



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14751.720016/2011-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.736 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de julho de 2021
Recorrente CONSTRUTORA CAPITAL URBANIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2006, 2007

PRELIMINAR NULIDADE, QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PELA DRJ. INOCORRÊNCIA.

O processo administrativo tributário é informado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual permite ao julgador que analise o caso concreto à luz da legislação pertinente e firme seu convencimento a partir da prova constante dos autos, devendo relatar os fundamentos de sua decisão e os motivos que o levaram a determinada conclusão.

Estando a DRJ convencida que o processo estava pronto para julgamento não teria porque convertê-lo em diligência. Não se trata de um direito subjetivo do contribuinte.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. SÚMULA CARF N. 2.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza considerar como receitas omitidas os montantes relativos a depósitos bancários cuja origem não foi comprovada com documentação hábil e idônea pelo contribuinte devidamente intimado para tanto.

ARBITRAMENTO APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO APÓS O LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO CONDICIONAL.

A apresentação da escrituração após o lançamento de ofício não invalida a apuração das bases de cálculo pelo arbitramento. Não existe lançamento condicional.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS / PAGAMENTOS SEM CAUSA.

Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente julgamento do feito.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Correta a sujeição passiva solidária imputada às pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse comum nas atividades da empresa e conseqüentemente na situação que gerou a obrigação tributária.

LANÇAMENTO REFLEXO. DECORRENTE DO MESMO FATO.

Aplica-se a mesma decisão ao demais tributos lançados, por decorrer dos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade arguidas nos recursos voluntários para, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Letícia Domingues Costa Braga, Andre Severo Chaves, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga e Jose Roberto Adelino da Silva (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela Delegacia Regional em Recife (PE) que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, tendo em vista a exigência dos créditos tributários referente aos anos calendários de 2006 e 2007, adiante especificado:

TRIBUTOS	FLS	Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
Imposto de Renda Pessoa Jurídica	1822	70.246,32	31.237,85	52.684,72	154.168,89
Imposto de Renda na Fonte	1872	885.172,22	403.038,73	663.878,97	1.952.089,92
Contribuição para o PIS	1835	25.467,89	11.474,14	19.100,84	56.042,87
Contribuição Social sobre o Lucro	1859	73.373,91	32.355,71	55.030,41	160.760,03
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social	1847	117.544,58	52.958,11	88.158,36	258.661,05

TOTAL	-	-	-	-	2.581.722,76
-------	---	---	---	---	--------------

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação dos impostos e contribuições descritas em cada Auto de Infração e no Relatório de Trabalho Fiscal, às fls. 1893 a 1921. Os enquadramentos legais encontram-se discriminados nos Autos de Infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas consequências podem ser assim resumidas:

A pessoa jurídica fiscalizada recebeu pagamentos nos períodos base de 2006 e 2007 na ordem de 632 mil reais, conforme informações contidas no sítio da *internet* do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba – TCE, no *banner* “Sagres *online*”. Enquanto dados de sua movimentação financeira demonstravam que foram movimentados valores na ordem de R\$ 1.830.420,53 e R\$ 742.038,50 nos anos acima referidos.

A contribuinte fiscalizada não entregou declaração para os anos de 2006 e 2007, só o fazendo em 20/11/2009, depois de iniciado o procedimento fiscal e, mesmo assim, as DIPJ foram entregues informando receita bruta R\$ 0,00 para os anos comentados.

Igualmente, foram transmitidas à RFB as DCTF, referentes aos semestres de 2006 e 2007, porém, sob intimação fiscal. Vale salientar que as quatro declarações foram informadas sem débito de imposto e contribuições. A fiscalização verificou que não houve qualquer recolhimento de tributo relativo aos anos de 2006 e 2007 através de DARF.

Em 19/08/2004, consoante sexta alteração contratual, a composição societária passa a ser formada pelos sócios Aldenir de Albuquerque Lyra e Ivanildo da Silva Carvalho, sendo a participação de cada cotista respectivamente de 45,45% e 54,54%. Cabendo a administração da sociedade ao primeiro sócio retrocitado. Esta formação societária é a que consta no CNPJ.

O contribuinte fiscalizado foi cientificado pessoalmente em 31/08/2009, através do sócio-cotista Ivanildo da Silva Carvalho, do Termo de Início do Procedimento Fiscal, intimando a apresentar o ato de constituição da pessoa jurídica e suas alterações, os livros contábeis, os livros fiscais (ICMS, ISS, e LALUR), o Livro Registro de Inventário, relação de todas as contas correntes bancárias e de investimentos, e os extratos de todas as contas relacionadas. Em 22 de setembro de 2009, complementou a entrega de documentação com a apresentação dos livros fiscais, notas fiscais de compra e extratos bancários da Caixa Econômica Federal do ano de 2005, da conta corrente nº 1.3179, Agência 0617. Em 10 de dezembro de 2009, foi lavrado outro Termo de Retenção de Livros e Documentos relativo a: Procuração Pública; cópias do recibo de entrega e das DIPJ dos anos de 2005 a 2007; cópias do recibo de entrega e das DCTF do mesmo período já comentado e extratos da conta corrente 1.3179 da agência 617 da Caixa Econômica Federal dos anos de 2006 e 2007.

Em 20 de outubro de 2009 lavramos o Termo de Constatação e Intimação Fiscal relatando que restou comprovado o não pagamento do imposto renda e contribuição social (IRPJ e CSLL) para os anos calendário de 2006 e 2007, assim como não houve declaração desses tributos em DCTF. Em vista disso, infere-se que o contribuinte não formalizou a opção pelo lucro presumido.

Em 22/04/2010 através do Termo de Intimação Fiscal com ciência em 26/04/2010, a pessoa jurídica foi intimada a informar mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em conta corrente de sua titularidade, conforme planilha, “Extrato Bancário – Caixa Econômica Federal – ag. 617 – cc 1317 – Créditos”, fundamentado na determinação contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96; informar também o beneficiário de cada pagamento relacionado na planilha “Extrato Bancário – Caixa Econômica Federal – ag. 617 – cc. 1317 – Débitos”. Ainda alertamos que os pagamentos não comprovados seriam considerados por esta fiscalização como a beneficiário não identificado ou sem causa, consoante art. 61 e parágrafos da Lei nº 8.981/1995.

Em correspondência datada de 23 de dezembro de 2009, assinada pelo procurador Adelaido Marcelino Pereira, recebida em 06 de janeiro de 2010, o contribuinte declara ser impossível apresentar os livros comerciais e fiscais por não existirem, bem assim conciliar as retiradas, saques e pagamentos da empresas. Em 08/06/2010, lavrou-se o Termo de Reintimação Fiscal com ciência em 09/06/2010 com prazo de 10 dias, onde foi dada mais uma oportunidade ao sujeito passivo de justificar a origem dos créditos ao mesmo tempo informar o beneficiário de cada pagamento (débito). Em resposta, com data de 21/06/2010, recebida em 28/06/2010, o contribuinte comunica “não ser possível, conciliar os valores constando nos extratos bancários” e, por fim, pede que sejam tributadas todas as movimentações bancárias.

DA SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA

Zenildo Domiciano Dantas detinha procuração com amplos e ilimitados poderes, para representar o contribuinte fiscalizado junto a repartições públicas e qualquer instituição bancária, podendo resolver tudo, inclusive para movimentar contas bancárias e participar de licitações públicas. A fiscalização coletou provas de que ele exerceu efetivamente esses poderes ao, dentre vários outros atos descritos no Relatório de Trabalho Fiscal, representar a empresa junto a Justiça do Trabalho, fazer retiradas e saques de valores vultosos, constantes nos Registro de Movimentação em Espécie – R\$ 10.000,00 a R\$ 99.999,99, nas Guias de Retiradas, Transferências de Valores, Comprovantes de Saques – Cartão Magnético e Autorização de Saque de recursos pertencentes ao contribuinte fiscalizado; bem assim assinou Termos Aditivos, Boletim de Medição, Recibos de Quitação, Ordem de Reinício de Serviços e Ordem de Paralisação para órgãos públicos.

Portanto, concluiu a fiscalização que esses fatos demonstram que Zenildo Domiciano Dantas é o administrador de fato do contribuinte fiscalizado, tendo interesse comum nos fatos geradores das obrigações tributárias nascidas a partir das relações comerciais desenvolvidas, configurando, deste modo, a solidariedade no crédito tributário da obrigação principal, conforme estabelece o inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966.

DAS APURAÇÕES

O contribuinte fiscalizado não optou pela forma de tributação do lucro para os anos-calendário de 2006 e 2007, tendo em vista não ter entregue tempestivamente suas declarações à RFB para os anos comentados. Igualmente não apresentou as DCTF para os referidos períodos, entregando-as sob intimação fiscal sem espontaneidade. Não se comprovou a existência de pagamento do imposto renda e contribuição social (IRPJ e CSLL).

O contribuinte fiscalizado foi intimado em 21/08/2009, por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal, a apresentar os livros comerciais e fiscais. Em 14/09/2009, o contribuinte fiscalizado foi intimado a apresentar os livros obrigatórios (Diário e Razão), haja vista o não atendimento à requisição anterior.

Como não efetuou pagamento dos tributos, inferiu-se que a pessoa jurídica não formalizou a opção pelo lucro presumido para os exercícios examinados, restando-lhe a regra geral para apuração pelo Lucro Real. Por último, se intimou o sujeito passivo a apresentar no prazo de vinte dias os livros obrigatórios: Diário, Razão, LALUR e balancetes mensais.

Em resposta, por intermédio da correspondência com data de 23/12/2009, recebida em 06 de janeiro de 2010 (folha 352), o contribuinte declara “para os devidos fins e para fazer prova junto à fiscalização que os documentos, citados nos itens abaixo mencionados, são impossíveis por não existirem”. No presente caso, o sujeito passivo se referia aos itens que tratavam dos livros contábeis Diário e Razão e Balancetes mensais; livro Caixa, livro Registro de Apuração do Lucro Real – LALUR, livro Registro de Saídas e Registro de Inventário, todos dos Anos de 2006 e 2007.

Foi lavrado o “TERMO DE RESPONSABILIDADE FISCAL”, onde foi imputada a solidariedade tributária passiva ao Sr. Zenildo Domiciano Dantas, referente aos

débitos para com a Fazenda Nacional constituídos por esta fiscalização nos trabalhos desenvolvidos junto à contribuinte.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 2053 a 2070, na qual questiona integralmente os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- a) **PRELIMINAR: NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS:** impende argüir nulidade do procedimento administrativo a partir da obtenção ilícita de dados bancários da impugnante sem a necessária e prévia autorização judicial para tanto, revestindo-se tal ato em manifesta contrariedade ao sigilo de dados constitucionalmente protegido em sede de Cláusula Pétreia. Observa-se que os AFRB em nenhum momento se referenciaram sobre qual a norma jurídica que amparava o acesso indiscriminado dos investigadores, aos dados inerentes à autuada mantidos perante as instituições financeiras. Ao assim agir, não só as informações obtidas a partir de provas inconstitucionalmente produzidas restam prejudicadas, mas também todas as outras informações decorrentes dessas informações/provas, em razão de que no Brasil adotou-se a Teoria dos frutos da árvore envenenada. A Impugnante transcreveu trechos de decisão do STF acerca do tema.
- b) **MÉRITO. Do indevido arbitramento do Lucro.** O arbitramento do lucro é cabível nas hipóteses do art. 47 da Lei nº 8.81/95, como é de ciência geral, mas, no caso, não agiram com acerto os AFRBs, na condução do presente feito, quando afirmaram e reafirmaram que essa autuada não apresentou voluntariamente os documentos obrigatórios para fins de apuração do lucro real e, por conseguinte, apurar o valor dos impostos devidos. Mesmo tendo em conta a suspeição de que o Sr. Zenildo Domiciano Dantas estaria se utilizando de interposta pessoa, impondo-se a conclusão de que o procurador seria de lato o dono da empresa, de fato, não cuidaram os fiscais de lhe solicitarem as informações referentes ao livro caixa da empresa, para que fosse apurada a base de cálculo do lucro real.
- c) Assim, resta impugnado desde o presente momento o arbitramento do lucro com base na receitas supostamente omitidas, creditadas na conta corrente da empresa, por força dos documentos apresentados nessa ocasião, como por exemplo, livro-caixa e notas fiscais, devendo a autoridade fazendária calcular o tributo devido a partir dessas informações, concretas, legítimas e oficiais, e não sobre presunção de lucro.
- d) **MÉRITO. Da Omissão de Receita (C.S.L.L., Imposto de Renda, Pis/Cofins).** Para a apuração da base de cálculo dos impostos levou-se em conta que a origem dos créditos constantes da conta corrente da empresa eram omissas. Junta-se nessa oportunidade, ao presente processo, todas as

notas fiscais dos serviços prestados pela impugnante aos Órgãos públicos declinados nos respectivos documentos, demonstrando efetivamente, não serem receitas omitidas, como alegado pelos AFRBs. Vê-se, portanto, que a apuração da base de cálculo deve ser procedida não com base no ingresso de recursos em conta corrente, mas sim, com base nas notas fiscais emitidas contra os contratos, visto que a quantia creditada em favor da empresa impugnante versa exatamente sobre o mesmo objeto, sendo a diferenciação de quantias relativas aos descontos legais.

- e) **MÉRITO. Da Omissão de Pagamentos (Imposto de Renda Retido na Fonte).** Os fiscais encarregados da ação fiscal consideraram TODAS as saídas de recursos da conta da empresa autuada como não identificadas, e, desse modo, deveria incidir na espécie a retenção de imposto de renda na fonte. Tal entendimento não haverá de prosperar. Observa-se no próprio Relatório que foram inseridas tabelas em que restaram evidentes que a maior parte das receitas eram oriundas de obras civis por empreitada com emprego de matéria prima a cargo desta defendente, que necessitou se socorrer de fornecedores. Perceba-se ainda que nem mesmo a identidade dos fornecedores eram de pleno desconhecimento dos r. auditores fiscais, tendo-se em conta que muitos deles, inclusive, foram ouvidos ao longo da apuração dos fatos.
- f) Convém ressaltar ainda, que a saída de recursos da conta da empresa não somente o foi para pagamento de fornecedores, mas também para o adimplemento de despesas como folha de pessoal e distribuição de lucros acumulados entre os sócios, quando são incabíveis as retenções de imposto de renda. Os fiscais imputaram que TODA a saída de recursos era com destinação incerta, razão pela qual deveria ser verificada a retenção de IR, quando já era de seu conhecimento que significativa parcela desses recursos foram destinados a fornecedores, e ainda, significativa soma se destinou ao pagamento dos serviços prestados pelo procurador da empresa, o Sr. Zenildo Domiciano Dantas.
- g) **PERÍCIA/DILIGÊNCIA.** Nos termos do Decreto nº 70.235/72, por seu art. 16, inciso IV, requer-se a produção de prova pericial, do tipo contábil, para que sejam apontados os valores devidos à título de tributos, considerando a regularidade das retiradas levadas a efeito na conta corrente da autuada, bem assim a regularidade dos depósitos devidamente comprovados na conta corrente, a partir das notas fiscais inseridas nos autos. A Impugnante formulou quesitos e indicou perito.
- h) **PEDIDO.** Do exposto, requer a Impugnante que sejam acolhidos os argumentos supra citados para extinguir o presente procedimento administrativo, ante as irregularidades apontadas na questão preliminar, ou, alternativamente, que sejam retirados dos processos todas as provas/informações obtidas a partir da ilegal quebra de sigilo bancário da impugnante. Superado o pleito anterior, roga-se a produção da prova pericial anteriormente requerida. No mérito, requer-se sejam acolhidos os argumentos trazidos à baila nessa oportunidade para que seja procedida a

apuração do lucro real da autuada, com esteio nas informações constantes dos documentos ora apresentados, pelo que se afasta a incidência de omissão de receita e despesa incomprovada, julgando-se inteiramente improcedente o presente libelo infracional.

O contribuinte Zenildo Domiciano Dantas, CPF 569.284.32420, ao qual foi imputada a responsabilidade solidária passiva, também apresentou impugnação aos Autos de Infração (fls. 2374/2381), alegando, em síntese, o seguinte:

- a) **PRELIMINARMENTE: IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA SOLIDARIEDADE NA VIA ADMINISTRATIVA.** Tal medida assemelha-se à desconstituição da personalidade jurídica e, como tal, só pode ser reconhecida por decisão judicial, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Se até mesmo para a responsabilização do sócio é necessária decisão judicial, evidente então que para a responsabilização de um simples mandatário, diferente não poderá ser. Necessário seria, também, que estivesse comprovado que o mandatário agiu com excesso de poderes, requisito que, aliás, é exigível até mesmo para o reconhecimento da solidariedade contra sócio da empresa. O Impugnante transcreveu acórdãos do STJ. Requereu sua exclusão da qualidade de responsável solidário.
- b) **DO MÉRITO.** O reconhecimento da solidariedade passiva imposta ao impugnante deu-se com base nos artigos 124, I, do CTN e 135, II, do mesmo diploma normativo. Primeiramente, inexistiu o interesse comum do impugnante na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. Como já dito o mesmo era tão somente um Procurador da empresa, nada além disso; segundo, porque o impugnante nunca agiu com excesso de poderes e/ou infração de lei.
- c) A empresa Construtora Capital Urbanização e Serviços Ltda foi criada ainda no ano de 2000 e desde então sempre funcionou de forma regular, havendo apresentado em seus quadros sociais alguns sócios ao longo dos anos, sendo certo que o Impugnante nunca figurou dentre os sócios. O Impugnante atuou em favor da empresa Construtora Capital Urbanização e Serviços Ltda apenas entre o final do ano de 2005 e o ano de 2007, período que pode ser considerado curto. Dentre as diversas movimentações bancárias efetuadas pelo Impugnante, quase que sua totalidade foi destinada ao pagamento de serviços, empreitadas, materiais e/ou mão de obra, deixando evidente que o mesmo sempre atuou nos limites do seu mandato.
- d) Quanto aos depósitos efetuados na conta bancária da esposa do impugnante, esclareça-se que isso decorreu de pagamento pelo exercício do mandato. Os dois depósitos foram os únicos pagamentos recebidos pelo

impugnante após mais de dois anos de atuação, restando evidente que a quantia recebida dividida pelo número de meses de serviços prestados não chega a R\$ 3.000,00 por mês.

- e) Ressalte-se, ainda, que o fato de o Sr. Zenildo Domiciano Dantas, ora impugnante, possuir um automóvel de padrão elevado e uma boa casa para morar não são capazes de denotar uma atuação com excesso de poderes ou infração de lei. Em nenhum momento disse o impugnante que sua renda e seus bens decorriam de sua atuação como Procurador da empresa CONSTRUTORA CAPITAL URBANIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. Como se observa, em nenhum momento ficou evidenciado que o impugnante tenha agido com excesso de poderes, fraude ou infração de lei e, portanto, não pode ser reconhecido como responsável solidário.
- f) **DO PEDIDO.** Frente ao exposto, requer que se acolha a Preliminar Suscitada e, acaso ultrapassada, no mérito se decida pela total improcedência dos Autos de Infração ora questionados e do Relatório de Trabalho Fiscal, excluindo a solidariedade passiva imposta ao Impugnante.

O acórdão (1136.595 – 4ª Turma da DRJ/REC), recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano-calendário: 2006, 2007

SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO LEGAL PARA TRANSFERÊNCIA.

Nos termos do art. 1º, parágrafo 3º, VI, da LC 105/2001, não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos no art. 6º da mesma lei. Trata-se, pois, de mera transferência do sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza considerar como receitas omitidas os montantes relativos a depósitos bancários cuja origem não foi comprovada com documentação hábil e idônea pelo contribuinte devidamente intimado para tanto.

ARBITRAMENTO APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO APÓS O LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO CONDICIONAL.

A apresentação da escrituração após o lançamento de ofício não invalida a apuração das bases de cálculo pelo arbitramento. Não existe lançamento condicional.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS / PAGAMENTOS SEM CAUSA.

Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente julgamento do feito.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Correta a sujeição passiva solidária imputada às pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse comum nas atividades da empresa e conseqüentemente na situação que gerou a obrigação tributária.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Isto porque, conforme entendimento da turma julgadora, (...) “Cabe destacar que apenas com a apresentação de toda escrita fiscal e contábil é possível apurar o lucro real, o que não aconteceu no presente caso, como já ressaltado anteriormente. Portanto, correta a tributação efetuada nos autos de infração do presente processo quando utilizou as regras do arbitramento do lucro para apuração do IRPJ e da CSLL devidos”.

Ainda, *“A contribuinte não comprovou e/ou justificou as saídas (débitos em conta bancária), após ser intimada, relativas aos saques no caixa e pagamentos diversos autorizados, relacionados na planilha “Demonstrativo dos Pagamentos a Beneficiários Não Identificados ou Sem Causa Anos de 2006 e 2007”, por meio de documentos hábeis e idôneos. Daí encontrar-se justificada a tributação desses valores, conforme efetuou a Autoridade Fiscal”*.

Continua a DRJ: *“Tratando-se de pagamentos por ela efetuados, deveriam ter sido regularmente escriturados, e os comprovantes respectivos deveriam permanecer em seu poder. Além do mais, a autoridade fiscal a intimou a justificar as saídas a partir de planilha com os valores especificados, conforme dados extraídos de seus extratos bancários. Logo, se tais documentos possuíam o condão de auxiliar a contribuinte a comprovar os beneficiários e as causas dos pagamentos, esta já poderia tê-lo feito até o momento em que foi cientificada do lançamento, e mesmo depois, quando apresentou sua impugnação”*.

Inconformado com a decisão, às fls. 2416 o contribuinte (CONSTRUTORA CAPITAL URBANIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA) interpõe Recurso Voluntário, **que basicamente repete as razões de Impugnação**, alegando em síntese as seguintes razões:

- a) Aduz que “neste sentido, verificando-se que os Autos de Infração estão lastreados em provas que foram obtidas de forma contrária à garantia fundamental prevista no âmbito da Constituição Federal (CF., art. 5º.,

XII), deve ser reconhecida a nulidade desse procedimento, em razão de serem imprestáveis de igual modo, as provas e informações obtidas a partir dessa indevida transgressão, em nome do respeito à Teoria dos frutos da árvore envenenada, também prevista na Carta Republicana, por seu art. 5º, LVI”.

- b) Afirma que “o arbitramento do lucro é cabível nas hipóteses do art. 47 da Lei no. 8.81/95, como é de ciência geral, mas, no caso, não agiram com acerto os AFRBs, na condução do presente feito, quando afirmaram e reafirmaram que essa autuada não apresentou voluntariamente os documentos obrigatórios para fins de apuração do lucro real e, por conseguinte, apurar o valor dos impostos devidos”.
- c) Ou seja, mesmo tendo em conta a suspeição de que o Sr. Zenildo Domiciano Dantas estaria se utilizando de interposta pessoa, impondo-se a conclusão de que o procurador seria de fato o dono da empresa, de fato, não cuidaram os fiscais de lhe solicitarem as informações referentes ao livro-caixa da empresa, para que fosse apurada a base de cálculo do lucro real.
- d) Repise-se que, quando do depoimento prestado pelo procurador Zenildo Domiciano, em maio/2011, os fiscais já tinham tido acesso às procurações, cheques, recibos e documentos que reforçaram o equivocado entendimento da interposição de pessoas, quando na verdade era o legítimo labor desempenhado a partir de uma procuração. O ponto é: se a finalidade da fiscalização é apurar o valor efetivamente devido pelo contribuinte, por qual razão os fiscais não provocaram o procurador da empresa para que esse apresentasse os documentos necessários à constituição do crédito tributário? Da forma como empregado nesse procedimento, transparece que a autoridade fazendária não procura apenas o recebimento do tributo que lhe é legalmente devido, obtido a partir de informações concretas, mas sim se pretende maximizar o crédito devido ao Erário, mesmo que para tanto, situações lógicas e legais sejam transpostas.
- e) Não poderá ser admitida a tributação com base em valores constantes da contracorrente quando, na verdade, eles são os mesmos referentes às notas fiscais, sendo a que divergência de valores decorre única e exclusivamente dos descontos tributários e previdenciários levados a efeito pelo próprio tomador de serviços.
- f) Observa-se no próprio Relatório que foram inseridas tabelas em que restaram evidentes que a maior parte das receitas eram oriundas de obras civis por empreitada com emprego de matéria prima a cargo desta recorrente, ao passo que apenas uma quantidade ínfima decorreu apenas de serviços de mão-de-obra.
- g) Não poderia a autoridade tributária desconhecer tal argumento, como de fato desconheceu, pois em razão do princípio da primazia da realidade, deveria ser concluído que, para a consecução de serviço de engenharia

com emprego de matérias primas, obviamente que a recorrente necessitou se socorrer de fornecedores para poder prestar o serviços a contento, dentro das datas aprazadas, sobretudo por não ser a autuada, capaz de produzir todo o material necessário para esse fim.

- h) Forte nestas conclusões é que se observa o equívoco consumado pelos nobres fiscais da receita federal, ratificados pela decisão ora recorrida, quando do levantamento dos valores devidos à título de tributos, a partir de premissas equivocadas.
- i) Do pedido: Do exposto, requer a recorrente que seja regularmente recebido e processado esse recurso para, anulando-se a decisão aqui recorrida, acatar as preliminares argüidas, ou, alternativamente, no mérito, dar provimento ao recurso, na forma requerida desde a impugnação, tornando-se insubsistente o auto de infração que inaugurou esse feito administrativo.

Inconformado com a decisão, às fls. 2434 o contribuinte (ZENILDO DOMICIANO DANTAS) interpõe Recurso Voluntário, **que basicamente repete as razões de impugnação**, alegando em síntese as seguintes razões:

- a) Não há, no caso vertente, Egrégia Câmara, qualquer elemento que imponha ao recorrente a prática de ilícito ou mesmo com excesso de poderes a autorizar essa pretensão de atribuição de solidariedade passiva do recorrente. Isto posto, requer o insurgente o acolhimento desta Preliminar e, por conseguinte, sua exclusão da qualidade de responsável solidário por eventuais dívidas da empresa CONSTRUTORA CAPITAL URBANIZAÇÃO E Serviços LTDA.
- b) Aduz que inexistente o interesse comum do recorrente na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. Como já dito o mesmo era tão-somente um Procurador da empresa, nada além disso; segundo, porque o recorrente nunca agiu com excesso de poderes e/ou infração de lei.
- c) Quanto aos depósitos efetuados na conta bancária da esposa do Recorrente, esclareça-se que isso decorreu de pagamento pelo exercício do mandato. Ora, o Recorrente e nenhuma outra pessoa está obrigada a agir gratuitamente e isso era do conhecimento dos sócios, valendo esclarecer que os dois depósitos foram os únicos pagamentos recebidos pelo Recorrente após mais de dois anos de atuação, restando evidente que a quantia recebida dividida pelo número de meses de serviços prestados não chega a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês.
- d) Em nenhum momento disse o Recorrente que sua renda e seus bens decorriam de sua atuação como Procurador da empresa CONSTRUTORA

CAPITAL URBANIZAÇÃO E Serviços LTDA. O Recorrente exerce outras atribuições e, aliás, não restou demonstrado sequer um acréscimo patrimonial seu durante o exercício do mandato questionado, ficando evidenciado que as conclusões do Relatório de Trabalho Fiscal encontram-se totalmente equivocadas.

- e) Nenhum ato ilícito foi praticado pelo recorrente e demonstrado pela autoridade fazendária. Era ônus do poder público evidenciar e provar essa conduta ilegal, e assim, não o fazendo a contento, tem-se por plenamente inaplicável o primeiro requisito para fins de solidariedade passiva mencionado pelo julgador original.
- f) Frente ao exposto, requer-se seja recebido e acolhido o presente recurso para, acatando-se a preliminar disposta nessa manifestação, afastar de plano o recorrente dessa lide, ou, no mérito, por não comprovado qualquer ato ilícito a cargo do recorrente e percepção de qualquer benefício com esses fatos, seja afastada a incidência da solidariedade passiva imposta com fincas nos art. 124 e 135 do CTN.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Da análise dos autos é fácil constatar que, com exceção do pedido de reapreciação dos seus argumentos e pedidos, o Recurso Voluntário apresentado constitui-se basicamente em reprodução de parte da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Quanto à preliminar de nulidade em razão de falta de apreciação do pedido de suspensão da representação para fins penais entendo que o mesmo resta prejudicado e é absolutamente protelatório. Explico.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias a respeito da Representação Fiscal, conforme dispõe a Súmula CARF n. 28:

Súmula CARF nº 28

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Assim, se o CARF não é competente para se pronunciar sobre o tema não há o que se falar em omissão da DRJ ou cerceamento do direito de defesa. Não há o que se falar em nulidade sem a demonstração do prejuízo.

Ademais, outros argumentos relativos à multa também restaram prejudicados vez que a DRJ afastou a referida qualificação.

Assim, deixo de acolher a preliminar de nulidade da decisão da DRJ.

No mais, os demais argumentos basicamente repetem a impugnação. Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de manifestação de inconformidade, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, com exceção da responsabilização solidária que analisarei na sequência, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão, na parte que se aplica:

PRELIMINAR DE NULIDADE – VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS.

Entendeu a Impugnante que a quebra de sigilo bancário deveria ter passado pelo crivo do judiciário e, assim, os extratos foram obtidos em desacordo com a legislação vigente.

Instaurado o procedimento fiscal e diante dos indícios de que os valores movimentados pelo sujeito passivo em suas contas bancárias eram incompatíveis com os montantes de receitas declarados em suas DIPJ, acusando provável omissão de rendimentos, restou ao fisco socorrer-se da faculdade autorizada pelo art. 6º. da Lei Complementar nº. 105, de 2001, regulamentado pelo Dec. nº. 3.724, de 2001, medida que prescinde de autorização judicial e não configura quebra de sigilo, conforme se depreende da leitura do próprio dispositivo legal, *verbis*:

Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (grifei.).

Não há dúvida que na espécie as condições previstas no referido artigo estavam presentes: a) procedimento fiscal em curso em relação à pessoa jurídica da qual solicitou-se informações bancárias, e b) necessidade das informações para fins de aprofundar a investigação.

Na mesma lei complementar, em seu art. 1º, § 3º, VI, foi expressamente declarado que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos no art. 6º. acima mencionado, o que vem a corroborar o entendimento de que não houve no caso a quebra do sigilo alegada pelo sujeito passivo, mas unicamente a sua transferência.

Para realçar a inviolabilidade do direito que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, dispõe:

Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo. Por isso, parece difícil vislumbrar na regra do art. 6º qualquer diretriz que possa induzir ou produzir quebra de sigilo bancário ou violação do direito à intimidade ou à privacidade das pessoas. As informações continuam sendo absolutamente sigilosas. Em suma, pode-se dizer que não há perigo de devassa ou quebra de sigilo.

Ademais, não é ocioso lembrar a faculdade insculpida no art. 145, § 1º, *in fine*, do texto constitucional em vigor:

Art. 145. (...)

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

Logo, não há que se falar em violação do sigilo bancário da pessoa jurídica, muito menos da necessidade de prévia apreciação do Poder Judiciário para o acesso às informações bancárias do sujeito passivo, vez que a transferência e a proteção destas está garantida pela LC 105/2001.

Para o acesso às informações bancárias sigilosas do sujeito passivo, o Decreto no. 3.724/2001, que regulamentou a LC 105/2001, estabeleceu a necessidade de emissão de requerimento específico, denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF).

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:

I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto;

II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto;

III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;

IV - gerente de agência.

§ 2º. A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

Condicionou, todavia, a emissão da RMF à prévia intimação ao sujeito passivo, conforme o disposto parágrafo 2º do mesmo art. 4º. do decreto.

Na espécie, o sujeito passivo foi intimado e reintimado por diversas vezes a apresentar os extratos bancários. Tal fato está documentalmente comprovado nos autos.

Contudo, mesmo após mais de cinco meses, prazo mais que suficiente para a obtenção dos extratos junto às instituições financeiras, caso não estivessem em seu poder, o sujeito passivo não atendeu ao solicitado.

Diante disso, restou plenamente atendida a condição para a emissão das RMF e, por conseguinte, o procedimento fiscal transcorreu dentro da legalidade. Não há, portanto, fundamento a alegação de que tais provas teriam sido coletadas por meio ilícito e por isso inaplicável a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Concluo, pois, pela validade dos extratos obtidos como prova da omissão de rendimentos.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A recorrente alegou que não cuidaram os fiscais de lhe solicitarem as informações referentes ao livro-caixa da empresa, para que fosse apurada a base de cálculo do lucro real; devendo a autoridade fazendária calcular o tributo com base nos documentos apresentados nessa ocasião.

Conforme relato da autoridade autuante, a contribuinte se enquadrava na tributação pelo Lucro Real, em razão de sua falta de opção por outro regime de tributação; e, tendo sido intimada várias vezes a apresentar os livros e documentos necessários a apuração do Lucro Real, respondeu que “para os devidos fins e para fazer prova junto à fiscalização que os documentos, citados nos itens abaixo mencionados, são impossíveis por não existirem”.

Não apresentou, portanto, os livros fiscais e contábeis (Razão, Diário e LALUR), necessários à apuração do Lucro Real.

Não tendo apresentados os livros obrigatórios a verificação da apuração do lucro real nos anos calendário de 2006 e 2007, a fiscalização procedeu a apuração do IRPJ e CSLL utilizando o arbitramento do lucro, consoante determina o inciso I do art. 47 da Lei nº 8.981/95, abaixo:

“Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

(...)

O contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não manter escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal.

O arbitramento é uma medida de salvaguarda do crédito tributário, posta a serviço da Fazenda Nacional. Não poderia o fiscal autuante permanecer à espera de que o contribuinte cumprisse suas obrigações fiscais quando lhe fosse conveniente, principalmente que, entre o Termo de Início de Fiscalização e a lavratura dos autos de infração, foram feitas outras intimações sem que a contribuinte apresentasse os livros necessários a apuração do lucro real dos anos calendário 2006 e 2007.

O arbitramento do lucro tributável representa uma criação do próprio direito com finalidade precípua de garantir e dar efetividade à legislação de regência do imposto. Contudo, traduzindo uma medida extrema, seu uso deve ser parcimonioso e estribado em comprovados motivos que impeçam o conhecimento do lucro efetivo do contribuinte, o que se verificou, *in casu*, ante a falta de entrega dos elementos solicitados.

Neste ponto sustenta a Impugnante que, nesta fase litigiosa, caberia a verificação da escrita, apenas apresentada com sua defesa, e nova apuração do imposto reconsiderando a forma de tributação pelo lucro real.

Porém, a ocasião própria para apresentação da escrita contábil e fiscal é durante a fiscalização, haja vista inexistir arbitramento condicional. Inadmissível, desta forma, a desconsideração do lançamento pela apresentação posterior da documentação antes exigida.

Nesta vertente também se direciona o Primeiro Conselho de Contribuintes:

“INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO CONDICIONAL Como não existe arbitramento condicional, o ato administrativo do lançamento, regularmente constituído, não pode ser modificado pela apresentação, na fase de impugnação, dos documentos cuja inexistência foi a causa do arbitramento.” (Acórdão nº 10706411, Sétima Câmara, Data da Sessão: 18/10/2001).

“FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS É cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exhibir a escrituração que a ampararia na tributação com base no lucro real. Inexistindo o arbitramento condicional, o auto de infração não se modifica pela posterior apresentação desta documentação.” (Acórdão nº 10318947, Terceira Câmara, Data da Sessão: 14/10/97). “IRPJ ARBITRAMENTO DE LUCROS O lançamento efetuado de acordo com as normas legais, notificado o sujeito passivo, só pode ser alterado nas formas estabelecidas no art. 141 do CTN. A apresentação dos livros na fase impugnatória não tem o condão de tornar sem efeito o lançamento, posto que não há arbitramento condicional.” (Acórdão nº 10320070, Terceira Câmara, Data da Sessão: 18/08/99). “ESCRITURAÇÃO APRESENTADA POSTERIORMENTE – Inexistindo arbitramento condicional, o ato administrativo do lançamento não é modificável pela posterior apresentação da escrituração, cuja recusa ou inexistência foi causa do arbitramento” (Acórdão 1º CC 1052.959/ 88 – DOU 07/06/89).

“ESCRITURAÇÃO APRESENTADA POSTERIORMENTE – Cabível é o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica deixa de exhibir ao Fisco, quando intimada para tal, a escrituração que ampararia a tributação com base no lucro real. Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos na prática do ato administrativo de lançamento, sua modificação ou extinção somente se dará nos casos previstos na lei. Como não existe arbitramento condicional, o lançamento não é modificável pelo posterior aparecimento

da escrituração, cuja inexistência foi a causa do arbitramento.” (Acórdão 1º CC 10184.640/ 93 – DOU 20/06/94).

Evidencia-se, portanto, que a empresa não atendeu as intimações fiscais, descumprindo os deveres que lhe cabiam para manter sua opção pelo lucro real. Por tais motivos, a tributação com base no lucro arbitrado se fez ao amparo da lei e nada existe no procedimento que vicie o critério adotado.

Cabe destacar que apenas com a apresentação de toda escrita fiscal e contábil é possível apurar o lucro real, o que não aconteceu no presente caso, como já ressaltado anteriormente. Portanto, correta a tributação efetuada nos autos de infração do presente processo quando utilizou as regras do arbitramento do lucro para apuração do IRPJ e da CSLL devidos.

OMISSÃO DE RECEITA – BASE DE CÁLCULO DO ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A Impugnante juntou com sua defesa, ao presente processo, todas as notas fiscais dos serviços prestados pela impugnante aos Órgãos públicos declinados nos respectivos documentos, demonstrando efetivamente, não serem receitas omitidas, como alegado pelos AFRB.

Todavia, a autoridade fiscal relatou que intimada a contribuinte a se manifestar sobre os valores creditados em suas contas bancárias, esta não comprovou a origem dos depósitos, restando configurada a omissão de receita prevista na art. 42 da Lei nº 9.430/96, conforme “Demonstrativo dos Créditos Incomprovados Anos de 2006 e 2007”.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispõe que os valores creditados em contas de depósito ou investimento para os quais o contribuinte não comprovar, após devidamente intimado, a origem dos recursos com documentação hábil e idônea, devem ser considerados receita omitida. Trata-se de presunção legal, onde o ônus da prova passa a ser do sujeito passivo.

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.

Para apurar o montante da omissão, a autoridade fiscal consolidou os montantes dos créditos mês a mês, vez que o valor da receita deve ser considerado auferido no mês do crédito efetuado em atendimento ao § 1º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Destes montantes consolidados, excluiu os cheques devolvidos identificados nos extratos bancários e os estornos, consolidando estes valores nas planilhas anteriormente citadas.

Cabe lembrar que, conforme descrito no relatório, a contribuinte não apresentou Declaração de Informação da Pessoa Jurídica, DCTF e nem seus livros contábeis, assim, os valores de omissão de receita foram considerados como base de cálculo para aplicação do percentual do arbitramento do lucro. Ficou evidenciado, portanto, que a recorrente não tributou tais valores, tendo em vista não haver registro de qualquer recolhimento dos tributos lançados pela contribuinte, nos anos calendário de 2006 e 2007.

Ante tais fatos, há que se considerar que foi cumprido o procedimento estabelecido no art. 42 para que tais os créditos bancários possam ser considerados como receitas omitidas por presunção legal.

O dispositivo legal é claro no sentido de que, para a caracterização da omissão de receitas, BASTA apenas que o contribuinte tenha sido intimado a comprovar a origem de cada crédito efetuado em sua conta de depósito (ou de investimento) e que o mesmo não tenha apresentado documentação hábil e idônea para tanto. Consoante já mencionado, a autoridade fiscal seguiu exatamente o procedimento estabelecido em norma, de forma conservadora, sendo, portanto, legítimo o lançamento realizado com base em extratos bancários.

Nesse sentido a mais recente jurisprudência do Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), que entende ser aplicável o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96, bastando, para tanto, que o contribuinte tenha sido intimado a comprovar a origem dos recursos dos depósitos bancários e não tenha obtido êxito no intento. Transcrevo, como exemplo, acórdãos da primeira e da segunda câmaras.

IRPJ DEPÓSITOS BANCÁRIOS OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL
Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. (AC 10197063, de 16/12/2008)
OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS .A Lei nº 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 titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. (AC 10249302, de 08/10/2008).

Inclusive, o CARF converteu esta jurisprudência na Súmula nº 26, a seguir transcrita:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Da Omissão de Pagamentos (Imposto de Renda Retido na Fonte).

A Impugnante alegou que os fiscais imputaram que TODA a saída de recursos era com destinação incerta, razão pela qual deveria ser verificada a retenção de IR. A saída de recursos da conta da empresa foi para pagamento de fornecedores, para o adimplemento de despesas como folha de pessoal e distribuição de lucros acumulados entre os sócios, quando são incabíveis as retenções de imposto de renda, e ainda, significativa soma se destinou ao pagamento dos serviços prestados pelo procurador da empresa, o Sr. Zenildo Domiciano Dantas.

Não assiste razão à Impugnante.

A contribuinte não comprovou e/ou justificou as saídas (débitos em conta bancária), após ser intimada, relativas aos saques no caixa e pagamentos diversos autorizados, relacionados na planilha “Demonstrativo dos Pagamentos a Beneficiários Não Identificados ou Sem Causa Anos de 2006 e 2007”, por meio de documentos hábeis e idôneos. Daí encontrar-se justificada a tributação desses valores, conforme efetuou a Autoridade Fiscal.

O artigo 61 da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, matriz legal do art. 674 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (RIR/99), estipula:

“Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a

beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais. § 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991. § 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância. § 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.” (Grifei).

Como se vê, a disposição legal é absolutamente clara: incide o imposto na fonte sobre todo pagamento efetuado pela pessoa jurídica a beneficiário não identificado ou, mesmo quando o beneficiário tiver sido identificado, não for comprovada a operação ou a sua causa.

Neste caso concreto, a contribuinte foi intimada a identificar os beneficiários dos pagamentos e informar a que título ou com qual finalidade estes ocorreram, mas não o fez no decorrer do procedimento fiscal. Quanto à planilha “Extratos Bancários – Caixa Econômica Federal – Ag. 617 – Cc. 1317 – Débitos”, a Impugnante comunicou “não ser possível, conciliar os valores constando nos extratos bancários”. Posteriormente, ao impugnar o lançamento, alegou causas operacionais para justificar pagamentos.

Entretanto, a contribuinte não cuidou de comprovar que os beneficiários foram mesmo aqueles por ela indicados, e tampouco a causa determinante desses pagamentos.

Assim, é irrelevante que os pagamentos tenham beneficiado a pessoa de seu sócio, ou terceiro. O ponto relevante é que, à míngua da comprovação da causa pela qual ocorreram, a lei presume que se trata de rendimentos e determina a retenção na fonte.

Está evidente, portanto, que a contribuinte, na condição de fonte pagadora, efetuou pagamentos suscetíveis da incidência tributária prevista no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995. Assim sendo, é correto o lançamento que exige o recolhimento do tributo respectivo. Tratando-se de pagamentos por ela efetuados, deveriam ter sido regularmente escriturados, e os comprovantes respectivos deveriam permanecer em seu poder.

Além do mais, a autoridade fiscal a intimou a justificar as saídas a partir de planilha com os valores especificados, conforme dados extraídos de seus extratos bancários. Logo, se tais documentos possuíam o condão de auxiliar a contribuinte a comprovar os beneficiários e as causas dos pagamentos, esta já poderia tê-lo feito até o momento em que foi cientificada do lançamento, e mesmo depois, quando apresentou sua impugnação.

Constata-se, portanto, que a alegação é puramente procrastinatória. O fato concreto é que a contribuinte não se dispôs a comprovar de forma inequívoca os beneficiários e as causas dos pagamentos.

DILIGÊNCIA E PERÍCIA – DESNECESSIDADE.

A contribuinte, ao final de sua peça impugnatória, requer também perícia e diligência em sua contabilidade, porém os Autos de Infração do presente processo não têm elementos que possam gerar dúvidas, assim a realização de diligência ou perícia é totalmente desnecessária. Deve-se, assim, indeferir o pedido, com esteio no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

DA SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA

O contribuinte Zenildo Domiciano Dantas, CPF 569.284.32420, após ter ciência do Termo de Responsabilidade Tributária a ele atribuída, contestou essa imputação. Em sua impugnação, afirmou não ser cabível essa responsabilização por via administrativa, e que nunca agiu com excesso de poderes e/ou infração de lei, enquanto representante da pessoa jurídica. A solidariedade tributária passiva a ele atribuída foi estribada no artigo 124 do Código Tributário Nacional, mas não existe o interesse comum do impugnante na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal.

O Código Tributário Nacional, em seu Capítulo IV, traz como título “Sujeito Passivo”, cuja Seção I é a de “Disposições Gerais”. Eis o dispositivo:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.” (g.m.)

Como se vê, são definições do que a doutrina chama de sujeito passivo direto (contribuinte) e indireto (responsável).

É certo que o entendimento combinado dos dispositivos é a regra a ser aplicada, mas tal combinação não pode afrontar a lógica, de modo que os dispositivos seguintes abarcam diversas regras e exceções.

Assim, a Seção II do CTN tem o título de “Solidariedade”, que inicia com o art. 124, inciso I:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.” (g.m.)

Note-se: a solidariedade é imposta no âmbito da sujeição passiva, sem todavia, estar restrita ao contribuinte, como fica claro com o uso da palavra “pessoas”. Por decorrência, a solidariedade aplica-se aos responsáveis, nos moldes do inciso II do art. 121 do CTN.

Veja-se que no âmbito das atividades econômicas, uma análise singela da expressão “pessoas com interesse comum em uma situação” autoriza entender que seu significado corresponda às “pessoas que avaliam que serão beneficiadas pela ocorrência de uma certa situação, e desejam tanto esse benefício, quanto a própria situação em si, um meio por elas considerado válido para alcançar o benefício desejado”.

Por óbvio, se a situação em tela fosse uma situação legítima, não haveria qualquer problema, pois o dispositivo seria inócuo.

Não é esse o objetivo desse dispositivo, que visa imputar solidariedade às pessoas que, juntamente com o contribuinte, se beneficiam das situações contrárias à lei que constituam fatos geradores, pois o conceito de múltiplos e concomitantes sujeitos passivos só ocorre quando a solidariedade é imputada a pessoas, como responsáveis pelo crédito tributário.

Há, portanto, dois requisitos para imputar solidariedade, nos moldes do inciso I, do art. 124, do CTN: (i) a situação em tela tem que ser constituída de um ou mais atos ilegais; (ii) a pessoa com interesse comum tem que ter sido beneficiada pela situação, mas não, única e exclusivamente, obtendo vantagem financeira.

No presente caso em discussão, contribuinte Zenildo Domiciano Dantas, CPF 569.284.32420, reconheceu em sua peça de defesa que:

- Atuou em favor da empresa Construtora Capital Urbanização e Serviços Ltda apenas entre o final do ano de 2005 e o ano de 2007 (período compreendido pela fiscalização – anos calendário 2006 e 2007);

- Efetuava movimentações bancárias, mas que seriam, quase que sua totalidade, destinadas ao pagamento de serviços, empreitadas, materiais e/ou mão de obra (demonstra exercer as funções do administrador de fato da pessoa jurídica);

- Houve depósitos efetuados na conta bancária de sua esposa, mas que seriam decorrentes de pagamento pelo exercício do mandato (demonstra a existência de transferência de recursos da pessoa jurídica para contas correntes bancárias de seus familiares).

Tais fatos reconhecidos pelo Sr. Zenildo Domiciano Dantas já demonstram seu interesse comum nos negócios da contribuinte atuada, o que só vem a ser confirmado pelos seguintes fatos relatados pela autoridade fiscal:

- Detinha procuração com amplos e ilimitados poderes, para representar o contribuinte fiscalizado junto a repartições públicas e qualquer instituição bancária, podendo resolver tudo, inclusive para movimentar contas bancárias e participar de licitações públicas.

- Exerceu efetivamente esses poderes ao representar a empresa junto a Justiça do Trabalho, fazer saques de valores vultosos, constantes nos Registro de Movimentação em Espécie – R\$ 10.000,00 a R\$ 99.999,99, nas Guias de Retiradas, transferências de Valores, Comprovantes de Saques – Cartão Magnético e Autorização de Saque de recursos pertencentes ao contribuinte fiscalizado; bem assim assinou Termos Aditivos, Boletim de Medição, Recibos de Quitação, Ordem de Reinício de Serviços e Ordem de Paralisação para órgãos públicos.

- O locador dos imóveis das Salas 704, 705 e 706 (sede do contribuinte fiscalizado), afirmou por escrito: “é de meu conhecimento que o Sr. Zenildo Domiciano Dantas era sócio proprietário de ambas as empresas” (empresa Costa do Sol Empreendimentos Imobiliários e Construtora Capital Urbanização e Serviços Ltda).

- O sócio Ivanildo da Silva Carvalho é sobrinho de Arnaldo Ramos Targino, que vem a ser cunhado de Zenildo Domiciano. Ivanildo da Silva Carvalho é sócio da empresa Construtora Capital Urbanização e Serviços Ltda e da JBN Construções Cíveis Ltda. Chama atenção o fato de em ambas Zenildo Domiciano ser procurador.

- Houve saques em cartão da conta bancária do fiscalizado, realizadas pelo procurador Zenildo Domiciano Dantas, em valores superiores a R\$ 262.550,00, segundo consta da planilha “Levantamento de Informações – Beneficiários de Débitos Bancários”. Foram feitas retiradas por Zenildo Domiciano da conta bancária do contribuinte fiscalizado, em montantes que superam o valor de R\$ 620.676,88, conforme documentos encaminhados pela Caixa Econômica Federal (folhas 1.406 a 1.504).

Em tempo, foram excluídos os valores efetuados através de saque cartão.

- Zenildo Domiciano reconheceu a assinatura, como sendo sua, no cheque de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), emitido em novembro de 2005 (folha 1.719), dado em

pagamento de 12 meses de condomínios atrasados das salas 704, 705 e 706 do Edifício Síntese.

- Do mesmo modo, reconheceu como sua as assinaturas apostas nos documentos de Registro de Movimentação em Espécie da conta bancária nº 1.3179, Agência 0617, da Caixa Econômica Federal referentes aos saques que montam de R\$ 268.900,00 e de retiradas da mesma conta bancária, cujos valores somam R\$ 659.056,88.

- Conforme diligência “in loco”, constatamos que o sócio cotista mora no Alto do Mateus em João Pessoa (PB), numa casa de classe média baixa, cuja rua não tem calçamento e ele não possui veículo de passeio e, segundo seu Genitor, ele trabalha numa fazenda na zona rural em Areia (PB). Entretanto, o procurador mora em uma casa de alto padrão. Esses fatos demonstram que Zenildo Domiciano Dantas é o administrador de fato do contribuinte fiscalizado, tendo interesse comum nos fatos geradores das obrigações tributárias nascidas a partir das relações comerciais desenvolvidas.

- Não existe nenhuma dúvida, portanto, de que esta situação é totalmente fora da normalidade, tanto em termos legais como em relação às práticas empresariais. Com todos os elementos coligidos pela fiscalização é inegável que Sr. Zenildo Domiciano Dantas tinha interesse comum na situação que configura o fato gerador da obrigação; razão pela qual a responsabilidade solidária está de acordo com as disposições do inciso I do art. 124 do CTN.

- Daí o perfeito enquadramento de sua responsabilidade como solidária do Sr. Zenildo Domiciano Dantas, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN).

Nesse sentido o entendimento da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas (“laranjas”) que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (...) (Acórdão nº 10708692, de 18.8.2006)

Entendo que a decisão recorrida está irretocável e deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

No que se refere à preliminar de nulidade por suposta quebra de sigilo bancário esta já é matéria assentada na jurisprudência deste Conselho, e o presente processo já foi devidamente sobrestado para aguardar posição definitiva do STF sobre a questão.

O Supremo Tribunal Federal proferiu no julgamento no âmbito das ADIs nº 2390, nº 2386, nº 2397 e nº 2859 e do RE nº 601.314 (repercussão geral), em que consolidou a tese acerca da possibilidade de a Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes mesmo sem autorização judicial.

A obtenção de documentos através das RMF’s seguiram expressamente o que dispõe a legislação aplicável. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo este Conselho incompetente para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

Face o exposto, indefiro a referida preliminar de nulidade.

No que se refere à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa em razão da não conversão em diligência, igualmente não merece acolhimento.

Tal preliminar não é nova neste Conselho, que tem jurisprudência firme no sentido de entender que a diligência é prerrogativa dos julgadores, apenas sendo necessária a sua conversão quando os mesmos possuam alguma insegurança ou incerteza quanto ao fato em análise.

Nesse ponto, é importante notar que o processo administrativo tributário é informado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual permite ao julgador que analise o caso concreto à luz da legislação pertinente e firme seu convencimento a partir da prova constante dos autos, devendo relatar os fundamentos de sua decisão e os motivos que o levaram a determinada conclusão.

Em caso de eventual necessidade de aprofundamento da análise dos fatos apresentados, o julgador pode solicitar a realização de diligência, a ser efetuada pela autoridade autuante ou outra de mesma competência, ou de exame pericial, quando a elucidação de fato ou o exame de matéria demanda o auxílio de um especialista em determinado ramo específico do conhecimento. Em qualquer caso, é certo que as diligências e perícias não têm por finalidade suprir as deficiências probatórias das partes.

Assim é que estando a DRJ convencida que o processo estava pronto para julgamento não teria porque convertê-lo em diligência. Não se trata de um direito subjetivo do contribuinte.

Face ao exposto, não acolho a preliminar arguida.

No que se refere ao pedido de diligência, o contribuinte teve a oportunidade de produzir a prova do seu crédito. A DRJ detalhou quais provas seriam necessárias mas o contribuinte permanece sem se desincumbir do ônus probatório na medida em que não traz aos autos a sua contabilidade completa, a fim de comprovar o alegado erro de fato.

Assim, entendo desnecessária a conversão em diligência e entendo que o processo está pronto para julgamento, razão pela qual indefiro o pedido.

Quanto ao mérito, o contribuinte teve oportunidade ao longo de todo o procedimento fiscal de fazer as provas necessárias para sustentar o seu argumento de que não teria omitido receitas. O contribuinte foi intimado repetidas vezes e em grande parte delas simplesmente alegou a impossibilidade de justificar movimentações ocorridas a cerca de 4 anos.

O contribuinte entendeu e compreendeu as infrações contra si imputadas, feitas com todo o detalhamento necessário. Ocorre que ele confessadamente não possui provas técnicas e hábeis para afastar a omissão constatada.

Em relação aos depósitos aos bancários de origem não comprovada, a contribuinte foi intimada e reintimada a justificar a origem dos valores compilados pela autoridade fiscal.

Quanto aos argumentos relativos à confisco e desrespeito a princípios constitucionais, deixo de apreciá-los em razão do que dispõe a Súmula CARF n. 02. A penalidade aplicada é a prevista em lei, tal qual o procedimento de apuração do crédito tributário que foi realizado.

No que se refere à infração de omissão de receita em razão de depósitos de origem não comprovada, o contribuinte foi intimado para justificar e comprovar a origem dos depósitos e não logrou êxito em fazê-lo. Assim, plenamente aplicável o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

No que se refere ao arbitramento, outra não poderia ser a medida adotada pela autoridade fiscal visto que tendo sido intimado para apresentar a escrituração o contribuinte afirmou que ela não existiria.

Por último, no que se refere à responsabilização solidária, entendo assistir razão à irresignação do sócio de fato da empresa, responsabilizado pessoalmente com base no art. 124 do CTN.

O agente fiscal comprovou de forma exaustiva que o Sr. Zenildo não seria apenas procurador da empresa, mas sim o real sócio, realizava movimentações financeiras e tinha procuração com amplos poderes.

Assim, face o exposto, entendo que a responsabilização solidária deve ser mantida.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, adoto a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de afastar as preliminares e negar provimento aos Recursos Voluntários.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva