ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 18470.725996/2012-31

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

Processo nº	18470.725996/2012-31
Recurso nº	999.999 De Ofício
Acórdão nº	**1401-001.720 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	14 de setembro de 2016
Matéria	IRPJ/REFLEXOS
Recorrente	BRASKILL COM. DE BEBIDAS LTDA (EXPAND GROUP BRASIL S.A.), OTÁVIO PIVA ALBUQUERQUE, CPF N° 535.354.058-15 E TARCÍSIO DE CÁSSIA DAYRELL, CPF N° 046.181.498-68.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS E/OU COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Caracteriza omissão de receitas a existência de créditos bancários cuja origem não houver sido comprovada**.** Constatada que a origem dos depósitos se refere a transferências bancárias de mesma titularidade, exonera-se o lançamento

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao RECURSO DE OFÍCIO.

(assinado digitalmente)
Antonio Bezerra Neto - Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas Boas, Ricardo Marozzi Gregorio, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Júlio Lima Souza Martins, Aurora Tomazini de Carvalho, Lívia de Carli e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício contra o Acórdão nº 12-64.341 da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I-RJ.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

> O presente processo tem origem nos autos de infração de fls. 1.637/1.643, 1.644/1.651, 1.652/1.657 e 1658/1.666, lavrados pela DRF - Rio de Janeiro dos quais a interessada acima identificada foi cientificada em 10/08/2012, conforme faz prova o AR(aviso de recepção) de fls. 1.686/1.688, consubstanciando exigência do imposto sobre a renda da pessoa jurídica no valor de R$ 21.680.245,07; da contribuição para o PIS, R$ 1.403.763,87; da contribuição para o financiamento da seguridade social, R$ 6.465.821,58, e da contribuição social sobre o lucro líquido, R$ 7.813.528,22, acrescidos da multa de ofício no percentual de 225% e dos juros moratórios.
>
> 2. No pólo passivo da obrigação tributária, foram incluídos, por solidariedade, os Srs. OTÁVIO PIVA ALBUQUERQUE, CPF N° 535.354.058-15 E TARCÍSIO DE CÁSSIA DAYRELL, CPF N° 046.181.498-68, mediante lavratura de termos de sujeição passiva, fls. 1.548/1.560 com ciência em 10/08/2012, fls. 1.684/1.685 e 1.689/1/692.
>
> 3. A fiscalização levada a efeito pela Delegacia da Receita Federal do Brasil - Rio de Janeiro II, ao amparo do mandado de procedimento fiscal - MPF 07.1.90.00.2009-01770-9, apurou, em face da descrição nos autos de infração e do termo de constatação de fls. 1.667/1.683:
>
> - omissão de receita caracterizada pela não contabilização e comprovação da origem de depósitos bancários, nos valores elencados em fls. 1.641/1.642, individualizados em fls. 990/1.281. A base para o lançamento foi o art. 24 da Lei n° 9.249/95; 42 da Lei e arts 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 279, 282, 287 e 288 do RIR/99;
>
> - diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, pois o valor registrado em Dipj não havia sido confessado em DCTF. A fundamentação legal foi o art. 247 e o art. 841 do RIR/99.
>
> - com base nas omissões de receita apuradas, efetuou, também os lançamentos da contribuição para o PIS, da Cofins e CSLL.
>
> 3. Os enquadramentos legais para os lançamentos estão descritos nos respectivos autos de infração constante dos autos.
>
> 4. Descreve o autuante em seu Termo de Constatação, fls. 1.667/1.683, em síntese:
>
> 4.1. em 22/05/2009, iniciou-se a ação fiscal com a intimação para a apresentação de livros comerciais e fiscais;
>
> 4.2. o contribuinte foi intimado a apresentar seus extratos bancários, não tendo os apresentado;
>
> 4.3. por meio de RMF foram obtidos os extratos bancários. Foi feita a relação dos valores de sua movimentação bancária e, em 13/02/2012, foi entregue cópia ao contribuinte para a comprovação da origem dos créditos bancários;

4.4. em 29/03/2012, o contribuinte foi novamente intimado a comprovar a origem;

4.5. em pesquisa à Jucerja, em 12/06/2012, foi verificado que o contribuinte arquivou Ata Geral Extraordinária, transformando a sociedade Expand Group Brasil S.A em sociedade limitada. No mesmo ato, houve alteração da Razão Social e dos sócios. A empresa passou a ter o nome Braskill Com de Bebidas S.A e os sócios Catskill LLC, sociedade limitada constituída pelas leis do estado de Delaware, EUA, cujo procurador é o Sr. Tarcísio de Cássia Dayrell, o qual é o sócio da empresa fruto da transformação;

4.6. considera que está presente de uma atitude dolosa com o específico fim de afastar a possibilidade de cobrança do crédito tributário da pessoa jurídica Expand Group S.A , pois se excluiu o sócio principal e o sócio que entra tem domicílio nos EUA com tributação favorecida. A ato é praticado durante a ação fiscal e sem a informação à RFB. Assim, entende o autuante que resta claro que o contribuinte será autuado com a multa qualificada nos termos da Lei n° 9.430/1996, c/c Lei n° 4.5002/1964;

4.7. Além do exposto, verificou que o contribuinte de forma contumaz deixou de responder às intimações enquadrando-se na figura de embaraço à fiscalização nos termos do art. 33 da Lei n° 9.430/1996;

4.8. os fatos apurados tiveram o objetivo de "blindar" o ex-sócio (Otávio Piva Albuquerque), sócio quotista à época dos fatos, pois o capital é de valor expressivo e necessariamente seus bens responderiam pelo tributos devidos, bem como eximir a pessoa jurídica do pagamento dos tributos;

4.9. a fim de evitar a nulidade do procedimento, em 01/07/2012, ciência em 04/07/2012, lavrou termo de intimação à pessoa jurídica não extinta na Jucerja; em 01/07/2012, com ciência em 05/07/2012, lavrou termo de intimação dando ênfase na pessoa jurídica da pessoa jurídica não extinta na Jucerja, nas pessoas de seus ex-sócios Otávio Piva de Albuquerque e Tarcísio de Cassia Dayrell para prestar os esclarecimentos quanto aos créditos relacionados nas planilhas de todos os bancos envolvidos;

4.10. após consultas na Jucerja, e considerando por descuido do contribuinte, foi encaminhada cópia do Ato de Transformação, retida para fins processuais;

4.11. em pesquisa a meios adjacentes, considera o Sr. Otávio o mentor da transformação, pois era gestor antes e continuou após a transformação;

4.12. relaciona várias empresas com o objetivo de demonstrar que várias empresas de distribuição de vinho seriam uma só empresa e que os ilícitos tributários já relatados foram observados, também, nestas empresas, o que agrava o procedimento da expand;

4.13. quanto à multa:

- o contribuinte agiu com dolo no momento em que se omite de responder sistematicamente às intimações, condição esta agravada pela transformação da sociedade não comunicada à RFB, com a alteração do sócio em país com tributação mais favorecida;

- no ano-calendário o contribuinte valeu-se do sigilo bancário para omitir renda, visando retardar a ocorrência do fato gerador e furtar-se dos pagamentos dos tributos devidos;

- os seus atos praticados tem o intuito de embaraçar a fiscalização;

- por meio de RMF foram obtidos os extratos bancários. Foram analisados os créditos bancários e, quando possível, excluídos aqueles que seriam de mesma titularidade e aqueles que não se configurava operação de venda. Foram consolidados os créditos por mês com a exclusão das receitas declaradas;

- verificou que os valores apurados de IRPJ e CSLL na declaração foram registrados em DCTF e não foram localizados os pagamentos, assim foi feito o lançamento sem o agravamento e a qualificação da multa;

- lavrou termo de sujeição passiva, fls. 1.548/1.560, com ciência, 10/08/2012, fls. 1586/1589, no sentido de ampliar a garantia na cobrança do crédito, arrolando o Sr. Otávio Piva de Albuquerque e Tarcísio de Cassia Dayrell, que receberam cópia e ciência dos autos de infração e termo de constatação;

- em fl. 1.683, há a relação dos créditos por mês e banco, com as exclusões promovidas pelo autuante.

5. O autuante com o objetivo de fazer prova, juntou aos autos os documentos de fls. 19/2.645.

6. Inconformada com o lançamento, a empresa interessada, em 06/09/2012, apresentou as impugnações de fls. 2.310/2.361, 2.697/2.749, 2.752/2.804, 2.807/2.858 e 2.861/2.912 e arguindo, em síntese:

6.1. Em preliminar, que:

6.1.1. o auto de infração está eivado de nulidade na medida em que está fundamentado em prova ilícita, obtida de forma ilegal, diretamente das instituições financeiras os extratos bancários, o que já decidiu o STF pela inconstitucionalidade, pois é imprescindível que haja decisão judicial autorizando a obtenção das informações, que seria a de seu sigilo bancário. Como fundamento legal cita e transcreve o inciso XII do art. 5° da CF/88 , e a nulidade com base no art. 30 da Lei n° 9.784/99;

6.1.2. o art. 6° da LC n° 105/2001 é inconstitucional, não cabendo a este órgão analisar a constitucionalidade da referida lei pois o STF já decidiu, cabendo somente aplicar o referido entendimento, RE n° 389.808/PR

6.1.3 os fatos geradores destas obrigações tributárias seguem o previsto no art. 43 do CTN. Logo, tendo sido notificado dos lançamentos em 10/08/2012, os fatos geradores ocorridos até 09/08/2007 estão fulminados pela decadência em face §4° do art. 150 do CTN. Ressalta que não cabe a aplicação do art. 173 do CTN pois provará que não cometeu fraude e que pelo próprio termo de constatação pode-se presumir a existência de pagamento antecipado. Assim, estão decadentes os fatos geradores de janeiro a julho de 2007;

6.1.4 o autuante incluiu valores que não configuram receitas tais como transferência de mesma titularidade e valores de vendas canceladas. Assim, fica evidente que o autuante utilizou valores de bases de cálculo indevidos, o que evidencia que o auto de infração padece de vício insanável de nulidade, nos termos do art. 142 do CTN, pois é requisito essencial a correta identificação do tributo devido e do inciso II do art. 11 do Decreto n° 70.235/1972;

6.1.5. "para que um determinado auto de infração tenha validade e produza efeitos no mundo jurídico, deve necessariamente conter todos os elementos que lhe forem essenciais, sob pena de impossibilitar, inclusive o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório;

6.1.6. que as intimações e avisos sejam enviados para o endereço informado em fl. 2.804;

6.2. No mérito, aduziu que:

6.2.1. os valores considerados omissão de receita estão registrados nos livros contábeis da empresa, descaracterizando a omissão apurada. Em seu Razão estão registrados os valores que transitaram por suas contas correntes no total de R$ 204.583.989,44. A mera falta de recolhimento de tributo não é fato para configurar omissão de receita e, consequentemente, aplicar a multa qualificada;

6.2.2. não foram excluídos valores relativos a empréstimos, vendas canceladas, estornos e valores debitados;

6.2.3. o autuante utilizou valores diversos dos efetivamente registrados na Dacom, pois somente levou em consideração as receitas provenientes de bens e serviços, não incluídos as outras receitas;

6.2.4. a autoridade errou no cálculo do adicional, pois não excluiu a quantia de R$ 20.000,00 mensais da base de cálculo de IRPJ estabelecida no art. 228 do

Decreto n° 3.000/1999;

6.2.5. a alegada omissão de receita não foi devidamente comprovada, pois não houve por parte do autuante uma investigação para verificar os valores creditados foram contabilizados;

6.2.6. de fato foi intimada para comprovar os créditos, mas devido ao lapso temporal entre os fatos geradores e a presente data não foi possível localizar tais documentos na época da intimação, tanto que pediu concessão de prazo para localizar os documentos, que foi negado. Conclui que não se omitiu em apresentar os documentos, sempre esteve disposta a apresentá-los, razão pela qual não há que se falar em omissão de receita e muito menos dolo;

6.2.7. o único documento que não apresentou foi o extrato bancário, que amparada por decisão do STF, só é cabível com decisão judicial;

6.2.8. é impossível utilizar depósito bancário para presumir a omissão de rendimentos sem a comprovação do nexo causal entre o fato que representa a omissão e o depósito;

6.2.9. entender que o art. 42 da Lei n° 9.430/1996 inverteu o ônus da prova quanto à demonstração da efetiva ocorrência do fato gerador, o que seria um atentado à nossa CF/88 e ao CTN;

6.2.10. "na realidade, desde a vigência do RIR/80 que a pretensão fiscal de efetuar o lançamento fundado exclusivamente em depósito bancário vem sendo afastada pela doutrina e jurisprudência (vide súmula 182 do extinto TFR) e, não há qualquer motivo razoável para que este entendimento seja alterado em face da Lei n° 9.430/1996";

6.2.11. é impossível a presunção de renda por intermédio dos extratos bancários, após a edição da LC n° 105/2001, pois o autuante tem com as informações constantes dos extratos todos os meios para fazer a prova, não cabendo se falar após a LC n° 105/2001 de inversão do ônus da prova;

6.2.12. o ônus da prova é do autuante;

6.2.13. é imprescindível que se comprove que o valor não foi registrado em documento fiscal ou contábil;

6.2.14. o requerimento de concessão de mais prazo para atender há intimação demonstra sua boa-fé em colaborar com a fiscalização;

6.2.15. "falta de condição essencial para prosseguimento da representação fiscal para fins penais - Falta de comprovação da existência de crime contra a ordem tributária";

6.2.16. procedeu a alteração na Junta Comercial do RJ, bem como manteve CNPJ e endereço da Sede. Também, o seu cartão CNPJ foi devidamente alterado, o que demonstra que adotou as medidas para cientificar a alteração de sua razão social;

6.2.17. a impugnante apresentou ao autuante sua alteração contratual;

6.2.18. não há impedimento legal da participação em seu capital de empresa localizada no exterior, a Catskill é empresa domiciliada nos EUA porém está cadastrada no CNPJ e está representada no Brasil, logo não cabe a alegação de intenção de fraudar ou sonegar tributos;

6.2.19. a alegação de que o empréstimo a empresas citadas configuraria a formação de um grupo econômico, com a intenção de sonegar e blindar o Sr. Otávio, não está previsto na legislação, pois não configura o fato como crime de fraude ou sonegação. Cita o art. 170 da CF/88 e o art. 13 da Lei n° 9.779/99, que estabelece o contrário do entendimento acima;

6.2.20. o fato das pessoas jurídicas referidas terem sócio/diretores em comum não comprova a ocorrência de confusão patrimonial, muito menos sonegação, tanto que não foi provado por fato concreto tal envolvimento;

6.2.21. quanto à blindagem, não há prova de tal alegação, pelo contrário, se fosse feita pesquisa se verificaria que os bens já foram dados em garantia a outros débitos da empresa, não tendo mais o que ser blindado;

6.2.22. conforme disciplinam os arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137/90 é imprescindível a prática dolosa. O autuante apenas relatou a omissão de receita sem comprovar, o que afasta o crime;

6.2.23. o autuante indicou como responsável o Sr. Jonatan Machado pessoa estranha à impugnante e aos autos, sendo nula a representação;

6.2.24. o autuante classificou como omissão de receita valores que haviam sido declarados em Dipj mas não em DCTF. Estes valores foram informados ao fisco logo não há que se falar em omissão ou sonegação;

6.2.25. quanto à multa qualificada, não foi provado prática de ato doloso por administradores com o objetivo de suprimir tributo, os valores estão escriturados na sua contabilidade, não foi provada a prática de fraude, sonegação, simulação ou conluio;

6.2.26. deve ser mantida a redução da multa mesmo com a apresentação da impugnação pois é direito assegurado pelos incisos LIV e LV da CF/88.

7. O Sr. Tarcísio de Cássia Dayrell, apresentou a impugnação de fls. 2.433/2.466, em 06/09/2012, arguindo, em síntese:

7.1. ao lavrar os autos de infração e o termo de sujeição passiva solidária o autuante não especificou quais foram os atos praticados pelo impugnante com excesso de poder, infração à lei ou ao contrato social, tendente a reduzir o montante dos tributos devidos pela empresa autuada, como não comprovou a prática destes atos pelo impugnante. Ao contrário, os documentos acostados aos autos, como as alegações do autuante corroboram pela inexistência da prática destes atos pelo

impugnante que justifique a sua responsabilidade pelos supostos débitos tributários. O autuante limita-se a aduzir que o impugnante era diretor e por essa razão deveria ser responsabilizado. Porém não há a individualização de qual suposta fraude justificaria a solidariedade;

7.2. em face do art. 124 do CTN, faz-se necessária a devida comprovação do interesse comum entre a empresa e a impugnante, o que não restou demonstrado em momento algum;

7.3. caberia ao fisco provar que teve participação nas supostas infrações;

7.4. deve ser afastada a imputação de prática de crime contra a ordem tributária previstos nos arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137/1990, tendo em vista que não ficou comprovada a existência de qualquer conduta dolosa, muito menos a prática de crime;

7.5. "Salienta, ainda, que os autos de infração deararam a responsabilização do impugnante possuem diversas irregularidades e ilegalidades, tais como, a fundamentação baseada em prova ilícita (extratos bancários sem autorização judicial), valores extintos pela decadência, inexistência de omissão de receita e, por fim, apuração incorreta dos valores supostamente devidos pela empresa autuada, o que reforça ainda mais a necessidade de cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária atribuído ao ora impugnante";

7.6. a responsabilidade prevista no art. 124, I do CTN não se aplica ao impugnante, pois a legislação prevê duas pessoas como sujeito passivo, como ocorre no IPTU, quando há co-propriedade do imóvel, sendo que, no presente caso, a atribuição de responsabilidade se deu pelo suposto cometimento de infração à lei. Não sendo sujeito passivo do IRPJ, CSLL, PIS E COFINS sobre a receita apurada pela Braskill, o dispositivo não se aplica para fins de se justificar a sua sujeição passiva. O interesse comum de que trata o art.124 do CTN ocorre quando o contribuinte e o solidário encontram-se no mesmo pólo da relação jurídica-tributária, quando deram causa em conjunto para a ocorrência do fato gerador;

7.7. caso se entenda pela aplicação do dispositivo, caberia ao autuante provar o interesse comum. "Como se vê, não basta a tentativa do Fisco de tentar relacionar as parte, pois ainda que por absurda hipótese a fiscalização tivesse razão, ainda assim, o interesse supostamente seria meramente de fato, e não jurídico";

7.8. Também, não cabe a responsabilização do art. 135 do CTN, pois a previsão do inciso III é direta e exclusiva de terceiros, trazendo a regra da exceção, na medida em que a regra é a responsabilidade da pessoa jurídica por obrigações tributárias. Teria que estar provado o ato com excesso de poder ou infração à lei ou ao contrato, objetivando, com dolo, não recolher tributo;

7.9. o autuante responsabilizou o impugnante pelos valores não recolhidos sob o fundamento de pessoa interposta, em razão da participação em outra empresa e a blindagem patrimonial;

7.10. a alteração societária não configura crime. O ato foi arquivado na Jucerja e alterado no CNPJ;

7.11. não cabe a afirmação de blindagem do Sr. Otávio, por falta de prova e os seus bens já foram dados em garantia;

7.12. inexiste crime contra a ordem tributária, por falta de prova, devendo ser afastada a condita criminal indevidamente imputada.

7.13. há nulidade dos autos de infração pois os lançamentos foram constituídos por prova ilícita, há decadência, pois não houve omissão de receita e por haver vários erros de cálculo dos valores lançados;

7.14. a suspensão da exigibilidade dos valores lançados nos termos do art. 151, III do CTN, até que a impugnação seja analisada e julgada;

7.15. conclui, arguindo a nulidade desta solidariedade, solicitando a desconstituição do termo de sujeição passiva e a sua exclusão do proceso administrativo, contudo todos os fatos são permitidos pela legilação brasileira;

7.16. que as intimações e avisos sejam encaminhados para o endereço registrado em fl. 2.466 deste processo.

8. O Sr. Otávio Piva de Albuquerque apresentou a sua impugnação de fls. 2.541/2.574, em 06/09/2012, aduzindo os mesmos fatos e questionamentos já relatados no item anterior (item 7).

9. Consoante fls. 2.914/2.915, esta Turma de Julgamento converteu o julgamento em diligência para que, em face do questionamento da interessada, fossem excluídos, caso comprovados, créditos de mesma titularidade e valores que não representavam receitas.

10. A diligência foi realizada, fls. 3.078/3.101, com as conclusões de fls. 3.078/3.079, valores considerados comprovados, fls. 3.080/3.084 e novas demonstrativos de tributos lançados, fls. 3.085/3.094.

11. A empresa interessada e os considerados pelo autuante responsáveis solidários foram cientificados da diligência em 01/11/2013, fls. 3.102/3.105.

12. A empresa interessada, em 02/12/2013, fls. 3.109/3.121, apresentou sua defesa quanto à conclusão da diligência. Em síntese apresentou as seguintes alegações:

12.1. o autuante deixou de excluir valores, relacionando e motivando, fls. 3.111/3.119 e 3.120;

12.2. conclui que está claro que a base de cálculo considerada pelo autuante não representa a real renda auferida, sendo certo que os autos padecem de vício de nulidade ao adotar bases incorretas.

12.3. Com a petição, a empresa interessada juntou aos autos o Razão para o não-calendário de 2007, fls. 3.175/3.214.

A DRJ MANTEVE EM PARTE o lançamento, nos termos da ementa abaixo, RECORRENDO DE OFÍCIO DA PARTE CANCELADA:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. AUSÊNCIA. PROVA ILÍCITA.

Deve ser afastada a alegação de nulidade quando, em análise aos lançamentos, se observa que os mesmos estão em conformidade com o art. 10 do Decreto n° 70.235/1972, com o art. 142 do CTN e ao contribuinte foi concedida defesa e de forma plena. Também, pelo fato dos lançamentos atenderem aos requisitos legais e constitucionais para a sua constituição, baseados em provas colhidas dentro de legislação vigente à época do lançamento.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO.

Aplica-se o art. 173 do CTN para a contagem do prazo decadencial quando não há a aferição ou comprovação de pagamento como antecipação do tributo devido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

A requisição de informações às instituições financeiras está autorizada em lei, independe de autorização judicial e não caracteriza violação de sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO

ESCRITURADOS E/OU COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Caracteriza omissão de receitas a existência de créditos bancários cuja origem não houver sido comprovada.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2007

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CSLL. COFINS. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE. PROCEDÊNCIA EM PARTE.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, pois as omissões de receita apuradas neste são base de cálculo das contribuições referidas.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO PREVISTO NA NORMA APLICÁVEL.

Cabe à autoridade tributária a comprovação da sonegação, da fraude ou do conluio. Caso os ilícitos tributários não estejam perfeitamente comprovados, não há como qualificar a multa.

MULTA AGRAVADA.

O não atendimento à intimação fiscal de forma persistente e não motivada enseja o agravamento da penalidade.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

É de se excluir o administrador ou os sócios da responsabilidade solidária quando não está comprovada a infração à lei ou ao contrato, ou haja a caracterização do ato praticado com excesso de poderes. Também, faltou a demonstração da relação dos administradores ou sócios com um ilícito tributário à época do fato gerador lançado.

Nenhum dos interessados recorreram da parte mantida.

Em função do cancelamento de parte da autuação em valor superior ao limite de alçada estabelecido, a DRJ submeteu a sua decisão à revisão do CARF por meio de recurso de ofício.

É o relatório

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade, inclusive o valor exonerado pela decisão de piso supera o previsto no artigo 2º da Portaria MF nº 375/2001, alterado pela Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008 (tributos e encargos de multa superior a R$ 1.000.000,00), motivo pelo qual o recurso de ofício deve ser conhecido.

RECURSO DE OFÍCIO

DA OMISSÃO DE RECEITA

Conforme relatado, o autuante intimou a interessada, fls. 88/92, a comprovar a origem dos créditos bancários individualizados em planilhas oferecidas ao contribuinte.

Na ausência de comprovação, considerou os créditos bancários omissões de receita, com base na presunção legal do art. 42 da Lei n° 9.430/1996. Os créditos considerados não comprovados constam da fls. 990/1.281 e totalizados nas fls. 1.160.

Para o que interessa a este RO, a interessada alegou em sua defesa que não foram excluídas as transferências de mesma titularidade. Dessa forma o julgamento foi convertido em diligência para que fosse feita o exame das transferências e caso se tratassem de valores indevidamente incluídos na base de cálculo que fossem excluídos.

Eis os termos da DRJ:

> 1 - Em face de questionamento da interessada e segundo os documentos juntados aos autos com o título "planilhas de crédito bancários após filtro", fls. 990/1.281, que seriam os valores (créditos) que resultaram nas omissões de receita apuradas, foram registradas várias transferências com o título: "TED - TRANSF ELET DISP REMET EXPAND GROUP BRASIL LTDA"; TED - TRANSF ELET DISP REMET EXPAND GROUP BRASIL SA; TED - TRANSF ELET DISP REMET EXPAND GROUP BRASIL", dentre outas transferências sem a especificação da sua natureza. Assim, caso verificado que o valor (crédito bancário) decorra de transferência de outra conta da própria interessada, com fulcro no inciso I do §3° do art. 42 da Lei n° 9.430/1996, solicito a confecção de nova planinha com a exclusão dos valores das transferências de mesma titularidade. Saliento que sejam observadas as terminações das TED (Ltda/S.A) referidas para a certificação que são referente a operações de mesma titularidade. (...)

O resultado de diligência veio parcialmente favorável ao Recorrente neste aspecto. Eis os termos da diligência, no que é de relevante:

> Da análise do processo concluímos, ainda no ato da Intimação de 04/02/2013, que de fato alguns valores foram mantidos, ainda que inadvertidamente, na composição da Base de Cálculo até então apurada. Desta forma compilamos e filtramos valores em planilha anexa à Intimação demonstrando mês a mês valores que deveriam- ser expurgados, conforme resumo que segue: (...)
>
> Ainda na intimação de 04/02/2013 encaminhamos em anexo a "Planilha Todos os Bancos" onde constam as transferências para que o contribuinte pudesse se manifestar com argumentos a seu favor.

> Em 15/03/2013 o contribuinte responde complementarmente o Termo de Intimação e indica diversas ponderações. A seu favor indica várias transferências em sua planilha inominada. Diligentemente todos os argumentos do contribuinte foram analisados. Dos dados verificados quase todos já haviam sido objeto de expurgo conforme planilha encaminhada conforme acima demonstrado cujas glosas montam o valor de R$ 41.774.868,74. Dos demais.dados indicados concordamos serem indevidos valores comprovadamente originados do mesmo titular. Assim confeccionamos nova planilha ora nominada de Planilha Ponderações do Contribuinte cuja ciência se dará ao contribuinte concomitantemente com esta informação fiscal. Os valores estão ali indicados por banco, dia e valor. Montam a importância de R$ 3.943.568,66.
>
> Dando prosseguimento atualizamos a Planilha de Bases de Cálculo Mensal Consolidada onde chegamos as novas Bases de Cálculo. De posse das novas bases tributáveis passamos enfim para a demonstração dos novos valores que efetivamente devem compor o lançamento tributável estando os mesmos demonstrados individualizadamente por imposto quais sejam: IRPJ, PIS, COFINS e CSLL.

O que se vê é que o Fiscal nada mais fez do que adequar o lançamento ao mandamento do inciso I, § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, que impede a tributação de evento que não representa qualquer acréscimo patrimonial como é o caso de transferência de valores entre contas da própria empresa:

> 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.
>
> § 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.
>
> § 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.
>
> § 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;**
>
> (...)

Revisados os autos, constato, portanto, a correção da conclusão da diligência, fls. 3.078/3101, com a redução, ainda, do crédito bancário no valor de R$ 50.000,00, data 01/03/07, decorrente da análise da petição da interessada pela DRJ, onde se provou através de documento hábil (extrato de fls. 774) que se tratava também de transferência entre contas da mesma empresa.

Por todo o exposto, NEGO provimento ao Recurso de Ofício.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto