



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10510.003030/2009-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1301-003.994 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de julho de 2019
Recorrente RECICLAR LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. A LC 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Constitucionalidade da LC 105/2001 reconhecida pelo RE 601.314 (julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei 5.869/73).

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO

A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pelo sujeito passivo regularmente intimado autoriza o lançamento de ofício por omissão de receitas.

MULTA QUALIFICADA. NÃO COMPROVAÇÃO.

Em não se comprovando o dolo, fraude ou simulação, de se afastar a qualificadora da multa, mormente em casos de omissão de receitas por depósito bancário, em que as situações dos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 devem se mostrar claras e definidas.

CÔMPUTO DO PRAZO DE DECADÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Uma vez não comprovada a hipótese de dolo, fraude ou simulação, não prevalece a regra do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, e sim a do art. 150, §4º, do CTN, havendo a ocorrência do pagamento, contando-se o prazo de decadência a partir da data do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário do contribuinte para reduzir a multa de ofício para 75% e declarar decadência do crédito tributário relativo aos períodos de apuração de janeiro a agosto

de 2004, e, em relação ao recurso do coobrigado, afastar a preliminar arguida e negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

RECICLAR LTDA., já qualificado nos autos, recorre da decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA) - DRJ/SDR (fls. 431 e ss), que, por unanimidade de votos, re-ratificou o Acórdão DRJ/SDR 15-23.531 e manteve os lançamentos, a exclusão do SIMPLES a partir de 1/1/2005, bem como a sujeição passiva do Sr. Edvaldo Ferreira de Souza.

Do Lançamento

Trata-se de autos de infração na forma do Simples Federal (fls. 88/153), exigindo o crédito tributário no valor global de R\$ 2.254.763,18, relativos ao ano-calendário de 2004, com multas de ofício de 75% e de 150%, acrescidos de juros de mora, em razão de omissão de receitas, decorrentes de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, (fls. 155/158), e Relatório do acórdão recorrido, as razões do lançamento foram:

Consta do dito Relatório que a ação fiscal foi iniciada em 02/12/2008, devido à verificação de movimentação financeira incompatível com a receita informada na DSPJ/Simples do AC/2004, sem que houvesse elementos que pudessem justificá-la.

Intimada pelo Fisco, a contribuinte apresentou o livro caixa e o livro de apuração do ICMS, bem como extratos bancários da conta corrente nº 11.3204, do Bradesco S/A. Com base nas informações disponíveis, a Fiscalização constatou que faltavam os extratos da c/c nº 5.4763 do mesmo banco, que foram requisitados de ofício.

Em 25/05/2008, o Banco Bradesco, atendendo à RMF, enviou à Receita Federal do Brasil (RFB) cópia dos extratos das contas correntes n.º 11.3204 (Ag. 1.605) e n.º 5.4763 (Ag. 2.828), e fichas cadastrais e cópia do Instrumento de Procuração outorgando poderes ao Sr. Edvaldo Ferreira de Souza, CPF n.º 466.837.12620, para movimentá-las.

De posse da documentação entregue pelo referido banco, foram enviadas pelo Correio intimações para a REICLAR e para o Sr. Edvaldo, recebidas em 15/06/2009 e 31/07/2009, respectivamente, solicitando a comprovação mediante documentação hábil e idônea da origem dos valores depositados/creditados nas referidas contas bancárias, elencados no anexo do Termo de Intimação (fls. 163/175 e 179/191).

Na sua resposta por escrito a fiscalizada alegou que devido a ocorrência de sinistro nas instalações da empresa, no mês de maio/2009, estava impossibilitada de apresentar a documentação solicitada pelo Fisco. Informou ainda que a movimentação da conta corrente n.º 5.4763 (Ag. 2.828), mantida na cidade de Belo Horizonte/MG, era feita com independência, sem qualquer interferência, e que houvera abuso de poderes de representação, por parte do preposto Edvaldo Ferreira de Souza, que não registrava em apartado os débitos e créditos da sobredita conta (documentos às fls. 192/195).

Assim, a Fiscalização apurou receita bruta no valor de R\$ 7.264.059,53, decorrente dos valores creditados nas contas correntes retrocitadas. Como a receita bruta declarada na DSPJSimples fora de R\$ 455.671,90, restou omitida a diferença no valor de R\$ 6.808.387,63, que serviu de base de cálculo dos lançamentos em questão, com fundamento na presunção legal do art. 287 do RIR/99, que tem como matriz o art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Como o montante da receita bruta acumulada superou o limite legal para a empresa de pequeno porte (EPP), no AC/2004, a contribuinte foi excluída do Simples, a partir de 1º/01/2005, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 28, de 03/09/2009 (fls. 84/85), cuja ciência pessoal se deu em 10/09/2009.

Foram lavrados ainda Representação Fiscal para Fins Penais, processo 10510.003120/2009-17 (fl. 421), e Termo de Sujeição Passiva Solidária contra o Sr. Edvaldo Ferreira de Souza, CPF n.º 466.837.12620 (fls. 255/256).”

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, a Impugnação do Sr. Edvaldo Ferreira de Souza foi apresentada às fls. 266/293, e foi julgada intempestiva e não conhecida, pois até então não havia o conhecimento da impugnação apresentada pela empresa Reciclar em 09//10/2009, anexada aos autos posteriormente.

Tal impugnação aduziu os seguintes argumentos:

(i) Requer o reconhecimento da impugnação como tempestiva, para, no mérito, reconhecer a extinção do crédito tributário pela decadência em relação aos fatos

geradores de janeiro a setembro de 2004, nos termos do art. 150, § 4.º, do CTN, que trata do lançamento por homologação e da contagem do prazo para decadência a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

(ii) Ressalta, em relação à exclusão do Simples Federal, que a presente autuação jamais poderia retroagir para atingir fatos geradores ocorridos em período não abrangido pela fiscalização e não constante do crédito tributário constituído, isto é, não poderia haver, como houve, desenquadramento do Simples retroativo a 1/01/2005. Acresce que tal exclusão (por excesso de receita bruta no ano de 2004), consoante Ato Declaratório Executivo DRF/AJU n.28, de 3 de setembro de 2009 (fls. 84/85), foi procedida sem a garantia do direito ao contraditório e ampla defesa, previsto na Constituição Federal.

(iii) Requer, ainda, a exclusão da responsabilidade do Sr. Edvaldo Ferreira de Souza, arrolado no Termo de Sujeição Passiva, fls. 255/256, por falta de motivação, uma vez que tal pessoa nunca fora sócio da atuada e sim mero procurador.

Após diversas idas e vindas, em julgamento último realizado em 04 de maio de 2011, fls. 422 e ss, a 4ª Turma da DRJ/SDR, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e prolatou o acórdão 15-27.002, assim ementado:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

CÔMPUTO DO PRAZO DE DECADÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Uma vez comprovada a hipótese de dolo, fraude ou simulação, prevalece a regra do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contando-se o prazo de decadência a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

Mantém-se a exclusão de ofício do Simples Federal, a partir de 01/01/2005, uma vez comprovado que no ano-calendário de 2004 a pessoa jurídica auferiu receita bruta em montante superior ao limite legal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Restando comprovado pela documentação anexa aos autos que a gerência da empresa era exercida por terceiro, com poderes inclusive para movimentar contas bancárias, cabe a inclusão deste como responsável solidário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 258 e ss, onde tão somente reforça os argumentos já apresentados em sede de impugnação, e pede a improcedência do lançamento:

- Preliminar de decadência;
- Quanto ao mérito, alega que apresentou documentação bancária que não foi analisada pelo fiscal;
- Que não houve a comprovação de que a conta foi movimentada por terceiro, e que se assim o for, quem deve ser responsabilizado é o terceiro.
- Pede a desqualificação do ADE 28, de 3/9/2009, de exclusão do SIMPLES por excesso de receitas.

Já o responsável solidário, Sr. Edvaldo Ferreira de Souza, apresentou o seu recurso às fls. 629 e ss, e requer, em síntese:

- Nulidade do lançamento, por falta de intimação de sua pessoa;
- Da ilegalidade da desconsideração da Personalidade jurídica do contribuinte;
- Da não disponibilidade de renda ou acréscimo patrimonial nos depósitos bancários em que se basearam o lançamento;

Da Resolução 1103-00.068

Os autos chegaram ao CARF, e em 8/8/2012, o Colegiado entendeu por sobrestar o julgamento, uma vez que o acesso aos extratos bancários no caso em tela ocorreu diretamente pela autoridade administrativa mediante RMF, sem autorização judicial, e diante do julgamento do RE 601.314 o STF, com repercussão geral, houve por bem aguardar o seu julgamento.

Da Resolução 1103-00.633

Os autos retornaram ao CARF, e em 21/11/2018, o Colegiado converteu o julgamento em diligência, a fim de oportunizar ao responsável tributário a regularização de sua procuração. Isso foi feito, após sua intimação, a devida procuração foi juntada às fls. 728.

Assim, retornam os autos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

A contribuinte foi autuada, em 10/09/2011, para o recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS no regime simplificado - SIMPLES, em razão de omissão de receitas decorrentes de depósitos bancários sem comprovação de origem, relativo ao período de

01/01/2004 a 31/12/2004, totalizando o crédito tributário de R\$2.254.763,18, incluindo multa de ofício de 75% e de 150% e juros de mora.

Ela foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/SDR e intimada ao recolhimento dos débitos em 01/07/2011, conforme o AR, à fl. 451, de igual forma o Sr. Edvaldo Ferreira de Souza, que foi cientificado no dia 04/07/2011, AR à fl. 452. A contribuinte apresentou em 29/07/2011, recurso voluntário, juntado às fls. 458 e ss. O devedor solidário apresentou o recurso às fls. 629 e ss, não consta data de juntada, porém de acordo com o despacho de fl. 628, o Chefe da ARF encaminhou a este CARF tal recurso, já que o processo se encontrava em trânsito. Considerando que a data da petição é 20/07/2011, entendo que tempestivo.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72, e tempestivo, deles conheço.

De início, em que pese não haver a alegação, por parte do contribuinte acerca da forma que os extratos foram obtidos, ou seja, mediante RMF, sem autorização judicial. Esse foi o motivo do sobrestamento, nos termos da Resolução, diante do RE com repercussão geral.

Nesse aspecto, temos que ressaltar que o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente essa matéria em sede de Repercussão Geral. O julgamento se deu no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 601.314, na sessão plenária do dia 24.02.2016, publicada em no DJe n.º 37/2016 (em 29.02.2016), e decidiu por maioria de votos a seguinte:

“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”; e, quanto ao item “b”, a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.02.2016. ”

Ademais, transcrevo o dispositivo legal que permite o acesso à movimentação financeira pela Fisco, o art 6º da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001:

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.

Assim também o entendimento da Profa. Maria Rita Ferragut¹: "O sigilo bancário não é absoluto, e, no que diz respeito ao aspecto fiscal, deve ceder ao interesse público de obter informações que possam se configurar relevantes a tipificar indícios de prática do fato jurídico tributário. A interpretação do direito à privacidade, na forma ora proposta, garante tanto a

¹ As provas e o direito Tributário, pág. 110.

eficácia na produção de provas tributárias, quanto a concretização da legalidade e da igualdade. Os benefícios parecem, portanto, muito maiores que a prevalência cega e absoluta da privacidade."

Dessa forma, correto o procedimento fiscal embasado em dispositivo legal em plena vigência.

Mérito

Segundo o TVF, o presente procedimento fiscal teve início em razão da movimentação financeira incompatível com a receita declarada pelo contribuinte em sua Declaração Simplificada relativo ao ano-calendário de 2004.

Inicialmente, foi intimado a apresentar diversos documentos e livros fiscais e contábeis.

Posteriormente, instado a apresentar os extratos, verificou-se que faltavam alguns, principalmente, gerando uma diferença de cerca de R\$4.800.000,00, nesse momento é que foi emitido o RMF.

Assim, o Banco Bradesco atendeu à requisição, apresentando os extratos bancários de duas contas correntes faltantes. E conforme o banco mencionou, tais contas eram movimentadas através de uma procuração outorgada pela empresa ao Sr. Edvaldo Ferreira de Souza.

Diante dessa informação, ambos foram intimados a explicarem do que se tratavam tais movimentações, bem como comprovar e justificar as suas origens.

O contador da empresa justificou-se posteriormente que não possuía conhecimentos das contas elencadas, nem dos valores, mas que conhecia o Sr. Edvaldo.

Posteriormente, o advogado da empresa se apresentou na seção de fiscalização, justificando a impossibilidade de apresentar mais documentações em razão de inundação que destruiu toda a sede da empresa, bem como todas as informações contábeis.

O contador, em data posterior, informou que a movimentação daquelas contas, cujas agências eram em Belo Horizonte - MG, eram movimentadas de forma independente e sem interferência pelo Sr. Edvaldo, preposto da empresa, informando, ainda, que houve abuso de poderes de representação na procuração outorgada em 25/05/2004.

O Sr. Edvaldo foi devidamente intimado, em sede de fiscalização, na qualidade de procurador da empresa, para que apresentasse documentação hábil e idônea da origem dos créditos/depósitos das mencionadas contas correntes, porém nada apresentou ou justificou-se.

A receita omitida foi a seguinte:

Receita Bruta omitida:

- Depósitos/créditos –Banco Bradesco - Agências 1605 e 2828: R\$ 7.264.059,53
- Receita Bruta - Declaração Simplificada – PJ e livro Caixa : (R\$ 455.671,90)
- **Receita Bruta omitida: R\$ 6.808.387,63**

Mês/Ano	Banco Bradesco Agência 2828	Banco Bradesco Agência 1605	Total mensal	Receita informada na Declaração Simplificada - PJ	Receita Omitida
janeiro-04	R\$ 1.577.799,08	R\$ 77.054,45	R\$ 1.654.853,53	R\$ 17.100,40	R\$ 1.637.753,13
fevereiro-04	R\$ 729.774,14	R\$ 86.371,53	R\$ 816.145,67	R\$ 10.053,60	R\$ 806.092,07
março-04	R\$ 856.139,33	R\$ 112.183,14	R\$ 968.322,47	R\$ 51.382,80	R\$ 916.939,67
abril-04	R\$ 1.216.112,78	R\$ 95.226,33	R\$ 1.311.339,11	R\$ 34.103,00	R\$ 1.277.236,11
maio-04	R\$ 1.005.009,36	R\$ 89.991,16	R\$ 1.095.000,52	R\$ 85.340,60	R\$ 1.009.659,92
junho-04	R\$ 556.338,48	R\$ 109.445,04	R\$ 665.783,52	R\$ 65.654,40	R\$ 600.129,12
julho-04	R\$ 107.778,09	R\$ 164.092,93	R\$ 271.871,02	R\$ 68.215,10	R\$ 203.655,92
agosto-04	R\$ 7.673,35	R\$ 79.582,09	R\$ 87.255,44	R\$ 21.035,40	R\$ 66.220,04
setembro-04		R\$ 99.183,35	R\$ 99.183,35	R\$ 44.830,60	R\$ 54.352,75
outubro-04		R\$ 136.220,56	R\$ 136.220,56	R\$ 21.498,00	R\$ 114.722,56
novembro-04		R\$ 100.432,79	R\$ 100.432,79	R\$ 8.579,00	R\$ 91.853,79
dezembro-04		R\$ 57.651,55	R\$ 57.651,55	R\$ 27.879,00	R\$ 29.772,55
Total	R\$ 6.056.624,61	R\$ 1.207.434,92	R\$ 7.264.059,53	R\$ 455.671,90	R\$ 6.808.387,63

Diante do excesso de receita bruta, a empresa foi excluída do SIMPLES para o ano-calendário subsequente, foi emitido o ADE 28, de 03/09/2009, sendo que a contribuinte tomou ciência de tal ato em 10/09/2009

Ora, em que pese a empresa ter sofrido de enchentes em que suas documentações foram perdidas, deveria tentar reconstituí-la de alguma forma, diante de seu dever de manutenção de toda a documentação. E diga-se de passagem, que teve tempo para isso, ainda que posteriormente a todo o ocorrido. Assim, não podemos acatar tal alegação, já que poderia tentar ao menos reconstituir alguma informação.

Ademais, pelo que se verifica, as contas correntes de onde se originaram os créditos são aquelas que se encontram em outra cidade, e parece claro, conforme informação apresentada pelo próprio contador e pelo sócio da empresa, que não possuíam ingerência sobre as mesmas, que o Sr. Edvaldo registrava em apartado ps débitos e créditos daquela conta.

Assim, ainda que a inundação tenha levado documentos, estes não o foram, já que não possuíam informações.

A empresa outorgou procuração pública ao Sr. Edvaldo, que movimentava tais contas, como preposto que era, tinha poderes de gestão e administração da empresa, com diversas atividades administrativas, e dentre elas a movimentação financeira e bancária.

Era responsabilidade da empresa, diante da procuração outorgada, e sabendo das movimentações bancárias em nome da empresa verificar as suas ações, não cabendo agora sua imissão da culpa.

Veja o que diz o art. 1.016 do Código Civil, estabelece que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e terceiros prejudicados por atos culposos praticados no desempenho de suas funções:

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Com relação à presunção de omissão de receitas proveniente de depósitos bancários de origem não comprovada, e sua forma de tributação, estão assim previstas no art. 42, da Lei nº 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

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

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Ou seja, a presunção da omissão de receitas é prevista na norma. A recorrente, ainda que devidamente intimada não logrou êxito na comprovação da origem dos créditos.

Não há que se falar também, em utilização da conta por terceiro, diante da não apresentação de nenhuma documentação hábil e idônea, nos termos da Súmula CARF 32:

Súmula CARF nº 32: A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

Assim, de se manter o lançamento.

Da Multa Qualificada.

Não há um tópico específico nas razões recursais do contribuinte acerca da multa qualificada, porém há a alegação de decadência, e para tanto, há que se fazer tal análise, diante da configuração ou não do dolo e da fraude.

No Relatório Fiscal, fls. 301 e ss, não há uma linha sequer acerca da motivação da multa qualificada.

A DRJ manteve a multa qualificada, quando menciona acerca da decadência, pois em seu entendimento, diante do Termo de Sujeição Passiva, um terceiro movimentava a conta bancária da pessoa jurídica, com exacerbação de poderes de representação, caracterizando o intuito fraudulento, e por reduzir intencionalmente a base de cálculo dos tributos devidos, aplicando-se assim, o art. 173, I, do CTN, e portanto não se operando a decadência. No entanto, para fins de qualificação da multa, a Fiscalização deveria justificar os motivos que levaram a qualificar a multa, não a DRJ.

Ora, ainda que tenhamos tal construção feita pela DRJ, no meu entendimento não há a descrição dos fatos tidos como dolosos por parte da fiscalização.

É certo que havia um terceiro, nomeado pela própria empresa para que atuasse como preposto em outra cidade, mas isso não configura o intuito doloso que a lei determina para que se qualifique a multa.

Ademais, temos a Súmula CARF 25:

Súmula CARF nº 25 (VINCULANTE): 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

Assim, afasto multa qualificada sobre as duas infrações, omissão de receitas e insuficiência de recolhimento.

Afastada a multa qualificada, analiso a questão da decadência.

A ciência do lançamento se deu em 10/09/2009, para fatos geradores de 30/01/2004 a 31/12/2004.

Consta pagamentos em todos os meses do ano para todos os tributos lançados, conforme o auto de infração.

Nesse caso, devemos nos ater ao julgado definitivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e, sede de recurso repetitivo (art. 543-C, da Lei 5.869/73 - CPC, nos termos do Resp nº 973.733-SC).

EMENTA

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. [...]

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 impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "**Decadência** e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos 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. (REsp 973733 SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Note-se que essa decisão tornou-se vinculante àquelas proferidas por esse Conselho, nos termos do art. 62, §2º do RICARF, ou do art. 62-A do RICARF anterior.

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

Nesses termos, segundo o Egrégio STJ, em caso de tributo sujeito à lançamento por homologação, em que não haja pagamento antecipado, é aplicado o prazo decadencial nos termos do art. 173, I do CTN, não possibilitando a aplicação cumulativa com aquele prazo definido no art. 150, §4º do CTN.

Caso haja pagamento, que se caracterize como antecipado, aplica-se o prazo do art. 150, §4º do CTN.

Dessa forma, aplica-se o art. 150, §4º, do CTN.

E diante da ciência do lançamento que se deu em 10/09/2009, tem-se como decaído os lançamentos dos meses de janeiro a agosto de 2004 de todos os tributos.

- Da exclusão do SIMPLES

Foi aplicada a exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2005, já que o montante para a opção pelo SIMPLES foi ultrapassada.

Assim disse a DRJ:

São improcedentes as alegações da requerente, visto que a Fiscalização apurou receita bruta no montante de R\$ 7.264.059,53, conforme demonstrado no Relatório Fiscal às fls. 155/158. O referido montante veda a opção pelo Simples, pois ultrapassa o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) previsto para o ano-calendário de 2004, consoante o art. 20, inciso II, da Instrução Normativa SRF n2 355, de 29 de agosto de 2003, *in verbis*:

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

[...];

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Neste caso, o efeito da exclusão acontece na forma do art. 24, inciso II, da IN SRF n2 355, de 2003, *in verbis*:

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23

surtirá efeito:

[...];

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

Assim de se manter a exclusão

- Da Responsabilidade Tributária

Alega preliminar de nulidade de falta de intimação pessoal ou postal de sua pessoa.

Ora, Da leitura do Decreto nº 70.235/72, temos que a ciência de atos processuais ao sujeito passivo poderá ser realizada, dentre outras formas, pessoalmente, 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, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar. O ato de ciência em foco pode, igualmente, ser levado a cabo por via postal, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, assim considerado o endereço postal por ele fornecido à administração tributária para fins cadastrais. E ainda, a notificação eletrônica, conforme disciplina o Decreto 70.235/72:

Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - 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, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)(grifos nossos)

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 n.º 9.532, de 1997) (grifos nossos)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet;(Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal; (grifos nossos)

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 n.º 9.532, de 1997) (grifos nossos)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.(Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005) (grifos nossos)

§4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (grifos nossos)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (grifos nossos)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expreso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§7º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007)

§8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007)

§9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007)

Merece ainda ser destacado que a Súmula do CARF tem como totalmente válida a ciência da intimação 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, conforme disposto na Súmula nº 09 deste Conselho.

Alega o responsável que não deve fazer parte como responsável tributário por falta de legitimidade, já que atuava como procurador.

Como já relatado pela DRJ, ele possuía procuração, assim dito:

Nota-se, porém, que a empresa autuada, mediante PROCURAÇÃO anexa à fl. 232, nomeou e constituiu o referido senhor como seu bastante procurador, conferindo-lhe poderes para o fim específico de gerir e administrar a firma outorgante, enumerando extenso rol de atividades administrativas, incluindo, entre elas, a responsabilidade pela movimentação financeira e bancária da autuada.

Verifica-se, a propósito, no Relatório Fiscal (fls. 155/156), que o sócio da autuada, Sr. Jacir Cruz Cabral (fl. 220), apresentou o documento "Informações Complementares em Intimação Fiscal", eximindo-se da responsabilidade pela movimentação financeira da empresa junto ao Banco Bradesco S/A em Belo Horizonte-MG, informando que a movimentação bancária em conta corrente

aberta naquele banco era feita com independência, e sem qualquer interferência, controle ou fiscalização, por preposto (Sr. Edvaldo) que não registrava em apartado os débitos e créditos daquela conta, e que houvera abuso de poderes de representação por parte do preposto.

Informação similar consta do documento "Informações em Intimação Fiscal" (fls. 194/195), que embora a contabilidade da empresa fosse centralizada em Estância-SE, a movimentação bancária era efetuada em Belo Horizonte, por preposto que não

registrava em apartado os débitos e créditos daquela conta corrente. Isso demonstra que a gerência administrativo-financeira e bancária da autuada era exercida e controlada efetivamente pelo Sr. Edvaldo Ferreira de Souza.

Veja-se que o art. 1.016 do Código Civil estabelece que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e terceiros prejudicados por atos culposos praticados no desempenho de suas funções:

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Já o art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), define que as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário decorrente, o que é lógico, uma vez que os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes formais ou informais, onde todos eles se beneficiam com o fato.

Ademais, em relação aos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, o art. 135, incisos II e III, do CTN, estabelece que:

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:

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Desse modo, estando devidamente comprovado nos autos, mediante procuração pública, que o Sr. Edvaldo Ferreira de Souza esteve sempre à frente dos negócios da empresa, com poderes, inclusive, para movimentar contas bancárias, julga-se correta a sua inclusão como responsável solidário pelo crédito tributário devido.

Assim de se manter a responsabilidade tributária.

Quanto ao mérito já foi tratado acima.

- Súmula CARF n.º 2:

Quanto a questões constitucionais levantada pelos recorrentes:

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

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário do contribuinte, e no mérito DAR PARCIAL PROVIMENTO, para afastar a multa qualificada e consequentemente, reconhecer a decadência parcial dos meses de janeiro a agosto de 2004.

Quanto ao Recurso Voluntário do responsável solidário, conhecê-lo, afastar a preliminar e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO quanto à responsabilidade.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto