



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

Processo nº 15586.001678/2008-17
Recurso nº 894.311 De Ofício
Acórdão nº 1201-00.528 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria IRPJ, CSLL, PIS e COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MONTE VERDE MERCANTIL LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

**PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS
BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.**

Sem a intimação prevista no § 3º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, impossibilita-se a presunção e, em consequência, confirma a nulidade do lançamento fiscal.

Com isso, o fisco não logrou êxito na tarefa de comprovar que os fatos econômicos que apontados como tributáveis (créditos bancários) correspondem a fatos geradores do imposto sobre a renda.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS, CSLL E COFINS.

Na ausência de fatos novos a ensejarem conclusões diversas, o decidido no lançamento principal se estende aos reflexos.

Recurso de ofício conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso de Ofício.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

Assinado digitalmente em 08/07/2011 por RAFAEL CORREIA FUSO, 05/08/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS

Autenticado digitalmente em 08/07/2011 por RAFAEL CORREIA FUSO

Emitido em 10/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Antonio Carlos Guidone Filho (Vice-Presidente), Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes, Régis Magalhães Soares De Queiroz, Marcelo Cuba Netto E Rafael Correia Fuso.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em razão do acórdão da DRJ ter julgado procedente as impugnações interpostas por responsáveis pelo pagamento do débito fiscal objeto do lançamento relativo ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Tomo como parte do presente relatório as descrições factuais trazidas no relatório da DRJ:

Trata o presente processo dos autos de infração de fls 640/646, 647/654, 655/662 e 663/670, 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\$ 353.136,15, R\$ 102.140,99, R\$ 169.711,27 e R\$ 471.420,17 respectivamente, além de multa de 150% sobre elas incidente e demais acréscimos moratórios.

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

1. Da autuação

A auditoria da qual resultaram as autuações em foco foi impulsionada pela verificação de que a interessada possuía movimentação financeira aparentemente incompatível com as receitas informadas em suas, declarações de rendimentos relativas aos anos de 2003, 2004 e 2005.

O quadro elaborado As fls 606, abaixo reproduzido, assim o demonstra:

(...)

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 28/2008 (fls 43), tendo em vista que no endereço informado aos cadastros da SRFB funcionava outra pessoa jurídica — (Sital). A incorreção do endereço foi levada a termo juntado As fls 42.

Conforme relato de fls 665/639 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, optante pelo lucro presumido, não possuir escrituração comercial e fiscal e nem o Livro Caixa.

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 de titularidade da interessada, quais sejam: Banco Sicoob, agência 3010-4, contas 10482-5 e 10386-1.

Os extratos bancários das contas auditadas constam das fls 159 a 328 e o resumo mensal dos créditos, que totalizam R\$ 15.828.500,95, foi juntado As fls 329.

Ressalta a autoridade autuante que do total dos depósitos, consolidados conforme tabela acima, já foram expurgados aqueles devolvidos ou estornados e, ainda, desconsideradas as transferências interbancárias. Aos valores assim apurados foram ainda deduzidas as receitas correspondentes aos tributos declarados e/ou pagos. As receitas presumidamente omitidas (base de cálculo do lançamento) constam das fls 645/646.

2. Sujeição passiva

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). Foram arrolados como responsáveis solidários tanto as pessoas cujo poder de gestão, inclusive de movimentação financeira, decorreu de instrumento público, quanto os próprios outorgantes.

Os responsáveis pelo crédito tributário, eleitos conforme critérios acima, foram:

SOCIOS DE DIREITO

- Luis Cláudio Ferreira Lima, CPF 007.766.627/59;*
- Daniel Miguel Apolinário, CPF 478.574.987/34*
- Nicolau Resstel, CPF 157.344.987/34*

PROCURADORES

- Renata Resstel, CPF 045.938.967/03*
- Christian Silva Rupf, CPF 015.305.297/00*
- José Augusto Mayer, CPF 317.774.577/34*
- Maria Lucinda Módolo Mayer, CPF 909.995.507/30*
- Eunice Maria Sant Anna Stock!, CPF 841.139.447/68*

A caracterização das pessoas físicas acima relacionadas como responsáveis solidários pelo crédito tributário teve como base legal o art 124 e art 135, ambos do CTN e os fatos a seguir resumidos:

Com base nos depoimentos, fatos e documentos que integram os autos apurou-se que pessoas (Luis Cláudio Ferreira Lima e Daniel) sem capacidade financeira compatível com as integralizações de capital realizadas se associaram para constituir a sociedade Monte Verde. Estes, os sócios de direito, atribuíram, mediante procuração, amplos poderes de gestão, inclusive movimentação financeira, a terceiros, reais interessados na atividade empresarial.

No endereço constante dos cadastros da SRFB para a pessoa jurídica auditada, registra a autoridade autuante (fls 42) que se estabelecia outra empresa: Sitral — Serviços de Conservação, Transporte e Construção Ltda . Por outro lado, a Monte Verde, que segundo contrato social operava no mercado atacadista de café, utilizava tão somente sede administrativa, não possuindo qualquer estabelecimento de armazenagem, como seria de esperar tendo em vista o ramo operacional desenvolvido.

Nos termos do relatório conclusivo da auditoria os procuradores investidos de poderes de gestão, na autuada, possuíam ligações de natureza diversa com a pessoa jurídica Comercial Café Stock], concorrente que também atuava no comércio atacadista de café.

Segundo relato, a suposta concorrente possuía , na verdade, interesse na Monte Verde, representando, esta última, prolongamento da primeira.

Por fim, ressalta ainda a autoridade autuante que a movimentação financeira da Monte Verde asseguraria aos sócios de direito confortável situação financeira, fato este que, por meio de depoimentos e análise das respectivas declarações de rendimento das pessoas físicas, não se verificava como verdadeiro.

Em 17/11/2008 foram cientificados do auto de infração que é objeto do presente, por via postal (fls 692/697), os Srs Daniel Miguel Apolinário, Luis Cláudio Ferreira Lima, Maria Lucinda Modolo Mayer, José Augusto Mayer, Eunice Maria Santanna Stockl e Christian Silva Ruff.

Tendo em vista o insucesso da cientificação via postal, tentada mediante correspondência de fls 698/700, a ciência da pessoa jurídica Monte Verde e das pessoas físicas Renata Resstel e Nicolau Resstel se deu através dos editais de fls 701 a 703.

3. Das Impugnações

Foram juntadas aos autos quatro impugnações de teor quase idêntico, em nome, respectivamente, dos seguintes responsáveis solidários: Christian Silva Rupf (fls 708/830), Eunice Maria Santanna Stockl (fls 831 a 951), Maria Lucinda Modolo Mayer (fls 952/1076) e José Augusto Mayer (1077/1199). Em apertada

síntese, as principais razões de defesa apresentadas pelos referidos interessados foram:

- Os nomes dos responsáveis solidários foram omitidos do documento que formalizou a exigência administrativa, motivo pelo qual, por ofensa ao art 10 , incisos III e IV do Decreto 70.235/72, é nulo o auto de infração;*
- Não foi feita de forma suficiente e clara a descrição dos fatos que teriam ensejado a responsabilidade solidária. Não foi, tampouco, citado o dispositivo legal que a teria fundamentado. Tais circunstâncias cercearam o direito de defesa dos interessados e corroboram a nulidade do auto de infração;*
- Aqueles que foram apontados como responsáveis solidários não foram cientificados do início da ação fiscal;*
- A imputação de responsabilidade decorre de procuração que concedia amplos poderes aos interessados tidos como responsáveis solidários. A referida procuração, porém, foi revogada em 10/10/2002.*
- Os sócios Nicolau Resstel, Luis Cláudio Ferreira Lima e Daniel Miguel Apolinário eram responsáveis por todos os negócios da empresa, inclusive movimentação financeira;*
- A mera existência de procuração, sem a demonstração de ações dos procuradores, não possibilita a indicação dos mesmos como responsáveis solidários. O fato de ser procurador não se confunde com o exercício do mandato, não sendo suficiente para demonstrar a efetiva participação em ação fraudulenta;*
- Não foram apontados documentos financeiros (cheques, depósitos etc) que tenham sido assinados pelos interessados;*
- É comum, no comércio atacadista de café, que a empresa opere apenas com uma sede administrativa, utilizando-se dos chamados "Armazéns Gerais de Café";*
- A ligação entre a interessada e a Comercial de Café Stockl se resume ao fato de a primeira contratar serviços de armazenagem de café de uma das empresas do grupo Stockl: a Armazéns Gerais Stockl Ltda;*
- A fiscalização afirma que o contrato firmado entre a pessoa jurídica e o contador Christian Silva Rupf não possui validade jurídica , já que não foi objeto de registro. Não existe, porém, obrigatoriedade de que os contratos de prestação de serviços sejam objeto de registro;*
- Somente o titular da conta corrente auditada - (no caso, a pessoa jurídica Monte Verde), deve figurar no pólo passivo da exigência;*
- A responsabilidade é medida excepcional e, como tal, deve ser amplamente demonstrada pelo fisco;*

- No presente caso, não houve demonstração de que os interessados apontados como responsáveis solidários tenham auferido vantagens financeiras e efetivamente exercido o mandato que lhes fora outorgado. Não há, tampouco, prova que os relacione aos interesses da empresa Monte Verde;
- A interessada Maria Lucinda Godolo limitou-se a receber cheques de terceiros a título gratuito, situação esta que não pode resultar em imputação de responsabilidade solidária;
- Não há que se falar em poderes para fazer cumprir as obrigações fiscais da empresa nem em omissão no desempenho do mandato recebido. Primeiro porque não houve efetivo exercício do mandato; segundo porque dele não constava expressamente a responsabilidade pelo cumprimento de obrigações fiscais e, terceiro, porque diante da ausência de mandato de fato, os apontados como responsáveis solidários nem mesmo estavam cientes da suposta sonegação fiscal.

A DRJ do Rio de Janeiro deu provimento às defesas administrativas, conforme voto abaixo transcrito em sua integralidade:

As manifestações de inconformidade são tempestivas e reúnem os demais requisitos de admissibilidade, portanto delas conheço.

1. Admissibilidade das impugnações

Apresentaram impugnações à exigência formalizada, as pessoas físicas Christian Silva Rupf (fls 708/830), Eunice Maria Santanna Stock! (fls 831 a 951), Maria Lucinda Modolo Mayer (fls 952/1076) e José Augusto Mayer (1077/1199), todos apontados como co-responsáveis pelo crédito tributário com base nos arts 124 e 135, ambos do CTN.

Se mantida a exigência de que trata o presente, bem como a imputação de co-responsabilidade, as pessoas físicas acima referidas terão seus nomes incluídos em certidão de dívida ativa, título que goza de liquidez e certeza e permite a cobrança do crédito tributário em juízo.

Tal configuração ,de fatos resulta na alteração direta da esfera de direitos daqueles que foram objeto da imputação, de forma que aos mesmos deve, inevitavelmente, ser assegurado o direito de defesa administrativa sob pena de ofensa à Constituição.

No âmbito da legislação infra-constitucional, o inciso II do art 9º e o art 58 a Lei 9.784/1999 incluem especificamente , dentre os legitimados a atuar no processo administrativo, "aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada", hipótese esta que justamente contempla, no caso em tela, aos apontados como responsáveis tributários.

Diante do exposto, a conclusão é a de que, uma vez cientificados da imputação de co-responsabilidade tributária, nasce para os imputados o direito de ver suas alegações de defesa apreciadas em todas as instâncias administrativas.

Firmado tal entendimento, conheço as impugnações apresentadas por serem tempestivas e reunirem os necessários requisitos de admissibilidade.

Esclareço ainda que, apesar de não haver impugnação por parte da pessoa jurídica, mas apenas e tão somente por parte dos co-responsáveis, considero que integra a lide toda a matéria que foi objeto do lançamento, já que a exigência tributária também foi, ainda que indiretamente, abordada pelos impugnantes.

2. Da lide

2.1 Do procedimento

A exigência de que trata o presente foi formalizada a partir de arbitramento de lucros feito com base na receita bruta, determinada esta a partir de depósitos bancários não comprovados.

A auditoria foi impulsionada pela verificação de que a interessada possuía movimentação financeira aparentemente incompatível com as receitas informadas em suas declarações de rendimentos dos anos de 2003, 2004 e 2005. Se desenvolveu conforme passos a seguir descritos.

Em 09/07/2007 foi lavrado termo de início de ação fiscal remetido, por via postal, ao endereço que consta dos cadastros da SRFB para a pessoa Jurídica Monte Verde — Rua Belarmino Pinto, 57, sala 104/105- Centro-Vitória. Tendo em vista o retorno da correspondência, pelo motivo "mudança", foi realizada diligência à referida localidade, fazendo constar a autoridade administrativa, no termo de fls 42, que naquele endereço se estabelecia outra pessoa jurídica, de nome SITRAL.

Resultando improfícua a tentativa de intimação por via postal, a ciência ao início da fiscalização ocorreu por meio do Edital de fls 43, conforme previsão do art 23 e parágrafos do Decreto 70.235/72.

Do termo de início de fiscalização acima aludido constava, relativamente movimentação financeira da interessada, as informações e solicitações que abaixo transcrevo:

"2. Com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras, em observância ao art 11 § 2º, da Lei 9.311, de 24/10/1996, foi apurado pela SRFB, com fundamento na interpretação sistemática do art 11 § 2º da mesma lei, alterada pela Lei 10.174 de 09/01/2001 e do art 144 § I do CTN, a seguinte movimentação financeira:

(...)

3. Entretanto, a receita declarada na DIPJ/2003 foi de R\$ 114.494,00, não havendo, até a presente data, registro de DIPJ para os anos de 2004 e 2005.

4. Desse modo, o contribuinte em epígrafe deverá apresentar os seguintes documentos, informações e esclarecimentos, atinentes à movimentação financeira mencionada:

a) os extratos bancários que deram origem a movimentação financeira acima;

b) comprovar, por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados nas referidas contas bancárias."

Ao termo acima aludido, que formalizou o início da ação fiscal, se sucederam as intimações de fls 06/07 e 08/09, ambas datados de 31/07/2007, dirigidas aos sócios Daniel Miguel Apolinário e Luis Cláudio Ferreira Lima. Tais intimações repetiram o teor do documento que deu início A fiscalização, solicitando, ainda, que as pessoas físicas destinatárias comparecessem A Delegacia da Receita Federal em Vitória.

Os sócios em questão compareceram ao local designado, sendo o depoimento de ambos levado a termo juntado As fls 11/14 e 16/19.

Não havendo sido atendidas, pela pessoa jurídica auditada e pelas pessoas físicas dos sócios, as intimações que solicitam a apresentação dos extratos bancários, foram acionadas as respectivas instituições financeiras (fls 28/37) para o fornecimento dos seguintes documentos, pertinentes A correntista Monte Verde: Documentos de abertura de conta, extratos, cópias de procuração e outros.

Relativamente A movimentação financeira do ano de 2003, que é objeto do presente, foram apresentados pela Sicoob os documentos de fls 126 a 219 e 225 a 322, dentre eles, extratos bancários. Os dados relativos A movimentação financeira foram consolidados, pela autoridade administrativa, no quadro conclusivo de fls 329, que faz referência aos valores movimentados nas contas 10482-5 e 10386-1, ambos da agência 3010-4, Banco Sicoob.

Faz constar a autoridade lançadora, As fls 629/630, que os depósitos constantes dos extratos bancários apresentados pela Instituição Financeira Sicoob teriam sido depurados pela identificação dos créditos representativos de receitas, pelo expurgo de transferências bancárias, empréstimos, cheques devolvidos, etc. O valor assim apurado, (R\$ 15.828.500,95), conforme tabela de fls 329 e 629, serviu de base de cálculo da autuação após a dedução das receitas correspondentes aos tributos declarados e/ou pagos.

Apurada a matéria tributável, nos termos acima descritos, e efetivamente lavrado o auto de infração, a pessoa jurídica auditada, bem como as pessoas físicas arroladas como responsáveis solidárias, foram cientificadas do mesmo.

2.2 Da ausência de intimação para a comprovação da origem dos depósitos tributados

Do procedimento acima descrito depreende-se que faltou requisito considerado indispensável para a aplicação da presunção legal da omissão de receitas que baseou o arbitramento em foco, qual seja: prévia intimação, da qual conste discriminação individualizada dos depósitos, solicitando a comprovação da origem dos mesmos.

O art 42 da Lei 9430/1996, que fundamentou a exação em análise, assim dispõe:

Art 42 - Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Do dispositivo legal acima referido depreende-se que a presunção de que tenha ocorrido o fato gerador do imposto sobre a renda não se dá pela mera constatação de créditos em conta corrente do contribuinte. Ao contrário, a autorização legal para que se verifique a presunção se restringe às hipóteses em que a pessoa auditada, regularmente intimada, não esclareça a origem dos depósitos que constem de seus extratos bancários.

Sem a intimação prevista em lei, impossibilita-se a presunção e, em consequência, resulta que o fisco não logra êxito na tarefa de se desincumbir do ônus, que é seu, de provar que os fatos econômicos que apontou como tributáveis (créditos bancários) realmente correspondem a fatos geradores do imposto sobre a renda.

E a intimação não pode ser qualquer. Conforme § 3º do dispositivo legal em foco e jurisprudência dominante, da mesma deve constar listagem individualizada dos depósitos auditados, esclarecendo a que conta, agência, período e instituição financeira pertencem. Afasto, portanto, para fins de considerar

atendidos os procedimentos hábeis a possibilitar a prova indireta, via presunção, da ocorrência do fato gerador, o termo de fls 3A.

A vista de todo o exposto, concluo pela improcedência do auto de infração principal, relativo ao IRPJ, bem como dos demais que dele resultaram.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso de Ofício guarda todos requisitos formais, por isso o conheço.

O caso ora analisado é de fato a utilização de laranjas nas operações que envolveram as atividades de compra e venda de café, sendo a sonegação fiscal arquitetada pelo por terceiros, como o Sr. Nicolau Resstel e Renata Resstel, que em conjunto com outros eram de fato os donos da empresa Monte Verde Mercantil Ltda., possuindo esses terceiros procurações dos sócios de direito (ora laranjas), para praticar seus atos comerciais, financeiros etc., como bem narrado no presente relatório.

Isso se constata dos depoimentos dos sócios de direito da empresa Monte Verde, bem como da análise que se faz das Declarações de Imposto de Renda das pessoas físicas dos respectivos sócios no papel, que segundo as informações financeiras trazidas nas declarações são carentes de recursos financeiros até para ocuparem a posição de sócios e movimentarem tamanhos valores em contas bancárias.

Apenas quatro procuradores apresentaram impugnações (Christian Silva Rupf, Eunice Maria Santanna Stockl, Maria Lucinda Modolo Mayer e José Augusto Mayer), sendo imputada responsabilidade solidária pelos débitos contra os mesmos, nos termos dos artigos 124 e 135 do CTN.

Os demais citados no relatório fiscal não apresentaram defesa administrativa.

A primeira questão a ser analisada é quanto à aceitação ou não das impugnações administrativas, visto que os impugnantes foram inseridos nos autos de infração como responsáveis solidários pelos débitos.

Entendo que não merece reparos a decisão recorrida nesse aspecto, concordando em todos os sentidos com a referida citação:

Diante do exposto, a conclusão é a de que, uma vez cientificados da imputação de co-responsabilidade tributária, nasce para os imputados o direito de ver suas alegações de defesa apreciadas em todas as instâncias administrativas.

Da mesma forma que a decisão recorrida, entendo que a matéria a ser enfrentada nesse Recurso de Ofício envolve não só a questão do exercício ou não do mandato para fins de responsabilidade fiscal, como também a matéria de fundo dos lançamentos, considerando a enfrentamento indireto da questão das movimentações financeiras.

Quanto à matéria da solidariedade, entendo que a decisão recorrida não merece reparos, visto que falta nos autos a prova pela fiscalização das respectivas movimentações financeiras pelos impugnantes, a despeito do Sr. Christian (contador da Monte Verde à época) ter apontado em seu contrato de prestação de serviços que era responsável pelo recolhimento de tributos, ser contador da empresa etc; da Sra. Eunice ter recebido procurações para realizar serviços bancários, visto que necessitada desta procuração para endossar cheques em nome da empresa Monte Verde; da Sra. Maria e o Sr. José Augusto tenham realizado a busca de cheques no Palácio do Café e na Cafenorte para o Sr. Nicolau Resstel, sendo outorgado para tanto procurações.

Portanto, aparentemente os impugnantes serviram de cobaias aos mentores intelectuais da sonegação fiscal, sendo usados para serviços que não se prestam a enquadrá-los como responsáveis solidários pelos Autos de Infração, pois os mesmos, segundo aquilo que ficou provado nos autos, não realizaram de fato movimentações financeiras, a despeito de confessarem terem recebidos mandato para tanto.

A exigência de tais provas aos impugnantes seria ilegítima, pois estaríamos diante da exigência de prova negativa, que se não realizada seria de impossível produção no mundo da linguagem jurídica.

Quanto ao mérito, vislumbro nos autos a inexistência de elemento indispensável a utilização de extratos bancários utilizados no arbitramento do lucro, a intimação prévia dos responsáveis e da empresa, da qual conste discriminação individualizada dos depósitos, solicitando a comprovação da origem dos mesmos.

O art 42 da Lei 9.430/1996, aponta a exigência da intimação prévia do contribuinte ou responsável para comprovar a origem dos recursos movimentados financeiramente:

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.

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

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

A despeito da fiscalização intimar os impugnantes e exigir a apresentação extratos bancários concernentes às contas bancárias que deram origem à movimentação financeira, não houve intimação dos mesmos para esclarecer de forma detalhada as referidas movimentações, a despeito da existência dos extratos nos autos.

Nas intimações feitas aos impugnantes há menção apenas dos valores totais das movimentações nos anos de 2003, 2004 e 2005.

Daí a existência de vício que macula os lançamentos fiscais.

Nesse sentido, entendo como correta as transcrições do voto da DRJ quanto à improcedência dos lançamentos, contudo entendo que tal improcedência se dá pela nulidade quanto à inexistência de requisito essencial, a prévia intimação do contribuinte e dos responsáveis para esclarecer sobre a origem dos depósitos.

E a intimação não pode ser qualquer. Conforme § 3º do dispositivo legal em foco e jurisprudência dominante, da mesma deve constar listagem individualizada dos depósitos auditados, esclarecendo a que conta, agência, período e instituição financeira pertencem. Afasto, portanto, para fins de considerar atendidos os procedimentos hábeis a possibilitar a prova indireta, via presunção, da ocorrência do fato gerador, o termo de fls 3A.

Não que tal procedimento iria modificar em alguma coisa o resultado das defesas apresentadas, pois todos os impugnantes vão pela retórica de que tais movimentações eram realizadas pelos donos da empresa, mas esse vício interfere na legalidade dos lançamentos, em razão da exigência do artigo 42, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso de Ofício e no mérito NEGOLHE provimento, reconhecendo a nulidade dos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS descritos no presente processo administrativo.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator