra respaldo, inclusive, nos julgamentos proferidos pelas Delegacias da Receita Federal. Concluiu que, diante disso, é de rigor o afastamento de responsabilidade da impugnante RAINHA & BELLO COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA, haja vista vícios insanáveis na constituição dos créditos exigidos em face da mesma.

4 Da sujeição passiva Inexistência de elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

Alegou que, sem qualquer amparo legal e fático, aos auditores fiscais de forma absurda estenderam para a impugnante os efeitos das autuações da empresa ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, com base no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, sob a alegação de suposta "confusão patrimonial" e interesse comum das empresas, mas, no entanto, inexistem elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

Acrescentou que, não obstante, além da efetiva e cabal comprovação que deve ser feita pela fiscalização, por se tratar de conduta ativa e intransferível de cada agente, imprescindível que averigüe e diligencie de forma individualizada, precisa, aprofundada e com provas robustas se primeiramente houve e qual a parcela de participação da impugnante quanto à suposta prática ilícita, sendo incabível a pretensão de se responsabilizar a impugnante, de forma genérica e sem qualquer indício e/ou demonstração de prova, quanto a sua efetiva participação para com a ocorrência de eventuais fatos geradores dos tributos exigidos, sob pena de banalização do instituto da responsabilidade concebida pelo legislador em caráter excepcional.

Afirmou que, no caso em tela, a fiscalização não se desincumbiu de comprovar sequer a ligação da impugnante com as supostas práticas ilícitas, sequer se deu ao trabalho de mencionar efetivamente quais as condutas dolosas e como praticadas por quem gostaria de responsabilizar, sem qualquer individualização, discriminação e demonstração robusta e concluiu que a condição estabelecida no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional não se fez presente em momento algum diante da ação fiscal, haja vista inexistir qualquer prova em face da impugnante.

Acrescentou que a empresa impugnante é pessoa jurídica distinta da empresa autuada ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, inclusive no que tange ao ramo de atividade, pois o objeto social de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA e ANGELA IRANI RAINHA ME são o comércio e a impugnante é prestadora de serviços, trabalha com resíduos sólidos e locação.

A autoridade julgadora de primeira instância (DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP) decidiu a matéria por meio do Acórdão 14-36.557, de 15/02/2012, julgando a impugnação procedente em parte, tendo sido prolatada a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA. IRPJ

Ano calendário: 2006

DADOS BANCÁRIOS. SIGILO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do lançamento por utilização de provas ilícitas, consistentes em dados obtidos da movimentação bancária da impugnante, quando esses elementos foram obtidos segundo a legislação de regência, cujo rito procedimental impõe a transferência do sigilo bancário à Autoridade Fiscal. As informações bancárias assim obtidas e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996. Os valores dos depósitos cuja origem houver sido comprovada e que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502 de 1964.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha efetuado pagamento, mesmo que parcial, se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador (art. 150, §4º do CTN), salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando então o termo inicial para a contagem do prazo decadencial desloca-se para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com infração de lei, os mandatários, prepostos, empregados, bem como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Tal responsabilidade é pessoal, mas não exclusiva.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Nos termos do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, para a imputação da solidariedade tributária deve restar demonstrado o interesse comum do terceiro na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Convém salientar que os autos do presente processo veio a julgamento por esta Turma Ordinária em Sessão do dia 07 de agosto de 2013, da qual por maioria de votos os membros da Turma resolveram sobrestar o julgamento nos termos do disposto no art. 62-A, do Anexo II, do Regimento Interno deste CARF (Sigilo Bancário, matéria encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em âmbito de Repercussão Geral).

No entanto, em decorrência da revogação dos parágrafos 1º. e 2º. do citado art. 62-A pela Portaria (GMF) 545, de 18/11/2013, pondo fim ao sobrestamento do feito, retorna o processo a julgamento por esta Corte Administrativa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

RECURSO DE OFÍCIO

A autoridade julgadora de primeira instância acolhendo a decadência, decidiu:

a) por excluir do lançamento à infração do item “002 Depósitos bancários de origem não comprovada”, relativa ao IRPJ e a CSLL concernentes aos 1º e 2º trimestres de 2006 e o PIS e a COFINS relativos aos meses de janeiro a agosto de 2006;

b) excluir a responsabilidade solidária atribuída a ANGELA IRANI RAINHA – ME e a RAINHA & BELLO COMERCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA em relação a todo o crédito tributário apurado;

c) excluir a responsabilidade atribuída a ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e a MARCOS ANTONIO RAINHA em relação ao crédito apurado em decorrência da infração “Depósitos bancários de origem não comprovada”, remanescendo a responsabilidade solidária com relação à infração “Omissão de receita da atividade”.

O valor do crédito exonerado supera o limite estabelecido pela Portaria MF nº 3, de 03 de janeiro de 2008, que revoga a Portaria MF nº 375, de 2001, razão pela qual, nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pelo art. 67 da Lei 9.532/97, deve a decisão ser submetida à revisão necessária.

DECADÊNCIA

Com relação a acolhida da decadência com relação à infração (Item 2) “Omissão de receita de origem não comprovada com multa de ofício de 75%”, assim se pronunciou a autoridade a *quo*:

“No caso desses autos em que houve pagamento parcial dos tributos e contribuições devidos e em relação às infrações sem a presença de dolo (**Depósitos bancários de origem não comprovada**) deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do art. 150 do CTN, acima transcrito, ou seja, o prazo decadencial é de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Relativamente ao IRPJ e a CSLL para os quais o fato gerador ocorre no final de cada trimestre, já que a tributação se deu na forma do lucro arbitrado trimestral, quando da ciência dos autos de infração em **22/09/2011** já estava decaído o direito de o Fisco proceder ao lançamento para exigir o IRPJ e a CSLL relativamente aos 02 (dois) primeiros trimestres de 2006, mas tão somente com relação à infração (2) “**omissão de receita por depósitos bancários de origem não comprovada**”.

Em relação às contribuições PIS e COFINS aplica-se o mesmo entendimento acima, ou seja, na ausência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, isto é o prazo decadencial de 5 (cinco anos) é contado a partir da ocorrência do fato gerador. Como o fato gerador ocorre mensalmente, então conclui-se que quando da ciência dos autos de infração em **22/09/2011** já estava decaído o direito de o Fisco proceder ao lançamento para exigir o PIS e a COFINS relativamente aos meses de janeiro a agosto de 2006, mas, repito, tão somente com relação à infração (2) **“omissão de receita por depósitos bancários de origem não comprovada”**.

Neste ponto não há reparos a fazer com relação ao decidido no julgamento de primeira instância.

O segundo ponto a ser apreciado diz respeito: b) excluir a responsabilidade solidária atribuída a ANGELA IRANI RAINHA – ME e a RAINHA & BELLO COMERCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA em relação a todo o crédito tributário apurado e, c) excluir a responsabilidade atribuída a ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e a MARCOS ANTONIO RAINHA em relação ao crédito apurado em decorrência da infração “Depósitos bancários de origem não comprovada”, remanescendo a responsabilidade solidária com relação à infração “Omissão de receita da atividade”.

Neste ponto, extrai-se do voto condutor recorrido:

8 Da responsabilidade solidária atribuída a ANGELA IRANI RAINHA – ME e a RAINHA & BELLO COMERCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária em nome de **Angela Irani Rainha – ME** (fls. 7775) e de **Rainha & Bello Comercio e Administração de Resíduos Industriais Ltda** (fl. 77/81) por entender a autoridade fiscal que “o sujeito passivo solidário obteve ganhos patrimoniais proveniente de interesse comum em situações constituintes de fato gerador de obrigação principal relativa as atividades econômicas da empresa ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO – ME, nos termos do art. 124, I, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN).

(...)

4 – Do mérito

No Termo de Conclusão Fiscal (fls. 7762/7765) a autoridade fiscal relatou o seguinte:

Ao longo da fiscalização verificou-se que no endereço onde se processavam as operações de compra e venda de sucata pela empresa Antonio Borges Rainha Piracicaba, Rodovia do Açúcar SP 308 S/N Km 175, consta nos cadastros da RFB a empresa ANGELA IRANI RAINHA ME CNPJ: 04.614.325/0001-15 que é administrada por Ângela Irani Rainha CPF: 029.880.688-60, filha do Sr. Antonio Rainha. Em diligência às instalações no dia 24/05/2011, formalizada através do MPF Diligência 08.1.25.00-201100541, foram verificadas algumas inconsistências que foram objetos de um Termo de Intimação. (...).

O contribuinte apresentou os documentos requisitados e os seguintes esclarecimentos: a) "As relações da empresa Angela Irani Rainha ME com a empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba são amplas, de caráter familiar, o senhor Rainha é pai da senhora Ângela, tem ótimo relacionamento, de cunho bastante próximo e comercial, auxiliando-se mutuamente quando tem necessidade".

b) "A presença de funcionários da empresa Rainha & Bello Comercio e Administração de Resíduos Industriais Ltda., decorre da proximidade do relacionamento familiar e de contrato de prestação de serviços, cópia reprográfica anexa. A de funcionário de empresa Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba, que estava ocioso, fora disponibilizado para fazer alguns reparos de alvenaria na empresa intimada".

A empresa RAINHA & BELLO COMERCIO E ADMINISTRAÇÃO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS LTDA CNPJ: 08.915.651/0001-13 também foi diligenciada através do procedimento: MPF Diligência 08.1.25.00201100677.

No Termo de Diligência o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos sobre a presença de funcionários, registrados na Rainha & Bello, no local de funcionamento de outra empresa.

As diligências acima descritas levaram a fiscalização a observar uma situação que se enquadra na HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA prevista no Art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

Segundo os impugnantes, os auditores fiscais, de forma absurda, estenderam para a impugnante os efeitos das autuações da empresa ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA, com base no artigo 124, I, do CTN, sob a alegação de suposta "confusão patrimonial" e interesse comum das empresas, mas que, no entanto, inexistem elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

No caso dos autos, as evidências em que se baseou a fiscalização para imputar a responsabilidade solidária às citadas empresas, a meu ver, se constituem em indícios, carecendo, no entanto, a conclusão fiscal de prova robusta a fim de restar caracterizado o "interesse comum" a que alude o art. 124, inciso I, do CTN.

Do termo de Conclusão Fiscal extrai-se os seguintes fatos detectados pela autoridade fiscal:

1 No endereço onde se processavam as operações de compra e venda de sucata pela empresa Antonio Borges Rainha Piracicaba, Rodovia do Açúcar SP 308 S/N Km 175, consta nos cadastros da RFB a empresa ANGELA IRANT RAINHA ME;

2 – Todas as três empresas realizam atividade de COMPRA E VENDA DE SUCATA e auferem ganhos com a atividade e operam no mesmo ambiente físico, onde existe apenas 01 BALANÇA;

3 Em relação as empresas Antonio Borges Rainha Sobrinho Piracicaba e Rainha & Bello Ltda a vinculação chega a ser gerencial, com a presença do Sr. Marcos Rainha como administrador e procurador das empresas.

Poder-se-ia pelos elementos acostados aos autos, a princípio e de forma indiciária, se perquirir sobre a efetiva vinculação das citadas empresas com as atividades da empresa fiscalizada. No entanto, a fim de se imputar a

responsabilidade solidária disposta no art. 124, inciso I, do CTN, caberia à fiscalização aprofundar as investigações a fim de demonstrar de forma inequívoca que as empresas Angela Irani Rainha – ME e Rainha & Bello Comercio e Administração de Resíduos Industriais Ltda tinham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Não consta dos autos documentos que de maneira segura dêem suporte a conclusão fiscal de que há uma confusão patrimonial e/ou financeira, sendo insuficiente para se chegar a esta conclusão o fato de constar no registro de entrada a presença de funcionários das três empresas. O fato de existir mais de uma empresa localizada no mesmo espaço físico não tem o condão de descaracterizar a individualidade de cada uma delas. Também, não se pode afirmar que o fato das três empresas realizarem a mesma atividade econômica leva a formação de GRUPO ECONÔMICO e, por consequência, o INTERESSE COMUM.

Os indícios obtidos pela fiscalização não foram aprofundados a fim de que provas inequívocas fossem carreadas aos autos, objetivando a assunção da responsabilidade solidária pelas empresas Angela Irani Rainha – ME e Rainha & Bello Comercio e Administração de Resíduos Industriais Ltda.

Ressalte-se no entanto, que referida investigação fiscal pode ser realizada a qualquer tempo, inclusive na fase de execução fiscal, onde poderá restar demonstrado de forma clara e precisa os pressupostos de que trata de que trata o art. 124, I, do CTN.

Nesse passo, no presente momento, não vislumbro nos autos a constatação material necessária a fim de que seja imputada às empresas Angela Irani Rainha – ME e Rainha & Bello Comercio e Administração de Resíduos Industriais Ltda, razão pela qual deve-se excluir as responsabilidades a elas atribuídas.”

Concordando com o acima descrito, não faço reparos ao decidido em primeira instância, pelo que NEGOU PROVIMENTO ao recurso de ofício.

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Os recursos voluntários apresentados pela empresa autuada ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO PIRACICABA e, pelos responsáveis tributários ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e MARCOS ANTONIO RAINHA, são tempestivos (doc. DRF/Piracicaba em anexo) e por atenderem as disposições de lei, deles conheço.

Extraí-se do relatório e voto condutor que duas são as imputações lavradas nos autos de infração: 1) Omissão de receitas vinculadas à atividade operacional da empresa (Revenda de mercadorias sem emissão de notas fiscais no valor apurado de R\$ 75.333.727,22), com multa qualificada de 150% e, 2) Omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada no total de R\$ 375.590.922,33 (com multa de ofício de 75%).

Os recursos serão apreciados em conjunto, por matéria, pois respaldam-se nas mesmas contestações e argumentações, com algumas variações com relação à responsabilização solidária.

Da nulidade por quebra de sigilo bancário.

Consoante relatado, o crédito tributário aqui exigido tem como lastro informações bancárias obtidas pelo Fisco mediante Requisições de Movimentação Financeira – RMF dirigidas às instituições financeiras. Os recorrentes arguem a inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário, constituindo-se assim em prova ilícita e invocam a aplicação do

art. 62A do Regimento Interno do CARF (RICARF), reportando-se a entendimento favorável à proteção do sigilo bancário exteriorizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento adotado pela Fiscalização está previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, como bem exposto pela autoridade julgadora de 1ª instância:

Sem a pretensão em fazer uma análise quanto à constitucionalidade do dispositivo que autoriza a requisição de informações junto às instituições financeiras, há que se proceder, num primeiro momento, ao exame da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 e o parágrafo 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996, alterado pelo art. 1º da Lei nº 10.174 de 09 de janeiro de 2001, dentro dos limites de competência atribuídos aos órgãos administrativos judicantes para apreciação da matéria.

A Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, introduzindo significativas modificações no instituto do sigilo bancário em relação ao seu anterior disciplinamento, conferido pelo art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ora revogado.

Assegura a aludida Lei Complementar, no seu art. 1º, § 3º, III, abaixo transcrito, que o fornecimento de informações à Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras, ou equiparadas, referentes à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira CPMF, necessárias à identificação dos contribuintes e dos valores das respectivas operações, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996 c/ redação dada pela Lei n.º 10.174/2001, **não constitui violação do dever de sigilo bancário**. No mesmo sentido, prescreve a citada Lei Complementar, no seu art. 1º, § 3º, VI, que **não constitui violação do dever de sigilo** a prestação de informações nos termos e condições estabelecidas nos seus artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

“Art. 1º ...

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

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

(...)

Por sua vez, restaria caracterizada a quebra de sigilo pela autoridade fiscal se ela divulgasse essas informações, sujeitando-se por tal ato ilícito, todavia, às penalidades funcionais, penais, e à reparação por perdas e danos causados ao contribuinte.

No caso em concreto, a impugnante não questionou os fatos que levaram a Autoridade Fiscal a requisitar às instituições financeiras em que a contribuinte mantinha contas correntes, informações sobre sua movimentação financeira e os serviços por elas prestados à contribuinte.

Consoante registrado nos autos, a fiscalização ao confrontar os documentos apresentados pela empresa com os dados contidos nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), verificou que a empresa não havia apresentado todos os extratos exigidos, o que caracterizaria embaraço à fiscalização, nos termos do art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996. Diante dessa circunstância e considerando, ainda, o fato da escrituração ser incompleta, a fiscalização, com base na Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto 3.724/2001 e na forma da Lei 9.430/1996, solicitou às Instituições Financeiras os extratos bancários (fls. 260/281), com o objetivo de obter dados imprescindíveis aos trabalhos de fiscalização em curso.

O procedimento fiscal encontra-se arrimo no inciso VII do art. 3º e § 1º do art. 4º do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001:

*“Art.3º Os exames referidos no **caput** do artigo anterior somente serão considerados **indispensáveis** nas seguintes hipóteses:*

(...)

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

(...)

*Art.4º Poderão requisitar as informações referidas no **caput** do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF.*

§1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:”

Por sua vez, o art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, assim dispõe:

Art.33. A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros,

quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

Retornando ao meu voto.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é, de fato, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001).

Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.

Todavia, no referido recurso extraordinário ainda não foi editada decisão definitiva de mérito que pudesse impor a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, como pretendem os recorrentes. Nem mesmo o sobrestamento antes previsto nos §§ do art. 62-A do RICARF mostra-se possível, dada sua recente revogação pela Portaria MF nº 545/2013.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 26A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado Geral da União aprovados pelo Presidente da República,

na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte ementa:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Por estas razões, deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento em razão de inconstitucional acesso às informações bancárias da pessoa jurídica autuada.

DECADÊNCIA E DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Com relação a decadência relativa ao lançamento do item 2 do auto de infração “Da autuação decorrente de depósitos bancários não identificados com multa de ofício de 75%”, a matéria foi objeto de análise no quesito Recurso de Ofício conforme se observa acima.

A apreciação das arguições de decadência de crédito tributário lançado com relação ao item 01 “Omissão de receitas vinculadas à atividade operacional da empresa (Revenda de mercadorias sem emissão de notas fiscais no valor apurado de R\$ 75.333.727,22), com multa qualificada de 150%) exige, antes, a análise da multa qualificada imputada na presente exigência.

O Termo de Constatação Fiscal traz a seguinte fundamentação:

Através das diligências acima descritas restou comprovado que o contribuinte mantinha um regime de transações comerciais marginal à contabilidade, tanto pagando fornecedores como recebendo créditos de venda sem a devida emissão da Nota Fiscal de venda.

(...)

9) DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

O contribuinte, por intermédio de seu agente, assumiu de forma livre e consciente o risco de omitir à tributação as receitas ora apuradas. Portanto, o contexto revela a presença de conduta DOLOSA tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir as suas características essenciais, de modo a evitar o pagamento do imposto devido, o que caracteriza SONEGAÇÃO, nos termos do inciso I, do art. 71 da Lei 4.502/64.

Com isso, sobre a infração do item 7.1 – OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE aplica-se a multa de ofício QUALIFICADA de 150%, conforme item específico previsto no art. 44, inciso II da Lei 9.430/96.

Os recorrentes apontam, em síntese, que não houve por parte da autoridade autuante, qualquer procedimento ou instrução probatória que comprovasse prática fraudulenta, elemento subjetivo e indispensável para aplicação da multa qualificada.

A abordagem contida na decisão recorrida, naquilo que interessa neste item, bem demonstra a impropriedade desta argumentação:

A discussão nos autos entendo que ficou restrita à multa qualificada de 150% contra a qual insurgiu a impugnante alegando, em síntese, não ter ficado provado o dolo por parte da autoridade fiscal e que a existência de omissão de receita, por si só, não é suficiente para caracterização de fraude, o que necessita ser comprovado cabalmente pelo fisco e com detalhamento de forma individualizada acerca da específica conduta que implique em sua destinação. Por essas razões, requereu a redução da multa aplicada para 75%.

No caso em análise entendo que não se trata simplesmente de declaração inexata ou de falta de recolhimento de tributos ou ainda de simples omissão de receita como foi alegado.

Ressalte-se que, qualquer que seja a conduta fraudulenta do sujeito passivo, com vistas a reduzir ou suprimir tributo, estará sempre enquadrada em uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964. Portanto, é irrelevante distinguir se a conduta fraudulenta se configurou em sonegação, fraude ou conluio, bastando apenas que a conduta fraudulenta se enquadre em qualquer um dos tipos infracionais definidos na citada lei.

No caso dos autos, restou devidamente comprovado que a empresa teve em suas contas bancárias créditos identificados como provenientes de sua atividade comercial na ordem de R\$ 75.333.727,22 relativamente aos anos calendário de 2006 a 2008, enquanto informou em suas declarações de imposto de renda receitas de R\$ 12.331.076,45, R\$ 6.739.482,55 e R\$ 5.460.256,72, relativamente aos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, respectivamente, portanto em valores muito inferiores aqueles realmente auferidos e que não foram escriturados. Enfim, não há dúvida de que a empresa autuada realizou vendas sem emissão de nota fiscal e sem o registro contábil devido com a clara intenção de deixar de pagar ou pagar menos tributo.

O procedimento da autuada está muito mais a configurar a intenção de obscurecer o conhecimento da dimensão do evento jurídico tributário por parte das autoridades fiscais que, de outro lado, a caracterizar a simples hipótese de

declaração inexata como quer a impugnante. Não se pode admitir a hipótese de ter havido simplesmente erro de informação ou que a impugnante tenha agido, por assim dizer, desavizadamente. Nota-se que a impugnante, sequer tentou justificar as diferenças apuradas pelo Fisco, mesmo porque não haveria como justificar.

Discutível seria o caso se estivessemos diante de uma operação isolada, envolvendo valor de pequena monta, não reincidente; neste caso, poder-se-ia concluir pela ocorrência de um erro eventual, de ordem meramente material, passível de tributação sem a caracterização de qualquer intuito fraudulento. Mas não é o caso, posto que não se trata de atos isolados, mas reiteradamente praticados pela autuada em quase todos os meses do período fiscalizado.

Em sã consciência, diante dos elementos de convicção acostados aos autos, não há dúvida da intenção da contribuinte em reduzir os tributos devidos e se beneficiar, indevidamente, do Simples, uma vez que se a totalidade de suas receitas fosse declaradas superariam o limite para usufruir o referido sistema, como bem destacou a autuante.

Os fatos explanados caracterizam a figura da sonegação. As circunstâncias narradas nos autos evidenciam, de forma inequívoca, o intuito deliberado, por parte do contribuinte, de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores correspondentes a seu faturamento. O fato de oferecer à tributação valores inferiores aos auferidos, de forma reiterada, durante todo o período fiscalizado, obviamente, não pode ser creditada a simples erro contábil, o que demonstra o elemento dolo, no sentido de ter a consciência e querer a conduta de sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502/64.

Por essas razões, entendo que a qualificação da multa aplicada foi medida acertada e perfeitamente em consonância com a legislação aplicável, pelo que deve ser mantida.

Assim, por concordar com as argumentações acima transcritas, mantenho a multa qualificada neste item.

Agora retorno ao tema DECADÊNCIA.

Diante deste contexto, quanto à decadência em caso de dolo, fraude ou simulação, forçoso concluir que o termo inicial de contagem do prazo decadencial é o determinado pelo inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Logo, conforme bem assentado na decisão recorrida, fixado o termo inicial de contagem do prazo decadencial, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, temos que, no presente caso, o IRPJ, estando embutido na sistemática de apuração do lucro arbitrado trimestral, os fatos geradores ocorrem no final de cada trimestre, podendo eventuais diferenças apuradas de ofício serem lançadas já a partir do trimestre seguinte. Dessa maneira, partindo da premissa de que somente cabe lançamento de ofício após ser consumado o fato gerador e estar vencida a obrigação correspondente, tem-se que os fatos geradores ocorridos no 1º, 2º e 3º trimestres de 2006 poderiam ser lançados dentro do próprio ano calendário, sendo o termo inicial do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2007), repito, de acordo com a regra estampada no inciso I do art. 173 do CTN. Relativamente a estes períodos de apuração (1º, 2º e 3º trimestres de 2006), a decadência somente se operaria em 1º de janeiro de 2012, cinco anos após 1º de janeiro de 2007.

Assim, tendo em vista que o lançamento foi notificado à interessada em 22/09/2011, nesta data não havia transcorrido o prazo decadencial do IRPJ, relativamente aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2006 com relação à infração “**Omissão de receita operacional**”. De igual forma não há que se falar em decadência da CSLL, PIS e COFINS em relação a esta infração.

Portanto, quanto a este item, também nego provimento ao recurso.

Do arbitramento do lucro

Neste item os recorrentes argüiu nulidade da autuação sob a alegação de falta de amparo legal e erro de tipificação tendo em vista a discrepância entre a situação fática que a autoridade administrativa fez alusão (ausência de informações na escrituração) e a tipificação legal de sua pretensão (artigo 530, inciso III do RIR/99) que impõe a conduta omissiva da contribuinte no tocante à apresentação de livros à fiscalização e não no tocante à ausência de informações na escrituração.

Consta no auto de infração (descrição dos fatos e enquadramento legal fls. 7649) que o arbitramento do lucro se fez “*em virtude de que o contribuinte, estando autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido, deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas a sua determinação em relação aos seguintes fatos*”. Constatou como enquadramento legal o art. 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), cuja base legal é o art. 47 da Lei n.º 8.981, de 1995, que assim dispõe:

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

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

II a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b) determinar o lucro real;

III o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (destaquei)

Consta, ainda, do voto condutor, ora recorrido:

De fato, verifica-se dos autos que a empresa em 28/09/2010 foi cientificada de que a fiscalização, ao verificar os livros Caixas apresentados, constatou que neles não estava escriturada a movimentação bancária. Em razão disso, foi a empresa intimada e reintimada a apresentar os livros Caixa contendo toda a movimentação bancária do período de 01/2006 à 12/2008. Não tendo apresentado a escrituração

contábil e fiscal a fiscalização procedeu o arbitramento do lucro com fulcro no art. 530, III do RIR/99.

De acordo com a legislação tributária (art. 527 do RIR/99), a pessoa jurídica que optar pelo regime de tributação do Imposto de Renda com base no lucro presumido não está obrigada a manter escrituração contábil nos termos das leis comerciais, desde que escreva, em livro Caixa, toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária. A escrituração do livro Caixa é prerrogativa concedida pela lei, no entanto nada impede que a legislação seja completa, conforme legislação comercial e fiscal.

No caso, é incontroverso o fato de a contribuinte não ter apresentado a escrituração conforme legislação comercial e fiscal, nem o livro Caixa contendo toda a sua movimentação financeira e bancária e, mesmo intimada a fazê-lo, não apresentou o livro Caixa reescriturado. Portanto, não resta dúvida de que a contribuinte não cumpriu com a obrigação acessória relativa à escrituração, o que justifica o arbitramento, pois configurado está a materialização da hipótese prevista no art. 530, III, do RIR/99.

Com relação a argumentação da impugnante de que houve discrepância entre a situação fática que a autoridade administrativa fez alusão (ausência de informações na escrituração) e a tipificação legal de sua pretensão (artigo 530, inciso III do RIR/99), entendo correta a capitulação legal adotada, pois, de fato, mesmo intimada a apresentar a escrituração contendo toda a movimentação bancária, a contribuinte deixou ***“de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527”***. O livro Caixa que fora apresentado não contém a escrituração de toda a sua movimentação financeira e bancária, fato não contestado, o que, por si só, justifica o arbitramento com base no art. 530, III, do RIR/99, tendo em vista a imprestabilidade da escrituração para *“identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária”*.

Há que se reconhecer, portanto, a perfeita subsunção dos fatos apurados pela fiscalização à hipótese legal de arbitramento dos lucros da contribuinte.

Acrescento mais, que também descabe razão a ora recorrente quando sustenta que *“nem sequer consta nos autos de infrações discutidos qual a descrição fática da conduta da Recorrente que levou ao indevido arbitramento do seu lucro, com a desconsideração de sua escrituração e o regime a que era vinculada”*. Temos que a contribuinte fez opção pela tributação com base no lucro presumido. O art. 527 do RIR/99 apresenta as obrigações acessórias a que estão sujeitas as empresas que fizeram opção por este regime de tributação. O parágrafo único do art. 527 é expresso ao exigir a pessoa jurídica deverá manter Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária. Eis o dispositivo aludido:

“Art. 527. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter:

I escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano calendário;

III em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais

papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária.” (destacamos)

Este dispositivo deve ser lido conjuntamente com o art. 530, que elenca as hipóteses de arbitramento. O inciso III do art. 530 prevê a hipótese de arbitramento do lucro caso a contribuinte deixe de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527, como acima transcrevemos.

O presente caso amolda-se claramente ao inciso III do art. 530, na medida em que resta comprovada a falta de escrituração de toda sua movimentação bancária em seu Livro Caixa. Eis, então, a subsunção perfeita dos fatos à norma constante do art. 530, III, do RIR/99.

Pelo que NEGOU PROVIMENTO ao recurso com relação a este quesito.

IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO APENAS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Aqui, em síntese, alega a recorrente:

No presente caso, em se tratando de IRPJ, que implica nos reflexos da CSLL, PIS e COFINS, tem-se como expressa hipótese de incidência tributária auferir renda e proventos de qualquer natureza com a ocorrência de acréscimo patrimonial, nos termos do artigo 43 caput e incisos I e II, do CTN.

A imposição do Código Tributário Nacional demonstra que para a ocorrência do fato gerador do imposto de renda deve haver acréscimo patrimonial por parte do contribuinte de forma evidente, ou seja, mister se faz a exteriorização de nova riqueza.

Digo eu, há que se observar, repita-se, que a exigência tributária decorreu de duas infrações: **(01) Omissão de receita operacional – Revenda de mercadorias sem emissão de notas fiscais e (02) Omissão de receita caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada**, com fulcro na presunção de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, 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.

(...)

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

Consta, ainda, como fundamentos do voto recorrido:

Com relação a esta matéria, a única alegação da contribuinte é que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, visto que não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, nem comprova a efetiva existência de acréscimo patrimonial. Concluiu que para presunção de omissão de rendimentos tributáveis, necessário se faz por parte da autoridade fiscal a comprovação da exteriorização de riqueza do suposto contribuinte, sem a qual, não há preenchimento dos requisitos legais que legitimem a autuação.

A partir de 01/01/1997 (data em que se tornou eficaz a Lei n.º 9.430 de 1996), a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio se juntar ao elenco já existente; com isso, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo. Pelo art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta corrente, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

[...]

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, cuida de presunção relativa (*juris tantum*) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção, o que não aconteceu ao caso concreto.

Neste caso, mantenho a decisão de primeira instância.

Em especial, com relação ao recurso voluntário apresentado em conjunto pelos responsáveis solidários ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e MARCOS ANTONIO RAINHA, passamos a análise das razões nos termos apresentados.

Da responsabilidade solidária atribuída a ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO e MARCOS ANTONIO RAINHA.

Extrai-se do voto condutor recorrido:

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária em nome de ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO CPF 148.767.608-53 e MARCOS ANTONIO RAINHA CPF 062.914.128-29, sendo o primeiro sócio gerente e o segundo representante/procurador com amplos poderes outorgados por procuração pública obtida através das RMFs, entendendo a autoridade fiscal que teria ficado caracterizada suas responsabilidades, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Os impugnantes além de contestarem os autos de infração utilizando-se dos mesmos argumentos empregados pela empresa autuada, cuja análise das alegações já foram aqui apreciadas, também contestaram a responsabilidade a eles atribuída alegando, em síntese, não terem sido identificados nos autos de infração como partes nas autuações e que a responsabilização pessoal dos Impugnantes pretendida pelo fisco, consoante o artigo 135, III, do CTN, impõe à autoridade administrativa que se faça constar a identificação passiva dos mesmos nos autos de infrações lavrados,

haja vista tratar-se de redirecionamento da cobrança diretamente em face do suposto devedor pessoal, diferentemente do que ocorre nas responsabilizações subsidiárias e/ou solidárias.

Além disso, a autoridade administrativa, no transcorrer da autuação em face da empresa autuada, da qual o primeiro Impugnante é sócio e o segundo procurador, teria imputado de forma genérica responsabilidade inexistente, utilizando-se sem qualquer elemento probatório para tanto, dispositivo do artigo 135, III, do CTN, sendo que para efeito da responsabilização oponível com base nesta norma, necessária se faz a existência de conduta dolosa ativa por parte de diretores, gerentes ou representantes de empresas privadas, evidenciadas por meio de diligências e elementos concretos de provas que consubstanciem a ligação entre pessoas físicas supostamente responsáveis e o fato ilícito originário da autuação.

Segundo os impugnantes a única conduta passível de responsabilização a teor do artigo 135, III, do CTN, deveria estar estritamente vinculada e limitada à imputação da suposta "Omissão de receita das atividades", isto porque se a responsabilização pessoal de eventuais administradores da empresa decorre da prática de conduta dolosa dos agentes, insuscetível de extensão aos Impugnantes da autuação oriunda de "Depósitos bancários de origem não comprovada" pois, conforme apuração da própria autoridade fiscal, esta não decorreu de nenhum indício fraudulento.

Compulsando os autos, constata-se, que dois foram os fundamentos adotados pelo Fisco para a imputação de responsabilidade ao sócio da empresa autuada e ao procurador: a não apresentação da escrituração comercial e fiscal (infração à lei) e a falta de recolhimento de tributos, consubstanciada nos lançamentos ora discutidos (omissão de receitas). A base legal foi o art. 135, inciso III, do CTN, *verbis*:

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

[...]

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

Quanto ao segundo fundamento (falta de recolhimento de tributos), a jurisprudência já está pacificada, tanto no âmbito judicial quanto na esfera administrativa, de que este fato, por si só, não é suficiente para que se atribua ao sócio ou representante da empresa a responsabilidade pelo tributo devido. A menos que sejam comprovados outros fatos que comprovem que a falta de recolhimento decorreu de atos específicos de gestão que tiveram como finalidade e consequência a lesão aos cofres públicos, não seria possível a imputação da responsabilidade tributária.

A questão deve ser analisada com mais detalhes no que respeita ao primeiro fundamento, a saber, a não apresentação da escrituração comercial e fiscal mesmo reintimado a escriturar seu Livro Caixa com toda a sua movimentação bancária. O descumprimento desse dever legal é ato contrário à lei, portanto, conduta ilícita por parte da pessoa que vai ser responsabilizada. Tudo porque o art. 135 é expresso em exigir que o responsabilizado tenha agido com infração de lei.

Com base nesta interpretação, uma das condutas que estariam alcançadas pelo dispositivo é a pessoa estar no comando da empresa quando a empresa sonega tributos (oculta do fisco a ocorrência de fatos tributáveis). Agora, juntando os dois elementos, tem-se que para responsabilizar o sócio gerente ou administrador é preciso que o débito tributário decorra de sonegação, que ele tenha estado na administração da empresa no momento em que ocorreu a sonegação, e que não seja possível cobrar da empresa.

Neste passo, constata-se dos autos, evidenciado no item 5.1 do Termo de Constatação Fiscal, *“A fiscalização de posse do Livro Registro de Entrada, no qual constam os fornecedores de material, observou que o contribuinte emitia CHEQUES e ORDEM DE PAGAMENTO à terceiros que não constavam na lista de fornecedores constante das NOTAS FISCAIS DE ENTRADA”*.

Visando apurar o destino do dinheiro, foram lavrados Termos de Diligência, juntos aos contribuintes e, apurou-se que as mercadorias e serviços eram relacionados à compra de sucatas e a pessoa responsável pelo contato, na maioria das respostas, era o Sr. MARCOS RAINHA, filho do Sr. ANTONIO BORGES RAINHA SOBRINHO, titular da empresa autuada.

Ficou evidenciado e chamou a atenção da autoridade fiscal a vultosa diferença entre os valores informados em DIPJ como faturamento e o total de créditos bancários (vide Quadro Demonstrativo no TVF).

A conclusão das diligências realizadas (fornecedores e clientes) foi que a empresa, ora recorrente, realizava transações comerciais (compra e venda) habitualmente sem o devido registro contábil e fiscal.

Em termos práticos, conclui-se que a responsabilidade prevista no art. 135 é subsidiária, e não solidária, e aplica-se, dentre outras situações, quando o débito decorre de sonegação.

Diante dos fatos mantenho a responsabilização tributárias de ambos.

Por tudo o quanto exposto, meu voto é no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e por NEGAR provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator