



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

Processo nº 16004.000146/2009-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-003.292 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de dezembro de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente TRANSPORTADORA SULERA LTDA. E JOSÉ ROBERTO DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

PROCESSUAL - NULIDADES - ART. 59, I E II DO DECRETO 70.235

Somente se observa nulidade no processo tributário administrativo se identificadas as hipóteses de incompetência do Servidor ou do órgão judicante ou, ainda, se demonstrada a violação ao primado da ampla defesa.

PROCESSUAL - PRECLUSÃO - ART. 17 DO DECRETO 70.235 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA FIXADA COM ESPEQUE NO ART. 124, I, MAS REFUTADA PELO RECORRENTE SOBRE OUTRO FUNDAMENTO

Imposta a responsabilidade solidária com espeque nos preceitos do art. 124, I, do CTN e o contribuinte, equivocadamente, se insurge para refutar tal imposição como se calcada no preceptivo do art. 135, III, opera-se quanto a matéria a preclusão contemplada no art. 17 do Decreto 70.235/72, transitando livremente em julgado.

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - MULTA QUALIFICADA

Cabe ao contribuinte a prova da origem dos depósitos constatados em suas contas bancárias. Caso não apresente comprovação da origem, presume-se que tais valores correspondem a receita omitida, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Procede a aplicação de , multa qualificada quando ficar comprovada a ocorrência de infração dolosa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, em negar provimento aos recursos voluntários do contribuinte e de responsável solidário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado, Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Este processo detém dois objetos que, não obstante processualmente autônomos, mantêm entre si estreita relação de pertinência.

No caso, a recorrente, contribuinte autuado, teria sido excluído do Simples Federal por meio do Ato Declaratório de nº 36/2009 (e-fl. 166) calcado, por sua vez, no Despacho Decisório de e-fls. 164/165 e na representação constante de e-fl. 2 a 6. De tais documentos, extrai-se que a empresa teria sido autuada por omissão de receitas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada no ano de 2005 (cujas exigências foram formalizadas nos autos do PA de nº 16004.000130/2009-99).

A justificativa para a exclusão da empresa do regime simplificado de recolhimento de tributos e contribuições previsto pela Lei 9.317/96 estaria fundada na constatação de que o contribuinte teria insistido na prática infracionária anteriormente noticiada também nos anos-calendários de 2006 e 2007, tipificando a reincidência preconizada pelo art. 14, V, da aludida norma.

A exclusão, diga-se, teve seus efeitos fixados para 1/01/2006.

Como consequência do procedimento acima, foi promovida, também, ação fiscal para esclarecer possíveis irregularidades de igual natureza àquelas tratadas no PA de nº 16004.000130/2009-99, desta feita, contudo, para se apurar os competentes tributos devidos no regime ordinário de tributação. E, pelo que relata a Autoridade Fiscal no TCF de e-fls. 640/650, não obstante ter sido regularmente intimada para comprovar a origem de depósitos bancários identificados também nos anos de 2006 e 2007, e par de sucessivos pedidos de prorrogação, o recorrente nada provou, disse ou demonstrou.

A D. Auditoria ainda tomou o necessário cuidado de intimar a empresa a apresentar DIPJs relativas aos anos-calendários em exame a fim de se apurar os tributos concernentes ao período investigado conforme o regime legal pertinente (lucro real); mais uma vez o recorrente permaneceu inerte, pelo que, a Autoridade Lançadora terminou por arbitrar o lucro para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

A mingua de provas e outros documentos, hábeis à comprovação da origem dos citados depósitos bancários, foi lavrado auto de infração para exigir o IRPJ e CSLL (calculados, como já dito, segundo lucro arbitrado), bem como créditos tributários afeitos à contribuição para o PIS e à COFINS. E, tendo em conta a prática reiterada e a disparidade entre os valores encontrados em contas bancárias e as informações extraídas das Declarações do Simples, a D. Auditoria Fiscal houve por bem qualificar a multa de ofício, na forma do art. 44, II, da Lei 9.430/96.

A guisa de nota, cumpre destacar que a empresa ora recorrente foi objeto desta ação fiscal por conta de investigação realizada pelo Ministério Público Federal que tinha por alvo grupo econômico controlado pelo Sr. José Roberto de Souza sendo que, a partir das descrições verificadas no TCF, os próprios depósitos realizados em conta de titularidade da autuada teria origem nas práticas ilícitas realizadas pelo Sr. José Roberto de Souza e pelas demais empresa do aludido grupo; em vista disso, a Fiscalização apontou o Sr. José Roberto como real beneficiário dos preditos depósitos, tendo lavrado contra ele termo de sujeição passiva (e-fls. 638/639), impondo-lhe a responsabilidade solidária pela satisfação dos créditos tratados neste feito, com espeque, **exclusivamente**, nos preceitos do art. 124, I, do CTN.

O contribuinte, num primeiro momento, opôs manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório de nº 36/2009. Num segundo momento, a empresa e o solidário ofereceram impugnações administrativas virtualmente idênticas contra o auto de infração acima mencionado, sustentando, em apertadíssima síntese:

a) a necessidade de sobrestamento deste processo até o julgamento do PA de nº 16004.000130/2009-99;

b) que seriam verificáveis duas nulidades no auto de infração, sendo elas:

b.1) a ocorrência de *bis in idem*, verificado a partir da alegação de que a autoridade fiscal teria promovido o somatório das receitas omitidas com aquelas previamente declaradas pela empresa por meio de sua Declaração destinada ao Simples;

b.2) a falta de clareza dos motivos da autuação - objetivamente, afirma que autoridade fiscal não teria demonstrado a partir de quais contas contábeis ou documentos teria concluído que as receitas pretensamente omitidas decorreriam da atividade de transporte, objeto social da recorrente.

c) Quanto ao mérito:

c.1) a impossibilidade de se utilizar de presunção concernente à omissão apurada para constituir o crédito ora polemizado, discutindo, ainda, a necessidade de prova do consumo da renda para justificar a imposição fiscal;

c.2) o descabimento do arbitramento intentado dado incorrentes os pressupostos para seu emprego no caso em testilha;

c.3) a inexistência de prova da prática de fraude, conluio ou sonegação fiscal, alegando, neste particular, que a simples identificação de depósitos de origem não demonstrada não justificaria a qualificação da penalidade.

O devedor solidário, além de, como já dito, reprisar os argumentos acima, insurge-se contra a sua responsabilização **alegando não haver provas da prática de ato ilícito necessário à tipificação das hipóteses tratadas pelos artigos 135, III, e 137 do CTN.**

Instada a se pronunciar sobre o feito, a DRJ de Ribeirão preto houve por bem julgar improcedentes a manifestação de inconformidade relativa ao ADE de nº 36/2009 e as impugnações opostas, conforme se depreende da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - MULTA QUALIFICADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Cabe ao contribuinte a prova da origem dos depósitos constatados em suas contas bancárias. Caso não apresente comprovação da origem, presume-se que tais valores correspondem a receita omitida, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Procede a aplicação de , multa qualificada quando ficar comprovada a ocorrência de infração dolosa. E cabível a atribuição de responsabilidade solidária pelo crédito tributário lançado àquele que tiver interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007

AUTO REFLEXO

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca do recurso interposto quanto a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 31/07/2007, 30/09/2007

AUTO REFLEXO

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca do recurso interposto quanto este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 31/07/2007, 30/09/2007

AUTO REFLEXO

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca do recurso interposto quanto a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo.

O contribuinte foi intimado do resultado do julgamento acima em 09/12/2011 (AR de e-fl. 867). Não há, nos autos, notícias ou provas da intimação do devedor solidário. Nada obstante, tanto a empresa como o devedor solidário apresentaram, em 10/01/2012, os seus recursos voluntários, por meio dos quais reprisaram, *ipsis literis*, as razões de suas impugnações.

Inicialmente, este feito foi distribuído à 3ª Turma Especial da 1ª Seção que, por meio da Resolução de nº 1803.000.101, decidiu remeter os autos à Unidade de Origem a fim de aguardar o julgamento definitivo do PA de nº 16004.000130/2009-99, dada a sua prejudicialidade quanto, especificamente, aos efeitos do ADE 36/2009.

Conforme se extrai dos documentos acostados à e-fls. 1001 a 1038, o PA de nº 16004.000130/2009-99 foi, efetivamente, julgado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, mantendo-se parcialmente a exigência lá estampada. No caso, determinou-se apenas o cotejo do valor omitido, das importâncias declaradas pela empresa ao Simples Federal através da Declaração apresentada no exercício de 2006.

Os autos, então, retornaram a este Conselho para análise e julgamento.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Antes de manifestar sobre os requisitos de admissibilidade dos apelos, cumpre apenas anotar que, de fato, o devedor solidário **não foi intimado do resultado do julgamento realizado pela DRJ.**

Nada obstante, diga-se, o Sr. José Roberto de Souza espontaneamente apresentou seu recurso voluntário, suprimindo, neste particular, a possível nulidade anteriormente noticiada, a teor dos preceitos do art. 239, § 1º do CPC, aplicável, subsidiariamente ao processo administrativo tributário por força das disposições expressas do art. 15 do mesmo diploma processual.

Neste passo, e feito o esclarecimento acima, considero tempestivos os recursos e preenchidos os demais requisitos de cabimento, razão pela qual deles tomo conhecimento.

I - Do problema afeito à exclusão do SIMPLES

Permissa venia, mas errou a 3ª Turma Especial ao determinar o retorno dos autos à Unidade de Origem e o sobrestamento deste feito até o julgamento do PA de nº 16004.000130/2009-99.

Como se extrai das peças processuais, mormente dos recursos manejados, os insurgentes **não impugnaram o acórdão da DRJ em relação à manutenção de sua exclusão do SIMPLES**. Nem mesmo dos pedidos deduzidos em seus apelos se verifica quaisquer pretensões concernentes ao cancelamento ou reforma do ADE de sorte que, pelas disposições do art. 17 do Decreto 70.235, a parte dispositiva da decisão recorrida relativa à exclusão da empresa do Simples transitou, livremente, em julgado.

Neste diapasão, frise-se, e com o devido respeito, tem-se por totalmente descabida a decisão proferida por aquela Turma Especial.

Nada obstante, a ainda que superada a questão acima, é fato que por meio do acórdão de nº 1301-002.979, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, manteve, quase integralmente, o lançamento realizado nos autos do PA de nº 16004.000130/2009-99, reconhecendo, inclusive, a prática infracionária consubstanciada na manutenção, à margem da escrita contábil e fiscal, de depósitos bancários, tipificando, pois, para além de dúvidas razoáveis, a reiteração preconizada pelo art. 14, V, da Lei 9.713. Ou seja, independentemente da preclusão acima noticiada, é fato que não merece qualquer reparo o ADE de nº 36/2009.

II - Nulidades.

II.1 Alegado *bis in idem*.

Sem me manifestar, de imediato, sobre a correção, ou não, das alegações do contribuinte e do solidário, deduzidas como preliminar de nulidade, vale destacar que se houve, de fato, cobrança em duplicidade das exações, pela não exclusão das parcelas de receitas porventura declaradas pela empresa ao Simples Federal, estar-se-ia diante questão de mérito, cuja procedência não importa em anulação do auto de infração.

Neste passo, afasto esta preliminar.

II.2 - Da pretensa falta de clareza do auto de infração.

Me permitam, aqui, reproduzir o seguinte trecho do recurso voluntário do contribuinte, que bem resume as razões de ser da preliminar ora aventada:

Denota-se, do quanto dito acima, que o fisco constatou que a movimentação contida nos extratos **não se refere à faturamento** da empresa Transportadora Sulera Ltda., mas de movimentação de valores (fluxo de ida e de volta) em direção às empresas Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda., De Souza e Lima Ltda., Frigorífico Ouroeste Ltda., SP Guarulhos Distribuidora de Carnes e Derivados, não precisando, no relato, **com a descrição necessária**, quais valores vieram de cada empresa e quais voltaram para cada empresa, eis que, em assim o sendo, a entrada desse numerário por remessa daquelas empresas e o seu retorno não representam faturamento, **mas mera circulação de valores econômicos** (assim reconhecido pela própria Autoridade Fiscal, quando aduz ser a transportadora um elo do grupo econômico) (grifos no original).

Vale lembrar que as nulidades no âmbito do Processo Tributário Administrativo Federal estão prescritas no art. 59, II, do Decreto 70.235 e, objetivamente, se concretizam apenas quando verificada a incompetência da autoridade administrativa ou julgadora ou, de outro turno, se constatada a violação à ampla defesa.

No caso, é de se asseverar que estamos diante de hipótese de *presunção legal* de omissão de receitas por conta da manutenção de contas e depósitos à margem da escrituração contábil e fiscal em que, atestado núcleo típico da norma de regência, *in casu*, o art. 42, *caput*, da Lei 9.430/96, inverte-se o ônus probatório e se impõe, ao contribuinte, o mister de comprovar os motivos pelos quais os valores que transitaram por suas contas bancárias não seriam passíveis de tributação.

Em outras palavras, o trabalho fiscal se limita à identificação da ocorrência do predito núcleo típico; a partir daí, cabe ao contribuinte trazer provas de que não incorrera em qualquer omissão. Neste sentido, confira-se:

*OMISSÃO DE RECEITAS - ART. 42 DA LEI 9.430 -
PRESUNÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA*

Constatados depósitos bancários de origem nebulosa, não escriturados contabilmente, opera-se a presunção encartada no art. 41 da Lei 9.430, cabendo ao contribuinte, e não à fiscalização, ilidir tal presunção mediante prova hábil e idônea (Acórdão de nº 1302-002.805, julgado em 17 de maio de 2018).

Isto é, as interjeições trazidas neste preliminar são, a toda monta, descabidas... com efeito, cabe ao contribuinte, e não à Fiscalização, demonstrar ou apontar, no caso concreto, "quais valores vieram de cada empresa e quais voltaram para cada empresa" para, assim, comprovar que "*a entrada desse numerário por remessa daquelas empresas e o seu retorno não representam faturamento, mas mera circulação de valores econômicos*".

Em linhas gerais, além de tangenciar, em verdade, o mérito da demanda, e, nesta esteira, não se verificar qualquer mácula à ampla defesa do contribuinte (não há, pois, nulidade), o fato é que a autuação se pautou pelos estritos do art. 42 da Lei 9.430; as informações que o recorrente diz faltar do TCF, são, em verdade, informações cuja demonstração recai sobre seus ombros.

Afasto, destarte, também esta preliminar.

III - Mérito

III.1 - Quanto ao alegado *bis in idem*

Em julgados passados já me perfilhei ao entendimento de que eventuais valores apurados como omissão de receitas não poderiam ser somados às receitas efetiva e concretamente declaradas pelo contribuinte ao Fisco Federal. Este, aliás, foi o entendimento adotado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, quando do julgamento, já noticiado, do PA de nº 16004.000130/2009-99, que determinou, justamente, o abatimento dos valores autuados quanto ao ano de 2005, daqueles declarados pelo contribuinte ao Simples Federal.

Venia concessa, e, passando ao largo do que este relator tenha decidido em outros processos (se houver alguma incoerência, antecipo, desde logo, minhas sinceras desculpas), mas não posso, neste feito, assumir a mesma posição. Vejam bem, a empresa autuada **nunca se manifestou em relação a todas as intimações que lhes foram encaminhadas**. Não trouxe um único documento para ilidir a presunção tratada no art. 42 da Lei 9.430 de sorte que não me é dado afirmar que, dos valores constatados nas contas bancárias, um, ou alguns, provenham das atividades que geraram as declarações destinadas ao Simples.

Entendo, particularmente, que ao somar as receitas declaradas com aquelas apuradas nas contas bancárias, a Fiscalização adotou procedimento absolutamente correto, até porque, lembrem-se, para o ano de 2006, o contribuinte já não poderia se socorrer do regime tratado pela Lei 9.713 (e, não obstante, assim o fez). Os recorrentes poderiam, aqui, quando muito, postular a "compensação" entre os valores pagos ao Simples com o crédito aqui apurado; todavia, não só não requereram tal compensação **como não produziram qualquer prova de que tenham, porventura, efetuado qualquer recolhimento ao Simples Federal.**

O somatório das receitas declaradas e omitidas é medida que se impõe, sem se caracterizar, neste caso, o alegado *bis in idem*.

III.2 - Quanto a infração, arbitramento e qualificação da multa.

Tanto em relação aos argumentos atinentes à infração em si, como quanto à multa qualificada aplicada, o contribuinte e o solidário reprisam cada vírgula da impugnação administrativa.

Vale repetir que a empresa autuada não atendeu nenhuma das intimações que lhes foram encaminhadas para comprovar a origem dos depósitos, nem tampouco para apresentar as DIPJs para os anos-calendários 2006/2007 a fim de que fosse apurado o lucro real. Assim, tem-se por assente, no caso, a não desincumbência dos insurgentes do ônus descrito no, por vezes citado, art. 42 da Lei 9.430/96.

As alegações de que se tratariam de "mero fluxo de recursos entre empresas componentes de um mesmo grupo econômico" não passam de meros subterfúgios procrastinatórios, já que, desacompanhadas das necessárias provas, os motivos do trânsito destes numerários nas contas da autuada continuam nebulosos.

Quanto as críticas realizadas pelos recorrente em relação à presunção adotada pela Fiscalização, vale lembrar que esta decorre de Lei! E, se a lei merece reprimendas, ou se suas disposições poderiam conflitar *em tese* com normas, princípios, garantias ou direitos constitucionais, não nos cabe, nesta seara, nos posicionar (até por vedação regimental explícita - art. 62 do RICARF). Insista-se, tipificada a hipótese do art. 42 da Lei 9.430, impõe-se ao contribuinte provar os fatos que ilidiriam a presunção *iures tantum* ali preconizada.

E, considerando a análise exaustiva intentada pelo acórdão recorrido, com a qual concordo, bem como a ausência de quaisquer argumentos ou documentos novos nos apelos voluntários, valho-me dos preceitos do art. 57, § 3º, do RICARF, para reproduzir e adotar como razões de decidir, os seguintes termos do voto condutor daquele julgado (tomados a partir da página 10 do citado aresto), em relação, vale dizer, apenas, à infração em si, ao arbitramento e à qualificação da multa:

No caso de que trata os autos, foi aplicada a presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei 9.430/96, nos seguintes termos:

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.

Intimado a comprovar a origem dos recursos que ingressaram em suas contas bancárias, o contribuinte limitou-se a pleitear sucessivas prorrogações de prazos e

nada de concreto apresentou. Sequer em seu recurso foram apresentadas provas. Tendo em vista a ausência de comprovação da origem dos créditos em conta bancária, concluiu-se que houve omissão de receitas.

O impugnante se insurge contra a utilização de presunções no Direito Tributário e, especialmente, contra a presunção de omissão de receitas baseada na constatação de depósitos bancários de origem não comprovada. A propósito de sua inconformidade contra o art. 42 da Lei 9.430/96, cabe esclarecer que a autoridade administrativa não dispõe de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade e/ou invalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O Órgão Administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

É inócuo, então, suscitar tais alegações na esfera administrativa. Em verdade, a autoridade encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de ultrapassar tais limites para examinar questões outras como as suscitadas na contestação em exame, uma vez que As autoridades tributárias cabe simplesmente cumprir a lei e obrigar seu cumprimento. Por oportuno, assinale-se que tal é a determinação do art. 26-A do Decreto 70.235/1972, incluído pelo art. 25 da Lei 11.941/2009:

Art. 25. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade."

Destarte, não procedem as alegações.

O contribuinte afirma que ha créditos decorrentes de empréstimos e de cheques devolvidos, bem como provenientes de fluxo entre empresas, empresas essas sobre as quais não tem ingerência, de modo que não pode dispor da contabilidade delas para produzir as provas necessárias.

Não apresenta qualquer prova de que há depósitos cuja origem são empréstimos e cheques devolvidos. Quanto aos valores que são provenientes de outras empresas do mesmo grupo econômico, reitere-se que cabe ao contribuinte a prova da origem dos depósitos bancários, prova esta que não foi apresentada em nenhum momento. Finalmente, a prova da origem dos depósitos não deve ser buscada na contabilidade de terceiros. Cabe ao contribuinte a prova da causa do ingresso de recursos em suas contas bancárias.

O contribuinte também alega que contraia empréstimos junto à instituição financeira na qual mantinha conta e repassava os recursos ao FRIGORÍFICO OUROESTE LIDA, que, posteriormente, os devolvia para pagamento da dívida. Afirma que operações como essa eram praticadas entre todas as empresas referidas. Sustenta que a RFB tributou como receitas omitidas estes recursos quando ingressavam na conta da empresa que os recebeu e, posteriormente, também os

tributou junto a contratante do empréstimo bancário quando a receptora devolvia os recursos para pagamento do empréstimo contraído. Conclui que tais valores não representam faturamento, de modo que é descabida sua tributação.

Estas alegações não vieram acompanhadas de provas. Não demonstrou o contribuinte que contraiu empréstimos junto à instituição financeira na qual mantém conta-corrente e tampouco que celebrou contrato de empréstimo junto as outras empresas integrantes do grupo econômico. Reitere-se que houve reiteradas intimações para que fosse comprovada a origem dos depósitos bancários, mas nada foi apresentado pelo contribuinte. Portanto, não há como acolher alegações desacompanhadas de provas.

Alega o impugnante que o arbitramento a partir de extratos bancários somente pode ser realizado quando motivado na legislação de regência. Afirma que, na situação de que trata o presente processo administrativo, não houve motivação para o arbitramento, exigindo a lei a constatação de vícios ou omissões na escrituração capazes de comprometê-la. Conclui que o arbitramento do lucro somente pode ser utilizado em situações extremas.

A fl. 633 dos autos, a autoridade autuante fundamenta o arbitramento no art. 530, I, do Decreto nº 3.000/1999 (RIR). Nos termos desta regra, o imposto é determinado com base no lucro arbitrado quando o contribuinte não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal.

O contribuinte foi intimado a apresentar DIPJs relativas aos anos-calendário de 2006 e 2007, além de outras declarações aplicáveis, e também a apresentar livros comerciais e fiscais do período. Não atendeu a solicitação, a despeito de haver sido reintimado.

Ademais, nos Livros Caixa apresentados não consta a escrituração da movimentação bancária. Em virtude da falta de apresentação dos elementos solicitados, não restou outra alternativa sendo o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, correspondente à soma das receitas declaradas com as receitas omitidas apuradas a partir dos depósitos bancários de origem não comprovada.

O contribuinte aduz que a multa de 150% é descabida, pois não houve fraude, conluio ou falsificação de documentos. Alega que, se irregularidade existe quanto as operações da CONTINENTAL OUROESTE LTDA, esta já foi penalizada por isso. Argumenta que fraude não se presume, sendo incompatível a aplicação de multa de 150% quando o tributo foi lançado com base em presunção. Assevera que a aplicação da multa de 150% exige a comprovação de que o sujeito passivo agiu com uma intenção pré-determinada e dirigida no sentido de obter determinado resultado contrário à ordem jurídica e que o intuito de fraude deve ser evidente.

O impugnante se insurge contra a aplicação de multa qualificada quando o crédito tributário lançado foi apurado com base em presunção legal, especialmente com base na presunção de omissão de receitas decorrente da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada. A propósito desta objeção, deve-se esclarecer, de início, que são reiteradas as decisões do Conselho de Contribuintes no sentido de que a prática reiterada é suficiente para caracterizar o evidente intuito de fraude (...).

Uma vez fixado o entendimento de que a omissão reiterada de receitas é causa para a aplicação da multa qualificada de 150%, por restar demonstrado o evidente intuito de fraude, é possível apreciar a objeção aduzida pelo impugnante.

Afirma o impugnante que, nos casos em que o crédito tributário é apurado por meio da aplicação de presunção legal relativa, não há comprovação de evidente intuito de fraude. Esta singela afirmação tem como premissa o equivocado entendimento de que ao aplicar uma presunção legal relativa o julgador não atingiu o convencimento necessário afirmação do fato que é afirmado por meio da aplicação da presunção. Em outras palavras, o impugnante pressupõe que o convencimento sobre a efetiva omissão de receitas não foi atingido, razão pela qual teve o julgador de valer-se da presunção legal de omissão de receitas.

(...)

Conforme já mencionado, os créditos tributários foram lançados com base na presunção de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei 9.430/96, em razão da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada. Foi aplicada multa de 150% sobre os créditos tributários apurados, tendo em vista a existência de evidente intuito de fraude.

A intenção de fraudar restou demonstrada por diversos elementos. O Sr. Odécio Carlos Bazeia de Souza afirmou que jamais teve qualquer participação em eventuais operações efetuadas pela SULERA, a despeito de constar como sócio-administrador da empresa. Asseverou, ainda, que jamais recebeu qualquer benefício da empresa e que acreditar que esta estaria "sem movimento". O Sr. José Roberto de Souza confirmou que o Sr. Odécio não teve qualquer participação na administração da SULERA Ressalte-se que estranhamente o endereço cadastral da empresa é o mesmo da residência do Sr. Odécio.

O contribuinte não escriturou sua movimentação bancária, a despeito dos vultosos valores envolvidos, muito superiores às receitas declaradas.

Além disso, constatou-se que o proveito econômico das omissões perpetradas foi revertido ao grupo que comanda o FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA, entre eles o Sr. José Roberto de Souza. Todos os fatos acima descritos corroboram a conclusão a que se chega pela aplicação da presunção prevista no art. 42 da Lei 9.430/96. Note-se esta presunção tem em sua base uma regra de experiência altamente verossímil no sentido de que depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte têm por origem as receitas decorrentes do exercício das atividades por ele desenvolvidas. Este não é um simples dado imposto pela lei, mas uma regra de experiência colhida pelo legislador. O fato de que o legislador, com base nesta regra de experiência, fixou uma regra prescrevendo uma presunção de omissão de receitas não exclui que a autoridade responsável pela aplicação da presunção possa atingir o convencimento de que efetivamente houve omissão de receitas com base na simples regra de experiência (independentemente de sua previsão em lei). Ao lado disso, outros elementos de prova já mencionados foram coletados para demonstrar que os recursos movimentados nas contas bancárias decorrem efetivamente de receitas auferidas em razão do exercício das atividades pelo contribuinte.

Todos estes elementos somados, e conjugados com o entendimento já fixado anteriormente no sentido de que a omissão reiterada de receitas caracteriza evidente intuito de fraude, conduzem à conclusão segura de que é cabível a aplicação da multa qualificada de 150% na hipótese de que trata os autos. De resto, a própria jurisprudência do Conselho de Contribuintes admite a convivência entre o

lançamento fundado em depósitos bancários de origem não comprovada e a multa qualificada (...).

Para além de dúvidas razoáveis, a infração foi corretamente apurada e quantificada (como bem posto pela DRJ, não havia quaisquer subsídios dados à Fiscalização para apurar o IR e CSLL por outro regime que não o lucro arbitrado, já que o contribuinte nunca se dignou a cumprir as intimações a ele encaminhadas justamente para apresentar dados e declarações que franqueassem a apuração de seu lucro real).

Outrossim, e a despeito da DRJ não ter emitido um juízo *explicito*, é fato que descabe, também, a alegação de que seria imposto à Fiscalização comprovar que os depósitos encontrados deteriam caráter de "renda"... neste passo, vale, a invocação da Sumula 26, do CARF, perfeitamente subsumível à hipótese dos autos.

Também não há reparos nas constatações fiscais e da DRJ quanto a qualificação da multa... a soma dos fatos tratados nestes autos (interposição de pessoas, prática reiterada da infração e a disparidade absurda entre valores declarados e aqueles efetivamente apurados pela Auditoria) revelam, ainda que de forma indiciária, o intento do recorrente de sonegar tributos, concretizando de forma hialina a regra contida no art. 44, §2º, da Lei 9.430.

Nada há, aqui, que se reparar no acórdão recorrido.

IV - Da responsabilidade solidária.

Por fim, notem que, ao longo do relatório que antecede este voto, destaquei que o recorrente, responsável solidário, atacou a imputação proposta por meio do termo de responsabilização sob a alegação de que não teria havido provas sobre os fatos ilícitos que dariam azo à tipificação das hipóteses contempladas nos artigos 135, III, e 137, ambos do CTN.

Também como foi enfatizado no relatório, o TCF, e o próprio Termo de Sujeição Passiva, invocam como fundamento fático/jurídico para a responsabilização do solidário **a existência de interesse comum na situação que constituíra o fato imponível, núcleo típico, na esteira do que entende a Fiscalização, do art. 124, I, do CTN.**

Ou seja, o insurgente **não impugnou a matéria efetivamente deduzida no auto de infração.** Não questionou a existência deste "interesse comum" limitando-se em afirmar não ter provas da prática de um ato contrário à lei ou estatuto ou praticado com abuso de poder. Em linhas gerais, a imputação de responsabilidade ao recorrente transitou em julgado já quando da oposição de sua impugnação, descabendo, aqui, fazer-se qualquer análise adicional.

A vista disso, não há como se acolher a pretensão em exame.

Processo nº 16004.000146/2009-00
Acórdão n.º **1302-003.292**

S1-C3T2
Fl. 1.055

V - Conclusões.

A luz de todo o exposto, voto por afastar as preliminares invocadas e, no mérito, por negar provimento aos recursos voluntários do contribuinte e de responsável solidário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca