



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

Processo n° 19311.720464/2012-01
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1301-001.764 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 04 de fevereiro de 2015
Matéria Omissão de receitas. Depósitos bancários
Recorrentes TRIUMPH ADMINISTRAÇÃO E ASSESSORIA LTDA - ME
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

RECURSO DE OFÍCIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO.

Inexistindo nos autos qualquer indicação de ato praticado pelas inicialmente indicadas responsáveis tributárias pelo crédito constituído, sobretudo nos termos especificamente apontados pelas disposições do conhecido Art. 135, inciso III do CTN, correta se apresenta a decisão de primeira instância que impôs a sua desconsideração na hipótese.

RECURSO VOLUNTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 105. INEXISTENCIA.

Nos termos expressos pelas disposições da Lei Complementar n. 105, não constitui violação ao dever de sigilo, dentre outras hipóteses, a válida obtenção e utilização, pelos representantes da Fazenda Pública, de informações relativas às movimentações financeiras realizadas pelos contribuintes submetidos à específica fiscalização, nos termos do regulamento aplicável.

SIGILO BANCÁRIO. OFENSA CONSTITUCIONAL. SÚMULA CARF N. 02.

Nos termos da Súmula CARF n. 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. A discussão a respeito da eventual (in)validade das disposições das normas vigentes compete ao Poder Judiciário.

OMISSÃO DE RECEITA. APLICAÇÃO DE PRESUNÇÃO. ART. 42 DA LEI 9.430/96

De acordo com as expressas disposições do art. 42 da Lei 9.430/96, caracterizam omissão de receita a identificação de 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.

DECADÊNCIA. ART. 173, INCISO I DO CTN. SÚMULA CARF N. 72

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

ISSQN. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N. 02

Conforme aqui já apontado, não compete a este Conselho a discussão a respeito da (in)constitucionalidade dos atos normativos regularmente constituídos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Restando devidamente verificado nos autos que a hipótese tratada não se refere à simples aplicação de presunção de omissão de receitas, mas sim da presença específica de atos da contribuinte que importam em configuração de fraude, dolo e/ou simulação, é de ser mantida a qualificação da penalidade de ofício aplicada, nos termos do parágrafo primeiro do Art. 44 da Lei 9.430/96.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ESPECÍFICO APONTAMENTO DE ATOS. REGULARIDADE.

Com exclusão das pessoas indicadas pela r. decisão de primeira instância, verifica-se que, em relação aos agentes restantes, especificamente comprovados nos autos a atuação ilícita dos respectivos gestores - sobretudo com a utilização de "laranjas" para o encobrimento dos fatos praticados -, o que, com toda a certeza, caracteriza a hipótese do art. 135, inciso III do CTN, sendo, assim, perfeitamente legítima a imposição da respectiva responsabilidade tributária pessoal/solidária dos mesmos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, 1) Por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício. 2) Por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/04/2015 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 15/04/2015 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 23/04/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Por bem descrever as circunstâncias contidas nos autos, adoto o relatório apresentado pela r, decisão de primeira instância, donde destaco:

Os autos de infração a fls. 333/369 exigem da interessada o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 4.028.924,68, assim discriminado:

	TRIBUTOS	JUROS DE MORA	MULTA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	861.634,40	357.055,50	1.292.451,60	2.511.141,50
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	118.585,40	49.155,25	177.878,10	345.618,75
Contribuição p/ Financiamento da Seg. Social (Cofins)	329.403,90	139.913,01	494.105,85	963.422,76
Contribuição p/ o Programa de Integração Social (PIS)	71.370,85	30.314,51	107.056,31	208.741,67

Descrição das infrações imputadas

O autuante, reportando-se ao termo de verificação fiscal a fls. 370 a 375, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

OMISSÃO DE RECEITAS POR PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - Valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Datas dos fatos geradores: 31/01/2008, 28/02/2008, 31/03/2008, 30/04/2008, 31/05/2008, 30/06/2008, 31/07/2008, 31/08/2008, 30/09/2008, 31/10/2008, 30/11/2008 e 31/12/2008. Multa: 150%.

Enquadramento legal para o IRPJ: Art. 3º da Lei nº 9.249/95; Art. 42 da Lei nº 9.430/96 c/c arts. 518 e 528 do RIR/99.

Enquadramento legal para a CSLL: Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; Art. 2º da Lei nº 9.249/95; Art. 29, inciso I, da Lei nº 9.430/96; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Art. 37 da Lei nº 10.637/02; Art. 22 da Lei nº 10.684/03; Art. 3º da Lei nº 7.689/88 com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95 com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 449/08.

Enquadramento legal para a Cofins: Art. 8º da Lei nº 9.718/98; Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; Art. 2º da Lei nº 9.718/98; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Art. 3º da Lei nº 9.718/98 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95 com as alterações introduzidas pelo art. 28 da Medida Provisória nº 449/08.

Enquadramento legal para a contribuição para o PIS: Art. 1º da Lei Complementar nº 7/70; Arts. 2º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715/98; Art. 2º da Lei nº 9.718/98; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.715/98; Art. 3º da Lei nº 9.718/98 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95 com as alterações introduzidas pelo art. 28 da Medida Provisória nº 449/08.

Termo de verificação fiscal

No termo de verificação fiscal a fls. 370 a 375, o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

- A fiscalizada, conforme contrato social e DIPJ, atua nos ramos de aluguel de imóveis próprios e de prestação de serviços combinados de escritório e apoio administrativo.
- No ano-calendário de 2008, ela adotou como sistemática de tributação a do **lucro presumido**, declarando em DIPJ receita anual de apenas R\$ 24.000,00 (fls. 09/24).
- Por meio de termo de início de procedimento fiscal, a fiscalizada foi pessoalmente intimada a apresentar livros contábeis e extratos bancários. A ciência do termo foi dada à funcionária Edilaine Silveira (fls. 67).
- O endereço cadastral fornecido pela fiscalizada encontrava-se desatualizado, uma vez que ela não foi localizada nele, o que motivou a sua intimação para regularizá-lo (fls. 68).
- Não tendo se manifestado, a fiscalizada foi reintimada por via postal . A correspondência foi devolvida pelos Correios com a informação "Mudou-se" (fls. 68/69).
- Intimações e reintimações foram então encaminhadas para as duas sócias, Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro (fls. 70/77).
- Não havendo nenhuma resposta, foram expedidas RMFs para o Banco Bradesco S/A e Banco Santander Brasil S/A (fls. 78/85).
- Com base nos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, foram identificados créditos e depósitos em contas bancárias de titularidade da fiscalizada (fls. 100/115 e 117/149).
- Por meio de termo de intimação, foi exigida comprovação acerca da origem dos créditos identificados, no montante de R\$ 11.004.130,00 (fls. 153/166).
- Foram também identificadas, por meio do cartão de assinaturas do Bradesco, as pessoas autorizadas a movimentarem a conta bancária da fiscalizada: Waltair Porto Ribeiro, Osvaldo Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro (fls. 148/149).
- Não havendo nenhuma manifestação a respeito dos termos lavrados, foi solicitado o comparecimento das seguintes pessoas para prestar esclarecimentos: Marisa Bonassi Ribeiro e Lilian Barbosa de Mello Pressutti (sócias); Edilaine Silveira Pacheco (funcionária); Waltair Porto Ribeiro e Osvaldo Pressutti (ex-sócios e cônjuges das sócias); e Jonatas Sigrist (contabilista responsável pela escrituração do ano-calendário de 2008) – (fls. 86/97 e 167/170).
- Compareceram somente Jonatas Sigrist e Osvaldo Pressutti.
- O contabilista Jonatas Sigrist declarou (fls. 150):
 - * que é contador e tem escritório de contabilidade na cidade de Campinas;
 - * que foi contador da Triumph Administração e Assessoria Ltda desde sua constituição, em 1996, até outubro de 2010;
 - * que a Triumph atuou no ramo de factoring até o ano de 2001 ou 2002, depois permaneceu inativa por alguns anos e, nos anos de 2008, 2009 e 2010, passou a atuar na administração de imóveis e assessoria administrativa;
 - * que o contato com a Triumph era feito com Osvaldo Pressutti, com quem não mantém contato há mais de quatro anos, e com a Sra. Edilaine, a partir de novembro de 2007;
 - * que depois que a Triumph encerrou a atividade de factoring, ela ficou inativa, e, a partir desse período, ele não teve mais contato pessoal com nenhuma pessoa da empresa;

- * que conheceu Waltair Porto Ribeiro por ocasião da constituição da empresa;
- * que não conhece pessoalmente a Sra. Edilaine, o contato era feito por telefone e email;
- * que a documentação da Triumph para escrituração era recebida por via postal (folha de pagamento, contas de telefone, entre outros documentos);
- * que o faturamento da Triumph era originado da receita de aluguel de seu único imóvel no valor mensal de R\$ 2.000,00;
- * que não teve acesso a cópia do contrato de locação e não sabe quem era o locatário;
- * que as guias do INSS, FGTS e DARFs eram transmitidas para Sra. Edilaine por email;
- * que toda a documentação (livros e documentos) da Triumph foi devolvida em outubro de 2010, cessando nesta data a prestação de serviços.

· Osvaldo Pressutti declarou (fls. 171):

- * que era, na data do depoimento, gerente financeiro da empresa A. C. Truman, estabelecida na cidade de São Paulo;
- * que era, juntamente com Waltair Porto Ribeiro, o administrador da Triumph até o ano de 2008;
- * que era, juntamente com Waltair Porto Ribeiro, o responsável pela movimentação bancária e pela emissão de cheques da Triumph;
- * que a Triumph atuou no ano de 2008 na prestação de serviços de cobrança, envio de boletos para algumas empresas, em especial para a Cotton Fios Fiação Ltda;
- * que a Cotton Fios comprava algodão de produtores rurais e cooperativas situados na Bahia, Goiás e Mato Grosso;
- * que a Cotton Fios não fazia nenhuma operação de industrialização e revendia para clientes no ramo de fiação concentrados nos estados de São Paulo e Minas Gerais;
- * que a movimentação financeira da Triumph era proveniente de prestação de serviços em operações de cobrança e de pagamentos para fornecedores de terceiros;
- * que a receita da Triumph no ano de 2008 era suficiente para cobrir os encargos com folha de pagamento de seus três funcionários;
- * que o contador da Triumph era Jonatas Sigríst, tendo sido transferida posteriormente a responsabilidade pela escrita contábil e fiscal para o contador Sérgio;
- * que a documentação contábil e fiscal (livros e notas fiscais) encontra-se em poder do contador Sérgio;
- * que o endereço cadastral será regularizado perante o CNPJ.

· Segundo o depoimento do ex-sócio Osvaldo Pressutti, havia um vínculo operacional entre a fiscalizada e a empresa Cotton Fio Fiação Ltda, CNPJ 04.408.202/0001-28.

- No entanto, a Cotton Fio Fiação Ltda apresentou a DIPJ relativa ao ano-calendário de 2008 com todos os valores zerados. No quadro de sócios da DIPJ, figuraram Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro, na razão de 50% para cada (fls. 25/66).
- Os reais administradores da fiscalizada no ano sob investigação são Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro, que alteraram o contrato social de modo a deixar a sociedade nas mãos de suas esposas, sem que elas tenham participado de qualquer ato de gestão.
- Após o depoimento prestado por Osvaldo Pressutti, foi apresentado um conjunto de folhas, nem sequer encadernadas, com a finalidade de representar os livros Diário e Razão da fiscalizada relativos ao ano de 2008 (fls. 206/322).
- Do conjunto de folhas constam termos de abertura e de encerramento, firmados pela sócia Lilian Barbosa de Mello Pressutti e pelo contabilista Sergio Aparecido De Oliveira.
- O conjunto de folhas não atende às formalidades necessárias para a validade jurídica de um livro Diário, como seu registro e autenticação.
- Da Demonstração do Resultado do Exercício do suposto livro Diário consta receita bruta anual de R\$ 164.000,00, valor superior aos R\$ 24.000,00 declarados em DIPJ, o que por si só já evidencia a omissão de receitas quando da apresentação de informações ao fisco (fls. 264).
- Limitou-se a fiscalizada a apresentar os supostos livros contábeis, deixando de apresentar a documentação exigida para a comprovação da origem dos créditos em conta bancária no montante de R\$ 11.004.130,00.
- Desta forma, cabe a aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, de maneira a serem caracterizados como omissão de receitas os valores creditados nas contas bancárias da fiscalizada sem a comprovação de sua origem.
- Para efeito de apuração da receita omitida mensalmente, foi subtraído dos subtotais mensais o valor de R\$ 2.000,00, declarado e tributado em DIPJ. O resultado será tributado conforme opção pelo lucro presumido manifestada em DIPJ, ao coeficiente de 32% (prestação de serviços).
- Os fatos ocorridos, em tese, caracterizam o intuito da sonegação de tributos, ensejando a aplicação da multa de 150%.
- Nos termos do art. 124, I, do CTN, caracteriza-se a sujeição passiva solidária de Osvaldo Pressutti, Waltair Porto Ribeiro, Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro.

Ciência dos lançamentos

Em 25/02/2013, as sócias Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro tiveram, por via postal, ciência dos autos de infração, conforme avisos de recebimentos a fls. 377/378.

Termos de sujeição passiva solidária (processos apensados)

Os termos de sujeição passiva solidária lavrados em nome de Osvaldo Pressutti, Waltair Porto Ribeiro, Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro deram origem, respectivamente, aos processos de ns. 19311.720467/2012-36, 19311.720469/2012-25, 19311.720471/2012-02 e 19311.720473/2012-93, todos estes juntados em apenso ao presente processo.

Em 25/02/2013, as quatro pessoas citadas tiveram ciência, por via postal, do termo de sujeição passiva solidária, dos autos de infração e do termo de verificação fiscal, conforme avisos de recebimentos juntados nos referidos processos em apenso.

Representação fiscal para fins penais (processo apensado)

Formalizou-se representação fiscal para fins penais, a qual deu origem ao processo de nº 19311.720465/2012-47, também juntado em apenso ao presente processo.

Impugnação apresentada por Triumph Administração e Assessoria Ltda - ME Em 27/03/2013, Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, por intermédio do advogado Felipe Simonetto Apollonio, apresentou a impugnação a fls. 386/427.

Os enunciados seguintes resumem o seu conteúdo.**I - Dos fatos**

- Trata-se de exigência fiscal em virtude da suposta omissão de receitas em face da possível existência de depósitos bancários de origem não comprovada, os quais foram levantados com base em dados apurados através de mera presunção mediante confrontação de dados bancários da impugnante, protegidos constitucionalmente pelo sigilo bancário, sem que houvesse a necessária ordem judicial.
- Presumiu-se a existência de suposta diferença de valores a recolher em relação aos valores devidamente declarados em DIPJ e recolhidos.
- Lavraram-se os autos de infração sem a esmerada apuração dos valores passíveis de tributação. Não houve sequer a determinação da base de cálculo legal do IRPJ e das reflexas contribuições. Considerou-se que todos os valores identificados por presunção seriam aptos à identificação da base impositiva das exações.
- Entendeu a fiscalização, sem nenhum elemento de prova inequívoca, que houve intuito de fraude, dolo e sonegação, aplicando-se pesada multa proporcional no absurdo e desarrazoado percentual de 150%, mesmo frente à inexistência dos requisitos ensejadores dessas penalidades, desprezando os posicionamentos dos Conselhos de Contribuintes.
- Inexiste razão para manutenção dos autos de infração, seja pela inconstitucional quebra do sigilo bancário da impugnante, seja pela presunção ilegítima acerca dos fatos geradores das exações, seja pelas multas absurdas e desproporcionais aplicadas.

II – Preliminarmente***II.a – Da nulidade dos autos de infração lavrados***

- Utilizou-se como base dos lançamentos supostos depósitos não contabilizados e presumida omissão de receitas.
- A impugnante discorre sobre norma jurídica tributária e obrigação tributária.
- Inexiste no presente processo identificação da ocorrência do critério material da regramatriz de incidência tributária que ensejasse a lavratura do auto de infração.
- Não se apuraram os efetivos valores pertinentes à incidência das exações, presumindo-se que todos os valores identificados na conta bancária seriam fato gerador e base de cálculo para a exigência fiscal.
- O sujeito passivo do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da contribuição para ao PIS é a pessoa jurídica que obtém montante de renda, lucro e de receita bruta tributável, o que não foi demonstrado pela fiscalização.
- A fiscalização se limitou a uma singela descrição sem fornecer os elementos que a levaram a conclusão apresentada.

- O agente fiscal utilizou-se de dados protegidos pelo sigilo bancário, sem ordem judicial.
- Não há como manter o presente lançamento sem ferir princípios básicos de direito.
- Afrontaram-se os princípios constitucionais da segurança jurídica, da estrita tipicidade em matéria tributária e da capacidade contributiva.
- Impõe-se a declaração de nulidade dos lançamentos, por violação à ordem constitucional. II.b – Da homologação dos valores declarados e pagos referentes a janeiro de 2008
- O lançamento se refere ao ano de 2008, tendo sido intimado e notificado o contribuinte apenas em 25 de fevereiro de 2013.
- “A apuração do referido lançamento no tocante ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS deve ter como base o mesmo critério temporal referido nas contribuições para o PIS, os quais foram declarados e pagos tendo como base de cálculo os valores constantes em DIPJ”.
- O relatório fiscal não apontou valores declarados e não pagos ou nenhum outro tipo de procedimento que implicasse não pagamento do tributo apurado em DIPJ.
- Verifica-se que “os valores foram declarados e pagos pelo contribuinte durante o mês de janeiro de 2.008, com base na DIPJ, conforme consta das próprias planilhas de diferenças a recolher elaborada pelo Ilustre agente fiscal”.
- Os tributos em questão sujeitam-se ao chamado lançamento por homologação, sobre o qual discorre a impugnante, citando decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes e do STJ.
- O crédito tributário em tela encontra-se extinto pelo pagamento havido e sua posterior homologação.

III – Do mérito

III.a – Da fiscalização

- A fiscalização foi levada a efeito em virtude da quebra do sigilo bancário da impugnante, sem a necessária autorização judicial para tal medida excepcional, a qual relativiza o direito constitucional à intimidade e ao sigilo das informações.
- A partir da confrontação das informações das referidas contas bancárias com os valores declarados por meio de DIPJ e devidamente recolhidos, apurou-se, por mera presunção, diferenças a recolher e omissão de receitas, alegando-se que havia depósitos de origem não comprovada.
- Não poderia a fiscalização, apenas por meio de presunções, instituir que os valores identificados seriam aptos aos fatos geradores e à base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da contribuição para o PIS e da Cofins.
- Da mesma forma, não poderia ter desconsiderado as declarações do representante da impugnante à época dos fatos geradores, o qual declarou expressamente que as movimentações financeiras eram provenientes da prestação de serviços em operações de cobrança e pagamentos para fornecedores de terceiros, ou seja, valores estranhos à impugnante e que somente permaneciam transitoriamente em suas contas bancárias até que fossem repassados aos seus clientes.
- A fiscalização instituiu norma de responsabilidade solidária a pessoas estranhas ao fato gerador das referidas exações.
- Foi consignado pelo agente fiscal que terceiros, no caso os sócios contemporâneos aos fatos objeto da presente exigência, bem como as sócias atuais, seriam solidariamente

responsáveis em virtude do interesse comum no fato gerador dos tributos questionados, nos termos do art. 124, I, do CTN.

· Trata-se de renda, lucro, e faturamento adstrito à pessoa jurídica da impugnante, e não há comprovação de interesse comum, ou de requisitos que permitam a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores nos termos do art. 135, III, do CTN.

III.b – Da inconstitucional quebra do sigilo bancário da impugnante

· A justificativa para a expedição de RMFs, ao arrepio do texto constitucional, revela-se na suposta ausência da prestação de informações acerca de movimentações financeiras por parte da impugnante.

· Inexiste fundamento para a quebra de sigilo e realização de presunção com base nas informações obtidas para efeito de lançamento dos tributos.

· Os valores apurados a partir das informações obtidas com a quebra do sigilo bancário correspondem a valores provenientes de cobranças e recebimentos em nome de terceiros para os quais a impugnante prestava serviços.

· A partir da Lei Complementar nº 105, de 2001, permitiu-se ao fisco utilizar as informações prestadas pelas instituições financeiras para lançar créditos tributários, o que antes era vedado expressamente.

· A quebra de sigilo e utilização das informações somente pode ocorrer quando houver processo administrativo instaurado, desde que seja justificável e autorizada judicialmente tal medida.

· Independentemente de a fiscalização fundamentar seus atos na RMF, não se pode olvidar que o sigilo bancário é protegido pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal.

· O sigilo bancário encontra-se devidamente incluído no conceito de direito constitucional à intimidade, conforme já sedimentado pelo STF.

· Transcreve-se ementa de decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 219780.

· A legislação pertinente à RMF não modifica a estrutura da garantia ao sigilo fiscal e bancário, de forma que não pode a fiscalização desconsiderar toda a contabilidade do contribuinte regular que cumpre com suas obrigações.

· A jurisprudência, inclusive do STF, tem se firmado no sentido de reconhecer a necessidade de prévia autorização judicial para utilização de dados protegidos pelo sigilo bancário.

· A impugnante invoca em seu favor a decisão do STF no julgamento do RE 389808.

· Os dispositivos que embasam a quebra do sigilo bancário pela RFB mediante RMF foram declarados inconstitucionais pelo STF, de modo que os dados bancários obtidos na fiscalização não podem ser utilizados.

· Transcrevem-se ementas de decisões proferidas pelo STF ao julgar o RE 318136 AgR e o RE 215301, segundo as quais o Ministério Público necessita de autorização judicial para promover a quebra de sigilo bancário.

· A fiscalização andou mal em utilizar as informações bancárias fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito, quebrando indevidamente o sigilo bancário da autora, violando frontalmente o texto constitucional em seu artigo 5º, X e XII, bem como a jurisprudência pacífica da Suprema Corte (AI 655298; RE 225099; RE 276997; AI 334006).

- Embora a jurisprudência acima referenciada não tenha efeitos “erga omnes”, a quebra do sigilo bancário pela RFB, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001 é objeto de várias ADIs, como, por exemplo, as ADIs ns. 4006, 2990 e 2386.
- STJ também firmou o entendimento (RMS 25375, REsp 124272 e RMS 24174, dentre outros) pela necessidade de ordem judicial para que sejam utilizados dados protegidos pelo sigilo bancário.
- E ainda, para que haja tal quebra, deve haver a comprovação de motivação hábil, lícita e plausível, respeitando-se a razoabilidade e a proporcionalidade, o que não ocorreu no caso.
- Transcreve-se ementa de decisão do STF no julgamento do RMS 25174.
- Inexiste motivo para quebra de sigilo bancário, pois a impugnante prestou as informações necessárias, inclusive informando a origem dos depósitos.
- A fiscalização ignorou as informações obtidas para autuar com base em meras presunções, sem autorização judicial para a utilização dos dados fornecidos pelas operadoras de cartão, impondo-se o cancelamento da exigência fiscal.

III.c – Da impossibilidade de manutenção do lançamento realizado no tocante ao IRPJ e reflexos de CSLL, PIS e Cofins

- Conforme a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, a mera presunção acerca do fato gerador do tributo não confere consistência ao lançamento realizado, tornando-o ilegítimo.
- Transcreve-se ementa do acórdão nº 10193956 do Primeiro Conselho de Contribuintes.
- Há necessidade de cancelamento do lançamento tendo em vista que a identificação do fato gerador das exações deu-se em virtude de presunção desprovida de qualquer elemento que fornecesse verossimilhança às alegações da fiscalização, sem falar na inconstitucional quebra do sigilo bancário da impugnante.

Da exigência do IRPJ

- Inexiste no presente processo identificação da ocorrência do critério material da regra-matriz de incidência tributária.
- O imposto sobre a renda não tem como base de cálculo as movimentações financeiras, como lançou o agente fiscal, o qual aplicou a alíquota do imposto de renda como se CPMF fosse e, de forma reflexa, lançou a contribuição para o PIS, a Cofins e a CSLL, o que é inadmissível.
- O contribuinte do imposto de renda pessoa jurídica é a pessoa jurídica que adquire disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o que inexistente nos demonstrativos apresentados pela fiscalização.
- Transcrevem-se trechos do acórdão nº 10608339 do Primeiro Conselho de Contribuintes.
- Questiona-se onde estão o demonstrativo da renda consumida e os sinais exteriores de riqueza.
- Transcreve-se ementa de decisão atribuída a Conselho de Contribuintes.
- Somente pode ocorrer o arbitramento quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e a omissão de rendimento ou, ainda, a comprovação da utilização dos valores depositados para a atividade, o que não ocorreu.

- A presunção de forma alguma deve fundamentar o lançamento fiscal sob pena de mutilação da busca do primado pela verdade, sendo de rigor o cancelamento da exigência fiscal.

Da exigência da CSLL

- Há ainda a exigência de CSLL em virtude de suposto não recolhimento.
- Todavia, a autuação merece reforma na totalidade frente a sua dissonância em relação ao nosso direito positivo.
- Os prejuízos fiscais e bases negativas devem sempre ser deduzidos dos resultados positivos obtidos em exercícios futuros, indefinidamente e sem qualquer limitação, sob pena de desnaturarmos o real conteúdo da base de cálculo constitucionalmente prevista.
- É inaplicável a limitação imposta pelo agente fiscal.
- Não há que falar em imposto sobre a renda ou contribuição social sobre o lucro sem que primeiramente se deduza integralmente os prejuízos fiscais e bases negativas da contribuição social sobre o lucro líquido acumulados, uma vez que, até que estes tenham sido totalmente absorvidos pelos resultados positivos apurados, não ocorrerá o binômio base de cálculo - hipótese de incidência.

Da natureza constitucional das contribuições e dos princípios afrontados

- A Constituição Federal traz todos os arquétipos fundamentais possíveis para instituição de tributos, dentre eles as contribuições.
- As contribuições devem respeitar princípios, dentre eles o da capacidade contributiva, oposto da limitação à compensação.
- É vedado ao legislador tributar parcelas que não exteriorizem riqueza econômica do contribuinte e que não extravasem essa capacidade, os chamados sinais exteriores de riqueza.
- O respeito ao princípio da capacidade contributiva possui forte liame com o princípio constitucional da livre concorrência.
- A hipótese de incidência tributária, em especial quando da realização de seu critério quantitativo, deve refletir sinal exterior de riqueza do contribuinte e jamais parcela de terceiro.
- O processo administrativo deve obedecer ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não foi respeitado no presente, visto que a sanção apontada é totalmente desproporcional à hipótese elencada, bem como foge à razoabilidade.

Da ilegal inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da Cofins

- Entende a fiscalização que a ausência de excludente específica em relação ao ISSQN redundaria na sua inserção na base de cálculo da Cofins.
- O ISSQN, conforme delineado na competência tributária dos Municípios e do Distrito Federal, a eles pertence, não possuindo liame com o patrimônio da impugnante.
- É clara a ofensa ao art. 195, I, da Constituição Federal.
- Conforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência, tanto a Cofins como a contribuição para o PIS, caso dos autos, não podem incidir sobre o ISSQN.

· **A impugnante invoca em seu favor decisão do TRF da 3ª Região.**

- A constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins encontra-se pendente de julgamento no STF, mas já foram obtidos os votos necessários para decisão favorável aos contribuintes.
- A questão debatida referente ao ICMS é plenamente aplicável ao ISSQN.

IV- Da impossibilidade de aplicação de multa de 150% no caso em tela

- As multas aplicadas sobre parcela desconexa com o patrimônio da impugnante fogem à sua capacidade econômica e possuem caráter confiscatório, ferindo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação de confisco.
- Em nenhum momento se comprovou tentativa de fraude ou de omissão de informações ao fisco.
- Os Conselhos de Contribuintes já decidiram que, se não caracterizado o evidente intuito de fraude, não procede a aplicação da multa de 150%.
- Se houve presunção até mesmo na realização do lançamento, em hipótese alguma poderia se presumir algo que deveria ser evidente.
- Conforme jurisprudência pacífica do STF, são cabíveis à luz do princípio da vedação ao confisco multas em montante não superior a 20% do crédito tributário constituído.
- Citam-se decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes e do STF.
- As multas exigidas, manifestamente confiscatórias, devem ser diminuídas ou canceladas em virtude da inexistência de comprovação de manifesto intuito de dolo, fraude ou simulação.
- Mesmo que se entenda pela legitimidade dos gravames aplicados, estes devem ser reduzidos, pois tiveram por base valores equivocadamente apurados mediante presunção.

V – Do pedido

- Requer-se o acolhimento de preliminar de violação a diversos princípios constitucionais, determinando-se a anulação da exigência fiscal.
- Requer-se ainda o acolhimento de preliminar de decadência relativamente a janeiro de 2008, determinando-se o cancelamento da exigência fiscal ou, no mínimo, o relançamento com a exclusão dos valores atingidos pela decadência.
- Quanto ao mérito, requer-se o cancelamento da autuação e seus consectários, pela inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e apuração, com base em meras presunções, de tributos referentes a valores não representativos de acréscimo patrimonial ou lucro.
- Se rechaçadas as pretensões acima, requer-se o cancelamento das multas aplicadas, pela não comprovação de dolo, fraude, simulação ou sonegação, ou, no mínimo, a redução delas ao limite legal de 20% à luz do princípio da vedação ao confisco.
- Requer-se, por fim, o encaminhamento de todas as correspondências e intimações ao patrono da impugnante.

Impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários

Em 27/03/2013, Osvaldo Pressutti, por intermédio da advogada Graziela de Paiva Arantes, apresentou impugnação nos autos do processo de nº 19311.720467/2012-36 (em apenso).

Em 27/03/2013, Waltair Porto Ribeiro, por intermédio da advogada Graziela de Paiva Arantes, apresentou impugnação nos autos do processo de nº 19311.720469/2012-25 (em apenso).

Lilian Barbosa de Mello Pressutti, por intermédio do advogado Felipe Simonetto Apollonio, apresentou impugnação nos autos do processo de nº 19311.720471/2012-02 (em apenso). Não há registro da data de sua apresentação.

Marisa Bonassi Ribeiro, por intermédio do advogado Felipe Simonetto Apollonio, apresentou impugnação nos autos do processo de nº 19311.720473/2012-93 (em apenso). Não há registro da data de sua apresentação.

As impugnações apresentadas pelos quatros responsáveis solidários **são praticamente idênticas**, razão pela qual são adiante resumidas de forma conjunta.

I - Dos fatos

- Trata-se de exigência fiscal em virtude da ilegal atribuição de responsabilidade solidária em face da suposta omissão de receitas atribuída à empresa Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, da qual Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro são sócias e Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro são ex-sócios.
- A autuação foi firmada em face da possível existência de depósitos bancários de origem não comprovada, os quais foram levantados com base em dados apurados através de mera presunção mediante confrontação de dados bancários da empresa, protegidos constitucionalmente pelo sigilo bancário, sem que houvesse a necessária ordem judicial.
- Presumiu-se a existência de suposta diferença de valores a recolher em relação aos valores devidamente declarados em DIPJ e recolhidos.
- Lavraram-se os autos de infração sem a escorreita apuração dos valores passíveis de tributação. Não houve sequer a determinação da base de cálculo legal do IRPJ e das reflexas contribuições. Considerou-se que todos os valores identificados por presunção seriam aptos à identificação da base impositiva das exações.
- Entendeu a fiscalização, sem nenhum elemento de prova inequívoca, que houve intuito de fraude, dolo e sonegação, aplicando-se pesada multa proporcional no absurdo e desarrazoado percentual de 150%, mesmo frente à inexistência dos requisitos ensejadores dessas penalidades, desprezando os posicionamentos dos Conselhos de Contribuintes.
- Inexiste razão para manutenção dos autos de infração, seja pela impossibilidade de responsabilização pessoal dos impugnantes pelos débitos da empresa, seja pela inconstitucional quebra do sigilo bancário desta, seja pela presunção ilegítima acerca dos fatos geradores das exações, seja pelas multas absurdas e desproporcionais aplicadas.

II – Preliminarmente

II.a – Da impossibilidade de exigência dos valores em face dos impugnantes – ausência de responsabilidade pessoal e solidária

- Inexiste nexo de causalidade entre a suposta omissão de receitas e qualquer ação ou omissão dos impugnantes.

- Inexiste motivo apto a embasar a manutenção dos impugnantes como devedores solidários, seja pela impossibilidade de sua responsabilização nos termos do art. 124, I, do CTN, seja pela ausência de comprovação de qualquer ato que implique sua responsabilidade pessoal.
- A solidariedade fundada no art. 124, I do CTN somente pode existir entre sujeitos que figurem no mesmo pólo da relação obrigacional, pois só assim o interesse poderá ser considerado comum.
- Quando uma sociedade pratica um fato gerador tributário, ocorre uma relação jurídica entre esta e o fisco, porque ambos possuem interesses conflitantes: a sociedade deve pagar o tributo e a fazenda tem direito de o receber.
- Quem deve pagar o tributo é a sociedade, e não o sócio. Portanto, a realização do fato gerador pela sociedade não atinge os impugnantes em sua esfera de direitos ou deveres, e por isto eles não fazem parte da relação jurídica. Por consequência, não têm interesse jurídico nesta relação que lhes é alheia.
- A responsabilidade solidária como defendida pela fiscalização inova no ordenamento jurídico, de modo a criar a incidência de IRPJ, de CSLL, de contribuição para o PIS e de Cofins sobre rendimentos de pessoa física, o que conflita veementemente com a carta política nacional.
- Não há interesse comum entre a sociedade e os impugnantes, estes são pessoas distintas que não praticaram o fato gerador conjuntamente.
- O crédito tributário apenas poderá ser exigido dos sócios e demais administradores se estes tiverem praticado atos com excesso de poderes, infrações à lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III do CTN, o que não foi objeto de análise pelo agente fiscal.
- Os argumentos de defesa se baseiam na mais escorreita jurisprudência do STJ.
- A jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes já se firmou no sentido de que é necessária a comprovação inequívoca do interesse comum na situação objeto do fato gerador.

II.b – Da impossibilidade do arrolamento do bem de família

- Realizou-se arrolamento de bem de família dos impugnantes Waltair Porto Ribeiro e Marisa Bonassi Ribeiro.
- O bem de família é absolutamente impenhorável à luz da Lei nº 8.009, de 1990.
- Trata-se de nulidade absoluta, que pode ser suscitada a qualquer tempo.
- Waltair Porto Ribeiro e Marisa Bonassi Ribeiro requerem “seja acolhida a presente questão preliminar determinando-se o cancelamento da penhora realizada sobre o imóvel de propriedade da Embargante, o qual é um bem de família onde a Requerente reside, e conseqüentemente, impenhorável.”

II.c – Da nulidade dos autos de infração lavrados

- As razões de defesa suscitadas são idênticas às do item II.a da impugnação apresentada por Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, sendo bastante fazer aqui apenas remissão ao seu resumo em trecho anterior deste relatório.

II.d – Da homologação dos valores declarados e pagos referentes a janeiro de 2008

- As razões de defesa suscitadas são idênticas às do item II.b da impugnação apresentada por Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, sendo bastante fazer aqui apenas remissão ao seu resumo em trecho anterior deste relatório.

III – Do mérito

· As razões de defesa suscitadas são idênticas às do item III da impugnação apresentada por Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, sendo bastante fazer aqui apenas remissão ao seu resumo em trecho anterior deste relatório.

IV- Da impossibilidade de aplicação de multa de 150% no caso em tela

· As razões de defesa suscitadas são idênticas às do item IV da impugnação apresentada por Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, sendo bastante fazer aqui apenas remissão ao seu resumo em trecho anterior deste relatório.

V – Do pedido

· Requer-se o acolhimento da preliminar de impossibilidade de responsabilização solidária dos impugnantes, determinando-se o cancelamento do auto de infração.

· Requer-se o acolhimento de preliminar de violação a diversos princípios constitucionais, determinando-se a anulação da exigência fiscal.

· Requer-se o acolhimento de preliminar de decadência relativamente a janeiro de 2008, determinando-se o cancelamento da exigência fiscal ou, no mínimo, o relançamento com a exclusão dos valores atingidos pela decadência.

· Quanto ao mérito, requer-se o cancelamento da autuação e seus consectários, pela inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e apuração, com base em meras presunções, de tributos referentes a valores não representativos de acréscimo patrimonial ou lucro.

· Se rechaçadas as pretensões acima, requer-se o cancelamento das multas aplicadas, pela não comprovação de dolo, fraude, simulação ou sonegação, ou, no mínimo, a redução delas ao limite legal de 20% à luz do princípio da vedação ao confisco.

· Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro requerem, ainda, o encaminhamento de todas as correspondências e intimações ao seu patrono.

Da análise de todas essas considerações, entendeu a douta 3ª Turma da DRJ/BHE pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da impugnação, destacando, na ementa do acórdão lavrado, as seguintes e específicas considerações:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

SIGILO BANCÁRIO.

Não constitui violação do dever de sigilo e independe de autorização judicial a prestação de informações pelas instituições financeiras nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

DECADÊNCIA.

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária cuja origem não seja comprovada pelo titular, mediante documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Aplica-se a multa de ofício no percentual de cento e cinquenta por cento se estiverem comprovadas as circunstâncias previstas em lei como caracterizadoras de infração qualificada.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido****Acórdão**

Acordam os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade, nos termos do voto do relator, parte integrante deste acórdão, em NÃO CONHECER das alegações relativas a arrolamento de bens e direitos e JULGAR PROCEDENTES EM PARTE as impugnações apresentadas para:

- INDEFERIR os pedidos de envio de correspondência a advogado de sujeito passivo;
- MANTER os vínculos de responsabilidade solidária de Osvaldo Pressutti e de Waltair Porto Ribeiro;
- AFASTAR os vínculos de responsabilidade solidária de Lilian Barbosa de Mello Pressutti e de Marisa Bonassi Ribeiro;
- REJEITAR as demais preliminares suscitadas;
- MANTER INTEGRALMENTE os lançamentos de IRPJ, de CSLL, de Cofins e de contribuição para o PIS.

Além do Presidente e do relator, participaram do presente julgamento os julgadores Paulo Roberto de Sousa e Maria Helena Cotta de Oliveira Guimarães.

À DRF de origem, para dar ciência deste acórdão aos interessados Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, Osvaldo Pressutti, Waltair Porto Ribeiro, Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro, bem como intimar Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME, Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro para pagamento do crédito tributário no prazo de 30 dias, facultando-lhes interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, e pelo art. 32 da Lei nº 10.522, de 2002.

DESTE ACÓRDÃO RECORRE-SE DE OFÍCIO ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tendo em vista o afastamento dos vínculos de responsabilidade solidária de Lilian Barbosa de Mello Pressutti e de Marisa Bonassi Ribeiro.

Como se verifica no comando contido no acórdão aqui analisado, tendo em vista a exoneração parcial do crédito tributário, no caso, especificamente em relação ao

afastamento da responsabilidade tributária imputada às pessoas *Lilian Barbosa de Mello Pressutti* e de *Marisa Bonassi Ribeiro*, foi então promovida a interposição do Recurso de Ofício, determinando então a análise dos fundamentos por este CARF.

Regularmente intimadas, as partes apresentaram os seus respectivos recursos voluntários, verificando-se, nestes autos (PAF 19311.720464/2012-07) o recurso da contribuinte principal (TRIUMPH ADMINISTRAÇÃO E ASSESSORIA LTDA-ME), redarguindo todos os fundamentos antes apresentados em sua impugnação, verificando-se que os sujeitos passivos solidários OSVALDO PRESSUTTI e WALTAIR PORTO RIBEIRO apresentaram Recurso Voluntário em 24/04/14; e LILIAN BARBOSA DE MELLO PRESSUTTI e MARISA BONASSI RIBEIRO, manifestação contra o Recurso de Ofício da DRJ/BHE em 23/04/14, conforme processos juntados por apensação a este processo:

- 1) 19311.720.467/2012-36: *OSVALDO PRESSUTTI, CPF 837.180.448-20;*
- 2) 19311.720.469/2012-25: *WALTAIR PORTO RIBEIRO, CPF 873.847.528-68. O contribuinte não foi formalmente cientificado do Acórdão da DRJ/MG, porém uma vez que houve interposição de recurso voluntario em 24/04/14, o mesmo foi considerado cientificado da decisão de 1ª instancia na supracitada data, nos termos do art. 26, §5º da Lei 9.784/99.*
- 3) 19311.720.471/2012-02: *LILIAN BARBOSA DE MELLO PRESSUTTI, CPF 285.141.648-05;*
- 4) 19311.720.473/2012-93: *MARISA BONASSI RIBEIRO, CPF 266.929.248-80.*

É o que se tem aqui a relatar.

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo regular o recurso de ofício apresentado, e, ainda, tempestivos os recursos voluntários oferecidos, conheço de todos eles.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Como primeiro ponto de análise, relevante aqui se faz o destaque aos termos próprios do apontado Recurso de Ofício, este, especificamente relacionado à parcela do crédito tributário exonerado, que, conforme antes destacado, trata-se, específica e exclusivamente, da análise a respeito da inaplicabilidade, em relação às Sras. LILIAN BARBOSA DE MELLO PRESSUTTI e MARISA BONASSI RIBEIRO, da apontada responsabilidade tributária, dita solidária.

Da análise dos termos da decisão exarada, relevante aqui se mostra o destaque do trecho específico onde restara apontada a referida exoneração, que, no caso, pode ser aqui assim reproduzido:

Com base no art. 124, I, do CTN, o autuante lavrou termos de sujeição passiva solidária em nome de Osvaldo Pressutti, de Waltair Porto Ribeiro, de Lilian Barbosa de Mello Pressutti e de Marisa Bonassi Ribeiro.

Esses termos deram origem aos processos de ns. 19311.720467/2012-36, 19311.720469/2012-25, 19311.720471/2012-02 e 19311.720473/2012-93, todos estes juntados em apenso ao presente processo.

(...)

Alegam os impugnantes que inexistente motivo para mantê-los como devedores solidários, seja pela impossibilidade de sua responsabilização nos termos do art. 124, I, do CTN, seja pela ausência de comprovação de ato do qual resulte sua responsabilidade pessoal.

Mas segundo o autuante, no ano-calendário de 2008, os reais administradores da Triumph Administração e Assessoria Ltda – ME eram Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro, “que alteraram o contrato social de modo a deixar a sociedade nas mãos de suas esposas, sem que elas tenham participado de qualquer ato de gestão”.

De fato, segundo os dados da ficha cadastral da Junta Comercial do Estado de São Paulo juntada a fls. 447/449, em 03/08/2006, ocorreu a última alteração do quadro social, quando se retiraram da sociedade os sócios e administradores Osvaldo Pressutti e Waltair Porto Ribeiro, ao passo que foram admitidas as respectivas esposas, Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro, na condição de sócias e administradoras.

Corroboram ainda as constatações do autuante o depoimento prestado pelo próprio Osvaldo Pressutti a fls. 171, nos seguintes termos: “que era juntamente com Waltair Porto Ribeiro o administrador da Triumph até o ano de 2008” e “que era juntamente com Waltair Porto Ribeiro o responsável pela movimentação bancária e pela emissão de cheques da Triumph”.

(...)

Já no que diz respeito à responsabilidade atribuída às sócias Lilian Barbosa de Mello Pressutti e Marisa Bonassi Ribeiro, não se demonstrou, de forma clara e congruente, o seu “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Cabe ressaltar que, não obstante apenas elas constassem formalmente como sócias e administradoras da sociedade à época dos fatos geradores, foi o próprio autuante quem afirmou que elas não participaram de nenhum ato de gestão.

Por conseguinte, impõe-se manter os vínculos de responsabilidade de Osvaldo Pressutti e de Waltair Porto Ribeiro, mas afastar os vínculos de responsabilidade de Lilian Barbosa de Mello Pressutti e de Marisa Bonassi Ribeiro.

Da análise dos argumentos expendidos pela r. decisão de primeira instância, sendo o fundamento da apontada responsabilização as disposições do apontado Art. 124, inciso I do CTN, que, como bem se sabe, aponta para a possibilidade da configuração de "obrigação solidária" das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

A respeito da possibilidade de utilização daquele normativo como fundamento para a imposição da responsabilidade tributária a terceiros, há tempos temos já sustentado nosso entendimento a respeito do descabimento dessa linha argumentativa, sobretudo porque, assim o sendo, as disposições do Art. 124, inciso I acabariam tornando "tabula rasa" as disposições expressamente indicadas pelo CTN nos comandos contidos nos artigos 134 e 135, o que, na mais primitiva técnica de hermenêutica, já se mostra completamente equivocado.

Independentemente dessa discussão, ou mesmo da possibilidade, ao menos em tese, da possibilidade de ulterior adequação da fundamentação jurídica da responsabilidade imposta (dependendo, sempre, das razões fáticas especificamente descritas na autuação), fato é que, especificamente em relação às Sras. LILIAN BARBOSA DE MELLO PRESSUTTI e MARISA BONASSI RIBEIRO, o que se verifica nos autos é a efetiva inexistência de qualquer ato que, mesmo eventualmente, pudesse aqui ser considerado como suficiente para a responsabilização pretendida.

Sem a prática de qualquer ato que dê sustentação a essa imposição, o que se verifica é que, ao cabo, estar-se-ia estabelecendo uma responsabilidade objetiva das referidas Sras., o que, com toda a certeza, não se coaduna com os comandos contidos em nosso ordenamento jurídico pátrio, mostrando-se, assim, perfeitamente legítimo o afastamento efetivado.

Em face dessas considerações, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo o afastamento da responsabilidade tributária inicialmente imposta às Sras. LILIAN BARBOSA DE MELLO PRESSUTTI e MARISA BONASSI RIBEIRO, especificamente por se tratarem de meras "laranjas" e nunca terem praticado qualquer ato de gestão das atividades da requerida, não lhe sendo válida, assim, a imposição das disposições do Art. 124, inciso I do CTN, ou mesmo ainda as disposições do Art. 135, inciso III daquele mesmo diploma.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DA CONTRIBUINTE

Sobre a inconstitucionalidade da obtenção de informações bancárias sem a prévia quebra do sigilo bancário por determinação judicial – inconstitucionalidade da LC 105/2001

Da análise do recurso voluntário interposto pela empresa-contribuinte, verifica-se que ela, redarguindo os mesmos argumentos antes apresentados em sua impugnação, pretende ver reconhecida a invalidade do lançamento efetivado, especificamente em decorrência de ter sido ele lavrado com base, especificamente, nas informações relativas às suas movimentações financeiras, obtidas junto às respectivas instituições bancárias sem qualquer intervenção judicial, acarretando, assim, a inválida quebra do sigilo bancário.

A Antes, entretanto, de qualquer consideração a respeito da matéria, cumpre aqui destacar então o que expressamente previsto na norma em referência, ressaltando, especificamente, a autorização legal de obtenção das referidas informações. Vejamos:

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

(...)

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. (Regulamento)

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
XII – operações com ouro, ativo financeiro;
XIII - operações com cartão de crédito;
XIV - operações de arrendamento mercantil; e
XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º *As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.*

§ 3º *Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

§ 4º *Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.*

§ 5º *As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.*

A partir da análise dessas disposições, verifica-se que, sob o ponto de vista estritamente legal, não se configura a “quebra do sigilo bancário” a prestação de informações pelas instituições financeiras e bancárias aos agentes da Fiscalização Fazendária quando por eles requerido.

A (in)constitucionalidade dessas disposições, é bem verdade, ainda hoje é tema debatido na doutrina e jurisprudência pátria, estando pendente ainda a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, que, a respeito do assunto, já expressamente reconheceu a repercussão geral da matéria quando do destaque das disposições do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).

Nada obstante, considerando que a avaliação a respeito da constitucionalidade das normas é competência própria da atuação do Poder Judiciário, aplicando-se, na atuação administrativa, a necessária presunção de validade dos comandos legais, destaca-se, a esse respeito, os dizeres específicos da Súmula CARF nº 2 que assim, inclusive, especificamente já se pronuncia:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante dessas razões, afasto a análise a respeito da (in)constitucionalidade das disposições da LC nº 105/2001 pretendida pelo recorrente e, com isso, presumindo válidas as

informações contidas nos autos a partir da expedição das competentes *Requisições de Movimentação Financeiras – RMF's* aqui então especificamente retratadas.

Da aplicação da presunção de omissão de receitas

Continuando suas razões, a contribuinte sustenta também a invalidade da aplicação de presunção de receitas na espécie, destacando, novamente, ofensa a princípios constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, etc.

A aplicação, no caso, da presunção de omissão de receitas, vale destacar, decorrem, especificamente, da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, que, sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

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;

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). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(destaques nossos)

Por essas disposições, verifica-se que, obtendo os agentes da fiscalização as informações a respeito das movimentações financeiras realizadas nas contas-correntes da fiscalizada e não tendo ela apresentado, ao tempo e modo devido, os específicos e devidos registros dos respectivos montantes em sua contabilidade com a comprovação de sua origem e natureza, perfeitamente válida, mais uma vez, se mostra a aplicação da presunção de omissão

de receitas, da forma como efetivada, não se podendo aqui, portanto, deixar-se de observar a específica determinação legal aqui apontada.

À fiscalizada, insista-se, assistiria o direito de efetivamente desconstituir as presunções aplicadas, apresentando, quando devidamente intimada para tanto, as respectivas comprovações a respeito da origem e natureza dos apontados recursos, o que, mais uma vez, não se verifica no presente caso.

Diante disso, perfeitamente válida e regular, no caso, se verifica a aplicação da presunção de omissão de receitas promovida na atuação realizada, não se havendo falar aqui, absolutamente, em qualquer invalidade das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96 (*Súmula CARF nº 2*) e, ainda, em qualquer ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa ou qualquer outra disposição constitucional apontada.

Da Decadência

Especificamente no que tange à análise das circunstâncias próprias relativas à identificação da ocorrência ou não de decadência em relação aos créditos tributários lançados, relevante observar que a intimação da contribuinte a respeito dos termos da autuação efetivada somente ocorrera em 25/02/2013, tratando-se ali de fatos-geradores ocorridos no ano de 2008.

A decisão da douda DRJ, analisando essa matéria, especificamente destaca que a discussão aqui empreendida refere-se à identificação do regramento a ser objetivamente aplicado, se as disposições do Art. 150, par.4º ou se a regra geral contida no Art. 173, inciso I, ambos do CTN.

Essa matéria, é bem verdade, por muito tempo foi debatida pela doutrina e pela jurisprudência, havendo, recentemente, o estabelecimento de entendimento específico pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, nos termos do Art. 543-C (Recursos Repetitivos), assim definiu a querela:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo

inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **Resp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator

Pelo que aqui assentado, a aplicação ou não das disposições do Art. 150, §4º do CTN, passam, agora, a depender da verificação da existência de "pagamento" pelo contribuinte no período respectivo, não importando ser ele suficiente ou não para o adimplemento do crédito tributário no exercício, sendo certo que, inexistente qualquer pagamento, aplicam-se, então, as disposições do mencionado Art. 173, I do CTN

Nessas circunstâncias, essencial, aqui, é a verificação de qual regra decadencial deve ser aplicada, o que, a partir dos mandamentos contidos na decisão proferida pelo Colendo STJ, e aqui antes referenciada, necessária se faz a verificação, ou não, de pagamento de tributo no exercício respectivo, sendo destacável que, havendo pagamento no exercício, aplicam-se as disposições do Art. 150, §4º do CTN, ao passo que, sendo este inexistente, aplicam-se, então, as disposições do Art. 173, I.

Além da questão da identificação do pagamento, relevante ainda observar que, mesmo nas hipóteses em que ele se apresente especificamente materializado e comprovado, sendo constatada a existência de dolo, fraude ou simulação, também por isso se afastam as disposições da regra especial do Art. 150, para impor a aplicação das disposições do mencionado Art. 173 do CTN, conforme, inclusive, especificamente apontado nas disposições da Súmula CARF n. 72:

Súmula CARF nº 72:

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

No caso dos autos, na linha do que sustenta a recorrente, verifica-se, de fato, a existência do pagamento dos tributos ao longo do exercício fiscalizado, o que, a princípio, legitimaria a aplicação das regras especiais contidas no Art. 150, par. 4º do CTN.

A r. decisão de primeira instância, entretanto, mesmo tendo verificado a existência do pagamento, especificamente destaca a existência de dolo, registrando a sua avaliação no tópico relativo à qualificação da penalidade de ofício aplicada, donde se destaca o seguinte:

Enquanto os créditos bancários sem origem comprovada atingiram o expressivo montante de R\$ 11.004.130,00, tão somente R\$ 164.000,00 foram registrados a título de receita bruta na escrituração da empresa. Menor ainda foi a receita bruta anual declarada em sua DIPJ, de apenas R\$ 24.000,00. Ressalte-se que a omissão de receita foi apurada, sem exceção, em todos os meses do período fiscalizado.

Evidenciou-se, ainda, a existência de sócios de fato da autuada, os quais também eram sócios de direito de outra empresa, a Cotton Fio Fiação Ltda. Esta, por sua vez, mesmo tendo entregue a DIPJ relativa ao ano-calendário de 2008 com todos os valores zerados, foi a responsável por transferir para a conta bancária da autuada grande parte dos valores cuja origem não se comprovou.

Cumpra acrescentar a tudo isso a não localização da empresa autuada em seu endereço cadastral, a ausência de participação das sócias administradoras (esposas dos sócios de fato) nos atos de gestão da sociedade e, ainda, a apresentação de escrituração sem observância de formalidades legais.

A partir desses apontamentos, verifica-se que no presente caso não se trata de pura e simples 'omissão de receitas', no sentido do efetivo *non facere* do contribuinte, mas sim da existência de práticas específicas relacionadas com a pretensão de ocultação e mascaramento da realidade, o que, por certo, atrai, de fato, a configuração da conduta dolosa, e,

por essa razão, efetivamente afastada a aplicação das disposições do Art. 150, par. 4º da forma como pela recorrente pretendido.

Nesses termos, estando presentes nos autos elementos suficientes para a consideração da existência de efetiva conduta dolosa da contribuinte, regular se apresenta, então, a aplicação das disposições do Art. 173, inciso I do CTN, e, por isso, efetivamente afastada qualquer possibilidade de consideração de decadência ocorrida nos presentes autos.

Sobre a pretensão de discussão a respeito da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS

Seguindo nas argumentações apresentadas pela contribuinte, forçoso destacar a completa impropriedade da pretensão de discussão a respeito da incidência das contribuições do PIS e da COFINS sobre os montantes devidos pela empresa a título de ISSQN.

Isso porque, conforme muito bem assentou a decisão de primeira instância, o lançamento presente fora efetivado com base na exclusiva aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, consubstanciando-se em verdadeira e própria aplicação de presunção legal, sendo, pois, completamente descabida a pretensão da discussão apontada.

Não fosse por isso, urge destacar que, mais uma vez, o que pretende a recorrente é a discussão a respeito de inconstitucionalidade das disposições que regem as referidas contribuições, o que, como aqui já apontado, não pode de forma alguma ser admitido no âmbito do presente processo administrativo fiscal, conforme, inclusive, específica e expressamente apontado pelas disposições da Súmula CARF n. 02, que assenta:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por essas razões, completamente descabida a pretensão deduzida pela recorrente, aqui não podendo, de forma alguma, ser acolhida.

Da qualificação da multa de ofício

Por fim, sustenta ainda a recorrente o descabimento da qualificação da penalidade pecuniária aplicada.

Em suas razões, destaca que tal prática ofende os princípios da capacidade contributiva, impondo efetivo e verdadeiro efeito confiscatório, o que seria rejeitado por nosso sistema.

Ocorre que, como já aqui amplamente assentado, a aplicação da multa qualificada decorre de expressa previsão legal contida nas disposições do Art. 44 da Lei 9.430/96, que, a respeito dessa matéria, assim então aponta:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A respeito das condutas indicadas pelos agentes da fiscalização como suficientes para a qualificação da penalidade (aquelas inclusive apresentadas para o afastamento da aplicação das disposições do Art. 150, par. 4o do CTN para a definição da regra aplicável de decadência), relevante destacar a objetiva e própria indicação de fatos praticados que denotam efetivo e verdadeiro dolo no sentido de dificultar, retardar e exigir o crédito tributário, estando, assim, perfeitamente presentes as circunstâncias autorizadoras da qualificação.

Observe-se que, no presente caso, não se trata de mera qualificação em decorrência da prática da omissão de receitas. Esta, na verdade, é consequência de todos os demais atos praticados pelos gestores da empresa, sobretudo a partir da utilização de laranjas (colocação das esposas na composição do quadro societário, em substituição aos seus verdadeiros administradores de fato), o que, por si só, já demonstra a perfeita regularidade da qualificação da penalidade efetivada.

Em face dessas considerações, penso não assistir razão a recorrente, entendendo aqui pela manutenção da qualificação da penalidade, da forma como apontado pelos agentes da fiscalização.

Da responsabilidade solidária aplicada

Como último ponto de destaque, relevante ainda a discussão a respeito da imputação da responsabilidade solidária aos sócios (de fato) da pessoa jurídica, providência que, conforme se verifica, fora fundada nas disposições do Art. 124, inciso I do CTN.

A discussão, conforme aqui se verifica, refere-se, inicialmente, à identificação dos contornos fáticos da demanda, e, a partir daí, a possibilidade (ou não) de imposição de responsabilidade a terceiros (sócios, representantes, mandatários, etc.), fundada nas disposições contidas em nosso ordenamento jurídico pátrio.

A matéria, é bem verdade, não é nova na doutrina e jurisprudência nacionais, sendo, a seu respeito, inclusive, as célebres lições a respeito da hermenêutica própria aplicável às disposições do Art. 135 do CTN, especificamente quanto ao seu inciso III e, no caso, os limites de sua aplicação.

Eis o teor específico do dispositivo invocado:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(Destaque nosso)

A par de todo o desenvolvimento teórico a respeito da matéria, é relevante destacar que, atualmente, a questão encontra-se já pacificada pela jurisprudência nacional, sobretudo ante a análise do julgamento proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, sob a sistemática própria dos chamados “Recursos Repetitivos” (Art. 543-C do CPC), assim então já se pronunciou no julgamento do REsp 1101728 / SP:

Processo REsp 1101728 / SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0244024-6

Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 11/03/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 23/03/2009

Ementa

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou, oralmente, o Dr. AYLTON MARCELO BARBOSA DA SILVA, pela recorrida.

(Destaque nosso)

Pelo que aqui se verifica, na linha que há tempos, inclusive, temos já sustentado, o julgamento paradigma fundamental editado pelo Colendo STJ a respeito aos específicos contornos da aplicação das disposições do Art. 135, inciso III do CTN – e, no caso, a responsabilização tributária de terceiros -, é clarividente no sentido que não se mostra suficiente a simples demonstração ou identificação da ocorrência do inadimplemento do montante devido. **É fundamental que, em cada caso, reste devida e especificamente comprovada a atuação com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa, sem a qual, definitivamente, não se pode admitir a responsabilização dos referidos agentes.**

Estando hoje já assentado o entendimento a respeito das limitações próprias do campo de aplicação do referido dispositivo, tem-se verificado, nos dias atuais, um “redirecionamento” dos fundamentos, agora não mais se limitando à aplicação das disposições do mencionado Art. 135, mas sim, objetivamente, buscando-se a partir das disposições do Art. 124, inciso I do CTN, a (re)abertura do flanco de responsabilidade de terceiros.

O art. 124 do CTN, por sua vez, assim especificamente se apresenta:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Pelos muitos debates que temos empreendido, verifica-se que, de forma reiterada, os fundamentos trazidos pelos agentes da fiscalização fazendária (e muitas vezes, inclusive, especificamente admitidos nas sessões de julgamento) apontam para a existência do dito “**interesse comum**” no fato de que o resultado da operação ilícita/irregular seria, de alguma forma, beneficiado os agentes especificamente considerados (sócios, representantes, mandatários, etc.), possibilitando-se, assim – segundo entendem -, a imposição da referida responsabilidade solidária.

Ocorre que, com a mais respeitosa vênia, o entendimento indicado por aqueles que defendem essa tese não se mostra coerente com a interpretação de nosso próprio ordenamento jurídico, sobretudo porque, acaso admitida na espécie, com toda a certeza, as disposições do Art. 124, inciso I simplesmente tornariam inúteis e desnecessárias quaisquer outras considerações relativas aos critérios normativos de responsabilidade de terceiros, tornando imprestáveis, assim, tudo o que até hoje já se construiu a respeito da hermenêutica própria daquele mencionado Art. 135, inciso III do CTN.

Tal distinção, penso, é aqui fundamental, sobretudo porque ao admitir a possibilidade de imposição de responsabilidades a terceiros pela via das disposições do Art. 124 do CTN, impõe-se a completa e total inutilidade das disposições dos artigos 134 e 135

daquele mesmo diploma legal, o que, por sua vez, não se mostra como a mais adequada hermenêutica a ser aplicada à espécie (“*A lei não contém palavras inúteis*”).

As disposições do mencionado Art. 124 do CTN, com toda a certeza, tratam, na verdade, as “normas gerais” para a definição (legal) da chamada ***Sujeição Passiva Tributária***, não se referindo, absolutamente, a qualquer comando que importe na possibilidade de responsabilidade de terceiros, da forma como se tem então equivocadamente sustentado.

Diante da adequada interpretação a ser aplicada ao referido dispositivo, não vejo como razoável ou possível a imposição de responsabilidade de sócios, gestores ou mandatários pela aplicação das disposições do mencionado Art. 124, inciso I do CTN, devendo, sempre, e em cada caso, ser efetivamente identificada a configuração das limitadas hipóteses presentes nas disposições dos Art.s 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, vale destacar, possui inúmeros precedentes no exato sentido de inadmitir a aplicação das disposições do mencionado Art. 124 do CTN como meio para a imposição de responsabilidade tributária solidária a terceiros, destacando, de forma renitente, que a solidariedade pretendida somente se mostra possível quando os agentes especificamente considerados tenham, efetivamente, participado da prática do ato legalmente definido como o fato gerador do tributo lançado. Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:

Processo AgRg no AREsp 429923 / SP
Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)
Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento 10/12/2013
Data da Publicação/Fonte DJe 16/12/2013

Ementa

PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

- 1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida.*
- 2. Vê-se, pois, na verdade, que a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.*
- 3. É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.*
- 4. Correto o entendimento firmado no acórdão recorrido de que, nos termos do art. 124 do CTN, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.***
- 5. A pretensão da recorrente em ver reconhecida a confusão patrimonial apta a ensejar a responsabilidade solidária na forma prevista no art. 124 do CTN encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Agravo regimental improvido.*

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, cordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman

Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

A jurisprudência daquela Colenda Corte, como se verifica, de forma reiterada afirma que a aplicação das disposições do Art. 124, inciso I do CTN somente possuem cabimento nas circunstâncias em que reste devidamente comprovado que as pessoas especificamente consideradas tenham ambas participado da efetiva e eficaz concretização do fato gerador tributário, sendo essa, então, o exclusivo campo de utilização do referido comando normativo.

A imposição de responsabilidade tributária a terceiros (sócios, gestores e dirigentes) somente se mostra possível nas hipóteses em que reste devidamente comprovada a concretização das hipóteses expressamente previstas nas disposições dos Artigos 134 ou 135 do CTN. Nesse sentido, inclusive, vejamos o entendimento reiterado naquela por aquela Corte no seguinte precedente:

*Processo EREsp 702232 / RS
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2005/0088818-0
Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)
Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO
Data do Julgamento 14/09/2005
Data da Publicação/Fonte DJ 26/09/2005 p. 169*

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Na mesma linha de entendimento, verifica-se que na jurisprudência daquela Colenda Corte, não basta que o interesse seja "econômico", conforme, mais uma vez, extrai-se dos seguintes arestos:

*Processo REsp 834044 / RS
RECURSO ESPECIAL 2006/0065449-1
Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126)
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 11/11/2008
Data da Publicação/Fonte DJe 15/12/2008*

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO CONGLOMERADO FINANCEIRO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. "Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas" (HARADA, Kiyoshi. "Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador").

2. Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.

3. Recurso especial desprovido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

(grifos e destaques nossos)

Processo AgRg nos EDcl no REsp 375769 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

2001/0153788-4

*Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)
Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento 04/12/2007
Data da Publicação/Fonte DJ 14/12/2007 p. 379*

Ementa

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR (CONTRATANTE) – ART. 31 DA LEI 8.212/91.

1. O STJ entende haver responsabilidade solidária entre a empresa tomadora e a prestadora de serviço, para o cumprimento das obrigações previdenciárias, admitindo, contudo, a isenção da referida solidariedade apenas se a prestadora de serviço recolher, previamente, as ditas contribuições previdenciárias.

2. Caracteriza-se solidariedade tributária quando duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pelo pagamento do crédito tributário.

3. O instituto está previsto no art. 124 do CTN, em que o inciso I determina a solidariedade quando os sujeitos estão na mesma relação obrigacional. Deve ocorrer interesse comum das pessoas que participam da situação que origina o fato gerador. Conseqüentemente, passam à condição de devedores solidários. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

A partir desses precedentes, verifica-se, sem qualquer sombra de dúvidas, que as disposições do mencionado Art. 124, inciso I do CTN não se prestam, de forma alguma, para a imposição da responsabilidade de terceiros, conforme assaz pretendido, mas sim, referem-se às circunstâncias em que pessoas (contribuintes) atuem na prática objetiva da situação legalmente prevista como hipótese de incidência tributária (materialização do fato gerador), o que, com toda a certeza, é muitíssimo distinta daquela tratada no presente feito.

Entretanto, em que pese rejeitarmos aqui a imputação da responsabilidade de terceiros a partir da aplicação das disposições do mencionado Art. 124, inciso I do CTN, relevante observar que tal fato não impede que, diante das específicas circunstâncias fáticas apresentadas na autuação, seja verificada a prática dos atos que possibilitassem a imputação da responsabilidade, agora, a partir da aplicação das disposições dos art. 134 e/ou 135 do CTN.

Apenas para evitar qualquer mal-entendido a respeito desse entendimento, não se trata aqui de "aprimoramento" do lançamento, mas sim da indicação do fundamento jurídico próprio e adequado, diante das mesmas circunstâncias fáticas relacionadas.

Em face dessas considerações, aqui já se destacaram as atuações dos agentes apontados, destacando-se, de todas elas, a utilização de efetivos "laranjas", o que, per se, já representam as hipóteses de infração à Lei, especificamente a partir do que consta nas disposições do Art. 72 da Lei 4.502/64, que, inclusive, assim especificamente aponta:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Restando, pois, devidamente configurada a hipótese de infração à lei, nos termos aqui considerados, penso como perfeitamente regular a imputação da responsabilidade aos indicados "sócios de fato" (*Srs. Osvaldo Pressutti e de Waltair Porto Ribeiro*), esta com base nas específicas e próprias disposições do Art. 135, inciso III do CTN, e, portanto, perfeitamente regular a solidarização realizada.

Conclusão

Diante de todo o exposto, encaminho o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e também aos Recursos Voluntários interpostos, mantendo, assim, integralmente a decisão exarada em primeira instância e, por consequência, todas as disposições do auto de infração considerado.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator