



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

Processo n° 19515.000172/2010-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.546 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente Bar e Petisco Machado Ltda. ME
Recorrida 1ª Turma da DRJ/SPO1

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DE EXTRATOS E DADOS BANCÁRIOS DIRETO PELA RFB. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA n° 2.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão integrante da estrutura administrativa da União, não é competente para enfrentar argüições acerca de inconstitucionalidade de lei tributária.

IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A Lei n° 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Cabe ao sujeito passivo o ônus da prova se a infração tributária que lhe é atribuída decorre de presunção legal.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. OMISSÃO DE RECEITA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE PESSOAS. SIMULAÇÃO.

A apresentação reiterada de Declaração de Inatividade, ocultando do fisco a verdadeira base de cálculo da obrigação tributária constitui conduta que justifica a qualificação da multa proporcional de ofício para 150%.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - SÚMULA N° 4 DO CARF. Conforme súmula n° 4 do CARF, a partir de 1° de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE. Aplica-se o decidido em relação ao tributo principal ao lançamento da CSLL, PIS e COFINS, em razão da estreita relação de causa e efeito.

Recurso Voluntário provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir a responsabilidade do coobrigado, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez. e Carlos Pelá

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes a fatos geradores ocorridos em 2005 (fls. 436/457), acrescidos de juros e multa de 150%.

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 416/431, em razão de ter a fiscalizada apresentado Declaração de Inatividade relativa aos anos-calendário 2004 e 2005 e de ter sido apurada vultosa movimentação financeira em contas bancárias de sua titularidade, foi instaurado o procedimento fiscalizatório.

Uma vez que a contribuinte apresentou declaração de rendimentos pela sistemática do Simples, constatado o excesso de receitas no ano-calendário 2004, a contribuinte foi excluída do Simples a partir de 01/01/2005, conforme Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 078, de 19 de outubro de 2009 (fl. 434), formalizada no processo 19515.002318/2009-08.

Em face de sua exclusão do Simples e da não apresentação de seus livros contábeis do ano-calendário 2005, a contribuinte teve seu lucro arbitrado com base nos depósitos bancários de origem não comprovada.

O Sr. Luis Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06, procurador da empresa junto às instituições financeiras, foi qualificado como responsável solidário pelo crédito tributário lançado, responsabilidade enquadrada nos artigos 124, inciso I, e 135, incisos II e III, do CTN.

A contribuinte apresentou Impugnação às fls. 459/512, sustentando, em síntese: *(i)* a ilegalidade da quebra do seu sigilo bancário sem a devida ordem judicial; *(ii)* a necessidade de exclusão do Sr. Luis Alberto Rodrigues do pólo passivo da presente demanda; *(iii)* a inexistência do fato gerador dos tributos; *(iv)* a indevida presunção de receita com base nos depósitos bancários; *(v)* o descabimento da multa de 150% e da aplicação da Taxa Selic como juros de mora.

Além disso, esclareceu que os valores que circularam em suas contas bancárias têm como origem tíquetes alimentação e refeição, comprados de trabalhadores que a procuravam, com pequeno deságio de 1% (que constitui o valor que efetivamente pertence à autuada) em relação aos valores pagos pelas empresas emissoras destes tíquetes.

Aduz que os valores movimentados em suas contas correntes são receitas de terceiros que não significam o aumento de seu patrimônio e, por este motivo, não constituem renda ou receita da autuada, sendo para si meras entradas.

Sustenta que o sócio da empresa, Sr. Brás Machado, é pessoa idônea e de reputação ilibada, mas de pouca ou nenhuma instrução, que se sentiu coagido pela presença da autoridade fiscal e assinou o Termo de Intimação, datado de 29/08/2008, elaborado de próprio punho pelo auditor fiscal, por determinação deste, sendo certo que nunca faltou com a verdade, pois não mantém conta bancária em seu nome e não teve a intenção de dizer que a empresa não possuía conta bancária.

Afirma que o procurador da empresa com poderes para movimentar contas bancárias, Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06, era funcionário de confiança da empresa, mas "não possuía registro profissional, pois a atividade de comércio de bebidas e refeições, e compra de tíquetes, por vezes, na tentativa de sobrevivência face ao predatório mercado brasileiro, acaba por optar pela informalidade em alguns aspectos".

Ressalta que durante a fiscalização cumpriu todas as exigências e solicitações da autoridade fiscal e quis demonstrar que sua atividade é o comércio quase informal de bebidas, petiscos e jogo de sinuca, conforme constatado pela própria autoridade fiscal, atividade que apresenta lucro extremamente diminuto, representado por frações centesimais de real e que suporta custos elevados em comparação aos proventos havidos.

Acrescenta que compra de tíquetes, emitidos no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), é prática comum na cidade de São Paulo e é permitida pelas autoridades brasileiras, não se tratando de crime de estelionato, pois nesse tipo penal é necessário que uma das partes seja induzida ou mantida em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento e, na operação descrita, o trabalhador tem plena consciência de seus atos, dirigindo-se conscientemente ao estabelecimento comercial para oferecer seus tíquetes. A contribuinte não se vale de nenhum meio para ludibriar o trabalhador-proponente, mas apenas discrimina as condições do negócio, expondo o deságio, e realiza a transação, adiantando o dinheiro em troca do título de crédito específico.

Defende que não merecem respaldo as conclusões do auditor fiscal no sentido de que **(i)** as assinaturas da sócia Sra. Aparecida Paulina Machado, esposa do Sr. Brás Machado, que constavam nos cheques enviados pelos bancos oficiados aparentemente não coincidem com as assinaturas no Termo de Adesão de Convênio com as empresas de tíquetes; e **(ii)** que os cheques apresentados pelo Banco Unibanco S/A tinham a assinatura ilegível de uma suposta terceira pessoa que seria o procurador da empresa, motivos estes que comprovariam a participação do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves como interposta pessoa administradora dos valores movimentados na conta corrente da empresa. Isso porque, tão conclusões foram extraídas de provas obtidas por meios ilícitos, já que desrespeitado o sigilo bancário da contribuinte.

Por fim, ressalva que as pessoas físicas dos sócios não apresentam quaisquer sinais exteriores de riqueza.

A 1ª Turma da DRJ/SP1 julgou procedente em parte o lançamento (fls. 575/637), nos termos da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

ENVIO DE INTIMAÇÕES. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL.

Intimações devem ser enviadas ao domicílio tributário do sujeito passivo entendido como o endereço postal ou eletrônico autorizado fornecidos pelo mesmo sujeito passivo para fins cadastrais.

INFORMAÇÕES BANCARIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ONUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

ESCRITURAÇÃO CONTABIL. LIVRO CAIXA. NÃO APRESENTAÇÃO ARBITRAMENTO.

A pessoa jurídica que não apresenta os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal nem o livro Caixa com toda a movimentação financeira autoridade fiscalizadora deve ter o seu lucro calculado pelo método arbitramento.

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período - base a que corresponder a omissão.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

FATO GERADOR. PERÍODO DE APURAÇÃO. BASE DE CALCULO.

A COFINS, cujo dia de fato gerador é o último de mês, incide apenas sobre os valores tributáveis apurados neste próprio mês.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

FATO GERADOR. PERÍODO DE APURAÇÃO. BASE DE CALCULO.

A contribuição para o PIS, cujo dia de fato gerador é o último de mês, incide apenas sobre os valores tributáveis apurados neste próprio mês.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE.

Os administradores, mandatários, prepostos e empregados 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.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

Impugnação Procedente em Parte

Credito Tributário Mantido em Parte

Vale esclarecer que, as receitas omitidas decorrentes de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada foram apuradas trimestralmente, inclusive para determinação do PIS e da COFINS devidos conforme demonstrado pela autoridade lançadora à fl. 405. Assim, entendeu a autoridade julgadora *a quo* que o PIS e a COFINS foram em parte indevidamente lançados sobre os totais trimestrais com fato gerador no último dia de cada trimestre. Esclareceu que, em 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e 31/12/2005 somente ocorreram fatos geradores de PIS e de COFINS incidentes sobre as receitas omitidas respectivamente em março, junho, setembro e dezembro de 2005. Por isso, exonerou as parcelas destes tributos que foram lançadas sobre receitas que não foram omitidas nos períodos de apuração das respectivas datas dos fatos geradores que constam nos autos de infração.

Diante dos fatos, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 665/718), aduzindo, em resumo:

- 1) A ilegalidade da quebra de seu sigilo bancário.
- 2) A inexistência de sujeição passiva solidária por ilegitimidade passiva, haja vista que o procurador da contribuinte não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 135 do CTN e tampouco se preocupou a Autoridade Fiscal em demonstrá-lo.
- 3) Que o Sr. Luis Alberto Rodrigues Alves era funcionário de extrema confiança da empresa nos anos-calendário de 2004 e 2005, razão pela qual possuía procuração outorgando-lhe poderes para "movimentar contas correntes, endossar cheques, verificar saldos" etc. Contudo, na qualidade de empregado, ele não deve ser responsabilizado solidariamente pelo crédito tributário lançado.

4) Que os valores movimentados nas contas correntes da contribuinte nada mais são do que receitas de terceiros; ou seja, meros montantes financeiros que transitaram em suas contas bancárias, mas que não significaram aumento em seu patrimônio.

5) Que é inadequada a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº. 9.430/96, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura. Nem sempre o volume de depósitos injustificados leva ao rendimento omitido correlato.

6) Que não houve qualquer irregularidade ou infração praticada que ensejasse a imposição de multa de ofício de 150%.

7) Que a multa de ofício de 150% é confiscatória.

8) Que a Taxa SELIC não deve ser aplicada como juros moratórios.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

O recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

Preliminar

As instâncias administrativas de julgamento estão impedidas de afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do disposto no artigo 62 da Portaria MF nº 256/2009, que aprova o Regimento Interno do CARF, conforme abaixo:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A aplicação de normas constitucionais somente é possível nos casos de decisões definitivas do STF e do STJ na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543C da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil), conforme art. 62-A do Regimento Interno do CARF, a saber:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (g.n.), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Nesse passo, como a matéria não foi definitivamente julgado pelo STF, considera-se legítima a requisição de dados e extratos bancários pela Receita Federal do Brasil diretamente às Instituições Financeiras.

Sobre o tema, aplica-se, ainda, o enunciado da Súmula nº. 2 deste Conselho:

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Logo, é de se rejeitar a preliminar argüida pela Recorrente.

Mérito

No mérito, diga-se, para logo, que deve ser mantida a autuação.

Transcrevo trecho da decisão recorrida que adoto entre as razões de decidir:

19. A contribuinte foi intimada, por meio do Termo de Início de Fiscalização, cientificado, ao sócio Sr. Braz Machado, CPF 813.961.718-00 em 29/08/2008, a apresentar, relativamente aos anos-calendário 2004 e 2005; entre outros documentos, o Livro Caixa ou Livros Diário e Razão e os extratos de contas correntes bancárias (fl. 11). Nesta mesma data, o sócio da fiscalizada, na presença do auditor fiscal e de uma testemunha assinou Termo de Declarações (fl. 12) cujo texto é o seguinte:

Na presença do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Sebastião Guglielmino, matrícula 12047, no local de exercício da minha atividade comercial de revenda de bebidas, localizada na Rua Carlos dos Santos nº 774 Jd. Brasil São Paulo (SP), com empresa registrada sob o nome de Bar e Petisco Machado Ltda: ME, declaro sob as penas da lei que não mantenho conta bancária há mais de 5 (cinco) anos, sendo meu comércio de baixíssimo rendimento, apenas para subsistência, sequer declarando renda ao só órgãos municipais, estaduais e federais.

Para tanto, de plena concordância, assino o presente termo, na presença do Auditor e de uma testemunha. (negrito meu)

20. Diante desta declaração do sócio, prestada no estabelecimento da pessoa jurídica e em resposta ao Termo de Início de Fiscalização dirigido à empresa, a Delegada da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo lavrou, em outubro de 2008, nos termos do artigo 6º da Lei nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF's (fls. 20 a 22 e 162 a 164), nas quais foram requisitados, entre outros elementos relativos aos anos-calendário 2004 e 2005, extratos de movimentação de contas correntes e instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentarem conta corrente. Impressão da movimentação bancária fornecida pelo Banco ABN AMRº Real em meio magnético e relativa ao ano-calendário 2005 encontra-se de fls. 129 a 140. Cópias dos extratos bancários, fornecidos pelo Banco Safra e relativos ao ano de 2005, encontram-se de fls. 169 a 209. Cópia de procuração (fls. 392 e 393) dando amplos poderes ao Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06, inclusive para

movimentar contas bancárias da fiscalizada, foi fornecida pelo Unibanco, que registrou este procurador na ficha cadastral da empresa (fl. 390). A própria fiscalizada ao apresentar, em fevereiro de 2009, os extratos relativos à conta por si mantida no Unibanco em 2004 (fls. 324 a 355), trouxe também declaração assinada pelo sócio Braz Machado, na qualidade de sócio responsável pela pessoa jurídica fiscalizada, na qual declara o seguinte:

(..) a movimentação verificada em contas bancárias sob titularidade do estabelecimento acima qualificado se trata, efetivamente, de movimentação realizada por conta e ordem de terceiros, qualificados como empresas de tíquetes ("tickets") de refeição e de alimentação, uma vez que referido estabelecimento, do qual sou sócio responsável, realizou operação de compra de "tickets" de pessoas físicas em geral por sua livre e espontânea vontade, não caracterizando, desta forma, nenhum fato típico antijurídico de qualquer natureza.

21. Anteriormente, em 07/01/2009, a fiscalizada havia sido intimada a esclarecer a movimentação bancária junto aos bancos Unibanco, ABN Amro Real S/A e Safra S/A e a participação do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06 como representante e administrador da contribuinte (fls. 313 a 315). Em resposta, apresentada em 12/01/2009 (fls. 317 a 322), a contribuinte declarou, sem apresentar nenhum documento comprobatório, que o Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves é funcionário de sua confiança e que a movimentação bancária se referia a intermediação de tíquetes, o que não podia comprovar devido a contumazes e reiterados roubos consumados em seu estabelecimento.

22. Diante da movimentação financeira verificada, dos extratos bancários colhidos e da declaração do sócio acima reproduzida, o auditor fiscal intimou em 04/03/2009 (fls. 356 a 358) a contribuinte, entre outros elementos, a:

22.1. esclarecer e justificar, apresentando comprovantes hábeis e idôneos, a citada comercialização de tíquetes, em uma empresa cujo ramo de atividade é o comércio de bebidas e petiscos, bem como a origem do capital investido na citada operação comercial, considerando que o capital da empresa é muito pequeno; e

22.2. apresentar contrato ou outro qualquer documento que comprove a relação jurídica e comercial, supostamente existente entre os citados terceiros, empresas de tíquetes, e a fiscalizada, que autorizaram a suposta realização de operações por conta e ordem dessas terceiras empresas.

23. A fiscalizada apresentou, em 11/03/2009 a resposta de fls. 369 a 371, na qual afirma, entre outros pontos, que o capital para a compra dos tíquetes se origina da venda dos tíquetes do mês anterior e apresentou cópia de Termo de Adesão celebrado com a empresa VR — Vale Refeição e Proposta de Adesão ao Sistema Smart.Net Instalação (fls. 372 e 373).

24. Em 14 de abril de 2009, a Delegacia de Fiscalização em São Paulo enviou novas RMF's às instituições financeiras, desta vez requerendo cópias de cheques, frente e verso, emitidos com valor superior a R\$30.000,00, de documentos de emissão de DOCs e TEDs emitidos com valor superior a R\$30.000,00 e outras ordens de débitos em conta corrente acima de R\$30.000,00 (fls. 141, 142, 226 e

227). Os documentos apresentados pelos Bancos encontram-se As fls. 143 a 161 (Banco Real) e 228 a 312 (Safra).

25. Portanto, o que se observa é que, diante destes fatos e da vinculação e obrigatoriedade do lançamento (parágrafo único do artigo 142 do CTN), a fiscalização não teve alternativa legal diferente da aplicação ao caso das normas contidas no artigo 16 da Lei nº 9.317/1996:

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-6, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, its normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

28. (...) a fiscalização intimou a contribuinte, já no Termo de Início de Fiscalização (fl. 11), a apresentar o Livro Caixa ou Diário e Razão e o Livro Registro de Inventário. Estes livros nunca foram apresentados.

29. Diante disto, agiu corretamente a autoridade autuante ao aplicar ao caso o artigo 530, inciso III, do RIR/1999: (...).

(...).

32. No presente caso, o arbitramento, realizado pela fiscalização, foi feito com base na receita bruta constatada por meio da presunção legal de omissão de receita, existente na legislação do imposto de renda, apurável com base em depósito bancário de origem não comprovada, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com a alteração feita pela Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997 (...).

33. De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a carga do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo juris tantum (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

34. Neste ponto deve-se esclarecer que não se está tributando o depósito bancário ou que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da fiscalizada que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada. Diante desta presunção legal, o ônus da prova se inverte e passa autuada, que tem a obrigação legal de comprovar a origem dos recursos.

(...).

43. Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta bancária com expressiva movimentação, no presente caso, R\$5.548.710,53 (fl. 365), diante da apresentação de Declaração de Inatividade,

relativamente ao ano-calendário 2005, conforme pesquisa de fl. 575, intimou-a a comprovar a origem de créditos efetuados em conta bancária.

44. Diante da falta de comprovação da origem dos depósitos bancários, o auditor fiscal não teve outra escolha senão formalizar o lançamento de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

45. A contribuinte reafirma na impugnação o que já havia declarado durante a ação fiscal, que os valores creditados em suas contas bancárias se originaram do repasse a administradoras de tíquetes refeição e alimentação que foram comprados de pessoas físicas com deságio (lucro) de apenas 1%. Contudo, os únicos documentos apresentados quanto a isto são as cópias do “Termo de Adesão” celebrado com a empresa VR — Vale Refeição e “Proposta de Adesão ao Sistema Smart.Net Instalação” de fls. 372 e 373, que, por si sós, não são hábeis para comprovar a explicação da contribuinte sobre a origem dos depósitos bancários.

46. Por outro lado, a fiscalização aprofundou a investigação ao solicitar às instituições financeiras cópias de cheques, frente e verso, emitidos com valor superior a R\$30.000,00, de documentos de emissão de DOCs e TEDs emitidos com valor superior a R\$30.000,00 e outras ordens de débitos em conta corrente acima de R\$30.000,00 (fls. 141, 142, 226 e 227). Os documentos apresentados pelos Bancos encontram-se às fls. 143 a 161 (Banco Real) e 228 a 312 (Safra).

47. Estes documentos, obtidos por amostragem (foram solicitados somente os de valores acima de R\$30.000,00), indicam que a explicação da contribuinte sobre sua movimentação financeira é parcialmente verdadeira. Eles confirmam a versão da autuada no sentido de que os créditos em suas contas correntes foram feitos por empresas administradoras de tíquetes: Banco VR S.A (fls. 144, 145, 147 a 151, 153 a 155, 232 a 234, 236 e 238), Ticket Serviços S.A (fls. 156, 232 a 236, 238 e 239) e Sodexo Pass do Brasil (fls. 232 a 239).

Contudo, os débitos realizados nas contas bancárias da contribuinte, comprovados por cópias de cheques, TEDs, DOCs e outras ordens de débito (fls. 146, 158 a 161 e 241 a 312) demonstram que foram realizados grandes pagamentos (acima de R\$30.000,00), muitos a outras pessoas jurídicas e grande parte a algumas pessoas físicas, o que infirma claramente a tese da impugnante de que trabalhadores do entorno do local onde se encontra o estabelecimento da autuada a procuravam para vender seus tíquetes e que trabalhava por conta e ordem alheia e/ou como depositária das empresas de tíquetes.

48. De qualquer maneira a contribuinte não comprova, o que é seu ônus conforme o artigo 42 da Lei nº.9.430/1996 acima transcrito, nem está totalmente comprovado pelos documentos juntados pela fiscalização por amostragem (somente foram solicitados aos bancos, cópias de ordens bancárias, DOCs, TEDs e cheques acima de R\$30.000,00), que os depósitos bancários têm origem em valores recebidos de administradoras de tíquetes. E se isto estivesse comprovado, ainda assim o lançamento seria cabível, não mais por presunção legal, mas por prova direta da receita omitida, de acordo com a distinção feita acima. E mesmo que não se trate de uma operação normal com tíquetes alimentação e refeição (o repasse de tíquetes recebidos pela venda de alimentos ou refeições), mas que seja uma simples compra e venda dos tíquetes, como se estes fossem títulos de créditos de ampla e

livre circulação, ainda assim a autuação não poderia ser afastada, já que a receita bruta, que é a base de cálculo dos tributos devidos em conformidade com o Lucro Arbitrado, conforme artigos 531 e 532 do RIR/1999 acima transcritos, admite apenas a exclusão das vendas canceladas, dos descontos incondicionais e dos impostos não cumulativos, de acordo com a determinação do artigo 224 do RIR/1999: (...).

49. Como se vê, o contribuinte sujeito ao Lucro Arbitrado deve calcular o valor devido de acordo com este sistema de tributação aplicando um determinado percentual sobre a receita bruta mensal auferida. Dito de outra forma: mesmo que a atividade da impugnante seja comprar e vender tíquetes com apenas 1% de lucro, no Lucro Arbitrado a contribuinte não tem direito a descontar 99% da sua receita bruta a título de custos ou despesas. Se quisesse considerar seus dispêndios, a contribuinte deveria ter optado pelo Lucro Real. Não existe previsão legal para aplicar o percentual de determinação do Lucro Arbitrado sobre a base de cálculo menor do Lucro Real.

(...).

52. De qualquer forma, não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as conseqüências de tal negligência. A responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, conforme disposto no artigo 136 do Código Tributário Nacional: (...).

53. É irrelevante para fins de constituição dos tributos incidentes sobre a receita omitida, o fato de a fiscalizada ter respondido a todas as exigências e solicitações da autoridade fiscal. Também não socorre a autuada o fato de seus sócios pessoas físicas não apresentarem sinais exteriores de riqueza, pois as pessoas dos sócios não se confundem com a pessoa da sociedade.

(...).

55. A autuada também questiona a aplicação da multa qualificada (150%) por ofensa aos princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade e por não configuração do "evidente intuito de fraude", e diz que diante da redação nova dada pela Lei nº 11.488/2007 ao inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 e do conteúdo dos artigos 105 e 116 do CTN, o percentual da multa deveria ser 50%.

(...).

62. No presente caso, o fato de a contribuinte declarar que permaneceu durante todo o ano-calendário de 2005 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial (fl. 575), ao mesmo tempo em que auferiu receitas, caracterizadas por depósitos bancários não comprovados no montante total de R\$5.548.710,53, configura o evidente intuito de fraude e o dolo descrito nos artigos 71 a 73 da Lei nº. 4.502/1964, motivo para aplicação da multa qualificada de 150%, conforme atual § 1º do artigo 44 (antigo inciso II) da Lei nº 9.430/1996. Não é lógico, razoável ou proporcional afirmar que esta diferença tão

grande entre o declarado e o que realmente aconteceu é uma inocente declaração inexata ou erro de fato. (...).

Até aqui andou bem a decisão recorrida e, pelas mesmas razões, mantenho o lançamento operado por meio do Lucro Arbitrado, com base nos depósitos bancários cuja origem a Recorrente não comprou.

Também mantenho a qualificação da multa de ofício, haja vista que a Recorrente por dois anos consecutivos (2004 e 2005) apresentou Declaração de Inatividade, ao mesmo tempo em que movimentava vultosa quantia em suas contas bancárias, o que evidencia a intenção dolosa de sonegar tributos.

De outro giro, merece reforma a decisão recorrida na parte que mantém a responsabilidade solidária do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves.

A indicação de responsabilidade solidária deve ser excluída, tendo em vista que a fiscalização não lavrou sequer o Termo de Sujeição Passiva Solidária, efetuando o correto lançamento dos tributos apurados contra a pessoa física.

Note-se, que o sujeito passivo responsabilizado solidariamente não foi em qualquer momento intimado a comparecer nos autos ou sequer foi comunicado das decisões aqui proferidas.

Não bastasse isso, a fiscalização não se desincumbiu de provar que o Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, na qualidade de administrador ou mandatário da Recorrente, teria agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na forma exigida pelo art. 135 do CTN. Mesmo porque, conforme declaração do contador da Recorrente, a Declaração de Inatividade foi levada a cabo por orientação do sócio da Recorrente, Sr. Braz Machado.

A falta de intimação do responsável solidário seria, inclusive, causa de nulidade do procedimento, acaso, no mérito, a decisão a ele não aproveitasse, conforme previsão do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993)

Finalmente, no que se refere à alegada ilegalidade da utilização da Taxa SELIC como juros de mora, aplica-se a Súmula nº. 4 do CARF:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Posto isso, encaminho meu voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para **(i)** manter integralmente os autos de infração, com a exoneração feita pela decisão recorrida que não foi objeto de recurso de ofício; e **(ii)** excluir a responsabilidade solidária do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá