



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

Processo nº 10183.003265/2007-05
Recurso nº 1 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1101-001.144 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria IRPJ
Recorrentes Impelco Comercio e Importação de Eletrodomésticos Ltda (Responsável solidário: Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda)
Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

OMISSÃO DE RECEITA. APURAÇÃO DO IMPOSTO ATRAVÉS DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS REPETITIVOS. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (recursos repetitivos), devem ser reproduzidas pelos Conselheiros, conforme art.62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Reprodução do entendimento firmado no REsp 1134665/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado pela Primeira Seção, em 25/11/2009, DJe 18/12/2009), sobre a utilização da movimentação bancária pelo Fisco para a apuração da omissão de receita, sem prévia autorização judicial, desde que em sede de procedimento administrativo em curso. Aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

ENTREGA DE DOCUMENTOS POSTERIOR A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANUTENÇÃO DO LUCRO ARBITRADO.

A entrega posteriormente ao lançamento de livros e documentos imprescindíveis à apuração do crédito tributário não desqualifica o arbitramento levado a efeito pela Autoridade Lançadora, em conformidade com a Súmula CARF nº 59: “*Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.*”

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

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 23/09/20

14 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOS

O, Assinado digitalmente em 19/09/2014 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 07/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. Correto o agravamento da penalidade se, embora arbitrado o lucro, há intimações não atendidas que exigiram esclarecimentos e documentos distintos dos livros da escrituração do sujeito passivos. QUALIFICAÇÃO. Demonstrado o intuito de fraude, e constata-se que os fatos tributáveis não decorrem de mera presunção legal de omissão de receitas, ou de simples apuração de omissão de receitas, a multa qualificada deve ser mantida.

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

AUTUAÇÕES REFLEXAS: CSLL, CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Índícios convergentes e coerentes no sentido de que a responsável tributária e a autuada compartilharam das mesmas atividades, de ao mesmo parte de seus estabelecimentos e veículos, apresentando-se aos fornecedores e aos clientes como uma única empresa, são suficientes para afirmar a confusão patrimonial e, por consequência, o interesse comum na situação que constitui o fato gerador das exigências questionadas.

Recurso de Ofício Provido

Recurso Voluntário Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, 1) relativamente à arguição de nulidade, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário; 2) relativamente ao agravamento da penalidade, por voto de qualidade, foi DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, vencidos os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso (relator), Marcos Vinícius Barros Ottoni e Joselaine Boeira Zatorre; 3) relativamente à legalidade do lançamento, inclusive no que tange à obtenção de informações financeiras, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário; 4) relativamente à qualificação da penalidade, por maioria de votos NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencido o Relator Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso; 5) relativamente aos juros de mora, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário; e 6) relativamente à responsabilidade tributária imputada a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencido os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso (relator) e a Conselheira Joselaine Boeira Zatorre. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que também fez declaração de voto. Ausente justificadamente o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, substituído pelo Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão Presidente

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

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 23/09/20

14 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOS

O, Assinado digitalmente em 19/09/2014 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 07/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso Relator

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Marcos Vinícius Barros Ottoni, José Sergio Gomes, Joselaine Boeira Zatorre, Antônio Lisboa Cardoso (relator), e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente).

Relatório

Cuidam-se de recursos de ofício e voluntário em face da decisão que manteve parcialmente o auto de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, dos anos-calendários 2002, 2003 e 2004, efetuado no regime do lucro arbitrado, em decorrência da infração de omissão de receitas da atividade detectada a partir da movimentação financeira incompatível com as receitas declaradas.

O lançamento resultou em R\$ 2.399.682,42 de imposto, R\$ 5.399.285,40 de multa proporcional de ofício (qualificada e agravada) e R\$ 1.667.802,95 de juros de mora calculados até 31 de agosto de 2007.

Foram também lavrados os Autos de Infração reflexos (CSLL, contribuição para o PIS e COFINS — f. 434 a 474), totalizando o valor de R\$ 11.097.996,36 (incluídos as multas e os juros moratórios). A discriminação desses valores consta à f. 05.

O acórdão da Turma Julgadora rejeitou a preliminar de nulidade, indeferiu os pedidos de diligência e de exclusão da responsabilidade solidária e, no mérito, considerou o lançamento procedente em parte, para desagravar a multa de ofício, passando esta de 225% para 150%.

A ciência da decisão de primeira instância aos recorrentes foi dada em 19.05.2008, e o responsável solidário apresentou o recurso voluntário, de fls. 1323/1366, em 26.05.2008, e a empresa Impelco apresentou o recurso voluntário, de fls. 1367/1448, postada por sedex, em 18.06.2008 (fls. 1504/1505).

Por descrever o procedimento de maneira bastante detalhada, adoto excertos do Termo de Verificação Fiscal (f. 461 a 472) como parte integrante do presente relatório:

Convém ressaltar que até então a fiscalização tinha como parâmetro, a exemplo do que foi constatado em relação ao ano-calendário, 2001, por amostragem, que os créditos em contas bancárias ocorridos entre 2002 e 2004, segundo apurado no Termo de Intimação de 01/08/2007, também se referiam a receitas da atividade.

Entretanto, a falta de atendimento da dita intimação, que exigiu a apresentação de documentos, também por amostragens para constatação de que os aludidos créditos se referiam a receitas da atividade como em 2001, levaria à

mudança de parâmetro para capitulação legal da infração passando para "Omissão de Receitas Depósitos sem Origem Comprovada", havendo, contudo, uma pequena parcela de R\$ 3.710.921,32 identificada como vendas com cartões de débito e de crédito que serão tributadas como despesas operacionais.

Por outro lado, considerando que foram apresentados livros fiscais, com receitas escrituradas no total de R\$ 85.174.846,19, além das evidências mercadológicas de que IMPELCO era de fato uma empresa do comércio varejista de móveis e eletrodomésticos sob a marca GR ELETRO, bem assim das constatações documentais relativas a 2001, a fiscalização mantém a tributação do total de créditos como receitas da atividade (Receitas Operacionais — Revenda de Mercadorias).

As informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (II. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos batidos em suas contas bancárias.

Recursos estes no montante de R\$ 61996592,45, como descrito no Termo de Intimação de 13/11/2006, relativos a 2001.

Há que se considerar ainda que o acesso às informações financeiras propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade *tributárias pela empresa que lhe sobreveio* (VESLE MOVEIS).

Já no que tange ao período complementar do procedimento (anos-calendário

2002 a 2004), objeto do presente Termo de Verificação, os livros fiscais indicam receitas operacionais no valor de R\$44.997.698,18— 2002. R\$ 34.431.095,23-2003. R\$ 5.746.052.78-2004, totalizando R\$ 85.174.846,19, ficando abaixo do total das operações verificadas nas contas bancárias – R\$ 102.865242,58.

Todavia, a apresentação dos livros fiscais também corrobora a constatação por meio dos documentos apresentados para comprovação das operações identificadas nos extratos bancários, que os valores extraídos pela fiscalização se referem mesmo a receitas da atividade, como também foi constatado em relação ao ano-calendário de 2001.

Dessa forma e em virtude da não apresentação dos livros comerciais a apuração do IRPJ e da CSLL se deu com base no regime do lucro arbitrada

Não foram apresentadas DIPJ para os anos-calendário 2002 a 2004, tampouco foram confessados nas DCTF os valores do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, referentes aos períodos acima especificados.

Nos casos da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, foram confessados em DCTF valores parciais nos períodos de janeiro a março/2002 e janeiro a dezembro/2003 (Fls. 403 a 410), sendo as diferenças apuradas exigidas em outro processo administrativo como insuficiência de pagamento ou declaração.

Assim, os reflexos de CSLL abrangem todo o período ao passo que os reflexos de PIS e COFINS se atêm aos períodos de abril a dezembro/2002 e janeiro a dezembro/2004.

Como exposto, não foi apresentado nenhum esclarecimento e não foram apresentados os livros da escrituração comercial.

Os livros fiscais apresentados também demonstram receitas a quem das efetivamente auferidas consoante constatado nas informações financeiras.

No que concerne à aplicação da multa proporcional ao valor do imposto/contribuições, a mesma foi de 150%, por prática, em tese, de infração qualificada como:

1 — Sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/1964), tendo em vista que a contribuinte agiu e omitiu com dolo para impedir e retardar totalmente em relação ao ano-calendário 2001 o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

À f. 475 encontra-se Termo de Sujeição Passiva Solidária pelo qual esta é imputada à Veste Móveis e Eletrodomésticos Ltda.

A ciência quanto ao Auto de Infração ocorreu em 4 de outubro de 2007 (Impelco), conforme Edital à f. 481 (afixado em 19 de setembro de 2007) e 18 de setembro de 2007 (Vesle), conforme Aviso de Recebimento acostado à f. 479.

O acórdão da Turma Julgadora rejeitou as preliminares de nulidade e decadência, indeferiu pedido de exclusão da responsabilidade solidária e, no mérito, considerou o lançamento procedente em parte, para desagrar a multa de ofício, passando esta de 225% para 150%, conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Observados os preceitos do art. 10 do Decreto n. 70.235/72 e tendo sido a contribuinte intimada de todo o procedimento realizado, abrindo-se-lhe prazo para manifestação, bem como à responsável solidária, não há que se falar em nulidade do lançamento.

JUNTADA DE PROVAS, DILIGÊNCIA.

As provas devem vir juntamente com a impugnação e no prazo desta. Indefere-se a diligência por não preencher os requisitos de admissibilidade.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Demonstrada a sucessão de fato, a sucessora se constitui em responsável solidária pelas obrigações da sucedida.

OMISSÃO DE RECEITAS. LUCRO ARBITRADO.

Identificadas as omissões de receitas pelo confronto entre os valores dos depósitos e os documentos relativos aos fechamentos de caixa dos estabelecimentos, procede-se ao arbitramento do lucro em face da impossibilidade da apuração do Lucro Real.

UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A Lei-Complementar n. 105/2001 e a Lei n. 10.174/2001 concedem à Secretaria da Receita Federal do Brasil a possibilidade de utilização de dados obtidos junto a instituições financeiras para fins de fiscalização.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO,

Ocorrida a infração, correta a aplicação da multa punitiva estabelecida em lei. O princípio da vedação ao confisco é endereçado ao legislador e não ao aplicador da lei que a ela deve obediência.

MULTA AGRAVADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO.

Não caracterizado o embaraço à fiscalização, exonera-se o lançamento do percentual da multa agravada.

JUROS. TAXA SELIC.

Os juros calculados pela taxa SELIC são aplicáveis aos créditos tributários não pagos no prazo de vencimento, por expressa determinação legal.

AUTUAÇÕES REFLEXAS: CSLL, CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS.

Havendo omissão de receitas e a apuração do IRPJ e da CSLL pelo Lucro Arbitrado, não há que se falar em substituição tributária ou mesmo em apuração não cumulativa.

Lançamento Procedente em Parte

Dessa decisão a instância julgadora recorreu de ofício ao Egrégio CARF, de acordo com o artigo 34 do Decreto n. 70.235/1972 (com as alterações da Lei n. 8.748/1993), uma vez que o valor exonerado supera o limite de alçada.

O IRPJ foi apurado com base no lucro arbitrado, em razão de impossibilidade da utilização do Lucro Real, em conforme autoriza o art. 530 do RIR/99:

"Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II – omissis;

III – o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;"

Em relação aos reflexos de CSLL abrangem todo o período ao passo que os reflexos de PIS e COFINS se atêm aos períodos de Abril a dezembro/2002 e janeiro a dezembro/2004.

Consta, ainda, da decisão recorrida que com relação à apuração não cumulativa da contribuição para o PIS e da COFINS, isso não é possível uma vez que a

sistemática adotada para a apuração do IRPJ e da CSLL foi o Lucro Arbitrado, conforme explicitado em item pretérito. A legislação de regência da matéria é clara nesse sentido:

Lei 10.637/2002:

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos uns. 1º a 6º:

[...]

II — as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado•

Lei 10.833/2003:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS vigentes anteriormente a esta Lei, 100 se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º

[...]

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

A ciência da decisão de primeira instância aos recorrentes foi dada em 19.05.2008, e o responsável solidário apresentou o recurso voluntário, de fls. 1323/1366, em 26.05.2008, e a empresa Impelco apresentou o recurso voluntário, de fls. 1367/1448, postada por sedex, em 18.06.2008 (fls. 1504/1505).

Recorrem, alegando, em síntese, o seguinte:

1 - DAS PRELIMINARES

NULIDADE POR SUPOSTO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Em relação ao mérito, discorda dos valores apurados através da movimentação bancária, diz que, os depósitos bancários em si mesmo não constituem disponibilidade econômica ou jurídica de renda, não gerando consequentemente o Imposto de Renda, nos precisos termos do Art. 43 do CTN.

Deste modo é indispensável que o fisco prove o vínculo do valor depositado com a renda não declarada, não contabilizada, para que possa considerá-la omitida, sob pena de ofensa ao disposto no art. 142 do CTN.

Quanto à responsabilidade prevista no inciso II, do art. 124 do CTN, alega que a ordem jurídica vigente não abriga a chamada responsabilidade solidária objetiva. Para que isso ocorra é indispensável à configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal.

Quando se aborda a questão da solidariedade entre empresas coligadas ou do mesmo grupo econômico é preciso tomar cuidado para não confundir interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador de que cuida o inciso I, do art. 124 do CTN, com o

interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Uma coisa é as empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade.

Seguindo esse entendimento, no acórdão lavrado pelos Nobres Julgadores a quo, os mesmos reconhecem que: "Não há, de fato, nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle."

2 - DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA

A firma que a multa exigida Pelo Auto de Infração é manifestamente ofensiva ao princípio constitucional do não-confisco, consagrado implicitamente pela Constituição, em seu Artigo, 5º, XXII.

Com efeito, as infrações imputadas à Recorrente, se vierem a ser mantidas, não podem elevar o gravame de 75%, uma vez que elas próprias (as infrações) foram apuradas por presunção, especialmente pelo fato de que não há sequer prova da omissão de receitas (o que há é presunção de omissão), como falar que a omissão foi cometida com dolo?

Enfatiza que a multa de 150% pressupõe a existência de embaraço, má-fé e dolo, o que restou comprovada quando da impugnação que tais alegações não ocorreram, conforme relatado pelos Nobres Julgadores *a quo*.

Conclui afirmando que a multa aplicada em hipótese alguma poderia ser superior a 75% conforme preceitua o inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, sobre o princípio constitucional do não-confisco.

3 - DA ILEGALIDADE DOS JUROS COBRADOS

As taxas, divulgadas pelo Sr. Coordenador Geral do Sistema de Arrecadação, através de Atos Declaratórios mensais, é acumulada mensalmente e é muito superior ao permitido pelo art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

4 – DEMAIS ARGUMENTOS DE MÉRITO

Requer seja exonerado a totalidade do Crédito Tributário *pela falta de Origem de valores a Tributar*, uma vez restou devidamente suprida e comprovada a totalidade de disponibilidades correspondente à Receitas Operacionais, Duplicatas e demais Créditos à receber inclusive saldos em Caixa no valor de R\$ 82.095.156,59, contra os Depósitos a Comprovar no valor de R\$ 69.833.088,24, apurando a sobra de Origem devidamente comprovada a maior de R\$12.262.068,35, em não concedendo este;

Seja julgada extinta a punibilidade por omissão de receita com base em depósitos bancários sem comprovação de origem, com base na Lei 10.174/2001, mais Acórdãos e Ementas julgados pela própria DRJ, e Conselho de Contribuintes;

Seja desvinculada a Empresa VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, da Sujeição Passiva do Rol de Responsabilidade Solidária, por tratar-se de Titularidades distintas e pela inexistência de Vínculo, anteriormente comprovado, nos termos do art. 124 da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional);

Por fim, seja exonerada a totalidade do presente Auto de Infração, ou seja, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e seus Reflexos: Multa e Juros.

5 – RECURSO DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA (VESLE)

O recurso da empresa responsável solidária (VESLE) consta os mesmos argumentos expendidos pela primeira Recorrente, acrescentando que não é nem nunca foi sucessora da empresa IMPELCO LTDA, porque ausente os requisitos para a sua configuração da sucessão empresarial, que somente se opera em situações de transferência de unidades econômico-jurídica, isto é, transferência de universalidades, cuja prova não se desincumbiu a fiscalização, não sendo válidas e suficientes as provas carreadas aos autos.

À mingua de documentos de que fato comprovem a existência de forma explícita de sucessão da empresa autuada (diga-se de passagem ativa) pela Recorrente, viola não só a finalidade da norma legal contida nos artigos 132 e 133 do código Tributário Nacional, bem como os princípios que devem reger a ordem econômica nacional, elencados pelo legislador constituinte nos art. 170 e 174, tendo em vista que mantença a *qualquer custo e de forma ilegal da Recorrente como sucessora da empresa autuada* em questão pode acarrear o encerramento das atividades da empresa, com grande prejuízo para o setor em que atua e aumento significativo da taxa de desemprego no Estado e não se desincumbindo a fiscalização de fazer a prova da sucessão empresarial nos termos do artigo 132 e 133 do Código Tributário Nacional, e nos termos da prova ora produzidas pela Recorrente com a juntada dos contratos sociais e contratos de locação, requer-se que seja reconhecida a preliminar de Ilegitimidade passiva da Recorrente, excluindo-a do auto de infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso

Os recursos são tempestivos e encontram-se revestidos das demais formalidades legais, devendo serem conhecidos.

Passo a analisar o recurso de ofício.

A multa inicialmente aplicada é majorada em 50% em face de que nenhum esclarecimento foi prestado pela contribuinte, em nenhuma das intimações processadas, passando o percentual para 225%, nos termos da legislação citada no Auto de Infração.

Todavia, de acordo com a decisão recorrida ficou demonstrado que, a despeito de não ter sido apresentada todos os documentos contábeis e fiscais que possibilitassem a apuração do imposto pelo Lucro Real, ante as diferenças encontradas pela Fiscalização no cotejo dos mesmos com a movimentação bancária da Recorrente, não houve qualquer tentativa deliberada em causar embaraço à fiscalização, ou contrário, “prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis”, não caracterizando portanto, as circunstâncias previstas no art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Preliminar de nulidade

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

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 23/09/20

14 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOS

O, Assinado digitalmente em 19/09/2014 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 07/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A preliminar de nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa deve ser rejeitado, porquanto a Recorrente foi reiteradamente intimada a apresentar os documentos e livros fiscais que pudessem justificar a movimentação bancária sem que tivesse atendido de forma satisfatória. Ademais disto, ambas as Recorrentes impugnaram a autuação, bem como foi possível apresentarem recursos de forma satisfatória, demonstrando terem tomado conhecimento dos fatos a elas imputados.

Exigência estribada em extratos bancários (Lei nº 10.174/2001)

Reservo meu entendimento pessoal sobre a inconstitucionalidade da utilização de informações bancárias para a constituição de crédito tributário, por entender que o sigilo bancário constitui direito fundamental, o qual certamente será confirmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral.

Entretanto, no âmbito deste colendo CARF, e mormente deste colegiado, esse assunto tem sido reiteradamente debatido, sendo que tese majoritária tem sido desfavorável aos contribuintes.

No caso concreto a exigência não se deu exclusivamente com base em extratos bancários, tendo sido feita a comparação entre os depósitos bancários e os documentos de Caixa dos estabelecimentos da empresa autuada, constatando-se ainda a identificação de *“depósitos como liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON.”*

Ademais disto, as recorrentes não contestam, em nenhum momento, que o total dos depósitos bancários não se referem às receitas da atividade, pelo contrário, corroboram essa afirmação do Auditor Fiscal.

Com efeito, a despeito de ainda não haver decisão definitiva pelo STF, com repercussão geral, o assunto também foi objeto de julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos a que se refere o art. 543-C do CPC, o que, igualmente, determina a reprodução da decisão nos julgamentos deste colendo CARF.

Nesse sentido peço vênias para transcrever o Boletim Informativo nº 0417 Período: 23 a 27 de novembro de 2009, da Primeira Seção do STJ, informando que o assunto foi julgado em sede de recurso repetitivo, inclusive no que se refere à possibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar nº 105/2001, in verbis:

RECURSO REPETITIVO. SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela LC n. 105/2001, normas procedimentais de aplicação imediata. Com efeito, o art. 145, § 1º, da CF/1988 faculta à administração tributária, nos termos da lei, criar instrumentos ou mecanismos que lhe possibilitem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente para conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva. Destarte, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, cedendo ao princípio da moralidade, aplicável, de forma absoluta, às relações de direito público e privado e, ainda, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias denotam ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Em que pese o direito adquirido de obstar a fiscalização tributária, ele não subsiste frente ao

dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. No caso, a autoridade fiscal pretende utilizar dados da CPMF para apuração do imposto de renda (1998), tendo instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. Precedentes citados: EREsp 806.753-RS, DJe 1º/9/2008; EREsp 726.778-PR, DJ 5/3/2007; EREsp 608.053-RS, DJ 4/9/2006; AgRg nos EREsp 863.702-RN, DJe 27/5/2009; AgRg no Ag 1.087.650-SP, DJe 31/8/2009; AgRg no REsp 1.078.878-SP, DJe 6/8/2009; AgRg no REsp 1.084.194-SP, DJe 26/2/2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223-RS, DJe 24/11/2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637-MG, DJe 21/5/2008, e AgRg nos EDcl no REsp 970.580-RN, DJe 29/9/2008. REsp 1.134.665-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009

Transcrevo, abaixo, a ementa do recurso representativo da controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. **ARTIGO 543-C, DO CPC**. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se 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 (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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." 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Logo, enquanto o STF não julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, nenhum recurso subirá à Egrégia Corte, e consequentemente a questão constitucional envolvida no REsp 1134665/SP (discutida no RE correspondente) ficará sobrestada no STJ, vigorando assim o efeito repetitivo atribuído ao mesmo.

Assim sendo, em razão do disposto no art. 62-A do RICARF, e considerando que o STJ ao julgar o REsp 1134665/SP, submeteu o v. Acórdão ao regime do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, deve ser reputada plenamente válida a utilização de dados bancários para a apuração da omissão de receita.

No âmbito deste colendo CARF, foi aprovada a Súmula nº 35, referindo-se à utilização de depósitos bancários para a apuração de omissão de receita (ainda que se refiram,

respectivamente à possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 35: O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula Vinculante aprovada pela Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010).

Desta forma deve ser mantida a higidez do lançamento mesmo tendo sido utilizada a movimentação bancária do contribuinte para no cotejo da documentação apresentada, incompleta por sinal, ensejando a apuração da CSLL com base nos critérios do lucro arbitrado. Além disso, no caso em apreço grande parte dos documentos solicitados foram entregues posteriormente ao lançamento, ensejando a aplicação da Súmula CARF nº 59, que assim dispõe expressamente:

Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

Assim sendo, deve ser mantida a exigência (na parte não decaída), ainda que a apuração da CSLL tenha ocorrido através da utilização de dados bancários, os quais foram utilizados para o arbitramento do lucro, em conformidade com o art. 530 do RIR/99.

Multa de Ofício Agravada (150%)

A decisão recorrida fez um relato dos fatos que ensejaram o arbitramento do lucro, que em síntese pode ser expresso através da movimentação bancária incompatível com os registros contábeis e documentais decorrentes da atividade empresarial exercida pela recorrente, tendo verificado, contudo que **“... a contribuinte não tentou deliberadamente causar embaraço à fiscalização, prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis.”**, tendo conseqüentemente reduzido o agravamento da multa, mantendo o percentual de 150% (**“tendo-se em vista o evidente intuito de fraude conforme bem demonstrado pelo auditor e não refutado pela atuada”**).

Mantendo-se, por fim a multa de ofício pelo fato de tratar-se de lançamento de ofício (**“Desse modo, em se tratando de lançamento de ofício, deve ser mantida a multa de igual natureza prevista expressa e especificamente pela legislação tributária”**).

Não vislumbro, todavia, pelas circunstâncias narradas pela Fiscalização, ter ocorrido ação dolosa da Recorrente com a intenção de impedir o conhecimento dos fatos por ela praticados, conforme previsto no art. 71, da Lei nº 4.502/64, *in verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Ao contrário, a decisão recorrida manteve a multa de ofício em 150%, pelo fato da receita ter sido apurada de forma arbitrada (“de igual natureza”), o que, ao meu ver, contraria entendimento já firmado por este colendo CARF através da Súmula Vinculante nº 25, a qual, nesses casos:

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. (Súmula Vinculante aprovada pela Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010).

Igualmente preconizam as Súmulas CARF nº 14 e 96, com o seguinte teor:

Súmula CARF nº 96: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Súmula CARF nº 14: “A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Importante registrar a doutrina balizadora de Hiromi Higuchi (in Imposto de Renda das Empresas Interpretação e Prática, 39ª Edição, IR Publicações, São Paulo, 2014, p. 117):

O art. 538 do RIR/99 dispõe que o arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis. Isso significa que o arbitramento de lucro é uma forma ou regime de tributação, não constituindo em penalidade.

Desta forma deve ser mantida a multa de ofício, em relação ao crédito tributário não decaído, no percentual de 75%, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

JUROS SELIC

Afasto, por fim, o pleito contra a atualização do crédito tributário pela Taxa Selic, conforme autoriza a Súmula CARF nº 4:

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 são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Sujeição passiva solidária.

Peço vênica para transcrever o seguinte trecho do acórdão recorrido relativamente à constatação de relações espúrias entre a Recorrente (IMPELCO) e a VESLE (responsável solidária):

Contudo, no sistema CNPJ os estabelecimentos matriz e filiais de IMPELCO continuam ativos, em vários dos mesmos endereços da empresa sucessora/solidária, além de haver movimentação financeira em 2002 no valor de R\$ 49.283.060,04, de R\$ 42.620.634,83 em 2003, de R\$ 11.790.083,53 em 2004 e de R\$ 58.836,41 em 2005, não havendo entrega de declarações também para esses anos, confirmando a assertiva de que IMPELCO foi "substituída" paulatinamente por VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., aberta em 06/06/2000, considerando que a marca GR ELETRO continuou no mercado, inclusive com inserções na mídia televisiva e propaganda contínua em listas telefônicas, sendo mais recentemente substituída pela marca FACILAR, adotada no início de 2007 por VESLE.

As informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias.

Recursos estes no montante de R\$ 63.996.592,45, como descrito no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Há que se considerar ainda que o acesso às informações financeiras propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade tributárias pela empresa que lhe sobreveio (VESLE MÓVEIS).

(-)

As provas do recebimento de receitas da atividade são os valores creditados em contas mantidas junto a instituições financeiras, cujas informações foram consolidadas e entregues à contribuinte em meio magnético e posteriormente em papel atendendo a pedido (fls. 319 a 322).

Apesar de constar que o acesso às informações bancárias “*propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade tributárias pela empresa que lhe sobreveio (VESLE MÓVEIS)*”, contudo, o voto condutor do acórdão é taxativo em afirmar não haver de fato, “*...nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle*”.

Todos os fatos narrados pela Fiscalização, ligando as duas empresas, como proximidade de endereço ou ainda a utilização simultânea de um mesmo imóvel, constituem indícios que deveriam ter sido melhor investigados e apurados, não justificando a atribuição de responsabilidade solidária só através de indícios. Não vislumbro, no caso, a comprovação das circunstâncias previstas no art. 124, I, do CTN (“I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”), nem tampouco aquelas previstas no art. 133 do mesmo diploma legal, que pressupõe a necessidade de aquisição de fundo de comércio, com o encerramento das atividades da alienante, em havendo a continuidade das atividades haverá atribuição de responsabilidade subsidiária e não solidária.

Logo, ainda que os fatos carreados aos autos permitissem atribuir responsabilidade tributária a terceiros, esta seria de natureza subsidiária e não solidária, para a qual exigiria requisitos específicos, conforme reiterada jurisprudência do colendo STJ:

8. No que concerne à responsabilidade tributária, o artigo 128, do CTN, preceitua que:

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

9. A responsabilidade tributária (cujo principal escopo é facilitar o cumprimento da prestação pecuniária devida ao Fisco) tanto pode advir da prática de atos ilícitos (artigos 134, 135 e 137, do CTN), como também da realização de atos lícitos (artigos 129 ao 133, do CTN), sendo certo, contudo, que a sua instituição **reclama o atendimento dos requisitos impostos pelo Codex Tributário, quais sejam: (i) a existência de previsão legal; (ii) a consideração do regime jurídico do contribuinte para fins de aferição da prestação pecuniária devida; e (iii) a existência de "vínculo jurídico entre o contribuinte e o responsável que permita a este cumprir sua função de auxiliar do Fisco no recebimento da dívida do contribuinte, sem ter seu patrimônio comprometido"** (Octávio Bulcão Nascimento, in "Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 818).

10. Quanto à extensão do dever jurídico imposto ao terceiro, a responsabilidade tributária distingue-se em solidária ou subsidiária (em havendo co-obrigados) e pessoal, como bem elucida doutrina abalizada: "Será pessoal se competir exclusivamente ao terceiro adimplir a obrigação, desde o início (responsabilidade de terceiros, por infrações e substituição).

Será subsidiária se o terceiro for responsável pelo pagamento da dívida somente se constatada a impossibilidade de pagamento do tributo pelo devedor originário. E, finalmente, será solidária se mais de uma pessoa integrar o pólo passivo da relação permanecendo todos eles responsáveis pelo pagamento da dívida." (Maria Rita Ferragut, in "Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002", 2ª ed., 2009, Ed. Noeses, págs. 34/35).

11. Acerca da obrigação tributária solidária, forçoso ressaltar que é de sua essência a unicidade da relação jurídica tributária em seu pólo passivo, o que autoriza a autoridade administrativa a direcionar-se contra qualquer um dos co-obrigados (contribuintes entre si, responsáveis entre si, ou contribuinte e responsável), que responderá in totum et totaliter pelo débito fiscal.

12. Destarte, exsurge a necessidade de exame dos diplomas **legais que regem (ou regeram) as relações jurídicas tributárias**

sub examine (atinentes a fatos impositivos ocorridos entre janeiro de 1996 e janeiro de 1999), a fim de se identificar o(s) sujeito(s) passivo(s) eleito(s) pelo ente tributante legiferante e o grau da responsabilidade instituído entre os co-obrigados (contribuinte ou responsável). (REsp 719.350/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011)

Desta forma, encaminho meu voto no sentido de determinar a exclusão da recorrente Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda, como sujeito passivo relativamente ao crédito tributário lançado por meio do Auto de Infração objeto do presente processo, por ausência de elementos materiais que pudessem comprovar a sua responsabilidade pelo crédito tributário exigido no presente processo.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso da primeira Recorrente (Impelco), para redução da multa de ofício para o patamar de 75% e dar provimento ao recurso da segunda Recorrente Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda (responsável solidária).

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso - Relator

Voto Vencedor

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada.

O recurso de ofício decorre da exoneração do crédito tributário correspondente ao agravamento da penalidade, em 50%, assim motivado pela Fiscalização:

A multa inicial aplicada é majorada em 50% em face de que nenhum esclarecimento foi prestado pela contribuinte, em nenhuma das intimações processadas, passando o percentual para 225%, nos termos da legislação citada no Auto de Infração.

A autoridade julgadora de 1ª instância entendeu que o agravamento não era cabível porque:

Em diversos pontos das impugnações, são questionados os procedimentos de fiscalização no tocante às intimações e à possibilidade de entrega de documentos e prestação de esclarecimentos. Transcrevem-se abaixo alguns desses trechos, referentes ao Termo de Verificação Fiscal:

Também foram exigidos livros da escrituração comercial e fiscal, contratos de locação, contrato social e alterações, declarações de rendimentos da empresa (omissa), extratos bancários e fichas de autógrafos nas instituições financeiras.

Acusando o recebimento da intimação inicial, foi protocolado pedido de prorrogação de prazo juntamente com a 60ª alteração contratual (fls. 12 a 23).

(...)

Em 06/04/2006 foi protocolado documento (fls. 27 a 29) asseverando que a empresa havia recentemente recebido os livros da Polícia Federal (cujo fato teria sido anotado pela fiscalização) e que não houveram tempo hábil para organizar a documentação contábil em face do prazo exíguo fixado pela fiscalização, terminando por requerer mais 30 (trinta) dias de prazo para cumprir as exigências.

(...)

Findo o prazo adicional, IMPELCO protocolou novo pedido de prorrogação (fls. 284 e 285), que foi acatado sendo o mesmo fixado para 31/01/2007, conforme Termo de Informação Fiscal de 22/01/2007 (fls. 286 a 288), sendo acompanhado do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar nº 0130100-2005-00090-2-2 (fl.03).

(...)

Em 28/02/2007 a fiscalização compareceu no estabelecimento de IMPELCO para verificar a documentação disponibilizada, com vistas a comprovar as origens dos depósitos e demais créditos listados no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Pela simples leitura dos excertos acima transcritos e comparando-se tal relato com os documentos constantes nos autos, verifica-se que a contribuinte não tentou deliberadamente causar embaraço à fiscalização, prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis.

Dessa forma, deve haver a exoneração do agravamento da multa, pelo que essa deve incidir no percentual de 150%, tendo-se em vista o evidente intuito de fraude conforme bem demonstrado pelo auditor e não refutado pela autuada.

Ocorre que o Termo de Verificação Fiscal relata que não só a escrituração comercial e fiscal, e correspondentes arquivos magnéticos foram objeto de sucessivas intimações não respondidas no prazo, assim como houve atraso nas respostas a intimações para

esclarecimentos acerca de movimentação financeira incompatível, ensejando reintimações e inclusive caracterizando o embaraço que justificou a expedição de Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras diretamente às instituições bancárias.

O art. 44, inciso I, §2º da Lei nº 9.430/96 autoriza o agravamento da penalidade *nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para, dentre outras hipóteses, prestar esclarecimentos*. E como se vê nas intimações juntadas aos autos, além dos livros da escrituração do sujeito passivo, foram exigidos contratos de locação, extratos bancários e, especialmente, esclarecimentos *sobre a incompatibilidade entre a movimentação financeira (dados CPMF) e a não declaração de rendimentos, conforme ANEXO 01, de forma a demonstrar as origens das operações de depósitos e demais créditos nas contas de depósitos à vista mantidas nas instituições financeiras indicadas*.

É certo que este Conselho já pacificou o entendimento de que *a falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros* (Súmula CARF nº 96). Todavia, outros esclarecimentos exigidos não foram prestados no prazo marcado nas intimações, ensejando reintimações, circunstâncias suficientes para legitimar o agravamento da penalidade.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, restabelecendo o agravamento da multa de ofício.

Já no que se refere à multa de ofício mantida no percentual de 150%, cumpre ter em conta que a base de cálculo autuada decorre da constatação de receitas auferidas no período fiscalizado, mediante confronto dos depósitos bancários com os documentos apresentados pela contribuinte durante o procedimento fiscal, a partir dos quais foi possível constatar que apenas parte das operações foram contabilizadas pela autuada, e que nem mesmo em relação a esta parcela foram declarados ou recolhidos os valores devidos. Diante deste contexto, a autoridade lançadora expôs que:

No que concerne à aplicação da multa proporcional ao valor do imposto, a mesma foi de 150%, por prática, em tese, de infração qualificada como:

1 – Sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/1964), tendo em vista que a contribuinte agiu e omitiu com dolo para impedir e retardar totalmente em relação ao ano-calendário 2001 o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

1.1 – Da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal (por três anos consecutivos, não entregou a DIPJ, deixando de informar o resultado do exercício, a base de cálculo e o regime de tributação; não informou nenhum valor nas DCTF; não apresentou a escrituração comercial para que houvesse possibilidade de apuração da base de cálculo; não comprovou a origem dos créditos em contas mantidas em instituições financeiras, tendo cabido tal tarefa à fiscalização, tudo evidenciando o intuito de omitir informações, com o fito de eximir-se do pagamento do imposto/contribuições);

1.2 – Das suas condições pessoais, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal e o crédito tributário correspondente (na condição de rede de lojas na exploração do comércio varejista de móveis e eletrodomésticos, deixou de informar o total das receitas típicas da atividade, inclusive deixando de apresentar declarações, como se não mais estivesse em atividade, sem se importar em esclarecer se os créditos em suas contas bancárias se referiam a esse tipo de atividade ou a outra, levando a fiscalização a apurar os valores pelo regime de lucro arbitrado; ainda, passou toda a rede de lojas a empresa sucessora que, como demonstrado nos anexos, muitas vezes é solidária, ao passo que ambas operaram nos

mesmos estabelecimentos comerciais às mesmas épocas; nesse sentido, a autuada desfez-se de todo seu patrimônio comercial, reduzindo a ampla rede a apenas um pequeno estabelecimento no endereço constante do cabeçalho).

Acrescente-se a esta acusação as referências, também trazidas pela Fiscalização, acerca da reiteração desta conduta omissiva por parte da pessoa jurídica SANTEX que, antes da autuada (IMPELCO), foi constituída para operação da marca GR ELETRO.

No ano de 2000 foi requisitado procedimento de fiscalização pelo Ministério Público Federal, onde foi constatada a sucessão de SANTEX por IMPELCO – processos números 10183.004979/00-11 (arquivado por decadência) e 10183.002620/2001-25 (créditos inscritos na Dívida Ativa da União).

Em ambas as ocasiões os procedimentos de fiscalização foram precedidos de ações policiais de busca e apreensão nos estabelecimentos da contribuinte, que sempre usa a marca GR ELETRO, mudando apenas o CNPJ dos estabelecimentos e abandonando o anterior, categoria em que se inclui IMPELCO, furtando-se ao cumprimento das obrigações tributárias.

Contudo, no sistema CNPJ os estabelecimentos matriz e filiais de IMPELCO continuam ativos, em vários dos mesmos endereços da empresa sucessora/solidária, além de haver movimentação financeira em 2002 no valor de R\$ 49.283.060,04, de R\$ 42.620.634,83 em 2003, de R\$ 11.790.083,53 em 2004 e de R\$ 58.836,41 em 2005, não havendo entrega de declarações também para esses anos, confirmando a assertiva de que IMPELCO foi "substituída" paulatinamente por VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA (vide fls. 02 a 04 do ANEXO IV – QUATRO)., aberta em 06/06/2000, considerando que a marca GR ELETRO continuou no mercado, inclusive com inserções na mídia televisiva e propaganda contínua em listas telefônicas, sendo mais recentemente substituída pela marca FACILAR, adotada no início de 2007 por VESLE.

Considerando a forma de apuração, nestes autos, dos fatos tributáveis, não são aplicáveis as Súmula CARF nº 14 e 25, porque não se trata de presunção legal de omissão de receitas, ou de simples apuração de omissão de receitas, e ainda que tenha havido arbitramento dos lucros, outras evidências foram agregadas para demonstração do intuito de fraude.

Observe-se, ainda, que a recorrente limita-se a argumentar que não houve embaraço à fiscalização (aspecto antes apreciado em sede de recurso de ofício), e nega a existência de dolo apenas em razão da autuação de fundar em presunção. No mais, afirma confiscatória a penalidade subsistente, ao final pleiteando sua redução para 75% *uma vez que reconhecida pelos Nobres Julgadores a quo que: “a contribuinte não causou embaraço à fiscalização, prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis”*. Ocorre que o percentual de 150% está previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96 para as exigências de ofício nas quais restar caracterizado o intuito de fraude, aqui presente em razão das evidências reunidas pela Fiscalização acerca da deliberada intenção da contribuinte de, reiteradamente praticando fatos jurídicos tributáveis, deixar de escriturá-los adequadamente de modo a subtraí-los da incidência tributária.

O contexto fático assim compreendido impõe, também, a manutenção da responsabilidade tributária imputada a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda. As recorrentes argumentam que para caracterização da solidariedade tributária *não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, ou a interdependência entre as empresas,*

caracterizada pela composição do capital ou pela identidade de pessoas que compõe as sociedades. E destacam que a própria autoridade julgadora de 1ª instância reconheceu que não há, de fato, nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle.

Contudo, na forma da doutrina referida pelas recorrentes, *há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficiam diretamente com sua ocorrência*, e o benefício decorrente do fato gerador é compartilhado pelas pessoas jurídicas quando há confusão patrimonial revelada, no caso, pela atuação conjunta da autuada e de Vesle Móveis e Eletrodomésticos nas atividades verificadas no período fiscalizado.

As recorrentes transcrevem ementas de julgados que afastam a solidariedade decorrente da participação relevante de uma pessoa jurídica no capital de outra, ou da caracterização de grupo econômico entre empresa arrendadora e instituição bancária, mas tais circunstâncias são totalmente distintas daquelas presentes nestes autos. Como visto, os fatos jurídicos tributários foram constatados ao longo dos anos-calendário 2001 a 2004, ao passo que Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda iniciou suas atividades em 06/06/2000, como demonstram as recorrentes, e durante o procedimento fiscal a autoridade lançadora constatou que:

Verifica-se que a contribuinte foi instada a comprovar mediante apresentação de documentação hábil e idônea a origem das operações que deram causa a depósitos e créditos nas contas bancárias da ordem de R\$ 63.996.592,45.

Na seqüência, a partir das mencionadas cópias de cheques, foram intimados diversos fornecedores (fls. 228 a 277) para esclarecerem as operações advindas dos pagamentos, com quem as operações haviam sido firmadas no estabelecimento da contribuinte ou de outra empresa, onde os objetos das operações haviam sido entregues e se os sócios da contribuinte avalizaram operações de terceiros, sobremaneira de empresa tida como sucessora e devedora solidária (VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. — adiante denominada VESLE).

As respostas formam o ANEXO II (DOIS) deste processo administrativo. No fim do ANEXO (fls. 227 a 230) consta relatório que compila as estreitas ligações entre a contribuinte (de agora em diante denominada IMPELCO) e VESLE, ficando evidente que as duas empresas, por meio de seus sócios, concorrem para os mesmos objetivos até que uma suceda a outra.

Já pelos documentos, planilhas e análises do ANEXO III (TRÊS) deste processo administrativo, além das evidências de que as duas empresas trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais, fica também caracterizada a sucessão de IMPELCO por VESLE, em síntese, como segue:

PLANILHA 01 (fls. 21 e 22 do ANEXO): demonstra as coincidências dos endereços constantes dos livros fiscais entregues à fiscalização em 25/04/2006 com os endereços constantes dos cadastros bancários, do CNPJ e do CNPJ de VESLE.

PLANILHA 02 (fls. 23 e 24 do ANEXO): compila os endereços constantes dos cadastros bancários e cruza-os com livros fiscais, CNPJ de VESLE e CNPJ de IMPELCO.

PLANILHA 03 (fls. 25 a 30 do ANEXO): identifica as coincidências de vários endereços de IMPELCO e VESLE com base nos dados informados pelas mesmas no CNPJ, cujas pesquisas estão ordenadas na seqüência da planilha em questão.

PLANILHA 04 (fls. 153 a 155 do ANEXO): indica as coincidências de datas e endereços na utilização de endereços por IMPELCO e VESLE, segundo dados do CNPJ identificando ainda endereços vizinhos e intervalos em que uma supostamente mudou-se de um determinado endereço e outra começou a atividade logo depois;

também está demonstrado o envolvimento de mais 05 (cinco) empresas de compõem a cadeia de sucessão até culminar em VESLE.

LISTAS TELEFÔNICAS (fls. 156 a 205): de Mato Grosso (2001 a 2006) e obtidas na internet (28/11/2006) confirmam as evidências de sucessão de IMPELCO por VESLE e de solidariedade tributária entre VESLE e IMPELCO; os fatos constam da ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS, item "5".

ANÁLISE DOS DADOS (fls. 206 a 214): evidencia de forma inequívoca as estreitas ligações operacionais de IMPELCO e VESLE, abordando os dados compilados nas PLANILHAS e LISTAS TELEFÔNICAS.

PROCESSO JUDICIAL (fls. 215 a 284): ao final do ANEXO em comento, consta peça que tramitou na 3ª Vara da Seção Judiciária do Acre, onde se vê que as investigações sobre sucessão e solidariedade entre IMPELCO e VESLE corroboram de forma sólida os fatos levantados pela fiscalização, sobretudo pela riqueza de provas, identificação de novos endereços utilizados pelas duas empresas, identificação de que veículos registrados em nome de IMPELCO eram utilizados por estabelecimentos de VESLE, confirmação da logomarca GR ELETRO por ambas as empresas (já evidenciado no CNPJ, inclusive das cinco outras empresas citadas — PLANILHA 04).

As recorrentes reproduzem estas constatações para afirmar que estes fatos além de não caracterizar a solidariedade do artigo 124, como quer o Auditor, não correspondem às provas exigidas pelo artigo 132 e 133 do Código Tributário nacional, para se ter sucessão empresarial. E, sob esta última vertente, reproduzem ementas de julgados contra a caracterização de sucessão sem a prova de uma relação jurídica entre o alienante e o adquirente, ou sem a acusação, anterior à penhora, da ocorrência de sucessão ou confusão entre as empresas. Citam, ainda, julgado proferido em face de embargos à execução opostos por Velse Móveis e Eletrodomésticos Ltda, no qual foi afastada a aplicação do art. 133 do CTN em razão das evidências de que IMPELCO permanecia ativa, embora constatado que a embargante possuía loja com o nome fantasia GR ELETRO. Concluem, assim, que não houve sucessão porque ambas empresas permanecem ativas, não há plena identidade entre os endereços das filiais e não há prova de aquisição do fundo de comércio. Arrematam reportando-se aos efeitos danosos que a responsabilidade tributária acarretaria a suas atividades, e indicando ofensa a dispositivos constitucionais.

Ocorre que as circunstâncias que ensejam a responsabilidade tributária foram apuradas pela autoridade lançadora no plano fático, e não jurídico, impossibilitando a afirmação de que teria ocorrido uma circunstâncias previstas nos arts. 132 e 133 do CTN. Assim, antes da sucessão, a autoridade lançadora claramente afirma que os elementos juntados ao Anexo III evidenciam *que as duas empresas trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais*. E isto porque, junto a fornecedores foram coletadas informações acerca do intermediário das operações firmadas no estabelecimento da contribuinte ou de outra empresa, do local onde os objetos das operações haviam sido entregues e da atuação de sócios da contribuinte avalizando operações de terceiros, *sobremaneira de VESLE*, em razão das quais concluiu-se que *as duas empresas, por meio de seus sócios, concorrem para os mesmos objetivos, e trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais*, aspecto inclusive que desmerece a alegação de que as pessoas jurídicas teriam quadros societários distintos. Logo, a Fiscalização não se prendeu apenas à coincidência entre endereços nos quais as pessoas jurídicas exerciam suas atividades, e inclusive constatou que *veículos registrados em nome de IMPELCO eram utilizados por estabelecimentos de VESLE* e ambas compartilhavam a *logomarca GR ELETRO*.

As recorrentes, por sua vez, não enfrentam estas acusações. Daí a conclusão da autoridade julgadora de 1ª instância no sentido de que, apesar de inexistir documento que *apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle*, o Anexo III a estes autos reúne evidências suficientes para ensejar a solidariedade prevista no art. 124, I do CTN. Em tais condições, o fato de ambas as empresas estarem em atividade no período autuado somente reforça a solidariedade constatada pela autoridade lançadora.

Assim, apesar de a acusação fiscal se basear em indícios, eles são convergentes e coerentes no sentido de que IMPECO e VESLE compartilharam das mesmas atividades, de ao mesmo parte de seus estabelecimentos e veículos, apresentando-se aos fornecedores e aos clientes como uma única empresa, circunstâncias suficientes para afirmar a confusão patrimonial e, por consequência, o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da presente exigência, hábil a justificar a imputação de responsabilidade solidária na forma do art. 124, I do CTN.

Estas as razões para, além de DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, NEGAR PROVIMENTO aos recursos voluntário, mantendo inclusive a multa qualificada de 150% e a imputação de responsabilidade solidária a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Registro que, no mérito, acompanho o I. Relator em suas conclusões acerca da validade da prova constituída a partir de extratos bancários requeridos pela autoridade fiscal junto às instituições financeiras, e acrescento a abordagem, contida na decisão recorrida, acerca da acusação fiscal que, no caso, não se limitou a presumir omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, mas sim confrontou-os com os documentos que, embora não contabilizados, foram apresentados à Fiscalização, concluindo que os valores computados na acusação correspondiam a receitas da atividade:

Relativamente à omissão de receitas, fato motivador do lançamento de ofício, são transcritos abaixo trechos do Termo de Verificação Fiscal, que evidenciam a forma como procedeu o Auditor Fiscal:

Em 28/02/2007 a fiscalização compareceu ao estabelecimento de IMPELCO para verificar a documentação disponibilizada, com vistas a comprovar as origens dos depósitos e demais créditos listados no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Naquela oportunidade, após a análise da documentação, foi emitido o Termo de Intimação de mesma data (fls. 291 a 297 e verso), indicando que:

- 1 – Não foi prestado nenhum esclarecimento sobre a questão, mas apenas apresentação de parte de livros fiscais e do livro Diário integral, sem demonstrações contábeis e sem plano de contas;
- 2 – A documentação disponibilizada, de grande volume, estava separada por fechamentos de caixa das lojas, evidenciando que os depósitos listados no supradito Termo de Intimação se referem a receitas da atividade da empresa, sem, contudo, haver um controle efetivo para conciliação com a escrituração comercial;
- 3 – Para confirmação dessa assertiva foram selecionados os maiores créditos em cada uma das contas bancárias para que os documentos fossem separados, a fim de que a fiscalização os analisasse;
- 4 – Com base nesses mesmos valores selecionados a fiscalização constatou que muitos deles não constavam do livro Diário apresentado.

Por esse histórico, **a fiscalização estendeu o procedimento para apuração dos créditos tributários também para os anos de 2002 a 2004**, conforme Termos de Intimação 06/03/2007 (fls. 298 a 302), concedendo 20 (vinte) dias para apresentação dos elementos.

(...)

Em 07/03/2007 os documentos disponibilizados em atendimento ao Termo de 28/02/2007 foram retidos por Termo próprio (fls. 303 e 304), onde se vê que:

- 1 – Parte dos depósitos e créditos encontrados no Diário têm consonância com os comprovantes;
- 2 – Parte dos depósitos e créditos não encontrados no Diário tiveram os comprovantes apresentados (indicando que nem todas as operações foram devidamente escrituradas);
- 3 – Parte dos depósitos e créditos identificados como transferências entre contas bancárias no Diário não tiveram os comprovantes apresentados;
- 4 – Parte dos depósitos e créditos não foram encontrados no Diário e não tiveram os comprovantes apresentados (indicando novamente que nem todas as operações foram devidamente escrituradas ou que não há controles que certifiquem os dados constantes da escrituração).

Com base nessa amostragem, ficou evidente que os depósitos e créditos havidos nas contas bancárias de IMPELCO se referem a receitas de sua atividade, sobremaneira nos que são especificamente identificados como tal (liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON).

Dessa forma, elaborou-se o Termo de Constatação de 09/03/2007 (fls. 307 a 317) acerca das circunstâncias acima, bem assim das bases de cálculo de tributos e contribuições relativos ao ano-calendário 2001, além de abrir prazo para manifestações pertinentes e indicação do regime de tributação (lucro real anual ou lucro real trimestral) no caso de apresentação de escrituração comercial completa dentro do prazo concedido.

Logo após a análise dos documentos de caixa os mesmos foram devolvidos em 12/03/2007, de acordo com Termo próprio (fl. 318).

Não houve manifestação acerca do Termo de Constatação de 09/03/2007.

Todavia, em relação ao Termo de Intimação de 06/03/2007 (abrangendo o período de exame para os anos-calendário de 2002 até 2004), IMPELCO apresentou em 03/04/2007 pedido de prorrogação de prazo (fl. 320), **que foi deferido parcialmente pelas razões expostas no Termo de Informação Fiscal de 04/04/2007 (fls. 321 a 324).**

Ao fim do prazo (04/05/2007), IMPELCO não apresentou quaisquer dos elementos solicitados, sobretudo os livros comerciais e fiscais, que há muito deveriam estar escriturados, valendo ressaltar que **nem mesmo em relação a 2001**, depois de mais de um ano do início do procedimento, foi apresentada a totalidade de livros daquele período.

(...)

As informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias.

Recursos estes no montante de R\$ 63.996.592,45, como descrito no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Há que se considerar ainda que o acesso às informações financeiras propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade tributárias pela empresa que lhe sobreveio (VESLE MÓVEIS).

Já no que tange ao **período complementar do procedimento (anos-calendário 2002 a 2004), objeto do presente Termo de Verificação**, os livros fiscais indicam receitas operacionais no valor de R\$ 44.997.698,18 – 2002, R\$ 34.431.095,23 – 2003, R\$ 5.746.052,78 – 2004 (fls. 333 a 335), totalizando R\$ 85.174.846,19, ficando abaixo do total das operações verificadas nas contas bancárias – R\$ 102.865.242,58.

Todavia, a apresentação dos livros fiscais também corrobora a constatação por meio dos documentos apresentados para comprovação das operações identificadas nos extratos bancários, que os valores extraídos pela fiscalização se referem mesmo a receitas da atividade, como também foi constatado em relação ao ano-calendário de 2001.

Dessa forma e em virtude da não apresentação dos livros comerciais a apuração do IRPJ e da CSLL se deu com base no regime do lucro arbitrado.

(...)

As provas do recebimento de receitas da atividade são os valores creditados em contas mantidas junto a instituições financeiras, cujas informações foram consolidadas e entregues à contribuinte em meio magnético e posteriormente em papel atendendo a pedido (fls. 319 a 322).

Nesse ínterim, as informações foram confrontadas, por amostragem, com documentos apresentados mediante intimação, ficando constatado que se tratavam de receitas da atividade.

Verifica-se que a autuação não está baseada na presunção de omissão de receitas conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 9.430/1996. O que ocorreu foi a comparação entre os depósitos bancários e os documentos de Caixa dos estabelecimentos da empresa autuada, inclusive havendo a identificação de depósitos como liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON. Tendo em vista esse procedimento para o ano-calendário 2001, foi estendido para os de 2002 a 2004, ante a não apresentação da escrita contábil em condições de se proceder às análises pertinentes.

Não há que se falar, pois, em presunção de omissão de receitas ou mesmo de lançamento baseado exclusivamente em depósitos bancários. Prejudicadas estão, portanto, as alegações nesse sentido, bem como as baseadas na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, ou mesmo aquelas em que a fundamentação é a de que meros depósitos bancários não se caracterizam como receita.

Com relação especificamente a esse tópico, são as seguintes as argumentações expendidas pelas impugnantes:

13- Restando o Auto de Infração sobre as informações financeiras totalmente equivocadas; o Senhor Auditor Fiscal quando diz que lavrou o presente Auto de Infração sobre a movimentação financeira apresentada no valor de R\$ 102.865.242,58, relativamente aos anos calendários de 2002, 2003, e 2004. Cabendo ser analisado o que segue:

a - No valor correspondente as operações financeiras, não foram deduzidas: os valores correspondentes aos cheques devolvidos; empréstimos bancários, ou até mesmo estornos" de créditos; não concordando a Impugnante com o valor apurado com a soma à título de depósitos Bancários, devendo o valor correto ser apurado através de diligência fiscal.

b - A Impugnante discorda dos valores apurados pelo Senhor Auditor e apresentados como contrapartida dos Depósitos Bancários, pois o mesmo simplesmente apurou somente, o valor correspondente à Receita efetivada no ano base, esquecendo-se de acrescentar os valores correspondentes as Duplicatas a Receber existentes em 31.12.2001, bem como os valores consignados no mesmo balanço tais como saldo positivo das contas Bancárias e o Saldo representado em Caixa;

c - Pelo que consta, no relato do Senhor Auditor Fiscal, o mesmo não é digno de fé, pois está completamente equivocado, analisando-se:

SALDOS ANTERIORES DE DISPONIBILIDADES

(+) Saldo Duplicatas a Receber em 31.12.2001.....R\$ 45.590.166,66
(+) Saldo de Caixa 31.12.2001.....R\$253.814,64
(-) Saldo Negativo de Bancos em 31.12.2001.....R\$152.626,81
(=) TOTAL DISPONIBILIDADES em 31.12.2001 R\$ **45.691.354,49**

(+) Saldo de disponibilidades em 31.12.2001.....R\$ 45.691.354,49
(+) Receita Operacional ano base 2002R\$ 50.070.515,43
(-) A mov. Bancária DE 2002, apurou um resultado de R\$ 49.201.377,56
(=) Valor Total Sobras Disponíveis.....R\$ 46.560.492,36

(+) Saldo de disponibilidades em 31.12.2002.....R\$ 46.560.492,36
(+) Receita Operacional ano base 2003R\$ 34.611.065,56
(-) A movimentação bancária apurou um resultado de R\$ 42.373.253,53
(=) Valor Total Sobras Disponíveis.....R\$ 38.798.304,39

(+) Saldo de disponibilidades em 31.12.2003R\$ 38.798.304,39
 (+) Receita Operacional ano base 2004R\$ 6.090.832,38
 (-) A movimentação bancária apurou um resultado de R\$ 11.290.611,59
 (=) Valor Total Sobras DisponíveisR\$ 33.598.525,18

Conforme se pode analisar, o Demonstrativo supra, apresentou um resultado positivo de disponibilidades para todos os exercícios Fiscais, descaracterizando o presente Auto de Infração. Conforme devidamente demonstrado mediante as provas documentais Planilhas resultantes de levantamentos e Balancetes contabilidade (Doc.Fls. 36, a 44-a) e mais Balanços Patrimoniais, 80 a 105).

Pelo que se pode verificar de toda essa argumentação, a impugnante não contesta, em nenhum momento, que o total dos depósitos bancários não se referem às receitas da atividade, pelo contrário, corrobora essa afirmação do Auditor Fiscal.

Quanto a no valor dos depósitos considerados pelo Fisco estarem incluídos os correspondentes a cheques devolvidos; empréstimos bancários e estornos de créditos, como pode ser visto no Termo de Intimação de f. 221, isso não procede. Transcreve-se excerto desse termo que comprova a improcedência desse argumento:

4 – DOS VALORES A COMPROVAR foram excluídos todos os valores a créditos que não representam efetivas entradas de recursos nas contas verificadas, especialmente os relativos a:

4.1 – Transferências, DOC e depósitos entre contas, desde que com correspondência de débito e crédito entre duas contas;

4.2 – Empréstimos;

4.3 – Estornos e acertos;

4.4 – Devoluções de cheques depositados;

4.5 – Cheques emitidos e devolvidos;

4.6 – Crédito de CPMF;

4.7 – Redução de Saldo Devedor.

Por fim, quanto à apuração de “Sobras de Disponibilidades” levando em conta Duplicatas a Receber e Saldo Negativo de Bancos, com base em provas documentais, Balancetes e Balanço de contabilidade, bem como ainda que não houve pagamentos em face de apuração de prejuízo fiscal, vê-se que a impugnante pretende que seja efetuada a apuração do lucro segundo a sistemática “Lucro Real”.

Entretanto, diferentemente do que alega a impugnante, a legislação prescreve que, não havendo a possibilidade da apuração do “Lucro Real”, o imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado. E, conforme pode ser visto nos documentos constantes nos autos (intimações e respostas, em especial a Solicitação de Autorização para Arbitramento do Lucro de f. 399 e 402), a contribuinte enquadra-se em vários dos motivos elencados no referido art. 530: incisos I, II, III e VI.

Não merece reparo, nesse ponto, o procedimento efetuado pelo auditor-fiscal.

A defesa apresentada em recurso voluntário guarda os mesmos contornos daquela veiculada em impugnação. E em ambas constata-se a pretensão da contribuinte de enaltecer escrituração comercial que sequer foi apresentada à Fiscalização, confrontando grandezas globais para tentar atribuir outra natureza aos valores identificados pela Fiscalização como decorrentes de receita da atividade. Parte do pressuposto de que suas receitas são apenas aquelas supostamente escrituradas e assim se omite sobre os depósitos bancários que a autoridade fiscal, depois de confrontar com seus fechamentos de caixa, constatou não estar escriturados.

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

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 23/09/20

14 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por ANTONIO LISBOA CARDOS

O, Assinado digitalmente em 19/09/2014 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 07/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Eventualmente a Fiscalização pode ter interpretado equivocadamente os documentos que lhe foram apresentados. Mas o fato é que a desídia da contribuinte no cumprimento de suas obrigações acessórias impôs a conclusão fiscal de que *as informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias*, acrescentando que nos períodos aqui autuados *os livros fiscais indicam receitas operacionais no valor de R\$ 44.997.698,18 – 2002, R\$ 34.431.095,23 – 2003, R\$ 5.746.052,78 – 2004 (fls. 333 a 335), totalizando R\$ 85.174.846,19, ficando abaixo do total das operações verificadas nas contas bancárias – R\$ 102.865.242,58.*

Frente a tal contexto, a desconstituição das receitas imputadas pela Fiscalização à contribuinte, suportada no confronto de seus extratos bancários com seus documentos de fechamento de caixa, exigiria a apresentação de uma prova documental robusta, consistente na reconstituição da escrituração comercial, para que esta passasse a abranger toda a movimentação financeira do período fiscalizado, e permitisse estabelecer a correspondência dos depósitos bancários com outras origens que não as receitas do período fiscalizado. A mera confrontação de saldos de contas contábeis extraídos de uma escrituração que sequer foi apresentada à Fiscalização, em nada favorece a contribuinte fiscalizada, mormente tendo em conta que a maior parte das origens apontadas decorreriam de saldo de duplicatas a receber desde o final do ano-calendário 2000, e já em 2001 verificou-se a imprestabilidade de sua escrituração comercial para demonstrar a realidade destes direitos. Idêntica irrelevância se mostra, também, na alegação de que as DCTF teriam sido apresentadas, mas sem informação de débitos de CSLL em razão da apuração de prejuízos nos períodos fiscalizados, com base naquela mesma escrituração precária.

Por estas razões também acompanho o I. Relator quanto à validade do arbitramento dos lucros, apenas observando que embora a Súmula CARF nº 59 não autorize a reversão do arbitramento dos lucros em razão da apresentação dos livros e documentos sonegados à fiscalização, a escrituração comercial reconstituída depois do lançamento, acompanhada de sua documentação de suporte, poderia ser admitida, mas apenas como prova de que os depósitos bancários vinculados pela autoridade lançadora a receitas da atividade teriam outra origem, não sujeita a tributação no período autuado, reduzindo, assim, a base de cálculo sobre a qual foi aplicado o coeficiente de arbitramento dos lucros.

É como voto, relativamente a estes pontos do litígio.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira