



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

Processo n° 15586.000663/2007-42
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.088 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente DISMAR COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE - SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar no 105/2001, examinar informações constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

As instâncias administrativas são incompetentes para a análise de ato validamente editado e produzido segundo as regras do processo legislativo vigente.

ARBITRAMENTO. CABIMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

Justifica-se a apuração do imposto devido mediante arbitramento de lucros quando, apesar de intimada, a pessoa jurídica não apresente os livros e documentos obrigatórios de sua escrituração.

ARBITRAMENTO. BASE DE CALCULO. RECEITA BRUTA E PRESUNÇÃO LEGAL.

Para efeitos de aplicação do art 532 do RIR11999, utiliza-se a receita bruta a principio conhecida e incontroversa (declarada) ou aquela que se torne conhecida mediante auditoria. Válidos são todos os meios de prova bem como as presunções compatíveis com a descaracterização da escrita.

LEGITIMIDADE PROCESSUAL. CO-REPONSÁVEIS. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

Admite-se a defesa administrativa dos co-responsáveis no processo administrativo fiscal por força do princípio da ampla defesa e do contraditório, que tem como uma de suas faces a norma contida no art 59 da Lei 9.784/99, cujo teor atribui legitimidade àqueles cujos interesses possam ser afetados em decorrência do processo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos voluntários, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteao - Relato

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli e Gisele Barra Bossa. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros José Carlos de Assis Guimarães e Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata o presente processo dos autos de infração de fls 1538/1546, 1547/1554, 1555/1562 e 1563/1570, referentes ao Imposto sobre a Renda, Pis, Cofins e CSLL, lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória, através dos quais foram consubstanciadas as exigências de R\$ 4.824.777,58 , R\$ 1.318.085,52, R\$ 2.190.049,90 e R\$6.083.471,95 respectivamente, além de multa de 150% sobre elas incidente e demais acréscimos moratórios.

Representação fiscal para fins penais formalizada nos autos do processo administrativo de nº 15.586.000687/2007-00.

Da exigência relativa ao IRPJ, dita principal, decorreram as demais.

A auditoria da qual resultaram as autuações em foco foi impulsionada pela verificação de que a interessada possuía movimentação financeira incompatível com a sua situação cadastral - "omissa" -, que vigorava para os anos de 2003 e 2004. Registra a autoridade administrativa responsável pelo procedimento que a ciência ao termo de início de fiscalização e ao MPF 07.2.01.00-2005-00554-0 ocorreu mediante o Edital 590/2006 (fls 06/07), tendo em vista que no endereço informado a SRFB havia, tão somente, " um depósito, localizado em uma quadra de terra, cercado com muro de alvenaria, que se encontrava fechado ..." . A incorreção do endereço foi levada a termo juntado as fls 05.

Conforme relato de fls 1.489/1.537 e descrição contida no próprio auto de infração, a tributação relativa ao IRPJ realizou-se a partir do arbitramento de lucros feito conforme art 530, inciso III, do RIR/1999, em razão de a pessoa jurídica não possuir escrituração comercial e fiscal.

Os lucros foram arbitrados com base na receita bruta, conforme previsão do art 532 do RIR/1999. Esta, por sua vez, foi determinada a partir dos depósitos em conta corrente para os quais a interessada, apesar de intimada, mais uma vez via edital, (fls 955/956), não demonstrou as respectivas origens.

Os extratos bancários das contas auditadas constam das fls 154 a 955 e a relação individualizada dos créditos nas referidas contas bancárias foi juntada as fls 958/1197.

Os referidos créditos possuem a seguinte quantificação:

BANCO	ANO 2003 (RS)	ANO 2004 (RS)	FLS
B. Brasil	5.994.475,82	33.253.370,05	958/1001
B. Mercantil	8.636.364,83	7.897.003,52	1002/1061
B. Bradesco	36.188.478,72	110.812.511,27	1062/1197
TOTAL	50.819.319,37	151.962.884,84	

Ressalta a autoridade autuante que do total dos depósitos, consolidados conforme tabela acima, foram expurgados aqueles devolvidos ou estornados e, ainda, desconsideradas as transferências interbancárias. Aos valores apurados a partir de tal procedimento recaiu a incidência tributária. As receitas presumidamente omitidas foram consolidadas, por mês conforme fls 1.524.

Nos termos do relato que embasou a atuação, o quadro societário da autuada seria integrado por interpostas pessoas que ocultavam os verdadeiros beneficiários das operações comerciais realizadas — (sócios efetivos). A estes agentes, por terem, supostamente, atuado com poderes de administração e gerência e de forma a confrontar a legislação tributária, foi atribuída, com base no art 135, inciso III, do CTN, responsabilidade pessoal e solidária relativamente ao crédito resultante da exigência formalizada.

Os responsáveis pelo crédito tributário apurado-(sócios efetivos), apontados no documento que formalizou a exigência são :

- Otacílio de Araújo Costa, CPF 070.067.996-00

- Antônio Alves Agrela de Lima, CPF 205.708.998-34
- Moacir Ferreira Filho, CPF 447.810.326-72
- Adauto de Aguiar Sobrinho, CPF 305.200.536-72
- Eliezer de Souza Mattos, CPF 486.863.726 -15
- David Lustri, CPF 559.412.659-72

Os fatos que ensejaram a caracterização das pessoas físicas acima relacionadas, não integrantes dos estatutos sociais da pessoa jurídica, como sócios efetivos da mesma, foram largamente descritos as fls 1489 a 1537.

Conforme AR de fls 1584 a 1588, em 26/10/2007 foram cientificados do auto de infração que é objeto do presente os Srs Otacilho de Araújo Costa, Moacir Ferreira Filho, Adauto de Aguiar Sobrinho, Eliezer de Souza Mattos e David Lustri.

Tempestivamente, foram juntadas aos autos quatro impugnações: A primeira, em nome da pessoa jurídica (Dismar) e as outras três em nome de Adauto de Aguiar Sobrinho - (fls 1592/1623), Eliezer de Souza Matos - (fls 1719/1751) e Otacilho de Araújo Costa — (fls 1787/1824). Em apertada síntese, as principais razões de defesa apresentadas pelos referidos interessados foram:

- É nulo o auto de infração, já que formalizado com base em termos e atos dos quais a interessada só foi intimada via edital, modalidade esta de intimação de caráter excepcional, a ser utilizada tão somente quando esgotadas todas as demais possibilidades;

- O edital 590/2006, afixado nas dependências da DRFB em Vitória, prejudicou a ampla defesa da pessoa jurídica. O Sr Antônio Alves Agrela de Lima, sócio gerente da interessada, tem endereço certo e conhecido e poderia ter sido diretamente intimado;

- Apesar de a Dimar possuir vários estabelecimentos, todos de conhecimento da fiscalização, não houve qualquer tentativa de intimação em tais endereços;

- O vício da intimação impossibilitou a apresentação dos livros e documentos cuja ausência ensejou o arbitramento de que trata o presente;

São ilícitas as provas em que se baseia a autuação, já que oriundas da "operação cevada". Não houve decisão judicial autorizando a importação das provas obtidas na referida operação;

- Na "operação cevada", levada a efeito pela Polícia Federal e Receita Federal, foram apreendidos todos os livros e documentos da interessada, só devolvidos em agosto de 2007;

- São inconstitucionais a Lei Complementar 105/2001 e a Lei 10.174/2001. Incabível, portanto, que se opere a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial;

- E ilegal a tributação com base em extratos bancários quando não se comprova que os depósitos efetivamente constituem fato gerador do imposto sobre a renda;

• Incabível o arbitramento realizado com base em presunção de omissão de receitas apurada a partir de depósitos bancários. A própria lei tributária elenca as opções alternativas, para fins de cálculo do lucro arbitrado, quando não se conheça a receita bruta;

• Não foram consideradas as transferências interbancárias, devendo, por tal motivo, ser refeita a apuração que embasou o auto de infração;

• A interessada tem como objeto social a distribuição de bebidas. Em tal hipótese, por força do regime de substituição tributária, o Pis e a Cofins devem ser exigidos da pessoa jurídica que industrializa as bebidas;

• O art 44, inciso II, da Lei 9.430/1996, base da exigência relativa multa agravada, foi revogado pela Lei 11.488/07, razão pela qual não pode prosperar tal parcela da autuação;

• Não foi comprovado, no presente caso, que a conduta da interessada tenha sido dolosa;

• O interessado Aduino de Aguiar Sobrinho nunca ostentou a condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, havendo, tão somente, figurado como funcionário da autuada cuja função era a de recolher os tributos por ela devidos. Assim comprovam os docs 02 e 03 (carteira de trabalho e peças relativas a ação trabalhista);

• Não há nos autos provas de que o Sr Aduino tenha agido de forma a confrontar a legislação,

• O Sr Eliezer de Souza Mattos não ocupou a condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, havendo, tão somente, figurado como funcionário da autuada;

Não foram demonstrados que atos, de autoria do Sr Eliezer, teriam redundado nos fatos geradores que foram objeto de lançamento. Não portanto, que se falar em solidariedade relativamente ao mesmo;

• A inclusão do Sr Otacilho de Araújo Costa no pólo passivo da obrigação tributária resulta de presunção fundada no fato ' de o mesmo ter sido fiador relativamente aos contratos firmados entre a autuada e 'seus fornecedores;

• O fisco não se desincumbiu do ônus que era seu de comprovar os requisitos necessários, previstos no art 135, inciso III, do CTN , para que se configure a responsabilidade solidária do Sr Otacilho. Tal prova é necessária já que a referida Pessoa nunca compôs o quadro societário da autuada e nem exerceu qualquer tipo de ato de gestão;

• A simples falta de cumprimento de obrigação tributária não configura a violação à Lei de que trata o art 135 do CTN;

Acórdão da 8ª Turma da DRJ/RJO1

Por meio de acórdão de 10/07/2008, a 8ª Turma da DRJ/RJO1 julgou procedente o lançamento efetuado, conforme ementa abaixo:

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE - SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar no 105/2001, examinar informações constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

As instâncias administrativas são incompetentes para a análise de ato validamente editado e produzido segundo as regras do processo legislativo vigente.

ARBITRAMENTO.

Justifica-se a apuração do imposto devido mediante arbitramento de lucros quando, apesar de intimada, a pessoa jurídica não apresente os livros e documentos obrigatórios de sua escrituração.

ARBITRAMENTO. BASE DE CALCULO. RECEITA BRUTA E PRESUNÇÃO LEGAL.

Para efeitos de aplicação do art 532 do RIR 99, utiliza-se a receita bruta a princípio conhecida e incontroversa (declarada) ou aquela que se torne conhecida mediante auditoria. Válidos são todos os meios de prova bem como as presunções compatíveis com a descaracterização da escrita.

LEGITIMIDADE PROCESSUAL

Admite-se a defesa administrativa dos co-responsáveis no processo administrativo fiscal por força do princípio da ampla defesa e do contraditório, que tem como uma de suas faces a norma contida no art 59 da Lei 9.784/99, cujo teor atribui legitimidade àqueles cujos interesses possam ser afetados em decorrência do processo.

Recursos Voluntários

Foram apresentados Recursos Voluntários por Otacilho de Araújo Costa, Adauto de Aguiar Sobrinho e Eliezer de Souza Mattos, no qual são repisados os argumentos de Impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Admissibilidade

Os Recursos Voluntários são tempestivos e preenchem os demais requisitos legais, portanto, merecem ser apreciados.

Mérito

De partida, devo dizer que me alinho integralmente com a decisão da DRJ objeto do presente Recurso de Ofício. Além disso, ressalto que as partes não apresentaram novas razões de defesa.

Desta forma, com fulcro no art. 57, § 3º do Regimento Interno do CARF, transcrevo abaixo a decisão de 1º instância em sua integralidade:

2. Delimitação da lide

Das pessoas referidas como co-responsáveis, apenas os Srs Aduino de Aguiar Sobrinho, Eliezer de Souza Matos e Otacilio da Costa Araújo vieram aos autos e apresentaram suas razões de defesa. À vista de tal fato e considerando que a ausência de contestação denota, processualmente, a concordância com os pilares da autuação, bem como o reconhecimento de que a realidade dos fatos tenha sido fielmente retratada, concluo desde já pela confirmação, no pólo passivo da autuação, daqueles que não apresentaram impugnações : Srs Antônio Alves Agrela de Lima, Moacir Ferreira Filho e Davi Lustri.

3. Preliminares

3.1 Intimação mediante edital

Preliminarmente, alegam os interessados que o auto de infração seria nulo, tendo em vista que a pessoa jurídica teria sido intimada por edital. A ciência ao auto de infração (fls 1538) foi feita pessoalmente ao Sr Luis Felipe de Carvalho Pires, procurador da pessoa jurídica regularmente constituído conforme instrumento de fls 1574. Quanto aos sócios apontados como responsáveis solidários, a ciência foi efetuada via postal conforme ARs de fls 1584/1588.

Porém, conforme alegações, consta dos autos que a ciência ao Termo de Início de Fiscalização, bem como a ciência ao termo que solicitou a comprovação dos depósitos bancários que foram objeto da autuação, ocorreu mediante Edital (fls 06/07 e 955/956). Data venia, este fato, ao contrário do que afirmam os interessados, não vicia o procedimento sob qualquer aspecto. Se não, vejamos:

O art 23 do Decreto 70.235/1972 assim dispõe :

Art 23 - Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II- em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (grifei).

Nos termos do dispositivo referido, a intimação por edital é válida quando feita em alternativa à tentativa anterior não frutífera de intimação pessoal, por via postal ou por meio eletrônico.

No presente caso, a autoridade atuante foi ao domicílio fiscal eleito pela própria interessada (Av. Gonçalves Dias nº 92, Jardim Limoeiro, Serra/ES), com o intuito de formalizar o início da ação fiscal, havendo encontrado, tão somente, no endereço pesquisado, um depósito. O fato foi registrado mediante o termo de fls 05, segundo o qual no referido endereço existiria "...um depósito, localizado em uma quadra de terra, cercado com muro de alvenaria, que se encontrava fechado com a placa "aluga-se".

Observa-se, portanto, que conforme exigência legal, a intimação via edital foi precedida de tentativa não eficaz de que a ciência fosse feita pessoalmente. A falta de êxito da referida tentativa pode ser atribuída ao fato de a interessada não ter atualizado, junto à Secretaria da Receita Federal, suas informações cadastrais. Porém, da conduta desidiosa não pode resultar vantagem para quem a adotou, de forma que, no presente caso, constatando-se presentes todas as formalidades insitas As intimações em foco, feitas mediante edital, válidas são as mesmas bem como todo o procedimento que delas decorreu.

3.2 Quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial

A impugnante argumenta que a quebra do sigilo bancário da interessada teria sido levada a efeito sem respaldo de decisão judicial e que tal fato ensejaria a nulidade do procedimento.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2.001, dispõe acerca do sigilo das operações e, ao fazê-lo, assim determina:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2 do art. 11 da Lei nº9.311, de 24 de outubro de 1996;

(...)

*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. " (grifei).*

Por sua vez, o Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, regulamentando o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, dispõe, *in verbis*:

"(...) Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.(...)

*§ 2º O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada **Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)**, instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.(...)*

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

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III — prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV— omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V — realização de gastos ou investimentos em valor superior a renda disponível;

VI — remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

Vil—previstas no art. 33 da Lei nº9.430, de 1996;

VIII — pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº9.430, de 19

IX—pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

*X— negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira(..)
"(grifamos)*

Assim, nos termos da legislação referida, o acesso, pela autoridade administrativa, As informações bancárias do sujeito passivo, independe de autorização judicial, não havendo que se falar em nulidade do procedimento de ofício em decorrência da ausência da mesma.

3.3 Prova emprestada

Alega a interessada que parte dos elementos de prova reunidos nos autos teriam sido importados de outro processo, sem que para tanto tenha havido a respectiva autorização judicial.

A este respeito esclareço que não hi dispositivo legal que condicione a importação de provas 6. prévia autorização. O art 332 do CPC , utilizado subsidiariamente no Processo Administrativo Fiscal, prescreve que "*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa*".

Assim a despeito dos argumentos da defesa, é válida a utilização de provas produzidas em outro processo, desde que resguardados, como no caso o foram, os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Afastada a preliminar relativa A ilicitude das provas, passo a análise de mérito que segue.

4. Mérito — autuação principal : IRPJ

4.1 — Da autuação

A partir da constatação de que a interessada não possuía qualquer representação no endereço que informara aos arquivos eletrônicos da Receita Federal, após lavratura do termo correspondente (fls 05), a autoridade autuante procedeu ao início da ação fiscal mediante a lavratura do termo de fls 06, do qual a interessada foi cientificada através do edital 590/2006 (fls 07). No referido termo, lhe foi solicitado que apresentasse, relativamente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2004:

- Livros Diário e Razão;
- Lalur;
- Livro de Registro de Entradas e Saídas de mercadorias;
- Livro de apuração do ICMS;
- Extratos bancários;
- Cópias das peças referentes a eventuais ações judiciais referentes à matéria tributária.

Diante do não atendimento As solicitações acima referidas, a autoridade autuante procedeu ao arbitramento de lucros, com base no art 530, inciso III, do RIR1999, sob a justificativa de que a interessada, apesar de intimada, teria deixado de apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

O arbitramento se deu com base na receita bruta, conforme art 532 do RIR/1999 e esta, por sua vez, foi determinada a partir dos depósitos bancários não comprovados.

4.2 - Arbitramento : pertinência

A falta injustificada de atendimento à intimação fiscal que solicite a apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais é hipótese descrita em Lei como hábil a autorizar a tributação com base em arbitramento de lucros.

A obrigatoriedade de se manter em ordem a escrituração e os documentos em que esta se assenta se dá por força dos arts. 257 a 264 do RIR/1999. A inobservância dos

referidos dispositivos impossibilita o fisco de averiguar o correto recolhimento de tributos, razão pela qual a lei autoriza o arbitramento dos lucros.

A interessada, em sua impugnação, não se contrapôs aos fatos apontados como ensejadores da referida modalidade de tributação, contestando apenas a circunstância de ter sido intimada, para apresentação de seus livros e documentos, via Edital . Alega, ainda, que sua escrituração teria sido objeto de apreensão por ocasião da "operação cevada" e que teria sido a ela devolvidos apenas em agosto de 2007.

Pelos motivos já expostos, o fato de a intimação ter se dado mediante edital não viciou o procedimento. Por outro lado, apesar de alegar que seus documentos teriam sido apreendidos por anterior operação conjunta da Secretaria da Receita Federal e da Polícia Federal - (operação "cevada"), não foram juntadas aos autos provas de que as apreensões de fato ocorreram, de quais documentos foram abarcados pelas mesmas e de quando, efetivamente, foram efetuadas as respectivas devoluções.

Na falta de tais comprovações, não apresentadas por ocasião da auditoria e nem na fase impugnatória; prevalece a verdade processual de que a interessada não possuía, ou, se possuía, furtou-se a apresentar os itens de sua escrituração que lhe foram solicitados.

Válida, portanto, a tributação via arbitramento.

4.3 - Arbitramento e base de cálculo

Consta do termo de verificação fiscal (fls 1489/1537) que a base de cálculo do arbitramento foi apurada a partir da receita bruta da pessoa jurídica, conforme previsão do art 532 do RIR/1999, determinada a partir da presunção legal de omissão de receitas contida no art 42 da Lei 9.430/1996 , possibilitada pela não comprovação da origem de depósitos em contas bancárias de titularidade da interessada.

Na impugnação apresentada, foi contestada, exatamente, a possibilidade de utilizar, para efeitos do cálculo da receita bruta a que alude o art 532 do RIR/1999, a presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários não comprovados, conforme art 42 da Lei 9.430/1996. A interessada alega a seu favor que as normas que estabelecem o arbitramento são normas especiais e fechadas, de forma que se a própria lei prevê alternativas para as hipóteses em que a receita bruta é desconhecida, não caberia a utilização de outra presunção legal.

Dispõe o art 532 do RIR/1999 que:

"Art 532 — O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394 § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art 519 e seus parágrafos, acrescidos de 20%".

Em seguida, o art 535 do mesmo Regulamento estabelece, elenca e regulamenta alternativas para as hipóteses em que se desconhece a receita bruta.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito depreende-se que a lei estabelece que sempre que seja "conhecida a receita bruta", será esta utilizada na apuração do lucro arbitrado.

Ora, o vocábulo conhecida, da forma como se insere no texto em comento, abarca a receita a princípio conhecida e incontroversa, a que foi espontaneamente declarada Secretaria da Receita Federal e escriturada nos livros contábeis e fiscais, ou, ainda, a que se torne conhecida a partir de procedimentos de auditoria que reúnam os necessários elementos de convicção.

Nesta linha, para fins de determinação da receita bruta que norteará o cálculo do lucro arbitrado pode-se considerar também receitas que tenham sido apuradas, por exemplo, a partir da constatação de notas fiscais não contabilizadas, a partir de circularização junto a clientes, mediante procedimentos de CAD (Cobrança Administrativa Domiciliar) ou por qualquer outro método, desde que, conforme já exposto, tenham sido reunidas provas robustas.

Assim, se acatadas são, para efeitos de aplicação do art 532 do RIR/1999, receitas que inicialmente não tenham sido reconhecidas pelo sujeito passivo, mas que se tornaram incontroversas a partir de elementos de prova reunidos em procedimento de auditoria, não há porque afastar, para o mesmo efeito, receitas apuradas a partir de presunção legal.

A presunção legal permite inferir, de um fato conhecido, outro cuja ocorrência não é certa. Inverte o ônus da prova, possibilitando ao fisco, a partir da ocorrência do indicio apontado pelo legislador (no caso, depósitos bancários sem origem) ter por satisfeito seu ônus de demonstrar a ocorrência de acréscimo patrimonial não tributado, ressalvado ao sujeito passivo a prova em contrário.

Se o efeito da presunção é, mediante autorização legal, tornar verdade, nos autos, o fato cuja demonstração se pretende, não há porque, a princípio, afastá-las para efeitos de determinar a receita que servirá para cálculo do lucro arbitrado, conforme art 532 do RIR/1999. As autoridades administrativas poderão lançar mão tanto dos meios de prova conhecidos quanto da presunção legal. Ambas as opções consolidam como verdadeiro o fato cuja ocorrência se investiga tornando conhecida a receita e permitindo a aplicação do método preferencial, eleito por lei, para efeitos de determinação da base de cálculo do IRPJ.

Neste ponto é necessário que se registre ressalva quanto às utilização das presunções legais para efeitos de determinar a receita de que trata o art 532 do RIR/1999. Tal ressalva diz respeito às presunções típicas de lucro real. São exemplo destas as que tratam de "saldo credor de caixa", "passivo fictício" e "omissão no registro de compras". Estas presunções decorrem da escrituração contábil, de forma que não faria sentido aplicá-las justamente para viabilizar arbitramento realizado em decorrência da descaracterização da escrita contábil ou da constatação de sua pouca credibilidade.

Não é o caso, porém, da omissão de receitas apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada — (art 42 da lei 9.430/1996), pois a premissa que permite a presunção, neste caso, independe da qualidade da escrituração.

Conclui-se, portanto, pela inexistência de empecilho legal A constituição do crédito tributário decorrente de arbitramento com base na receita bruta quando esta tenha sido apurada mediante a presunção de que trata o art 42 da lei 9.430/1996, desde que esta tenha sido

realizado conforme preceitos legais. A verificação de tais condições será feita conforme item seguinte.

4.4 - Presunção legal : art 42 da Lei 9.430/1996

A incidência tributária de que trata o artigo 42 da Lei 9.430/1996 autoriza a presumir como receitas omitidas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto A instituição financeira quando o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos utilizados nessas operações. No presente caso, intimada (fls 955/956) a comprovar, através de documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos bancários listados As fls 958/1197, a interessada calou, autorizando, com tal atitude, a presunção de omissão de receitas. A presunção abrange qualquer depósito não comprovado e inverte o ônus da prova . Todos os valores sem comprovação ficam caracterizados como receitas auferidas à margem da escrituração até prova em contrário.

Assim, se parte dos valores creditados na conta corrente auditada são não tributáveis, conforme alega a impugnante, deveria a mesma comprovar cabalmente tal fato. Da mesma forma, se porventura alguma transferência interbancária deixou de ser expurgada da base do lançamento, a mesma deveria ter sido apontada, com a indicação do dia da operação e dos bancos envolvidos. Não o tendo feito, permanece a presunção sobre a totalidade dos depósitos.

Especificamente quanto às transferências interbancárias, válido ressaltar que a autoridade autuante faz registro às fls 1523, que as mesmas teriam sido integralmente expurgadas.

5. Multa qualificada

Sobre o valor do imposto apurado foi aplicada a multa de 150% prevista no art. 44, inciso II, da Lei 9.430/1996 para os casos de evidente intuito de fraude conforme definido nos arts. 71,72 e 73 da Lei 4.502/1964.

A conduta criminosa imputada à interessada é a descrita no art 10 da Lei 8.137 de 27/12/1990, que se enquadra na definição de sonegação oferecida pelo art 71 da Lei 4.502/1964. O referido art 10 da Lei 8.137/90 assim dispõe:

Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributos, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as seguintes condutas :

I — omitir informação, ou prestar informação falsa as autoridades fazendárias.

A sonegação compõe a figura do evidente intuito de fraude a que alude o art 44, inciso II, da Lei 9.430/1996 e exige, para sua caracterização, o dolo na ação ou omissão que a ensejou. Segundo o art 18, inciso I ,do Código Penal o dolo se configura quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo.

No caso em foco, a presença do dolo na conduta descrita no art 1º, inciso I da Lei 8.137/1990 foi evidenciada a partir da prática de auferir receitas e de não informá-las ao fisco através das declarações obrigatórias. E de relevo ressaltar que a intensa movimentação

consignada nos extratos bancários, com dezenas de créditos e débitos diários, comprova que no período em foco a pessoa jurídica operava com normalidade, apesar de constar como "omissa" nos arquivos eletrônicos da Receita Federal. Ademais, o quantitativo dos depósitos em conta corrente de titularidade da interessada cujas respectivas origens não foi comprovada é de tal forma vultoso (R\$ 50.819.319,37 no ano de 2003 e R\$ 151.962.884,84 no ano de 2004) que ficam afastadas as hipóteses de meros descontroles e/ou equívocos nos registros financeiros.

Tal evidência definitivamente se fortalece a partir da comprovação de que a pessoa jurídica foi constituída de forma a contemplar, em seu contrato social, interpostas pessoas. Esta conclusão decorreu dos seguintes depoimentos, fatos e documentos trazidos aos autos, referidos abaixo de forma sintética nos itens seguintes.

1. Conforme demonstrativo de fls 1.490, a evolução do quadro social da interessada indica grande instabilidade. A partir de depoimentos prestados por ex-sócios, procuradores, advogados e outros depreende-se que a sua composição societária, tal qual indicada nos estatutos, não contempla aqueles que são os efetivos sócios econômicos da empresa. Os depoimentos em questão revelam total falta de envolvimento dos supostos sócios formais com a atividade empresarial e fazem referência àqueles que seriam os efetivos sócios, com poderes de decisão e gerência. As declarações em questão, integralmente transcritas às fls 1492/1505, foram abaixo reproduzidas em apertada síntese, nas partes de interesse :

• **Maria Helena Ramos**, ex-sócia (depoimento às fls 1492) declarou : que o convite para ingressar na sociedade se deu "*... pelo fato do nome do verdadeiro proprietário da Dismar ficar oculto*". Declarou, ainda, que nunca compareceu à empresa; que não desembolsou recursos pela aquisição de sua participação societária e que a razão da venda da mesma teria sido "*...o fato de os verdadeiros proprietários não terem recolhido os tributos devidos*".

• **David Lustri**, ex-sócio, (depoimento as fls 1492/1493), declarou : que "*... quem de fato administrava e era sócio da empresa era o Sr Otacilho Costa*"; que assinou procurações em favor dos Srs Antônio Alves Agrela de Lima, do Sr Eliezer, genro do Sr Otacilho, e do Sr Aduino Sobrinho e que tais instrumentos outorgavam amplos poderes para gestão da empresa. Ênio Pedro Loss, ex -procurador da pessoa jurídica, conforme instrumento de fls 17, (depoimento As fls 1494) declarou : que o Sr Otacilho Costa era o dono de fato da Dismar; que o transporte das mercadorias da empresa era efetuado mediante carretas pertencentes ao mesmo e que o Sr Antônio Alves Agrela de Lima também era sócio da pessoa jurídica, porém, sem poder de decisão.

• **Belline José Salles Ramos**, ex-advogado da Dismar, (depoimento as fls 33/38) declarou : que Otacilho Costa esteve apenas uma ou duas vezes em seu escritório e que nestas ocasiões se fez acompanhar do proprietário da Dismar, Sr Antônio Agrela. • Aduino de Aguiar Sobrinho, ex-procurador, (depoimento às fls 1498) declarou: que trabalhou como auxiliar administrativo na empresa; que foi contratado por Antônio Alves Agrela; que os pagamentos que efetuava em nome da Dismar eram autorizados por Antônio Alves Agrela; que quem gerenciava a sociedade eram os Srs Antônio Alves Agrela e Eliezer Souza Mattos.

• **Antônio Alves Agrela de Lima**, ex-sócio, (depoimento às fls 1500/1501 e 50/52) declarou: que não pagou qualquer valor pela participação acionária; que a empresa Bom Jesus de Matozinho Ltda realizava com exclusividade o transporte de bebidas para a Dismar; que as sócias da empresa Bom Jesus eram filhas do Sr. Otacilho Costa; que o Sr Eliezer de Souza Matos seria casado com uma das filhas do Sr Otacilho Costa e que este representaria a

Dismar em Ipatinga/MG e Contagem/MG; que o Sr Aduino de Aguiar Sobrinho representava a Dismar em Vitória e era funcionário com poderes de gerência.

• **Moacir Ferreira Filho**, (ex -sócio), (depoimento is fls 1504) declarou: que na aquisição de sua participação societária negociou com o Sr Antônio Agrela, dono da Dismar ; que nunca foi a qualquer estabelecimento da Dismar; que quando ingressou na sociedade emitiu procuração que dava amplos poderes de gerência ao Sr Aduino de Aguiar Sobrinho e que, posteriormente, emitiu nova procuração, com os mesmos fins, para o Sr Eliezer de Souza Mattos; que vendeu sua participação acionária para a empresa Hardelot Corporation SA e que a intermediação do negócio foi realizada pelo representante desta pessoa jurídica, o Sr Antônio Alves Agrela de Lima.

2. Além dos fatos trazidos A baila mediante os depoimentos acima referidos, em diligência realizada junto à empresa Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes SA foram angariados os documentos de fls 114 a 119. Tais documentos indicam como sócios efetivos da Dismar Os Srs Antônio Alves Agrela de Lima e Otacilho de Araújo Costa. Os referidos documentos consistem em :

• cópia de contrato de revenda, firmado entre a Schincariol a interessada, do qual consta que a mesma foi representada, neste ato comercial, pelo Sr Antônio Alves Agrela de Lima;

• cópia do contrato de fiança firmado entre a Schincariol e a Dismar no qual Otacilho de Araújo Costa e sua esposa Lúcia Duca Costa constam como fiadores e se comprometem a cumprir todos os compromissos contratuais e financeiros, presentes e futuros, assumidos pela Dismar (fls 121/123).

3. Consta ainda dos autos, As fls 88 a 113, documentos apreendidos pela Polícia Federal em decorrência da "operação cevada", que denotam clara ligação entre a Dismar e o Sr Otacilho. São exemplos de tais documentos: correspondências com prestação de contas acerca de honorários advocatícios, Fax, relatório diversos prestando contas; etc

4. Dentre os documentos acima mencionados ressaltamos os de fls 110/113, correspondentes a:

• carta fiança na qual Otacilho de Araújo Costa assume todas e quaisquer obrigações pessoais pretéritas, presentes ou futuras por ventura assumidas pela sociedade Mas Import Comércio e Distribuidora Ltda, decorrente de operações realizadas entre a mesma e a Schincariol;

• Carta na qual a empresa Mas Import Comércio e Distribuidora Ltda transfere o contrato de distribuição com a Schincariol para a Dismar. A Dismar passou a operar no mesmo endereço que anteriormente era ocupado pela cedente (Av. José Júlio Costa, 1.145, Bairro Ipatinga, - MG)

5. Da documentação bancária da pessoa jurídica acostada aos autos constata-se, ainda, que :

- vários dos cheques do Banco do Brasil eram assinados por Aauto de Aguiar Sobrinho, CPF 305200536-72, enquanto que os cheques do Banco Bradesco eram assinados por Eliezer da Souza Mattos, CPF 486.853726-15;

- Dos cheques assinados pelas pessoas acima referidas, vários destinaram-se A pagamento de despesas inerentes a atividade da pessoa jurídica;

- Conforme relação de fls 1519/1520, vários saques efetuadas nas contas correntes auditadas, de titularidade da pessoa jurídica, permaneceram sem a identificação dos respectivos beneficiários;

- Foram efetuadas várias transferências de créditos e saques, autorizadas pelo Sr Eliezer, para as empresas Rede Brasil de Petróleo Ltda, CNPJ 01.381.825/0001-66 e Transporte Bom Jesus de Matosinho. Ambas as beneficiárias acima referi s contemplam, em seu quadro societário, filhas do Sr Otacilho.

As provas trazidas aos autos, acima referidas, são suficientes à demonstração de que a interessada, de forma intencional e .deliberada, suprimiu tributos, utilizando-se, para encobrir tal conduta, de práticas que se traduziam em omitir informações e/ou prestar falsas informações as autoridades fazendárias. A principal dentre tais práticas foi a de introduzir interpostas pessoas no quadro societário, objetivando, com tal atitude , preservar o patrimônio dos sócios econômicos.

Tem, portanto, fundamento legal e fático a qualificação da multa de ofício.

Por fim, esclareço não ser verdadeira a alegação de que a Lei 11.488/07 teria revogado o art 44 da Lei 9.430/1996. Outrossim, ocorreu uma alteração do texto legal, que permaneceu prevendo a aplicação da multa agravada de 150% para os casos de evidente intuito de fraude — (art 44, inciso I, combinado com o § 1 0 do mesmo artigo).

6. Responsabilidade de terceiros: Aauto de Aguiar Sobrinho, Eliezer de Souza Matos e Otacilho de Araújo Costa

A partir dos fatos trazidos aos autos , foram enumerados como co-responsáveis pela obrigação tributária apurada as pessoas físicas abaixo enumeradas, todas devidamente científicadas do auto de infração formalizado, bem como dos termos e documentos que o complementam.

- Otacilho de Araújo Costa, CPF 070.067.996-00
- Antônio Alves Agrela de Lima, CPF 205.708.998-34
- Moacir Ferreira Filho, CPF 447.810.326-72
- Aauto de Aguiar Sobrinho, CPF 305.200.536-72
- Eliezer de Souza Mattos, CPF 486.863.726-15
- Davis Lustri, CPF 559.412.659-72

Conforme já exposto em sede preliminar, não vieram aos autos trazer suas razões de defesa os Srs Antônio Alves Agrela de Lima, Moacir Ferreira Filho e Davi Lustri. Portanto, relativamente a tais pessoas, consolida-se a imputação de co-responsabilidade.

A imputação de co-responsabilidade foi efetuada com base no art 1,35 do CTN, que assim dispõe:

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 estatuto :

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

Os fatos trazidos aos autos, se considerados em seu conjunto , denotam que o Srs Otacilho de Araújo Costa, Eliezer da Souza Matos e Adauto de Aguiar Sobrinho são sócios efetivos da pessoa jurídica, estando, porém: ausentes dos contratos sociais tendo em vista o registro, nos referidos contratos, de interpostas pessoas que não possuíam vínculo efetivo com a empresa.

Denotam, ainda, que as pessoas, apontadas como os efetivos sócios econômicos, constituíam sociedade de fato e eram as que geriam e administravam a atividade empresarial, já que possuíam procurações que lhes conferiam poderes, assinavam cheques, assinavam contratos em nome da sociedade, afiançavam compromissos da pessoa jurídica, comprometendo, para tanto, seus patrimônios pessoais, etc.

Por si só, a prática de omitir os efetivos sócios econômicos da pessoa jurídica, mediante a interposição de terceiros, já configura infração à legislação societária, permitindo, portanto, a partir da comprovação dos poderes de administração e/ou gerência, inerentes a todos os componentes no caso das sociedades de fato, a imputação de co-responsabilidade fundada no art 135, inciso III do CTN.

Concluo, portanto, pela manutenção, no pólo passivo da autuação, de todos os co-responsáveis nele apontados.

7. Lançamentos Reflexos : Pis, CSLL e Cofins

Em decorrência da autuação dita principal, relativa ao IRPJ, foram também lavradas autuações reflexas relativas ao PIS , COFINS e CSLL.

Relativamente A CSLL, não foram apresentadas alegações específicas, de forma que, na ausência de fatos novos a indicarem conclusões diversas, tal exigência deve prosseguir integralmente, tal qual a autuação principal.

Quanto às autuações referentes ao Pis e Cofins, alegam os interessados que seriam indevidas, tendo em vista que o objeto social da Dismar seria, basicamente, a distribuição de bebidas e que, em tal hipótese, a Lei prevê a incidência monofásica das contribuições em tela, por ocasião da saída da mercadoria do estabelecimento industrial.

Da análise dos contratos sociais juntados aos autos, em especial daqueles vigentes a época dos fatos geradores ora tributados — (fls 1383/1469) , constata-se que os referidos atos constitutivos previam atuação em vastíssimo ramo operacional. Como exemplo, transcrevo o objeto social constante na clausula terceira do contrato de fls 1441 :

"Os objetivos da sociedade serão constituídos das seguintes atividades: distribuição e comércio atacadista de bebidas em geral, importação, exportação, distribuição, representação e comércio de qualquer mercadoria ou produto, especialmente de pneus, carcaças, câmaras e seus acessórios, veículos, pegas e equipamentos em geral, componentes eletrônicos, eletrodomésticos, computadores, produtos siderúrgicos, borrachas, embalagens, plásticos, tanto de mercadorias nacionais e estrangeiras em geral, insumos, cosméticos, perfumarias, produtos de higiene, saneantes domissanitários e correlatos, fraldas e lenços descartáveis, tabacos, cigarros, cigarrilhas, charutos, produtos para tabacaria e afins e mercadorias em geral."

Diante de tão vasto ramo operacional e não sendo possível no caso de receitas omitidas, discriminar as respectivas origens por atividade, concluo pelo prosseguimento integral das exigências relativas ao Pis e Cofins.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO dos Recursos Voluntários apresentados para AFASTAR as PRELIMINARES arguidas e no MÉRITO, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto!

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator