



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

Processo nº 19515.720657/2016-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-003.800 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2019
Matéria Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ
Recorrente CICOMAC APOIO EMPRESARIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012

PRELIMINAR. DECADÊNCIA.

Não havendo pagamento o prazo decadencial do lançamento conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte nos termos do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado respondem solidariamente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO AO FISCO. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL

O STF já decidiu que o disposto na Lei Complementar nº 105/2001, não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITA. ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos. Para essa finalidade, os créditos devem ser analisados individualizadamente e a comprovação da origem/natureza dos recursos deve ser feita por meio de documentação hábil e idônea.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA.

Em sede administrativa, não há respaldo para discussão sobre inconstitucionalidade de norma.

MULTA QUALIFICADA. DEPÓSITO BANCÁRIO

"A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64." (Súmula CARF nº 25).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Marco Rogério Borges, Paulo Mateus Ciccone e Edeli Pereira Bessa, que mantinham integralmente a exigência.

(Assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mateus Ciccone e Edeli Pereira Bessa (Presidente)

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração lavrado contra a Recorrente e o responsável solidário Vivaldo Curi, nos quais foram efetuados lançamentos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; Contribuição para o PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no montante de R\$ 9.300.037,51, relativo ao exercício 2012, ano-calendário 2011.

O Termo de Constatação Fiscal e Responsabilidade Tributária solidária de fls. 715, a fiscalização foi promovida com o intuito de se verificar a movimentação financeira incompatível com a receita declarada na DIPJ, tendo solicitado a apresentação de cópia do contrato social e alterações, como também, os extratos bancários.

Em atendimento, a empresa apresentou cópia dos extratos bancários do Banco Santander S/A e do Banco do Brasil, em 09/06/2015 e, do Citibank S/A em 19/06/2015. Todavia, quando na análise dos extratos, a autoridade fiscal verificou que estes não tinham sido apresentado em sua integralidade, motivo pelo qual, lavrou termo de reintimação em 13/03/2016.

Dando continuidade à análise dos extratos bancários parcialmente apresentados pela Contribuinte, a fiscalização elaborou planilhas e intimou a empresa a

justificar e comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos créditos bancários, bem como seus respectivos destinatários.

Transcorrido o prazo para atendimento, a empresa não demonstrou interesse em justificar e comprovar a origem dos crédito e o destino dos débitos bancários, nem tampouco solicitou prorrogação do prazo para atendimento. Em face dessa conduta, em 23/06/2016, a autoridade fiscal lavrou Termo de Constatação e Embaraço à fiscalização.

Logo em seguida, a autoridade fiscal requereu a quebra do sigilo bancário amparada pelo art. 33 da Lei nº 9.430/96, por meio das Requisições de Movimentação Financeiras - RMF's 08.1.90.00201600031-4 e 08.1.90.00201600032-2.

De posse dos extratos bancários fornecidos pelas Instituições Financeiras, foram confeccionadas novas planilhas. Em 01/09/2016 a contribuinte foi intimada a justificar a origem e destino dos créditos mencionados. Transcorrido o prazo para atendimento a fiscalizada não se manifestou.

Na continuidade dos exames dos extratos bancários verificou-se que algumas transferências debitadas das contas correntes da fiscalizada, foram destinadas para as pessoas físicas e jurídicas abaixo discriminadas:

Valor do Débito (TED)	Nome Destinatário	Vínculo
1.014.423,82	BRF CICOMAC EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIO	mesmo sócio majoritário (Vivaldo Curi)
356.990,00	PADARIA CICOMAC SERRANA LTDA - EPP	mesmo sócio majoritário (Vivaldo Curi)
25.950,00	RCP CICOMAC EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIA	mesmo sócio majoritário (Vivaldo Curi)
1.490.076,56	REINALDO CARIUSKA	gerente/sócio minoritário (3%)
25.000,00	REINALDO CARIUSKA JUNIOR	gerente
178.249,00	SILVANO DIAS DE SOUZA	gerente
1.189.844,00	VIVALDO CURI	sócio majoritário (97%)

Intimada, em 03/11/2016, a esclarecer e comprovar a origem das transferências, a fiscalizada não logrou fazê-los.

Mesmo sem a resposta da empresa a fiscalização intimou as pessoas físicas para tentar apurar a motivação. Dentre as pessoas físicas intimadas, tem-se os empregados Reinaldo Cariuska CPF 036.114.028-26, Silvano Dias Souza, CPF 052.222.878-07 e Reinaldo Cariuska Junior CPF 304.512.268-01, os quais alegaram que os recursos foram utilizados em diversos pagamentos sem, contudo, comprová-los.

Também foi intimada a Sra. Sílvia Maria Ferreira Curi, CPF 813.760.148-15 que recebeu da empresa no ano de 2011, o valor de R\$ 471.500,00. Transcorrido o prazo para atendimento, esta não se manifestou.

Após examinar os extratos bancários, a fiscalização detectou que ocorreram transações de venda e compra de direitos creditórios, precatórios (no caso de pessoas físicas) e cheques e duplicatas no caso de pessoas jurídicas. O que se denota da relação comercial mantida com pessoas físicas e jurídicas é que a atividade econômica da empresa sob fiscalização era de operações de "factoring" embora essa atividade não constasse em seu contrato social e alterações contratuais.

Sendo assim, por praticar , efetivamente, as atividades de operações de "factoring" e tendo em vista que "a receita operacional obtida por essas empresas é representada pela diferença entre a quantia expressa no título de crédito adquirido (valor de face) e o valor pago, deverá ser reconhecida, para efeito de apuração do lucro líquido do período base na data da operação" (ADN COSIT 51/94) a fiscalização intimou a contribuinte a apresentar e comprovar os custos nas intermediações, bem como as notas fiscais e os comprovantes do efetivo recebimento dos serviços prestados. A empresa, todavia, não apresentou qualquer documentação.

Diante do exposto, considerando que as empresas de factoring estão obrigadas à apuração pelo lucro real a partir do ano-calendário de 1997 e não tendo a fiscalizada apresentado a DIPJ /2012, Escrituração Contábil Digital (ECD) ou livros Diário, Razão e Caixa, a fiscalização efetuou o arbitramento do lucro, considerando como base de cálculo os créditos bancários não comprovados.

Considerando os fatos mencionados, entendeu a autoridade fiscal que estaria demonstrada a intenção deliberada da empresa em dificultar o desenvolvimentos dos procedimentos fiscais o que justificaria a qualificação da multa no percentual de 150%.

Finalmente, a imputação da responsabilidade solidária ao sócio majoritário Vivaldo Curi se fundamentaria no fato de que ele *"utilizava os recursos da empresa como se ele fosse a própria pessoa jurídica; repassando recursos para outras empresas das quais, também, é sócio administrador, utilizava as disponibilidades da mesma para negócios pessoais; transferiu dinheiro da empresa para suas contas bancárias, em registros contábeis e sem documentação que comprovasse e justificasse essas retiradas."*

Cientificada, a contribuinte apresentou impugnação na qual alega, resumidamente, o seguinte:

a) Preliminares

a.1) ilegitimidade passiva de Vivaldo Curi para figurar como parte no processo administrativo fiscal;

a.2) o termo de sujeição passiva e os autos de infração, ora impugnados, não foram assinados pelos impugnantes. Os impugnantes informam que não reconhecem como verdadeiras as alegações e dados constantes dos mesmos;

a.3) A desconsideração da pessoa jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil e no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, somente seria possível por meio de uma decisão judicial, o que não ocorreu.

b) Mérito

b.1) Inconstitucionalidade, por quebra do sigilo bancário da contribuinte pela Receita Federal do Brasil - RFB, ao ser utilizada a movimentação bancária da impugnante para apuração do crédito tributário constituído.

b.2) As autuações foram baseadas em meras presunções e argumentação genérica.

b.3) A totalização dos recursos movimentados como lucro (renda líquida) e a caracterização da atividade da empresa como *factoring* , com retenção de imposto de renda na fonte sobre tais repasses, são meras presunções.

Em 13 de julho de 2017, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (MG), negou provimento à Impugnação em decisão cuja ementa é a seguintes (fls. 1007):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado respondem solidariamente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

INTIMAÇÃO VIA POSTAL. NO ENDEREÇO ELEITO PELO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSÁRIA A ENTREGA PESSOAL.

Considera-se feita a intimação, via postal, com a entrega da correspondência no endereço eleito pelo sujeito passivo como seu domicílio fiscal, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, mesmo que não seja o representante legal do destinatário.

TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO AO FISCO. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL

O STF já decidiu que o disposto na Lei Complementar nº 105/2001, não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITA. ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos. Para essa finalidade, os créditos devem ser analisados individualizadamente e a comprovação da origem/natureza dos recursos deve ser feita por meio de documentação hábil e idônea.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA.

Em sede administrativa, não há respaldo para discussão sobre inconstitucionalidade de norma.

Em 26/07/2017, a contribuinte foi cientificada do teor da decisão acima transcrita (AR fls. 1040), em virtude da qual apresentou, em 25/08/2017 o recurso voluntário de fls. 1044/1105, no qual reitera as alegações já suscitadas. Em particular, alega a decadência tendo em vista que a totalidade dos créditos que o fisco federal busca cobrar tiveram seus fatos geradores entre os meses de janeiro a dezembro de 2011 e os autos de infração foram lavrados em 24/11/2016

É o relatório.

Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

1)DECADÊNCIA

De acordo com o Recorrente, o imposto de renda pessoa é tributo sujeito ao lançamento por homologação previsto no art. 150 §4º do CTN. Assim, tendo em vista que a totalidade dos créditos que o fisco federal busca cobrar tiveram seus fatos geradores entre os meses de janeiro a dezembro de 2011 e os autos de infração foram lavrados em 24/11/2016 teria transcorrido o prazo decadencial de lançamento.

Incorretas as alegações do Recorrente. Em primeiro lugar, porque o fato gerador do Imposto sobre a Renda ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário. Em segundo lugar, porque, na hipótese dos autos, não houve pagamento, o que transfere o prazo para o primeiro dia do exercício seguinte nos termos previsto no artigo 173, I do CTN. Essa a orientação firmada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 973.733 submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

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 incorre, 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 imponible, 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 atos impositivos 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.(grifamos)

Sendo assim, não há que se falar em decadência dos lançamentos relativos ao ano-calendário de 2011.

2) DEMAIS ALEGAÇÕES

No tocante às demais alegações, verifica-se que o Recorrente se limitou a reproduzir, *ipsis literis*, as alegações constantes da Impugnação, sem infirmar qualquer das alegações da decisão recorrida. Sendo assim, reproduzo as razões da decisão recorrida, as quais confirmo, nos termos previstos no artigo 57, § 3º do RICARF.

Preliminar. Ilegitimidade passiva de Vivaldo Curi para figurar como parte no processo administrativo fiscal.

Aduzem os impugnantes que o termo de sujeição passiva e os autos de infração impugnados não foram assinados por eles, portanto, não reconhecem como verdadeiros os dados constantes nos referidos documentos. Cumpre esclarecer que os documentos: Termo de Constatação Fiscal e Responsabilidade Tributária Solidária (IRPJ/CSLL/PIS/COFINS), fls. 715/734; AI – IRPJ, fls. 735/750; AI – CSLL, fls. 751/765; AI – PIS, fls. 766/774; AI – COFINS, fls. 775/783; Termo de Ciência de Lançamentos e Encerramento Total do Procedimento Fiscal, fls. 784/785 e Termo de Sujeição Passiva Solidária, fls. 787/788, foram encaminhados para o endereço dos impugnantes (Cicomac e Vivaldo Curi), cadastrado na Receita Federal do Brasil - RFB, qual seja: Al. Ribeirão Preto, nº 235, 3º, Bela Vista/São Paulo/SP, CEP 01331-001, via SEDEX, conforme Aviso de Recebimento – AR, fls. 790/791, recepcionado em 29/11/16, por Marcius Noschese.

Nos termos do art. 23, II, §2º, II, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal, considera-se feita a intimação, via postal, no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência.

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

[...]

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)"

Este é o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, exarado na Súmula nº 9, que considera válida a ciência da intimação, por via postal, mesmo que a

correspondência não tenha sido assinada pelo representante legal do destinatário.

"Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário."

Portanto, inócua a argumentação de não reconhecimento das informações que constam do termo de sujeição passiva e dos autos de infração impugnados, por não terem sido assinados pelos impugnantes.

Entendem que há ilegitimidade passiva de Vivaldo Curi para figurar como parte no processo administrativo fiscal, por não responder pelos haveres da pessoa jurídica impugnante. A tese aventada não merece prosperar, pois o lançamento de ofício deve ser efetuado contra o contribuinte e todos os responsáveis tributários, incluindo os solidários. O art. 142 do Código Tributário Nacional exige a identificação do sujeito passivo, conceito que engloba o contribuinte e o responsável, nos termos do art. 121 do mesmo diploma legal.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifos não originais)

[...]

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Por sua vez, o Decreto nº 70.235, de 1972, quando estabelece em seu art 10 que um dos elementos do Auto de Infração é a identificação do autuado, deve-se entender que a utilização deste termo ocorreu em acepção ampla, de forma a abranger as figuras do contribuinte e do solidário.

De forma a regulamentar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil os comandos legais mencionados, foi publicada a Portaria RFB nº 2.284, de 29/11/2010, que dispõe

que os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

Desse modo, a fiscalização cuidou apenas de seguir, fielmente, os ditames legais aos quais está vinculada, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do CTN).

A motivação para a responsabilização solidária dos impugnantes está devidamente explicitada no item 6 – Da Responsabilidade Tributária Solidária, fls. 731/733, do TCF. Também consta, resumidamente, relatada na parte Relatório desta decisão.

Os principais fatos que levaram a responsabilização do sócio majoritário VIVALDO CURI, CPF 008.521.398-53, detectados pela fiscalização foram:

- utilização dos recursos da empresa como se fosse a própria pessoa jurídica, atitudes de verdadeira confusão patrimonial;*
- repasse de recursos para outras empresas das quais era sócio administrador;*
- utilização das disponibilidades da empresa para negócios pessoais;*
- transferência de dinheiro da empresa para suas contas bancárias, sem registros contábeis e sem documentação;*
- uso indevido da sociedade empresária e da razão social em negócios estranhos ao objeto social, desrespeitando cláusulas do contrato social. Cita a compra de produtos (medicamentos, bebidas alcoólicas e geradores de energia elétrica) sem nenhuma relação com as atividades exercidas pela empresa, conforme informações extraídas da Notas Fiscais Eletrônicas (Nfe)*
- utilização da sociedade para fins particulares, infringindo preceito do contrato societário. Cita a venda de imóvel da pessoa física, com recebimento de numerário, e após a venda ser desfeita, o valor de R\$750.000,00 foi devolvido ao pretenso comprador com recursos da pessoa jurídica, infringindo preceito do contrato societário, sem compromisso com as obrigações tributárias principal e acessória;*
- ausência de entrega de declarações, exigidas em lei, à RFB, com informações dos valores sujeitos à tributação, e o não registro da contabilização das operações comerciais, financeiras e fiscais, em desrespeito ao zelo pela correta elaboração dos livros contábeis e fiscais, apresentação dos documentos correlatos, conforme artigos 1.011, 1.193 e 1.194 do Código Civil.*

Tais fatos levaram a responsabilização pessoal do sócio pelas infrações às leis relatadas, sendo solidariamente responsável pelo crédito tributário lançado, conforme 135, inciso III, todos do Código Tributário Nacional –CTN.

"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: (grifos não originais)

[...]

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

Como se pode verificar, no caso concreto, houve a ocorrência de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio e abuso de finalidade ou pela confusão patrimonial. No item 1.15 do TCF, fls. 719, percebe-se a confusão patrimonial pelas transferências de recursos entre empresas que o administrador era sócio e no uso de numerário da pessoa jurídica como se fosse do próprio sócio:

(...)

*A contribuinte foi intimada, em 03/11/2016, a esclarecer e comprovar com documentação hábil e idônea, a motivação das destinações de valores, através de transferências bancárias, constantes do demonstrativo denominado "**Débitos Bancários — Justificar e Comprovar Motivação Destinação**" (Anexo B), no entanto a fiscalizada não logrou fazê-lo.*

Outro fato que também configura abuso das cláusulas contratuais, citado pela fiscalização, foi a prática de serviços estranhos ao objeto social da sociedade, caracterizada como atividade de factoring, itens 2,4 e 2.5, do TCF, fls. 723:

"2.4- O que se denota, da relação comercial mantida com pessoas físicas e jurídicas, é que a atividade econômica da empresa sob fiscalização, tratava-se de operações de "factoring", embora essa atividade não esteja contemplada, como objeto, em seu Contrato Social de Constituição e nem nas alterações contratuais, ou seja, comprou e vendeu direitos creditórios (precatórios, cheques e duplicatas).

2.5- Tal atividade se constata com a documentação apresentada e informações prestadas pelas empresas intimadas, que venderam ou adquiriram direitos creditórios da fiscalizada, pagando ou recebendo através de transferências bancárias, conforme abaixo demonstrado. Destacam-se o fundo de investimento ATLANTA FUNDO DE INVESTIMENTO, administrado pela empresa SOCOPA SOCIEDADE CORRETORA PAULISTA S/A, que adquiriu recebíveis, cheques, temos também, a empresa

ATHNABANCO FOMENTO MERCANTIL LTDA., adquiriu e vendeu recebíveis, duplicatas e, a empresa REFAMA FORMENTO MERCANTIL LTDA. que também adquiriu duplicatas (Vide DOCs 2):"

A conduta do administrador, Sr. Vivaldo Curi, no sentido de omitir da administração tributária federal as receitas decorrentes da prestação de serviços, mediante o não envio de DIPJ/DCTF/DACON (art. 1, incisos I e II, art. 2 da Lei 8.137/90), e de evitar o pagamento do tributo sobre estas receitas (artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64 – sonegação e fraude), bem como a não elaboração de escrituração contábil, pois apesar de intimada a fiscalizada não prestou qualquer informação a respeito dos livros contábeis, autorizam o seu devido enquadramento como infração qualificada e legítima a responsabilização do administrador com base no art. 135, III, do CTN.

Tanto é assim que os ilícitos praticados pelo administrador, no presente caso, é suscetível de consequências até mais severas, por constituir, em tese, crime contra a ordem tributária, nos termos dos incisos I e II do art. 1º e art. 2º da Lei nº 8.137/90, e nos artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64, indicados na representação fiscal para fins penais que se juntou, por apensação nº 19515.720669/2016-15, ao presente processo.

Alegam os impugnantes que, somente no caso de abuso é que se pode desconsiderar a pessoa jurídica partindo para as pessoas dos sócios, o que não se verificou e nem ficou demonstrado pelo fisco federal.

Na constituição dos créditos ora impugnados, não foi desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade Cicomac para responsabilizar o sócio administrador Vivaldo Curi pelos valores apurados. Diante das condutas praticadas pelo impugnante, Vivaldo Curi, demonstradas exaustivamente no TCF, fls. 715/734, a autoridade fiscal entendeu que houve confusão patrimonial, abuso das cláusulas contratuais societárias e o desrespeito às leis tributárias, devendo o sócio administrador responder pelos tributos apurados, com base no 135 III, todos do CTN. Por estas razões, procedeu-se à constituição dos créditos, imputando ao sócio administrador a responsabilidade pela infração de omissão de receita, por não comprovação de depósito bancário, de modo a assegurar a correta exigência de tributo, nos moldes da legislação de regência.

Não houve, em nenhum momento a alegada desconsideração da personalidade jurídica da Cicomac. A empresa permaneceu com sua personalidade jurídica, detentora de CNPJ regular e respondendo, conjuntamente, com seu sócio administrador pelos créditos tributários lançados. Ante tais considerações, a indicação de Vivaldo Curi como responsável solidário é legítima e observou as diretrizes estabelecidas na Portaria RFB nº 2.284, de 29/11/2010, destacando-se que o mesmo foi qualificado, que houve a descrição dos fatos e que se indicou o enquadramento legal das infrações apuradas e o vínculo de responsabilidade existente.

Por conseguinte, rejeito a preliminar argüida, ficando mantido o vínculo de responsabilidade de Vivaldo Curi pelos créditos constituídos nestes AI (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS).

Mérito. Quebra do sigilo bancário. Inconstitucionalidade.

No mérito, alega inconstitucionalidade, por violação a direitos individuais, garantidos constitucionalmente, pela quebra do sigilo bancário da contribuinte pela RFB, sem autorização judicial, ao se utilizar a movimentação bancária da impugnante para apuração do crédito tributário constituído, com amparo no Decreto nº 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da LC nº 105/01.

A transferência de dados bancários do contribuinte para a Administração Tributária, que está revestida do sigilo fiscal, nos termos do art. 198 do CTN, não viola o sigilo de dados (art. 5º, inciso XII, CF), do direito à intimidade e vida privada (art. 5º, inciso X, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), como será demonstrado a seguir.

Preceitua o caput do art. 198 do CTN, na redação dada pela Lei Complementar - LC nº 104, de 10/1/2001, sobre o sigilo fiscal:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades."

No caso concreto, a fiscalizada foi intimada diversas vezes a apresentar os extratos bancários, conforme TIPF de 12/2/15, fls. 3; TIF de 13/3/15, fls. 24; TRF de 19/5/15, fls. 25/26.

A autoridade fiscal cientificou a fiscalizada, nas duas últimas intimações, que, na impossibilidade de apresentação dos extratos bancários solicitados, poderia ser autorizado, por escrito, que fosse feita a requisição diretamente às instituições financeiras. Foi alertada, também, que o não atendimento no novo prazo concedido, configuraria embaraço à fiscalização, autorizando a quebra do sigilo bancário da empresa nos termos da legislação vigente, conforme TRF, fls. 100/101:

"REINTIMAMOS a empresa acima identificada, a apresentar no prazo de 20 (vinte) dias os extratos bancários do ano de 2011, relativamente às contas mantida nas seguintes instituições financeira: BANCO DO BRASIL S/A, BANCO CITIBANK S/A. e BANCO SANTANDER S/A, solicitados no Termo de Intimação Fiscal lavrado em 13/03/2015 e recebido na mesma data pelo Sr. Sílvio Dias de Souza, procurador da empresa.

Na impossibilidade de apresentar os documentos solicitados, no prazo determinado, a empresa poderá apresentar uma autorização por escrito e assinada pelo sócio da empresa, com

firma reconhecida, para que esta fiscalização, TDPF – Nº 08.1.90.00-2015-00077-9 (código de acesso 71243126), solicite os documentos em tela às instituições financeiras supramencionadas.

Informamos que as solicitações acima, constam do Termo de Intimação Fiscal lavrado em 13/03/2015 e recebido na mesma data pelo Sr. Sílvio Dias de Souza, procurador da fiscalizada.

Alertamos que o não atendimento dentro do novo prazo concedido, configurará embaraço à fiscalização, autorizando a quebra do sigilo bancário da empresa nos termos do que prescreve o Art. 2º, §5º e Art. 3º, Inciso VII, ambos do DECRETO Nº 3.724/2001, c/c o Art. 33, Inciso I da LEI nº 9.430/96.

A contribuinte, por intermédio do procurador, Sílvio Dias de Souza, conforme instrumento e documentos de fls. 5/6, em 9/6/15, apresentou extratos dos Bancos Santander S/A e Banco do Brasil S/A (incompleto), fls. 29/86. Em 19/6/15, a própria impugnante Cicomac, apresentou os extratos do Banco Citibank S/A, fls. 87/97.

Reitimada, em 13/3/16, fls. 100, a apresentar os extratos faltantes do Banco do Brasil S/A (fev, abr, jul, ago e dez/2011), a contribuinte nada apresentou à fiscalização.

Foi lavrado o Termo de Constatação e Embaraço à Fiscalização, em 23/6/16, fls. 114/115, em razão de os extratos faltantes serem indispensáveis para o andamento da ação fiscal em curso e que até aquela data não haviam sido exibidos espontaneamente à fiscalização.

Em 1/7/16, foi solicitada a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 116/118, aprovada pelo Delegado da Receita Federal DEFIS/São Paulo, fls. 119, em 8/7/16, destinada ao Banco do Brasil S/A, e ao Banco Citibank S/A, fls. 123, nos termos do art. 6º da LC nº 105, de 10/1/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/1/2001.

A fiscalização justificou, com base nas hipóteses previstas no art. 33 da Lei nº 9.430/96, a solicitação de emissão das RMF, fls. 116/119, pelos seguintes motivos:

- *os extratos bancários do Banco do Brasil S/A dos meses fev, abr, jul, ago e dez/2011, não foram apresentados, conforme solicitado no TRF de 13/3/16, fls. 100;*
- *não foram apresentados os livros contábeis (diário e razão ou caixa), tendo em visto não ter sido localizada ECD no ambiente Sped-Contábil, conforme TIF de 11/4/16, fls. 101, e*
- *a contribuinte intimada a comprovar débitos bancários, relativos a parte dos extratos bancários do Banco do Brasil e dos extratos do Citibank, por meio de cópias de cheques, a fim de constatar quem seriam os reais beneficiários dos débitos,*

nada apresentou, conforme TIF, de 13/5/16, fls. 102 e planilhas de fls. 103/113.

*Registre-se que a emissão da RMF constitui-se em medida que **prescinde de autorização judicial e não configura quebra de sigilo**, conforme pode se verificar na leitura do citado dispositivo legal:*

"Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado **ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente**.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo **serão conservados em sigilo**, observada a legislação tributária. (negritos não originais).

*Ressalte-se que prescreve a LC nº 105/2001, no seu art. 1º, § 3º, VI, que **não constitui violação do dever de sigilo** a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus artigos. 2º, 3º, 4º, 5º, **6º**, 7º e 9 da citada LC.*

Visando preservar a inviolabilidade do direito de intimidade e privacidade do contribuinte, o art. 5º, §5º da LC 105/2001 assim dispõe:

"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.

[...]

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. (grifos não originais)"

As informações bancárias sigilosas são transferidas à Administração Tributária da União sem perderem a proteção do sigilo. Por isso, não se vislumbra na regra do art. 6º da LC 105/2001, quebra de sigilo bancário ou violação do direito à intimidade ou à privacidade das pessoas. As informações transferidas continuam sendo absolutamente sigilosas e a utilização das informações referentes às movimentações financeiras do contribuinte está respaldado em atos normativos vigentes.

Cumpre destacar que a questão da transferência do sigilo bancário de instituições financeiras para o fisco já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no rito da repercussão

geral, declarada no Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314. Nesse contexto, analisaram-se também as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, nºs 2390, 2859, 2386 e 2397, as três últimas apensadas à primeira.

Na Sessão Plenária ocorrida no STF, em 24/2/2016, por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que o disposto na LC nº 105/2001, que permite a RFB receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos para o fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, não havendo portanto ofensa à Constituição Federal. O inteiro teor do acórdão foi publicado no DJe-198 de 16/9/2016.

Por último, parte dos extratos bancários foram fornecidos pela própria contribuinte e as RMF foram emitidas nos termos da legislação de regência, cuja constitucionalidade foi ratificada pelo STF, portanto, não há nenhum vício que possa macular os lançamentos fiscais impugnados.

Em relação ao pedido de anulação dos créditos tributários apurados, por entenderem que foram utilizadas provas obtidas por meio ilícito, o que violaria o princípio constitucional do devido processo legal, pelo que já foi exposto anteriormente, tais argumentos não merecem prosperar.

A obtenção de dados bancários da contribuinte, diretamente das instituições financeiras, para constituição dos créditos tributários, já é matéria pacificada no STF, não havendo que se falar em violação do devido processo legal.

Omissão de Receita por Presunção Legal - Depósitos Bancários de Origem não Comprovada.

Alegam os impugnantes que as autuações foram baseadas em meras presunções e argumentação genérica.

O total creditado/depositado em contas correntes do sujeito passivo (Banco do Brasil e CitiBank), no ano-calendário de 2011 foi de R\$19.082.216,75, fls. 729 do TCF, cuja origem não foi comprovada, apesar de regularmente intimado a fazê-lo. A fiscalização procedeu aos lançamentos, com base legal no art. 287, parágrafos 1º, 2º e 3º do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, que tem a mesma redação do art. 42 e parágrafos da Lei nº 9.430/96:

Art. 287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado

pela instituição financeira (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 1º).

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo do imposto a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 2º).

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 3º, inciso I).

A legislação transcrita acima estabeleceu uma presunção de omissão de receita, que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito/investimento.

Entende-se por comprovação de origem, nos termos do disposto na legislação de regência (art. 287, parágrafos 1º, 2º e 3º do RIR/99 c/c o art. 42 e parágrafos da Lei nº 9.430/96) a apresentação, pelo contribuinte, de documentação hábil e idônea que possa identificar a origem do crédito, o valor, a data e, principalmente, que demonstre de forma inequívoca a que título/natureza os créditos foram efetuados na conta bancária. Portanto, há a necessidade de se estabelecer uma relação entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar.

É função do fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito/investimento, examinar a documentação e livros da sociedade empresária e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos/informações/esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão da receita de que trata o art. 287, parágrafos 1º, 2º e 3º do RIR/99 c/c o art. 42 da Lei nº 9.430/96. Contudo, a comprovação da origem/natureza dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte, em não o fazendo, fica caracterizada a omissão de receita dos valores creditados em sua conta bancária.

O lucro foi arbitrado, nos termos dos artigos 530, I do RIR/1999, em razão de a contribuinte, sujeita a tributação com base no Lucro Real, ocultar do fisco as informações de operações comerciais/fiscais e bancárias/financeiras, haja visto a não escrituração e apresentação da ECD; não apresentação dos livros contábeis; da não comprovação da origem dos créditos bancários e o fato de não entregar declarações obrigatoriamente exigidas em lei, quais sejam, DIPJ/DACON/DCTF.

Alegam as impugnantes que todos os valores movimentados foram considerados como lucro (renda líquida). Tem-se a

esclarecer que os valores dos depósitos bancários de origens não comprovadas, foram considerados receitas bruta da atividade da empresa. Para se calcular o lucro arbitrado, foi aplicado o coeficiente de 38,40% (IRPJ) e 32,00% (CSLL), nos termos dos artigos 519, III, alínea “a” c/c o art. 532, todos do RIR/99.

Sobre tal base de cálculo é que se aplicou as alíquotas de IRPJ e CSLL. Cite-se como exemplo o AI IRPJ, fls. 735/750. Pode-se ver que, no primeiro trimestre de 2011, a receita bruta (valor dos depósitos bancários) é de R\$2.765.618,65, foi aplicado o coeficiente de 38,40%, chegando-se à base de cálculo do lucro arbitrado de R\$1.061.997,56, sobre este valor foi aplicada a alíquota do IRPJ de 15%, apurando-se imposto no trimestre de R\$159.299,63.

No caso do PIS e COFINS, sobre o faturamento mensal, qual seja, a receita bruta conhecida (depósitos bancários não comprovados), incidiu as alíquotas previstas na legislação do PIS e COFINS.

Por tudo que foi exposto até aqui, não há que se falar que o lançamento foi constituído por mera presunção e argumentação genérica.

As impugnantes aduzem que, das infinitas intimações feitas pela autoridade fiscal aos impugnantes e ao procurador da Cicomac, que não foram respondidas, não há nenhuma intimação nas pessoas dos impugnantes.

Compulsando os autos, verifica-se que o TIF de 13/3/15, expedido em nome da impugnante Cicomac, fls. 24, foi assinado pelo procurador Sílvio Dias Souza, CPF 138.653.818-39, conforme procuração juntada às fls. 5, com poderes para representar a outorgante (Cicomac), junto à Delegacia de Fiscalização da Receita Federal do Brasil/SP, em todos os atos inerente ao TIF de 12/2/15, fls. 3.

Também foram recebidos pelo procurador Sílvio Dias Souza, os TIF de 13/3/15, fls. 24; TRF de 13/3/16, fls. 100 (intimações para apresentação de extratos bancários) e o TIF de 13/5/16, fls. 102/113 (para justificar a origem dos créditos bancários e o destinatário dos débitos bancários conforme planilha anexa do Banco do Brasil e CitiBank).

O TRF de 19/5/16, fls. 25/26, em nome da impugnante Cicomac, solicitando extratos bancários, foi encaminhado, via postal, ao endereço Al. Ribeirão Preto, 235, 3º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01331-001, constante do banco de dados da RFB, endereço convalidado no Contrato Social da sociedade empresária, fls. 7/10.

O TRF e planilhas anexas para justificar origem de créditos bancários, expedido em nome da impugnante Cicomac, de 1/9/16, fls. 151/157, foi recepcionado, via postal, no endereço da empresa, AR, fls. 159.

Por fim, o TIF de 31/10/16, em nome da Cicomac, para justificar e comprovar a motivação e destinação de débitos bancários,

conforme planilhas anexas, fls. 671/678, foi encaminhado por via postal, ao endereço da contribuinte, recepcionado em 3/11/16, AR de fls. 670.

Como já explicitado nesta decisão, nos termos do art. 23, II, §2º, II, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal, considera-se feita a intimação via postal, no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência. E, no caso de intimação recebida pessoalmente, por procurador, nos termos do art. 23, I do Decreto nº 70.235/72, é considerada feita a intimação “pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto....”

Portanto, a afirmação de que não recebeu as infinitas intimações feitas pela autoridade fiscal, em nome dos impugnantes não é verdadeira.

Conforme preceitua o Decreto nº 70.235/72 a obrigatoriedade do agente do fisco em provar a ocorrência do ilícito fiscal, caput do art. 9º, também impõe ao sujeito passivo o ônus de provar o que alega, redação contida no inciso III do art. 16, sob pena de, não o fazendo, se sujeitar à infração apurada no lançamento.

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

A Fiscalização obedeceu ao rito previsto no art. 287, parágrafos 1º, 2º e 3º do RIR/99 c/c art. 42, da Lei nº 9.430/96, pois somente lançou a omissão de receita, valendo-se dessa presunção legal, após devidamente intimar a contribuinte a apresentar prova em contrário, o que não foi feito.

No presente caso, a interessada não logrou comprovar, por meio de apresentação de documentação hábil e idônea, durante o curso do procedimento fiscal e nem na fase de defesa, a origem e a real natureza das operações bancárias depositadas/creditadas em contas de sua titularidade, portanto, correta a apuração da omissão de receita por não comprovação da origem dos recursos.

Aduzem que a caracterização da atividade da empresa como factoring, com retenção de imposto de renda na fonte sobre tais repasses, são meras presunções.

Registre-se que as impugnantes não contestaram a caracterização da atividade da empresa como factoring, tão somente a incidência de IRRF sobre as receitas da atividade caracterizada como factoring.

No banco de dados da RFB, o código CNAE informado é o de nº 7020-4-00 – Atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica.

Nas atividades secundárias, atividades de consultoria e autoria contábil e tributária; outras atividades profissionais, científicas e técnicas não especificadas anteriormente e atividades de teleatendimento, conforme telas de fls. 1.004/1.006. Portanto, a atividade caracterizada pela fiscalização não possui nenhuma relação com a informada pela impugnante à RFB.

Neste ponto, cada esclarecer que o lançamento, com exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, foi constituído no processo nº 19515.720664/2016-92. Da descrição dos fatos constante naquele processo, após a contribuinte ser intimada a comprovar a destinação e motivação de transferências de recursos debitados de suas contas correntes, apuradas através dos extratos bancários, a fiscalização constatou que não houve a comprovação da motivação de pagamentos efetuados através de transferências eletrônicas para o sócio administrador, para parentes e para pessoas físicas e jurídicas vinculadas à sociedade empresária Cicomac. O lançamento foi efetuado com base na caracterização de “pagamento sem causa”, conforme art. 674, parágrafos 1º a 3º do RIR/99, c/c o art. 61 da Lei nº 8.981/95.

As alegações de presunções, no lançamento constituído com incidência IRRF, serão apreciadas em decisão a ser proferida nos autos do processo nº 19515.720664/2016-92.

Cabendo aqui destacar, tão somente, que a caracterização da atividade da empresa como factoring não originou lançamento de IRRF, nestes autos, como alegaram as impugnantes.

Afirmam os impugnantes que a maior parte dos recursos constantes dos extratos bancários, no ano de 2011, tiveram origens no ano-calendário de 2009, valores informados na DIRPF, exercício 2010, de Vivaldo Curi, oferecidos à tributação no montante de R\$12.852.452,88, referente a ganho de capital do impugnante. Alegam, também, que, no ano de 2009, o sócio Vivaldo possuía bens e direitos na ordem de R\$28.828.778,98.

A Declaração de Ajuste Anual – DAA, exercício 2010, ano-calendário 2009, do sócio administrador Vivaldo Curi, encontra-se juntada às fls. 968/996. No entanto, a simples alegação de que a maioria dos valores tiveram origem no ano-calendário de 2009, conforme ganho de capital e valores de bens e direitos declarados em sua DAA, não é prova suficiente para demonstrar a origem dos depósitos/créditos para as contas bancárias da pessoa jurídica Cicomac realizados em 2011. Para se comprovar

as origens dos recursos, as impugnantes deveriam ter apresentado provas da origem e da natureza das transferências dos numerários. O que se faz através de documentos hábeis a demonstrar o nexó e a vinculação de cada transação bancária, o que não foi produzido, nem durante o procedimento fiscal e nem na fase de defesa.

O fato de o sócio Vivaldo Curi possuir bens e direitos de R\$28.828.778,98, ao final do ano de 2009, por si só, não tem nenhum efeito comprobatório de origem de recurso em contas bancárias da pessoa jurídica da qual é sócio no ano de 2011.

Os depósitos bancários não comprovados, durante todo o ano de 2011, totalizaram de R\$19.082.216,75, fls. 729 do TCF e os rendimentos da pessoa física do sócio da sociedade, sem vinculação e demonstrativos de transferências de numerários para a pessoa jurídica autuada não são capazes de provar a origem dos recursos questionados.

Portanto, improcede o argumento de que os depósitos originaram de anos calendários anteriores, decorrentes de ganhos da pessoa física do sócio.

Inconstitucionalidade de norma.

Em relação às citações feitas pelas impugnantes no que se refere à inconstitucionalidade, ressalte-se que, de acordo com o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, na esfera administrativa, a norma, contida em lei válida, não pode ser afastada sob fundamento de inconstitucionalidade.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

3) MULTA QUALIFICADA.

Por fim, embora não tenha sido objeto de alegação por parte da Recorrente entendo que não cabe a aplicação da multa de 150%. Isso porque, nos termos da Súmula CARF nº 25 *"a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64."*

A recusa em fornecer os elementos solicitados pela fiscalização, ainda que reiterada, por si só, não autoriza a qualificação da multa. Isso porque, a consequência para o referido comportamento é a aplicação da presunção prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

4) CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a multa qualificada para o percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.