



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

Processo n° 10530.725798/2011-22
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.163 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de março de 2015
Matéria Exclusão do Simples - AI de IRPJ, CSLL, Pis e Cofins
Recorrente JL de Lima Cereais
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

Ementa:

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

INOCORRÊNCIA.

Rejeitam-se as preliminares de nulidade dos lançamentos quando lavrados por servidor competente e em obediência aos princípios legais que regem o Processo Administrativo Fiscal, e os argumentos de cerceamento do direito de defesa se referem à fase do procedimento fiscal em que inexistia acusação ou litígio e, conseqüentemente, inexistia defesa ou cerceamento desta.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Estando patente a utilização de interposta pessoa pela impugnante, com o intuito de ocultar do Fisco operações comerciais que constituem fato gerador de tributos, não existe, erro na imputação feita pela fiscalização, pois a impugnante está respondendo, como contribuinte, por suas próprias operações comerciais.

INCONSTITUCIONALIDADE. LEI OU ATO NORMATIVO. ARGUIÇÃO. APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA.

Incabível a arguição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar obrigação tributária regularmente constituída, por transbordar os limites de competência desta esfera, o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

Estando comprovado o dolo, a fraude ou a simulação, a figura da homologação prevista no art. 150, §4º, do CTN é afastada e o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao IRPJ só se extingue após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

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

Ano calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITA. LIMITE LEGAL DE RECEITA EXCEDIDO.

Devem ser mantidos os lançamentos relativos à tributação das receitas omitidas, no ano calendário de 2006, efetuados de acordo com a legislação fiscal de regência.

EXCLUSÃO DO SIMPLES

Mantém-se a exclusão do Simples, efetuada mediante ato declaratório executivo da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdiciona a contribuinte, com efeitos a partir do ano calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite de receita estabelecido em lei.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Mantém-se a exclusão, efetuada mediante ato declaratório executivo da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdiciona a contribuinte, em razão de a impugnante não ter efetuado a comunicação de exclusão obrigatória por ter auferido receitas no ano calendário de 2006 excedentes aos limites para ingresso no Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS.

Caracteriza-se omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência da falta de escrituração de pagamentos efetuados.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Configuram omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em que o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O fato de a pessoa jurídica, excluída do Simples e do Simples Nacional, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da sua

escrituração comercial e fiscal, autoriza o arbitramento dos lucros, obedecendo aos critérios estabelecidos na lei.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição para o PIS/Pasep

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido CSLL

Em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado o que for decidido para o Auto de Infração principal, uma vez que todas as exigências tiveram o mesmo suporte fático.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano calendário: 2007

ALEGAÇÃO DE RECEITAS SUJEITAS À ALÍQUOTA ZERO.

Considerando que a fiscalização tomou para a apuração da Receita as notas fiscais de entrada dos fornecedores, sendo estas relativas apenas a aquisição de batatas, por critério de razoabilidade e das provas colacionadas nos autos deve ser aplicada a alíquota zero em relação ao PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano calendário: 2007

ALEGAÇÃO DE RECEITAS SUJEITAS À ALÍQUOTA ZERO.

Considerando que a fiscalização tomou para a apuração da Receita as notas fiscais de entrada dos fornecedores, sendo estas relativas apenas a aquisição de batatas, por critério de razoabilidade e das provas colacionadas nos autos deve ser aplicada a alíquota zero em relação ao COFINS.

MULTA DE OFÍCIO.

Presentes os atos previstos na legislação de regência, torna-se aplicável multa de ofício qualificada.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Diante das provas demonstrando a participação e o interesse do titular da empresa fiscalizada por ser o mentor e único beneficiário do resultado da prática de sonegação verificada nos autos, está correta a sua qualificação como um dos responsáveis solidários pelo crédito tributário em discussão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, INDEFERIRAM as preliminares de nulidade e de decadência, e DERAM provimento PARCIAL ao recurso voluntário, apenas para excluir as autuações de PIS/COFINS do ano calendário 2007, e MANTIVERAM a solidariedade do Sr. José Lino de Lima e do Sr. Nilberto Santos de Souza.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado e João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Por critério de economia processual tomo como parte integrante desse relatório as descrições trazidas no acórdão da DRJ quanto aos fatos iniciais ocorridos nos autos:

Trata o presente processo de:

1) Autos de Infração lavrados pela sistemática do Simples, que formalizam a exigência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$77.273,00 (setenta e sete mil, duzentos e setenta e três reais), de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$56.585,30 (cinquenta e seis mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$78.538,33 (setenta e oito mil, quinhentos e trinta e oito reais e trinta e três centavos), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$231.071,51 (duzentos e trinta e um mil, setenta e um reais e cinquenta e um centavos), e de Contribuição para a Seguridade Social – INSS, no valor de R\$665.202,24 (seiscentos e sessenta e cinco mil, duzentos e dois reais e vinte e quatro centavos), em virtude da apuração de omissão de receitas, caracterizada por pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração, com multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), e insuficiência de valor recolhido apurada, com multa de 75% (setenta e cinco por cento) conforme Termo de Verificação Fiscal, que faz parte integrante dos referidos Autos de Infração, constando de cada Auto de Infração o respectivo enquadramento legal.;

2) Atos Declaratórios Executivos nº 41 e 42, objetos do processo nº 10530.725799/201177, apensado ao presente processo, ambos emitidos pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana, em 3 de novembro de 2011, que declaram a pessoa

jurídica J L de Lima Cereais, CNPJ nº 73.962.953/000104, excluída, respectivamente:

– do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), em virtude de ter sido constatado que no anocalendarário de 2006, a pessoa jurídica, na condição de microempresa auferiu receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), configurando a situação excludente prevista no inciso I do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, combinado com o inciso I do art. 20 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006, tendo o ato declaratório efeitos a partir de 1º de janeiro de 2007, nos termos do previsto no inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, combinado com o inciso VI do art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006;

– do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em razão de não ter efetuado a comunicação de exclusão obrigatória por ter auferido receitas no anocalendarário de 2006 excedentes aos limites para ingresso no Simples Nacional, conforme o disposto no inciso I do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, e alterações posteriores, além do previsto no inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alterações posteriores, combinado com o inciso I do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, e alterações posteriores, com efeitos a partir de 1º de julho de 2007, conforme disposto no § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e alterações posteriores, e nos termos do previsto no inciso VII do art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, e alterações posteriores.

3) Autos de Infração lavrados após a exclusão da empresa J L de Lima Cereais do Simples e do Simples Nacional (fls. 3.029 a 3.037), que formalizam exigências relativas ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$256.702,41 (duzentos e cinquenta e seis mil, setecentos e dois reais e quarenta e um centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$76.023,49 (setenta e seis mil, vinte e três reais e quarenta e nove centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$126.316,07 (cento e vinte e seis mil, trezentos e dezesseis reais e sete centavos), e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$350.878,00 (trezentos e cinquenta mil, oitocentos e setenta e oito reais), acrescidos da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), sobre a parte dos tributos referente à infração descrita no item 1, e no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), sobre a parcela dos tributos referente à infração apontada no item 2, e dos juros de mora.

Conforme a descrição dos fatos constante do Auto de Infração do IRPJ, lavrado após a exclusão da pessoa jurídica do Simples Federal e do Simples Nacional, foi efetuado o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, relativo aos períodos de apuração ocorridos no anocalendarário de 2007, com base no art. 530, inciso III, do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Ainda de acordo com a descrição dos fatos, o lucro arbitrado foi determinado com base nas receitas de revenda de mercadorias omitidas, com fundamentação legal nos artigos 281, inciso II, 532 e 537 do RIR/1999 e na receita omitida caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, com fulcro nos artigos 27, inciso I, e 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e nos artigos 532 e 537 do RIR/1999, apuradas conforme Termo de Verificações Fiscais anexo.

Registra, também, o autuante, que em decorrência da omissão de receita apurada, foram efetuados os lançamentos relativos à Contribuição para o PIS, à CSLL e à Cofins, tendo por enquadramento legal os dispositivos legais citados nos respectivos Autos de Infração.

Os Termos de Verificações Fiscais, às fls. 65 a 83 e 3.065 a 3070, que fazem parte integrante dos Autos de Infração, e a Representação Fiscal – Exclusão do Simples (fls. 3442 a 3447), subscritos pelo AuditorFiscal autuante, e que têm, basicamente, o mesmo teor, apresentando apenas alguns tópicos específicos – que serão relatados em destaque – registram os seguintes fatos:

CONTEXTO

– a empresa Nilberto Santos de Souza, firma individual com titularidade de Nilberto Santos de Souza, CPF 893.990.30563, nome fantasia SÓ BATATINHA, foi optante pelo SIMPLES FEDERAL desde 09/12/2004 até 30/06/2007. A partir daí entregou unicamente DIPJ “zerada” informando adesão ao lucro presumido, sem, contudo, nenhum recolhimento confirmatório da opção;

– declarou à Secretaria da Receita Federal do Brasil, na DSPJ do anocalendarário 2006, receita bruta de R\$103.586,60, enquanto que ao fisco estadual, na DMA, declarou vendas da ordem de 3,5 milhões e compras de 5,8 milhões. Não recolheu qualquer tributo federal;

– diligências comprovaram que fez compras de mercadorias (batatas) no valor de R\$ 8.252.129,04 no ano 2006 e de R\$9.186.365,88 em 2007, ano em que declarou receita bruta de R\$47.145,66, em DSPJ, de janeiro a junho, e receita bruta zero, em DIPJ, de julho a dezembro. Não entregou DCTF;

– não realizou nenhuma movimentação financeira em qualquer período de sua existência. Sequer possui contas bancárias;

– *idem seu titular. A pessoa física Nilberto Santos Souza entregou Declaração Anual de Isento (DAI) no anocalendarário 2003 e desde então vem entregando Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (DIRPF) “zeradas”. Nenhum rendimento. Nenhum patrimônio;*

– *a empresa foi constituída para ocultar do fisco – e de fato ocultou – operações realizadas por José Lino de Lima, CPF 105.394.41520, comerciante do ramo hortifrutigranjeiro, estabelecido formalmente através da empresa J L de Lima Cereais, CNPJ 73.962.953/000104, no Mercado do Produtor na cidade de Juazeiro/Ba;*

– *Nilberto participou conscientemente da fraude;*

INTERMEDIÇÃO FRAUDULENTA

A pessoa física Nilberto

– *a absoluta incapacidade econômico financeira do titular Nilberto Souza para constituir e operar uma empresa que adquire anualmente milhões de reais em mercadorias evidencia, por si só, a sua condição de “laranja”, interposta pessoa;*

– *no curso do procedimento fiscal, os Auditores Fiscais Leonardo Moreira e Nivá Alves Mendes compareceram, em 16/06/2010, ao endereço cadastral da empresa e constataram a inexistência do número 71 na Rua 05, bairro Alto da Maravilha, Juazeiro/Ba.*

Inquirida a vizinhança, ninguém a conhecia, nem ao senhor Nilberto. Constataram também que a rua é essencialmente residencial, com casas de pequeno porte;

– *na mesma diligência, os Auditores constataram a inexistência do número 427, Rua Cícero Feitosa, bairro Alagadiço, Juazeiro/Ba, endereço do titular Nilberto Souza no cadastro CPF. Compareceram ao Mercado do Produtor, onde a administração informou desconhecer a empresa;*

– *foi constatado que o endereço da mãe de Nilberto no cadastro CPF é o mesmo dele;*

– *foi verificado que a contadora responsável pela DMA é do escritório LL Contábil, Rua Cícero Feitosa, 397, Centro (Rua do Fórum), Juazeiro/Ba, mesma rua de Nilberto e da mãe dele. Lá compareceu o Auditor Fiscal, no dia 19/08/2010, quando interrogou a contadora, senhora Leila Almeida de Souza Ferreira, CPF 433.967.63572.*

Esta informou: desconhecer a empresa e a pessoa física Nilberto Santos de Souza; que o seu nome, CRC e telefone estão na DMA por possivelmente alguém tê-lo usado sem o seu consentimento e conhecimento. Perguntada porque os endereços de Nilberto e da mãe dele coincidem com a rua e a numeração próxima do seu escritório e do seu endereço no CPF, alegou que seu endereço no CPF está errado, pois reside na Quadra S, Lote 13, Condomínio Country, e que o endereço da pessoa física

provavelmente é o de uma casa vizinha que foi demolida há alguns anos;

– foi constatado, na saída, que não há nenhum terreno vazio ou imóvel recém construído na rua que corrobore a informação de demolição de imóvel e que os endereços dos envolvidos são na Rua Cícero Feitosa: Nilberto e sua mãe no número 427, o escritório de contabilidade no número 397 e o CPF da contadora no número 438. Os fatos contradizem as informações prestadas pela contadora;

– foi constatado no CNIS que Nilberto foi empregado da empresa Lovel Locação de Veículos Leves e Pesados Ltda, no período de 03/03/2009 a 01/07/2010. Intimada, a empregadora apresentou ficha Registro de Empregado, em que se vê que ele exerceu a função de motorista e informou telefone de contato;

– no dia 23/05/2011, o Auditor Fiscal ligou para o telefone celular de Nilberto (74)88039946, fornecido pela Lovel. Perguntado se tratava de Nilberto, ele respondeu: “Pode ser. Quem está falando?” Informado quem era, ele respondeu: “pode falar”.

Informado que era sobre a empresa que ele constituiu e comercializou batatas e que não se conseguia localizá-lo e que havia indícios de utilização por José Lino, ele informou que não mora mais em Juazeiro. Perguntado onde morava agora, ele informou que não iria fornecer o novo endereço e desligou o telefone;

– vê-se que Nilberto é ciente dos fatos e deles participou conscientemente;

Clientes, Fornecedores

– intimados diversos clientes da empresa Nilberto Santos de Souza, verifica-se que as mercadorias eram vendidas no Mercado do Produtor. Nenhum deles consegue identificar os responsáveis pela empresa. As negociações eram sumárias, do tipo menor preço, à vista, e as mercadorias transferidas imediatamente do caminhão do vendedor para os veículos dos compradores. É citado “Box da empresa” sem maiores identificadores. É citado também coleta de preços na “pedra”, sugerindo local de encontro para negociação de vendedores e compradores do Mercado Produtor;

– intimados a apresentar notas fiscais de venda à fiscalizada e esclarecer questões voltadas à identificação das pessoas envolvidas, os principais fornecedores responderam o que segue:

• Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda, CNPJ 83.144.733/000712 e 83.144.733/001280, informa que os negócios eram firmados apenas por telefone, com Nilberto e com Zé Luiz; que o telefone era (74)36117042 e que as mercadorias eram apanhadas na sede da fazenda. Anexa cópia das notas fiscais de venda das duas filiais à fiscalizada;

• Nelson Yoshio Igarashi apresenta as mesmas informações que Lavoura Igarashi: os negócios eram firmados apenas por

telefone, com Nilberto e com Zé Luiz; o telefone era (74)36117042 e as mercadorias eram apanhadas na sede da fazenda. Anexa cópia das notas;

• Shuichi Hayashi informa que os contatos eram sempre por telefone com o próprio Nilberto, eventualmente com José Luiz e com Nego; que as mercadorias eram apanhadas na sede da fazenda ao transportador e que quando fazia ligação era para o telefone do transportador (74)91485796.

Anexa planilha e cópia das notas fiscais de venda à fiscalizada;

• Geni Takemasa Yabuki informa que os pedidos eram feitos por telefone ou pelo próprio motorista do comprador; que a pessoa que mantinha contato era conhecida como Zé Lima; que o contato se dava pelo telefone (74)36114796 e que as mercadorias eram retiradas pelos caminhões do próprio ou fretados pelo mesmo.

Anexa cópia das notas fiscais;

• Fabiano Borré informa que os contatos eram verbais pelo telefone (74)36117042; que no ano 2006 quem se apresentava era o próprio Nilberto e no ano 2007 o Sr. José Luiz e que as mercadorias eram retiradas na própria lavoura. Anexa cópia das notas fiscais;

• Pedro Hugo Borré informa que a comercialização se dava verbalmente pelo telefone (74)36117042; que quem representava a empresa era o próprio Nilberto, e uma pessoa chamada Nego e outra pessoa chamada José Luis e que as mercadorias eram retiradas na fazenda. Anexa cópia das notas fiscais;

– intimados a apresentar cópia dos documentos comprobatórios do recebimento dos valores referentes às vendas de mercadorias à fiscalizada, os mesmos fornecedores responderam o seguinte:

• Pedro Hugo Borré informou não possuir os elementos solicitados.

Enviou por email planilha relacionando nº da nota fiscal, data, valor das vendas à fiscalizada;

• Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda informou que os pagamentos foram efetuados mediante cobrança bancária ou depósito bancário.

Anexou cópias dos boletos bancários, telas do seu sistema de controle e planilha demonstrativa de datas e valores efetivamente recebidos;

• Nelson Yoshio Igarashi apresenta as mesmas informações que Lavoura Igarashi: os pagamentos foram efetuados mediante cobrança ou depósito bancário. Anexou cópias dos boletos bancários, telas do seu sistema de controle e planilha demonstrativa de datas e valores efetivamente recebidos;

- *Shuichi Hayashi informa que os valores eram recebidos por depósitos em sua conta bancária e que tais depósitos não eram identificados;*

Motoristas Autônomos

– *intimados diversos motoristas autônomos constantes nas notas fiscais de compra, contratados de última hora em beira de estrada. Revelam-se pouco conhecedores das partes que transacionam. Natural que seus conhecimentos se limitem a quem manteve contato pessoal no momento da contratação, e natural também que se ponham em reserva quanto à prestação de informações que envolvam o senhor José Lino, um dos mais fortes no meio, pois laboram pela sobrevivência;*

– *mas as informações por eles trazidas têm o condão de confirmar o modo de operação da empresa relatado pelos clientes e o envolvimento do senhor Nilberto;*

O verdadeiro titular

– *configurada a inexistência de fato da empresa e a não localização da pessoa física responsável, forma-se convicção de fraudulenta interposição de pessoa. A milionária compra e venda de mercadoria por uma empresa inexistente de fato, sem nenhum bem e nenhuma movimentação financeira, constituída por uma pessoa física não localizada e também sem nenhuma movimentação financeira, nenhum bem ou qualquer manifestação de riqueza, evidencia que o real agente das operações é alguém com capacidade financeira que busca ocultar-se;*

– *pesquisas no banco de dados do fisco da Bahia (Sintegra) permitiram identificar alguns compradores e fornecedores, que, circularizados, resultaram nas informações acima;*

– *as notas fiscais de compras, coletadas junto aos fornecedores evidenciaram que o senhor José Lino de Lima, CPF 105.394.41520, é o verdadeiro e oculto comerciante das mercadorias, senão vejamos:*

1) *dentre os envolvidos, ele é o único com patrimônio e movimentação financeira substancial e compatível com os valores transacionados. Sua declaração do imposto de renda das pessoas físicas do anocalendarário de 2006 apresenta bens e direitos que somam R\$2.693.302,83. Movimentou em banco R\$11.407.763,05 em 2006 e R\$6.290.885,94 em 2007, enquanto declarou rendimentos em torno de R\$600.000,00 e de R\$500.000,00, respectivamente. Preponderantemente como atividade rural;*

2) *José Lino é titular da empresa J L DE LIMA CEREAIS, do comércio hortifrutigranjeiro, com receita declarada anual de R\$327.496,00 em 2006 e de R\$815.735,00 em 2007, sem movimentação financeira de janeiro/2006 a junho/2007, mas com movimentação financeira de R\$2.464.337,39 de julho a dezembro de 2007;*

3) grande parte das notas fiscais de compra relaciona José Lino, um de seus veículos e/ou um dos empregados da empresa J L DE LIMA CEREAIS (segundo cadastro CNIS – INSS) como transportador e recebedor das mercadorias;

– os caminhões de placa JOM 0587, JQF 7483, JQN 2288, KED 7515, KIC 0663, KLM 4144, KLM 4174, KLV 7153, constantes da declaração do imposto de renda do ano calendário 2006 de José Lino foram utilizados no transporte das mercadorias;

– o anexo “Demonstrativo de Envolvidos”, parte integrante deste termo, relaciona amostra das notas fiscais coletadas, que envolvem José Lino, seus veículos e os seguintes empregados na aquisição das mercadorias:

- André da Silva Nogueira, empregado da J L de Lima desde 04/1999 até hoje;
- Andris Andrade de Nogueira, CPF 706.924.67572, empregado de J L de Lima de 10/2006 a 06/2010;
- Antonio Nunes da Cunha, CPF 719.702.23553, empregado de J L de Lima de 08/2006 a 11/2007;
- Cláudio Marcelo Leite de Brito, CPF 883.872.67449, empregado de J L Lima desde 02/2002 até hoje;
- Eliomar Rodrigues Conceição, CPF 681.799.36449, empregado de J L de Lima de 08/2000 a 10/2003 e de 08/2007 até hoje;
- Jason Rodrigues Conceição, CPF 681.799.36449, empregado da J L de Lima de 03/1999 a 08/2002 e de 06/2004 até hoje;
- Paulo José Lopes, CPF 137.343.85415, empregado de J L de Lima de 07/2000 a 12/2008;
- Raimundo Alves Reis, CPF 186.252.66568, empregado de J L de Lima de 07/2000 a 12/2008;
- Tibirijara Santos Nogueira, CPF 993.948.47553, empregado de J L de Lima de 06/1999 a 08/2010;

4) o maior fornecedor de batatas, Pedro Hugo Borré, do qual fora comprado R\$ 9.477.936,00, informa que as vendas eram feitas por telefone, e que o telefone de contato era (74)36117042.

Este é o telefone da empresa J L de Lima no cadastro da Receita Federal e da Receita Estadual;

5) o mesmo telefone da J L de Lima (74)36117042 consta em todas as notas fiscais de Lavoura Pecuária Igarashi, segundo maior fornecedor das batatas;

6) o fornecedor Geni Takemasa Yabuki informa que a pessoa física que mantinha contato telefônico era conhecida como ZÉ LIMA;

7) instaurado procedimento de fiscalização sobre a pessoa física José Lino de Lima, este apresentou extratos das suas contas bancárias: nº 61263, Banco do Brasil; nº 52.1922 Bradesco e; nº 53.9309, Bradesco. Cotejando os extratos das contas bancárias com os boletos e as notas fiscais coletados, verifica-se que delas saíram os pagamentos de compras realizadas pela fiscalizada, detalhados no anexo “Demonstrativo de Pagamentos por José Lino”, também parte integrante deste termo;

8) a confusão de pessoas é tamanha que no curso do procedimento de fiscalização sobre a empresa J L de Lima Cereais, da qual José Lino de Lima é titular, foi apresentado Livro Caixa em que, entre outros, consta o seguinte registro:

Data Histórico Crédito

22/11 Pago NF 13225 – Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda. 10.800,00 esta nota fiscal nº 13225 foi emitida por Lavoura Igarashi no dia 20/10/2007, no valor de R\$10.800,00, pela venda de 40 sacos de batatas à fiscalizada Nilberto Santos de Souza;

RECEITAS APURADAS (título deste tópico na Representação para Exclusão do Simples e do Simples Nacional)

INFRAÇÕES (título deste tópico no TVF dos Autos de Infração Simples)

INFRAÇÕES JÁ AUTUADAS – 2006 (título deste tópico no TVF dos Autos de Infração após as exclusões do Simples e do Simples Nacional)

– os fatos constatados comprovam que o senhor José Lino é o real comerciante a operar a empresa Nilberto Santos de Souza, utilizando-a para acobertar atividades de sua empresa individual J L de Lima Cereais e que os pagamentos efetuados na aquisição das mercadorias não foram escriturados por esta, implicando omissão de receitas em fulcro no art. 281, inciso II, do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999 (RIR);

– os valores apurados no anocalendarário 2006 foram os constantes na tabela abaixo, pormenorizados no anexo “Demonstrativo das Notas Fiscais Coletadas – 2006”, parte integrante do presente termo. A apuração do anocalendarário 2007 dar-se-á após a exclusão do Simples e do Simples Nacional.

(...)

Tópicos específicos do Termo de Verificações Fiscais que acompanha os Autos de Infração

MULTA QUALIFICADA

– o comportamento adotado, tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e com reflexo na sua obrigação do pagamento, classificado como de sonegação fiscal pelo art. 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, implica lançamento tributário com multa de ofício duplicada, conforme determinado

pelo §1º, art. 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e o oferecimento de Representação Fiscal para Fins Penais;

SUJEIÇÃO PASSIVA

anota-se a sujeição passiva solidária das pessoas físicas José Lino de Lima, CPF 105.394.41520 e Nilberto Santos de Souza, CPF 893.990.30563, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado e a eles cientificados.

Tópicos específicos da Representação Fiscal – Exclusão do Simples

ELEMENTOS ACOSTADOS

– todos os elementos probatórios do relatado serão juntados ao processo administrativo fiscal concernente aos lançamentos tributários (relacionados);

EXCLUSÃO DO SIMPLES

– os fatos relatados comprovam que J L DE LIMA CEREAIS, optante pelo Simples até junho/2007 e pelo Simples Nacional a partir de julho/2007, auferiu receitas que totalizam R\$8.252.129,04 no ano calendário 2006, excedente aos limites para ingressar no Simples e no Simples Nacional (R\$2.400.000,00) estabelecidos pelo artigo 9º, I, da Lei nº 9.317, de 1996 e pelo art. 12, I, da Resolução CGSN nº 4, de 2007, respectivamente;

– tais infrações sujeitam-se à exclusão do Simples a partir de janeiro de 2007 e do Simples Nacional a partir de julho de 2007, conforme disposto no artigo 14, I, da Lei nº 9.317, de 1996, e art. 5º, I, da Resolução GGSN nº 15, de 2007, respectivamente;

– em face do exposto é proposto o encaminhamento desta Representação ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana, para que determinação da exclusão da pessoa jurídica J L de Lima Cereais do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2007, e do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Tópicos específicos do Termo de Verificações Fiscais parte integrante dos Autos de Infração lavrados após a exclusão da pessoa jurídica do Simples

EXCLUSÃO DO SIMPLES

– o excesso de receitas apurado resultou exclusão de JL Cereais do Simples a partir de 01/01/2007, por meio do Ato Declaratório nº 41, da Delegacia da Receita Federal em Feira de Santana, e do Simples Nacional a partir de 01/01/2007, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 42. A JL Cereais foi notificada dessas exclusões por meio postal em 09/11/2011.

INFRAÇÕES DO ANO CALENDÁRIO

**2007 - NA UTILIZAÇÃO DO CNPJ 07.130.894/000183
(Nilberto Santos de Souza)**

– no que se refere aos fatos geradores em que o senhor José Lino de Lima utilizou a empresa Nilberto Santos de Souza para atividades de JL DE LIMA CEREAIS, implicou omissão de receitas com fulcro no artigo 281, inciso II, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR). Os valores apurados são os da tabela abaixo, pormenorizados no anexo “Demonstrativo das Notas Fiscais Coletadas – 2007”, parte integrante do presente termo.

Mês Omissão

jan/07	1.275.959,80	jul/07	589.478,97
fev/07	914.740,05	ago/07	806.191,00
mar/07	1.031.794,00	set/07	469.537,40
abr/07	975.969,00	out/07	153.750,20
mai/07	336.718,40	nov/07	216.219,08
jun/07	813.567,64	dez/07	934.266,74

DEPÓSITOS BANCÁRIOS

– instaurado procedimento de fiscalização próprio sobre J L de Lima Cereais Ltda., esta apresentou livro Caixa e extrato de sua conta corrente bancária nº 543004, agência 3045, Banco Bradesco. A partir deles, foi lhe solicitada comprovação da origem dos depósitos (que relaciona), integrantes de Anexo ao Termo de Intimação lavrado em 13/09/2011 e entregue à fiscalizada em 14/10/2011;

– a fiscalizada silenciou quanto à origem dos créditos, caracterizando omissão de rendimentos nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

– foi feito cotejo entre os extratos bancários e o livro Caixa apresentados e os depósitos bancários em comento não estão escriturados.

Em 01/11/2011, o Sr. Jose Lino de Lima e a empresa JL de Lima Cereais Ltda tomaram ciência dos Autos de Infração lavrados pela sistemática do Simples e do Termo de Sujeição Passiva Solidária e, em 28/11/2011, apresentaram as impugnações de fls. 2.692 a 2.733 e 2.775 a 2.822, contra o Termo de Sujeição Passiva Solidária e contra os Autos, Atos Declaratórios Executivos nº 41 e 42 e Termo de Sujeição Passiva Solidária, respectivamente.

Seguindo as denominações utilizadas nas impugnações, o Sr. Jose Lino de Lima será identificado como “o Defendente” e a empresa JL de Lima Cereais Ltda, como “a Defendente”:

1. DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE MEDIDA.

– está demonstrado nos autos que a apresentação das impugnações oferecidas pelo senhor José Lino de Lima, contra o Termo de Sujeição Passiva Solidária, e pela empresa JL de Lima

Cereais, contra o Auto de Infração, os Atos Declaratórios de exclusão do Simples e do Simples Nacional e Termo de Sujeição Passiva Solidária se deu dentro do prazo legal de 30 dias contados na forma do art. 5º, parágrafo único do Decreto nº 70.235, de 1972, corroborado pelo art. 66, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, portanto, tempestivamente;

2. IMPUTAÇÃO TRAZIDA NO AUTO DE INFRAÇÃO E DOS FATOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS.

– o *Defendente* fora intimado pela RFB por meio do Termo de Verificação Fiscal, datado de 31/05/2011, emitido no âmbito do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 05.10200.2011.00356, referente à sua movimentação financeira no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, solicitando a apresentação de extratos bancários de todas as contas correntes, aplicação financeira e caderneta de poupança mantidas no Brasil e exterior. Com relação à *Defendente*, na intimação a ela dirigida, além dos citados elementos, foram solicitados, também, o Livro Caixa e cópia da documentação de constituição da empresa e alterações;

– em atendimento à fiscalização, o *Defendente* apresentou sucessivos extratos bancários de suas contas correntes no Banco do Brasil e Bradesco, relativos aos anos de 2006 e 2007. Já a *Defendente* apresentou cópias dos atos constitutivos, livro Caixa e extratos bancários de sua conta corrente no Bradesco, relativos ao período de junho a dezembro de 2007;

– após a apresentação da documentação solicitada, os *Defendentes* foram intimados, por termos, para que comprovassem, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados na conta corrente nº 61263, agência 0069, do Banco do Brasil, e contas 521922 e 539309, ambas da agência 3045 do Bradesco (senhor José Lino), e na conta corrente nº 543004, agência 3045, do Bradesco (a pessoa jurídica JL de Lima Cereais);

– sem qualquer motivação ou prova válida, o Auditor Fiscal, em pouco mais de um mês da última intimação acima referida, lavrou, contra a empresa JL de Lima Cereais, Auto de Infração, e contra o senhor José Lino de Lima, Termo de Sujeição Passiva Solidária, em relação a supostos débitos tributários da empresa Nilberto Santos de Souza, firma individual inscrita no CNPJ nº 07.130894/000104, com nome fantasia SÓ BATATINHA, e, em pouco mais de três meses da referida intimação, lavrou o Auto de Infração, em relação à omissão de receitas e supostos débitos tributários da citada empresa Nilberto Santos de Souza;

– alega o Fiscal que a empresa Nilberto Santos de Souza apresentou DSPJ do anocalendarário 2006 com receita bruta de R\$103.586,60, porém apresentou ao fisco estadual vendas na ordem de 3,5 milhões. Já no ano de 2007 declarou a referida empresa receita de R\$47.145,66 de janeiro a junho e receita zerada em relação aos meses de julho a dezembro de 2007.

Entretanto, neste ano teria adquirido mercadorias no valor de R\$8.252.129,04, sem possuir qualquer conta bancária;

– aduz o Auditor Fiscal que o titular da referida empresa SÓ BATATINHA – Nilberto Santos de Souza – não apresentou declaração de imposto de renda DIRPF e não tem patrimônio nem rendimento. A partir daí, surge verdadeira “história” oriunda da “mente brilhante” do Auditor Fiscal, que acusa inadvertidamente os Defendentes de serem os verdadeiros responsáveis por todas as operações tidas como fraudulentas pela fiscalização;

– a fiscalização não apresentou qualquer prova de que o Defendente é o responsável legal e fiscal da empresa Nilberto Santos de Souza e desconsidera o fato de o Defendente ser titular – firma individual – da empresa J L de Lima Cereais, inscrita no CNPJ 73.962.953/000104, fato que por si só enterra as alegações de que o Sr. José Lino é o verdadeiro titular daquela empresa, também firma individual, pertencente ao Sr. Nilberto Santos de Souza, e quanto a isso não pode haver dúvidas;

– o Defendente exerce, como pessoa física, atividade rural, mediante o plantio de produtos “in natura”, em uma área de terras denominada Sítio Terra Branca, Juazeiro/BA, proveniente do Processo de Alienação de Terras Públicas nº 22/0030.7291, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, Hipotecas e Anexos, Prenotado em 24 de novembro de 1983, protocolo INº 13993, Registro Geral Livro 2, R18.553, Ficha 1, conforme se denota do Título Definitivo nº 63.062, além de comercializar produtos hortifrutigranjeiros, por meio da empresa J L de Lima Cereais (cebolas, tomates e batatas), há vários anos;

– há solicitação para o Defendente apresentar, POR ESCRITO, petição comprovando todos os valores creditados e suas contas correntes. Todavia, o Defendente sequer está obrigado a possuir escrituração fiscal, pelo simples fato de possuir empresa que incorre na atividade econômica de venda de produtos hortifrutigranjeiros;

– de maneira incongruente, a Defendente recebeu novo termo de intimação, datado de 04/11/2011, para apresentar Livros Diário e Razão, Livro de Apuração LALUR, Demonstrativo de Resultado do Exercício e Balanço Patrimonial, tudo em razão dos Atos Declaratórios Executivos de nº 41 e 42, de 3 de novembro de 2011, os quais excluíram a Defendente do SIMPLES a partir de 1º de janeiro de 2007 e SIMPLES NACIONAL a partir de 1º de julho de 2007, respectivamente;

– a fiscalização não apresentou qualquer prova de que a Defendente é a responsável tributária pelas operações comerciais da Empresa Nilberto Santos de Souza. E pior, a empresa fora autuada em relação aos anos de 2006 e 2007 sem ter sido intimada para apresentar qualquer documento, pelo simples fato de a empresa incorrer na mesma atividade econômica; – venda de produtos hortifrutigranjeiros – da empresa Nilberto de Souza, fato que torna flagrantemente nula a autuação fiscal;

– de fato, a Defendente comercializa produtos hortifrutigranjeiros (cebolas, tomates e batatas) há vários anos no Mercado do Produtor de Juazeiro/Ba, local onde funciona.

Ocorre que a solicitação para a Defendente apresentar, por escrito, petição comprovando a origem de todos os valores creditados em suas contas correntes se deu em relação ao ano de 2007. Todavia, a Defendente fora autuada em relação ao ano de 2006, ano em que sequer fora fiscalizada, pelo simples fato de a empresa incorrer na mesma atividade econômica da empresa Nilberto Santos de Souza, o que é um absurdo;

– inobstante o ocorrido, os Defendentes foram surpreendidos, além dos Auto de Infração, com a intimação do termo de sujeição passiva solidária, haja vista não terem encontrado a empresa Nilberto Santos Souza no seu endereço cadastral, tampouco o Sr. Nilberto;

– intimada a contadora da empresa “desaparecida”, esta informou que não conhece a empresa e que não prestou a declaração, mas atribui a terceiros o uso indevido de seu nome e CRC. Afirmou o autuante que a informação da contadora é contraditória. Em seguida, aduz que o Sr. Nilberto exerceu a função de motorista e que, ao falar com este, ele não informou seu atual endereço e desligou o telefone;

– diz que as mercadorias adquiridas pela empresa Nilberto eram comercializadas no Mercado do Produtor e “nenhum fornecedor consegue identificar os responsáveis pela empresa”. Fala-se em negociações sumárias e preços na “pedra”;

– intimados os fornecedores, nenhum deles fala em nome da J L de Lima Cereais e em José Lino de Lima, ora Defendentes, porém, afirmam “categoricamente” que os negócios eram feitos pelo próprio Nilberto, titular da empresa Nilberto Santos de Souza, ou com terceiros. Apenas um informa que mantinha contato com Zé Lima, através de outro número que não aqueles citados pelos demais;

– as empresas fornecedoras sequer foram fiscalizadas em relação a tais atividades, mas apenas intimadas para fornecer cópias de notas fiscais emitidas em favor da empresa Nilberto Santos de Souza;

– como num passe de mágica, o Auditor Fiscal concluiu que não existe empresa de Nilberto Santos de Souza e, pelo fato de não ter sido localizado, formou “convicção” de fraudulenta interposição de pessoa, atribuindo absurdamente aos ora Defendentes a titularidade e a responsabilidade tributária pelo comércio das mercadorias descritas nas notas fiscais;

– tal conclusão se deu pelo simples fato de o Defendente ser possuidor de patrimônio e auferir rendimentos. Nem na ditadura se viu tamanha invasão ao patrimônio de particulares, com base em meras suposições descabidas e surreais;

– como dito pelo próprio Auditor, o Defendente, titular da empresa J L de Lima Cereais, exerce atividade rural e é titular da empresa J L de Lima Cereais, portanto, possui patrimônio e renda, mas nem por isso pode ser imputado a ele operações tidas como fraudulentas pelo Fiscal, desprovidas de qualquer prova material, fruto da imaginação e perseguição da fiscalização policialesca;

– o fato de caminhões transportarem mercadorias – fretes – não faz deles – transportadores/motoristas – os proprietários das mercadorias, assim como não foi atribuída pela fiscalização a responsabilidade tributária a outros proprietários de caminhões que transportaram mercadorias supostamente vendidas à empresa Nilberto Santos de Souza, e não foram poucos os fretes realizados por terceiros;

– a Fiscalização não pode atribuir a propriedade de mercadorias em razão de telefone de contato, já que os próprios fornecedores afirmaram que tratavam com o próprio Nilberto Santos de Souza. A única evidencia é uma nota fiscal de R\$10.800,00, preenchida erroneamente, mas que representa valor ínfimo comparado à “mega operação tributária de responsabilidade solidária” atribuída ao senhor José Lino ora Defendente;

– concluiu o fiscal que José Lino é o real comerciante, e que houve, portanto, omissão de receitas da empresa individual J L de Lima Cereais e aplicou multa qualificada de 150%, classificada como sonegação fiscal. Quanto à sujeição passiva tributária, o auditor fiscal não constatou sujeição passiva solidária em relação à José Lino, posto que este não realizou em nome próprio quaisquer das operações apontadas no termo de sujeição, e ainda, em face da conclusão da ausência de sujeição passiva entre José Lino e Nilberto Santos de Souza;

– na verdade, não se questiona qualquer valor depositado em sua conta corrente nos anos de 2006 e 2007, mas a responsabilidade se resume ao fato de que houve alguns depósitos na conta corrente de um único fornecedor, em valores ínfimos comparados aos valores lançados pela fiscalização, e que não representam as operações neles reportadas, uma vez que o próprio José Lino é titular desta empresa, do mesmo ramo, e também compra mercadorias de diversos fornecedores;

– a mera transferência de valores em nome da pessoa física do contribuinte, em que ocorrem movimentações financeiras, seja como pessoa física, assim como decorrente da atividade de comercialização dos produtos rurais, e outras referentes à sua atividade rural, além de empréstimo de valores a terceiros, fato costumeiro dentro do universo comercial, não pode servir como fundamentação para a lavratura de auto de infração e responsabilização dos Defendentes;

– comprovado que os valores transacionados em suas contas correntes são provenientes de diversas relações, pessoais e comerciais, dentre as quais atividade rural relativa ao plantio e comercialização de hortifrutigranjeiros no Mercado do Produtor, não se pode acolher a tese exposta pelo Fiscal

autuante na conclusão do procedimento, no sentido de que “Os fatos constatados comprovam que o senhor José Lino é o real comerciante a operar a empresa Nilberto Santos de Souza, utilizando-a para acobertar atividades de sua empresa J L de Lima Cereais e que os pagamentos efetuados na aquisição das mercadorias não foram escriturados por esta, implicando omissão de receitas com fulcro no art. 281, inciso II, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR)”;

– além de cobrar vultosa quantia por mera presunção, o Fiscal ainda aplicou uma multa exorbitante, atribuindo a uma simples microempresa, comerciante de produtos hortifrutigranjeiros, um rendimento incompatível com a realidade de qualquer cidadão de bem, que sobreviva de seu trabalho honesto;

– deixando de atentar pra realidade fática, não se pode considerar exclusivamente uma movimentação bancária de pequenos valores, supostamente relacionados a um dos fornecedores da empresa Nilberto Santos de Souza, como receita tributável e sujeição passiva solidária da pessoa física de José Lino, até porque tais saídas sequer configuram ganhos pessoais;

– nestes casos, deve o fisco tributar apenas a atividade exercida pelo Contribuinte, empresa Nilberto Santos de Souza, e não aleatoriamente presumir que os valores transitados na conta corrente do Sr. José Lino representam rendimentos omitidos, sem ao menos apontar qualquer prova compatível com ganho tão elevado;

– esta é a razão pela qual os Defendentes insurgem-se contra o Auto de Infração lavrado, que deverá ser anulado in totum, conforme provas irrefutáveis em anexo e fundamentos jurídicos expostos a seguir;

3. PRELIMINARMENTE.

3.1. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR DESOBEEDIÊNCIA À DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO DECRETO Nº 70.235/72

– os Defendentes ficaram vários meses submetidos à fiscalização em relação a depósitos bancários em suas contas correntes, com flagrante subtração do direito de defesa e de utilização de espontaneidade, fato este, por si só, configurador da nulidade da peça acusatória, por desrespeito ao princípio consagrado no Decreto nº 70.235/72 (transcreve o art. 7º, grifando o seu §2º), e, no final, a empresa foi autuada em relação a operações referentes a empresa que sequer tinha conhecimento das operações realizadas por ela, já que não fora informado de tais acontecimentos, e arrolado o Defendente como sujeito passivo solidário;

– por respeito à lei e compromisso com a justiça, é que os Tribunais Administrativos têm rechaçado, em diversas decisões, os abusos cometidos pelo seletto corpo de Auditoria Fazendária

Federal, seletos sim, mas não imune ao cometimento de erros e abusos;

– o Auditor infringiu frontalmente o disposto no art. 196 do Código Tributário Nacional (transcrito);

– em momento algum, o Auditor informou no Termo do Início de Fiscalização que na verdade se tratava de investigação em relação as operações da empresa Nivaldo Santos de Souza, ou mesmo apresentou solicitação para que o mesmo apresentasse qualquer prova em sentido contrário;

– por força do Decreto nº 3724, de 2001, sem a ordem contida no MPF, o procedimento será destituído de requisito regulamentar e, por decorrência, nulo, podendo contaminar todos os atos subsequentes (transcreve jurisprudência administrativa);

– requerem os Defendentes que se acate a preliminar ora suscitada, declarando NULA a atuação realizada pelo descumprimento do disposto no art. 7º, I, e §2º do Decreto nº 70.235/72 e art. 196 do CTN, injustificada a ausência de menção ao real objeto da fiscalização nem mencionado o prazo imposto na Lei de Procedimentos Administrativos Fiscais e nada mencionado em relação ao ano de 2006, ou ainda, considere ao menos a espontaneidade de eventual Dívida pelo Defendente, excluindo a multa de ofício aplicada;

3.2. DA NULIDADE DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA PELA INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÕES SOBRE AS OPERAÇÕES REALIZADAS PELO SUJEITO QUE REALIZOU O FATO GERADOR DO TRIBUTO.

– afirma-se, clara e taxativamente no referido Termo de Sujeição Passiva Solidária, que o Sr. José Lino seria o real comerciante a operar a empresa Nilberto Santos de Souza. Todavia, o fato relevante e inafastável é que, se o agente do Fisco encontrou qualquer irregularidade em relação a tal empresa, deveria ter intimado o contribuinte, por escrito, a prestar todos os esclarecimentos necessários, sobre a origem ou as causas da suposta violação da norma;

– tal intimação é necessária em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede ao lançamento fiscal, porque depois de imputada penalidade qualquer tentativa de elidir a exigência fiscal será inútil.

– a intimação regular oportunizaria a manifestação do Recorrente, sendo, inclusive, a finalidade imposta pela norma inserida no art. 47 da Lei 9.430/96, que prevê até mesmo o pagamento de tributo não recolhido, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, apenas com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo (cita ementa de acórdão do então Conselho de Contribuintes sobre nulidade de processo fiscal sem amparo de MPF);

– para que haja justiça, é necessário que o ordenamento jurídico seja considerado como um todo, de modo a afastar qualquer antinomia que leve a contrariar o próprio interesse normativo de preservação da paz social;

– não se pode pretender aplicar norma regulamentadora do imposto de renda em afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, da motivação e publicidade, inclusive previstos em lei específica que regulamenta os processos administrativos.

– revela-se cristalino o direito de os Defendentes não serem prejudicados por ato arbitrário da Administração Pública, bem como para afastar os prejuízos advindos de sua indevida sujeição passiva, sobretudo a exigibilidade imediata de valores retroativos, acrescidos dos respectivos encargos moratórios e multa punitiva;

– não há previsão legal de exceção, para que o comando normativo de observação, respeito e aplicação da ampla defesa nos procedimentos administrativos e judiciais não sejam aplicados a certos atos da Administração Pública, como o de sujeição passiva solidária ou de lançamento fiscal decorrente, com efeitos retroativos (reproduz trecho doutrinário);

– a única conclusão plausível é no sentido de ser totalmente nula a sujeição passiva solidária dos Defendentes, nos moldes ocorridos.

3.4. DA NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA SUA VALIDADE E CONSTITUIÇÃO.

– constata-se que a presente Autuação é nula de pleno direito, em razão de não apontar especificadamente qual a fundamentação legal violada que impõe tributo devido pelos Defendentes, e conseqüente punição dele decorrente;

– é imprescindível que o suposto ilícito cometido esteja delineado na legislação vigente, e ainda, que tal infração seja devidamente informada na autuação fiscal. Se o Defendente não identifica exatamente o erro cometido e a legislação que autoriza a penalidade atribuída, fica impossibilitada de conferir seu acerto, violando ao direito constitucionalmente previsto de ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CF/88);

– não pode haver dúvidas no Auto de Infração quanto à descrição dos fatos e sua fundamentação legal, sob pena de cercear o direito de ampla defesa. E não se pode olvidar que a atividade administrativa está delimitada pela legislação vigente, não sendo passível de manifestações políticas casuais ou de interesses meramente arrecadatários de seus agentes, que por vezes entenebrece sua condição de servidores públicos;

– a infração fora cometida pela empresa Nilberto Santos de Souza, mas o auto de infração fora lavrado em nome de J L de Lima Cereais. Portanto, o mero erro de identificação do sujeito passivo, enseja a nulidade do auto de infração (cita

jurisprudência administrativa sobre erro de identificação do sujeito passivo):

– toda a atividade do Estado está adstrita à previsão legal (art. 5o, II e art. 37, da CF/88). Contudo, no caso, é notório que houve desrespeito às normas legais, posto que da lavratura do Auto de Infração apenas aponta alguns artigos da legislação federal que em nenhum momento esclarecem nem sequer determinam os procedimentos realizados;

– a referida Autuação deixa de preencher os requisitos legais que conferem validade ao ato praticado, resultando em sua nulidade, haja vista que não informou seu suporte jurídico, face ao conteúdo da norma disciplinadora à espécie. Esta é a razão pela deve ser declarada a nulidade do presente Termo de Sujeição Passiva Solidária e dos autos de infração em comento, em razão da ausência de requisitos essenciais à sua validade;

3.5 DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DOS FATOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO FATO NO CORPO DO LANÇAMENTO. CONTRADIÇÃO QUANTO ÀS BASES DE CÁLCULO APLICADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO

– a Autoridade Fiscal limita-se a dizer que o contribuinte não recolheu o montante do imposto do SIMPLES citando a obrigação principal do tributo, como se o Contribuinte desconhecesse que de fato deve recolher imposto, embora neste caso a autuação seja absolutamente descabida;

– a ausência de narração dos motivos e da motivação no corpo do Auto de infração, além de nulificar o mesmo, porque o contribuinte não concorda efetivamente pela total adoção da presunção que foi adotada pela fiscalização;

– há uma grave contradição na redação transcrita na autuação, conduzindo por si só a nulidade da mesma, quando efetivamente não compõe analiticamente as bases de cálculo aplicáveis ao caso, de maneira analítica e descritiva, que foram objeto da peça de infração, considerando que os valores destacados no Demonstrativo são irreais, inverídicos e desprovidos de comprovação material;

– essa imperfeição tornou impossível a própria defesa, já que além de não explicitar claramente o fato imponible, também omitiu o regramento específico quando elege "normas gerais", considerando os conceitos da incidência, fato gerador e responsabilidade direta. Em suma, a Autoridade Fiscal concluiu simplesmente pelo mérito da Infração, sem antes ter comprovado materialmente os quesitos que estão sendo objeto da fiscalização, já que sequer intimou a Defendente em relação aos anos de 2006 e 2007;

– o Auto não comprova os valores transacionados pelo Defendente, mas apenas relaciona notas fiscais. Questiona-se ainda, sobre como, de fato, se formaram as bases de cálculo,

diante da ausência de rigores formais para nomeação de presunção tributária. No caso houve evidente equívoco da legislação tributária, já que utilizou como base de cálculo a soma de crédito tributário decorrente de fatos e distintos sujeitos passivos (transcreve jurisprudência administrativa);

– o ato administrativo é ineficaz por não obedecer ao princípio da legalidade, as formalidades obrigatórias e as garantias da Constituição Federal. Deve ser anulado pelo próprio fisco, nos termos das súmulas 346 e 473 do STF (transcritas);

– pelo exposto, fica claro que foi vulnerado gravemente o princípio da legalidade, que regula os Atos Administrativos Fiscais (CF/88, Art. 5º, II e 37, caput), quebrando, por consequência, o princípio do contraditório pleno, que ficou cerceado e inibido em sua essência integral;

3.6. DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO POR AMOSTRAGEM OU PRESUNÇÃO.

– o que se observa, tanto nas supostas omissões de receita, quanto no termo de sujeição passiva solidária vinculado à autuação desafiada, é que aquele se concebeu de forma totalmente equivocada, posto que o lançamento tributário deu-se por amostragem e presunção. O Processo Administrativo Fiscal é o que se forma da atividade vinculada e regradada do Fisco (no que tange ao direito tributário), nunca discricionária, nem arbitrária ou abusiva;

– qualquer ficção fática, qualquer presunção ou suposição do fisco para autuar não terá validade administrativa, muito menos eficácia jurídica. No caso vertente, a autuação foi efetuada unicamente com base na movimentação financeira de única conta corrente do Sr. José Lino de Lima, e nenhuma movimentação bancária da empresa J L de Lima;

– sequer foi questionado por parte do Agente Autuante a origem e destinação da suposta quantia considerada como omissão de receita, condição sine qua non para se constatar alguma irregularidade;

– a constatação da suposta entrada e saída de dinheiro sem escrituração é apenas um indício de irregularidade, não podendo fazer conclusões equivocadas acerca de irregularidades porventura cometidas pelos Defendentes;

– sem provar qualquer vinculação entre as operações da empresa Nilberto Santos de Souza e aquelas da Defendente, os autos de infração perfizeram lançamentos de tributos relativos a supostas diferenças de receitas omitidas;

– o próprio auditor fiscal no termo de sujeição passiva solidária afirmou que "esclarece-se que a coluna VR PAGO" decorre de diferenças apontadas pelos fornecedores Lavoura Igarashi e Nelson Igarashi entre os valores das notas fiscais e os correspondentes boletos bancários, por razões comerciais que não interessam ao que ora tratamos', o que é um absurdo';

– visto isso, não é preciso grande esforço para se concluir que foi feito tão somente um levantamento por amostragem, sem, contudo, analisar a real origem e destinação das operações comerciais. Houve, pois, imposição tributária por presunção da interposição fraudulenta; (cita doutrina e jurisprudência sobre presunção);

– quanto ao ônus da prova, no termo de sujeição passiva em comento, compete unicamente à Receita Federal, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, transcrito (cita doutrina e jurisprudência);

– a ausência desta comprovação, por parte do fisco, leva à descaracterização da sujeição passiva solidária, face à ausência de prova inequívoca, levando, por conseqüência, a não liquidez e incerteza do crédito tributário, fato que torna nulos os Autos de Infração baseados em meras convicções em relação aos ora Defendentes;

3.7. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE PROCEDER AO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (tópico específico da impugnação de JL de Lima Cereais)

– a modalidade do lançamento do tributo é por homologação e o recolhimento pelo sujeito passivo abre o prazo decadencial para o lançamento tributário pelo fisco, nos termos do art. 150, §4º, do CTN;

– o auto de infração do SIMPLES relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006 foi lavrado em 26 de outubro de 2011;

– assim, para os meses de janeiro a setembro de 2006, o direito de proceder ao lançamento do crédito tributário decaiu, pois o lançamento se deu após o transcurso do prazo decadencial – 5 anos, de modo que o crédito tributário está extinto, nos moldes do que dispõe o art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional (cita jurisprudência judicial sobre decadência de lançamento por homologação);

4. RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS QUE DESCONSTITUEM A EXIGÊNCIA FISCAL

4.1. Efetivo exercício de atividades da Defendente Produtor e Comerciante.

– o Contribuinte fiscalizado é produtor rural nos termos do parágrafo primeiro do art. 15 da Lei Complementar nº 11/71 (transcrito) e, o art. 61 do RIR (IN SRF nº 83, de 2001, art. 5º; PN CST nº 130, de 1970) prevê expressamente que, quando o produtor rural vender em seu nome produtos de sua atividade rural, diretamente a centros de abastecimento, os rendimentos derivados dessa atividade devem ser computados no resultado da atividade rural;

– os depósitos bancários que ingressaram na conta corrente do titular da Fiscalizada, durante todo o ano de 2006, possuem

origem nas diversas atividades desenvolvidas pelo Sr. José Lima, dentre as quais atividades rurais (plantio e venda de hortifrutigranjeiros);

– grande parte dos valores que transitaram pela conta bancária do contribuinte corresponde ao que ele recebeu pelas vendas de hortifrutigranjeiros que realizou (transcreve trecho de reportagem extraída do site oficial do Município de Juazeiro/BA (sobre o Mercado Produtor da Cidade);

– a Defendente vive de seus clientes, isto é, sua atividade depende desses comerciantes advindos de várias cidades da Região Nordeste. Nesse ínterim, cabe ressaltar que a movimentação financeira do Sr. José Lino de Lima em nada reflete a suposta renda tributável lançada em relação à firma Nivaldo Santos de Souza, posto que fora lavrado termo de sujeição passiva totalmente descabido, que constituiu crédito tributário exorbitante, capaz de levá-lo à bancarrota;

– sua movimentação bancária é decorrente de despesas do desenvolvimento da atividade rural, na compra de sementes, adubos, insumos necessários ao plantio, combustível para o transporte da mercadoria, além de peças de reposição e serviços de reparo nos caminhões de sua propriedade, bem como noutras despesas igualmente imprescindíveis para o plantio e comercialização do referido produto, que é feita da forma contínua;

– o art. 60, parágrafo primeiro do Decreto nº 3.000/1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda – RIR, assim dispõe:

Art. 60. O resultado da exploração da atividade rural será apurado mediante escrituração do Livro Caixa, que deverá abranger as receitas, as despesas de custeio, os investimentos e demais valores que integram a atividade (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18). §19...

§ 29 A falta da escrituração prevista neste artigo implicará arbitramento da base de cálculo à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-calendário (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18, § 29).

– não se pode afastar da realidade fática e jurídica, quanto à realidade do Contribuinte, sendo produtor rural e comerciante, apesar de toda a informalidade. Mesmo sem escrita fiscal, o fato iniludível é que o Contribuinte também exerce atos de comércio, comumente chamado pelo novo Código Civil de atos de empresa. Esta é a dicção do Novo Código Civil, em seu art. 966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços;"

– o inciso II do §1º do artigo 150 do RIR/99 dispõe que as empresas individuais, para os efeitos do Imposto de Renda, são equiparadas às pessoas jurídicas.

Vejamos: “Art. 150 (...) §1º (...) II as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços”;

4.2. DA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A LAVRATURA DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

– nos termos em que foi formulado, considera-se nulo de pleno direito o Termo de Sujeição Passiva Solidária em debate, tendo em vista a arbitrariedade promovida pelo r. Auditor Fiscal, já que a fundamentação fática utilizada no referido termo baseia-se tão somente em mera presunção;

– sem provas não pode o Fisco acusar o sujeito passivo de haver cometido qualquer infração. E foi unicamente o que foi feito. Por conjeturas inócuas como meio de prova, considerando alguns valores de depósitos existentes em conta corrente, supondo a existência de infração, lançou-se no caminho da presunção. Acrescente-se que, no caso, a Legislação Tributária não contempla presunção desconectada da realidade, principalmente sem estar apoiada em qualquer indício de aumento patrimonial;

– ainda que haja permissão legal para a cobrança de imposto por arbitramento, mesmo assim tal exigência estaria obliterada ante os preceitos da legislação pertinente, conforme disciplinam, entre outros, os artigos 97, 100, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 146 do CTN, que expressam as limitações ao poder de tributar;

– mesmo que a presente situação fática considerada (alguns valores creditados na conta corrente de fornecedores), indique alguns sinais da possibilidade de existência de valores a serem alcançados pela tributação, sua observância não pode desvencilhar-se da realidade fática, e muito menos do ordenamento legal. Tanto que o Conselho de Contribuintes afasta a tributação, mesmo em face de ausência de documentos;

– é flagrante a ausência de prova para a configuração da sujeição passiva, já que nenhum fornecedor ou motorista informou, testemunhou ou confirmou a suspeita do fiscal de que era o Sr. José Lino quem era o real comerciante das mercadorias adquiridas pela empresa Nilberto Santos de Souza. Portanto, não se pode presumir desprovido de qualquer prova, sequer indiciária (traz jurisprudência administrativa);

– a autuação foi efetuada unicamente com base em presunção, sem identificar qualquer outra prova que

evidencie aumento patrimonial, real fato gerador do imposto cobrado;

– a jurisprudência administrativa já vem, há muito, reconhecendo o dever do fisco de comprovar os fatos que alega (cita ementas de acórdãos sobre o assunto);

– avulta dos precedentes transcritos que ausência de comprovação, por parte do fisco, leva a descaracterização da autuação, face à inexistência de prova inequívoca, da constituição do crédito tributário exigido, levando, por consequência, à nulidade do lançamento fiscal;

4.3. DA IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA MULTA DE 150%, POR AUSÊNCIA DE FRAUDE NA DECLARAÇÃO APRESENTADA PELO SUJEITO PASSIVO – NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE, PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE PELO FISCO

– a própria lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, inciso VI, prevê "a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público";

– o Enunciado nº 15, do CARF, aprovado em 26.06.06 prevê que: "A simples apuração da 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";

– consubstanciado o erro do fiscal autuante, que aplicou multa de 150% relativa ao ano de 2006, apenas por considerar ZERADAS as declarações da empresa Nilberto Santos de Souza, desconsiderando as demais informações prestadas pela pelos próprios fornecedores, fundamento que não condiz com a natureza da penalidade fraudulenta, se requer a reforma da autuação para o fim de que seja anulada a multa ou ao menos reduzida ao mínimo legal;

– as normas substantivas no Direito Brasileiro são objetivas. O delito, a infração, exige o exato enquadramento do ato à disposição tipológica contida na lei. E, nesse caso, por se tratar de infração tributária agravada, a intenção de delinquir/fraudar, de não cumprir com o compromisso legal, deve extravasar do ato praticado pela pessoa contra quem a denúncia foi feita;

– no caso, o que se deflui é que a autoridade fiscal presumiu que houve dolo, para, com base em PRESUNÇÃO, concluir pela existência de fraude e impor, ao final, as penas de 150% sobre o valor do tributo devido, em completa dissonância com os objetivos da norma de regência, e com a legalidade motivadora dos atos da administração pública;

– o Recorrente agiu de forma cristalina, inclusive com a apresentação de suas declarações de rendimentos DIRPF.

Assim, se o Recorrente cumpriu com sua obrigação perante a Receita Federal, não há que se falar em ação lesiva ou fraudulenta, nem, muito menos, em aplicar as penas máximas previstas na legislação.

– O STJ, por seu turno, afirma que a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, censurando o ato da administração que não zele com uma equilibrada proporção entre os meios e os fins. Se todas as atitudes do Recorrente demonstram a intenção de evitar ação danosa, não é legal se presumir que houve prática lesiva e fraudulenta à sua conduta (transcreve ementa do acórdão do STJ);

– Segundo o acórdão transcrito, a autoridade fiscal não tem poder absoluto para rejeitar o que é usual e sensato, pois, se a prática do ato administrativo de punir pela prática lesiva "está vinculada à aferição de existência de "conduta antijurídica", deve o agente administrativo observar os princípios da "razoabilidade e da proporcionalidade".

– não se pode apenar a quem, de boa-fé, cometeu mero erro sanável, com ação fraudulenta objetiva. Assim, não há qualquer proporcionalidade entre o ato suplantado e a sanção aplicada. Não há, outrossim, qualquer razoabilidade para a sanção, porquanto deixa de ser funcional, negando o princípio da função do ato administrativo, prestando-se a gerir interesse diverso do que é estreitamente veiculado pela Receita Federal, a teor do permissivo constante do artigo 237 da Constituição Federal (cita jurisprudência).

– não há motivo suficiente a dar ensejo a aplicação da multa de 150% em comento, uma vez que se faz necessária a comprovação da apresentação de declaração falsa ou evidente intuito de fraude, o que não ocorreu no presente caso. Como dito, o Contribuinte/Recorrente em nenhum momento agiu utilizando-se de documentos ou declarações falsas, tendo, inclusive, cumprido as diligências exigidas no curso da fiscalização;

4.4. DA IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SISTEMA SIMPLES E SIMPLES NACIONAL (tópico constante da impugnação de JL DE Lima Cereais Ltda)

– o Ato Declaratório Executivo nº 41, de 3 de novembro de 2011, jamais poderia excluir a Defendente e gerar exigência fiscal retroativa, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade (transcreve jurisprudência judicial e administrativa, bem como doutrina sobre o assunto);

– ademais, a exclusão se dará a partir da verificação da infração, consoante previsão instada no art. 15, incisos II e VI, da Lei nº 9.137 de 1996. Por conseguinte, como a constatação da suposta infração se deu apenas em novembro de 2011, através de constatação de suposta omissão de receita, hipótese

expressamente prevista na legislação de regência, não se aplica o art. 15, V, e sim o inciso VI do art. 15 da Lei nº 9.137, de 1996 (cita jurisprudência do STJ);

– não se pode atribuir efeitos retroativos à exclusão imposta em Ato Declaratório de novembro de 2011, restando totalmente indevido qualquer lançamento fiscal que cobre valores referentes aos exercícios anteriores, e, portanto, ilegal a retroatividade da exclusão do Simples, a partir de janeiro de 2007, tampouco em janeiro de 2008 para o Simples Nacional, devendo recair tão somente, acaso confirmada a autuação, a partir de anocalendarário subsequente ao ano de 2011, ou seja, a partir de janeiro de 2012, ou pelo menos com início em 4 de novembro de 2011;

5. DOS REQUERIMENTOS

– por todo o exposto, ressaltando que toda a exigência fiscal decorre do questionamento de compras de mercadorias pela empresa Nilberto Santos de Souza e de supostas omissões de receita, e, ficando devidamente comprovado que tais operações não dizem respeito à J L de Lima Cereais, ou mesmo ao Sr. José Lino, ora Defendentes, requer-se:

1. Inicialmente, a anulação dos autos de infração desafiados pelo descumprimento do disposto no art. 7º, I e §2º do Decreto 70.235/72 e art. 196 do CTN, injustificada a ausência de menção ao real objeto da fiscalização nem mencionado o prazo imposto na Lei de Procedimentos Administrativos Fiscais, tendo superado o prazo para sua lavratura, consoante preliminar arguida, podendo ainda, caso não seja anulado, ser restabelecida a espontaneidade do débito confessado;

2. Outrossim, de forma preliminar, requer-se o acolhimento das demais preliminares, em razão da ausência de requisitos para a lavratura dos autos de infração, ausência de ligação com o fato gerador do tributo, do malferimento ao direito de defesa e ao contraditório e da impossibilidade de lançamento com base em mera presunção;

3. Acaso superadas as preliminares, pede-se a esta Nobre Delegacia Regional de Julgamento, que considere todas as provas juntadas aos autos, para fim de anular a autuação vergastada, ante a ausência de provas para a lavratura do termo de sujeição passiva solidária, expurgando a responsabilidade dos valores lançados pelos Autos de Infração que foram arbitrados sobre rendimentos de pessoa jurídica JL de Lima Cereais. Do contrário, afaste qualquer valor que não esteja efetivamente comprovada sua origem nos negócios citados na autuação, possibilitando a identificação dos valores verdadeiramente devidos pelo Suplicante, afastando os valores que configuram rendimentos, mas mero depósito transitório e, por conseguinte, afaste a multa confiscatória imputada;

4. Protesta a Defendente, pelo recebimento deste Recurso, em obediência ao que dispõe o Decreto 70.235/72, suspendendo os efeitos dos Atos Declaratórios Executivos nº41 e 42 e do Auto de infração desafiado, em razão da impossibilidade dos efeitos da exclusão do SIMPLES retroagir para prejudicá-la a partir de

janeiro de 2007, por desobediência aos princípios constitucionais da irretroatividade, tipicidade, restando totalmente afastados os efeitos retroativos da exclusão (item constante apenas da impugnação de JL de Lima Cereais Ltda).

Consoante fl. 97 do processo apensado de nº 10530.725799/201177, em 5 de dezembro de 2011, a empresa JL de Lima Cereais, protocolou Manifestação de Inconformidade, assinada por seu titular, contra os Atos Declaratórios Executivos nº 41 e 42, que tratam da exclusão da referida empresa do Simples e do Simples Nacional, respectivamente, cujos tópicos trazem as seguintes argüições:

1. DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE MEDIDA

– mesmo teor das impugnações já relatadas;

2. OS ATOS DECLARATÓRIOS EXECUTIVOS VERGASTADOS

– os efeitos da exclusão retroagem no tempo e trazem consigo situações inovadoras no mundo jurídico, em flagrante desrespeito ao devido processo legal e ao contraditório;

– o ato declaratório tem fundamento numa situação jurídica “não válida”, ou seja, a pretensa exclusão se dá por meio do que fora constatado nos autos do Processo Administrativo nº 10530.725.435/201197, e gera efeitos a partir de dezembro de 2004 e 2007, respectivamente;

– o ato de exclusão não pode subsistir por duas razões simples: 1 – para ter validade o ato de exclusão deve aguardar o desfecho, leia-se trânsito em julgado, do processo administrativo, pois somente neste momento é que os fundamentos nele utilizados pela fiscalização terão validade; 2 – o ato de exclusão não pode retroagir para criar situação jurídica tributária nova, tampouco desconsiderar as informações fiscais declaradas ao fisco e válidas, por representarem os fatos geradores da época;

– em face da protocolização da Manifestação de Inconformidade pela Recorrente, em desafio aos termos postos no auto de infração resultante do processo administrativo nº 10.530.725.435/201197, encontram-se suspensas, por conseguinte, as razões que ensejaram a exclusão da Recorrente do Simples e Simples Nacional, consoante especificados nos atos declaratórios ora impugnados;

3. A IMPUTAÇÃO TRAZIDA NO AUTO DE INFRAÇÃO E DOS FATOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS.

– mesmos argumentos expostos no tópico com o mesmo título, da impugnação de JL de Lima Cereais Ltda, já relatada;

4. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO SUPOSTO DÉBITO EM FACE DA INTERPOSIÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA – ART. 151, INC. III DO CTN.

– avulta do art. 151, inciso III, do CTN, transcrito, a impossibilidade de o fisco cobrar supostos débitos tributários enquanto pendente de resposta o Recurso Administrativo interposto, em desafio à exigência fiscal, tampouco editar ato administrativo com efeitos retroativos (exclusão do Simples e do Simples Nacional);

– assim, requer a Recorrente, a suspensão da exigibilidade da decisão que a excluiu do Simples e Simples Nacional enquanto não sobrevier decisão administrativa definitiva no âmbito do processo administrativo;

5. DA IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SISTEMA SIMPLES E SIMPLES NACIONAL.

– mesmos argumentos expostos no tópico com o mesmo título, da impugnação de JL de Lima Cereais Ltda, já relatada;

6. REQUERIMENTOS.

– por todo o exposto, ressaltando que toda a exigência fiscal decorre do questionamento de compras de mercadorias pela empresa Nilberto Santos de Souza, e ficando devidamente comprovado que tais operações não dizem respeito à JL de Lima Cereais Ltda, e que a referida imputação está sob defesa administrativa, porquanto suspensa a exigibilidade de qualquer lançamento tributário, requer a anulação dos atos declaratórios executivos, porquanto injustificadas as razões para sua declaração, e ainda, diante da suspensão da exigibilidade das imputações trazidas no auto de infração lavrado no âmbito do Processo Administrativo nº 10530.725435/201197, bem como pelo fato de ser nula a retroatividade dos efeitos de tal exclusão, com supedâneo no princípio da retroatividade, do devido processo legal e do ato jurídico perfeito, devem ser anulados os atos declaratórios vergastados, restando totalmente afastados os efeitos retroativos da exclusão.

Em 17 de janeiro de 2012, a empresa JL de Lima Cereais Ltda apresentou a impugnação de fls. 3.188 a 3.255, contra os Autos de Infração lavrados após a sua exclusão do Simples e do Simples Nacional, impugnação esta, subscrita pelo titular e pelo procurador, devidamente constituído, na qual repete os argumentos trazidos nas impugnações anteriores, acrescidos das alegações a seguir:

2. IMPUTAÇÃO TRAZIDA NO AUTO DE INFRAÇÃO E DOS FATOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS.

Neste tópico adiciona as seguintes arguições:

– não pode o fiscal atribuir como receita não declarada a mera movimentação financeira do contribuinte fiscalizado, inclusive porque o fiscal sequer excluiu os valores de cheques devolvidos ou operações entre contas correntes da empresa e da pessoa física ou mesmo valores pertencentes a terceiros, corroborada pelos próprios extratos bancários já apresentados perante a fiscalização;

– a ausência de escrituração de todas as operações decorre da previsão legal, além de consequência da produção e venda informal de produtos hortifrutigranjeiros, realizada de diversas formas, sendo à vista, a prazo, verbalmente, baseada na confiança e no conhecimento das pessoas, o que é muito comum nas cidades do interior dos Estados do Nordeste do Brasil;

– comprovado que os valores depositados são provenientes de diversas relações, pessoais e comerciais, dentre as quais atividade rural relativa ao plantio e comercialização de hortifrutigranjeiros, não se pode acolher a tese exposta pela Fiscal Autuante na conclusão do Procedimento;

3. PRELIMINARMENTE

3.1. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÕES PARA ESCLARECIMENTO ACERCA DAS OPERAÇÕES DA EMPRESA NILBERTO SANTOS DE SOUZA (tópico específico)

– em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do auto de infração e da imposição da multa, se o agente fiscal não encontra qualquer pagamento ou recolhimento de tributo, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável, todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa suposta inexistência de pagamento;

– no presente caso, não existiu qualquer intimação prévia do Defendente acerca de operações de aquisição ou mesmo transporte de mercadorias pela empresa de Nilberto Santos de Sousa, antes de ser lavrado o Auto em comento, não se entendendo qual o motivo que orientou o Auditor Federal a não se utilizar da aludida intimação necessária;

– em virtude da ausência dos requisitos legais, exigidos por lei, para lavratura do presente Ato, como exaustivamente demonstrado, vem, a empresa, preliminarmente requerer a nulidade do Auto de Infração ora atacado;

4.2. DA INEXISTÊNCIA DE INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO ENSEJADORA DE FATO GERADOR (ART. 124 CTN) SUPOSTAMENTE REALIZADO PELA EMPRESA NILBERTO SANTOS DE SOUSA. (tópico específico)

– o fiscal não fundamentou qual a legislação que serviu para a responsabilização do Defendente pelas supostas dívidas tributárias de terceiros;

– a previsão legal do art. 124, I, do CTN, não pode servir para a imputação ao Defendente da responsabilidade pelo pagamento do tributo supostamente devido por terceiro;

– só existem dois tipos de solidariedade: a primeira delas diz respeito à imposição legal, ou seja, as pessoas expressamente

designadas na lei (art. 124, I, do CTN); a segunda decorre do interesse comum na situação que constitua o fato gerador. Esta solidariedade não se presume, mas resulta de expressa previsão de lei, como é o caso do art. 124, I, do CTN. Todavia, no caso concreto, somente lei específica poderia disciplinar a incidência do tributo em questão;

– se diz isso porque "O inciso I noticia a solidariedade natural. É o caso dos dois irmãos que são coproprietários "proindiviso" de um trato de terra. Todos são, naturalmente, codevedores solidários do imposto territorial rural". Já o nobre Prof. De Plácido e Silva registra, como sempre com inteira propriedade: "No sentido jurídico, a solidariedade, igualmente, configura a consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos e passivos de uma obrigação, a fim de que somente se possa cumprir por inteiro, ou in solidum".

– o art. 124, I, do CTN estabelece que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (inciso I) e também as pessoas expressamente designadas por lei (inciso II). Acontece "que a disposição genérica do inciso I do art. 124 do CTN não é suficientemente adequada para revelar com precisão e segurança a exata mediada da condição dos partícipes da concretização do fato gerador";

– destaque-se o ensinamento do Ilustre Jurista Hugo de Brito Machado: "A nosso ver, duas ou mais pessoas podem ter interesse em uma situação e esse interesse não ser comum". E continua: "o fato de serem partes em um contrato apenas significa que o legislador pode, por disposição expressa, instituir a solidariedade entre elas". E conclui adiante: "Uma coisa é terem duas ou mais pessoas interesse na situação. Outra é terem duas ou mais pessoas interesse comum na situação. O interesse comum, cuja presença cria a solidariedade, não é interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico." Nesta razão, ainda segundo o Prof. De Plácido e Silva: "o interesse jurídico é o interesse juridicamente ou legalmente protegido, porque se exhibe legítimo, positivo, certo, atual e inequívoco".

– in casu, o fiscal autuante atribui a responsabilidade à empresa J L Lima Cereais pelo Simplex fato de parte das mercadorias vendidas à empresa Nilberto serem transportadas em caminhões registrados em nome do Sr. José Lino de Lima. Ora, fica evidenciado que não há interesse comum na compra de "produtos agrícolas", mas simplesmente no eventual transporte de tais mercadorias, sendo este o único interesse na relação;

– o Sr. José Lino também compra produtos agrícolas e os motoristas podem trazer mercadorias de terceiros, sem seu livre consentimento inclusive;

– não há interesse jurídico no fato gerador da compra de mercadorias pelo Sr. Nivaldo, que comprou produtos agrícolas em nome próprio, conforme notas fiscais, depoimentos dos próprios vendedores de mercadorias e dos transportadores/motoristas;

– não basta que se alegue o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, somente porque alguns caminhões pertencentes ao Sr. José Lino transportaram mercadorias do Sr. Nilberto. Tal interesse, no máximo, diria respeito ao auferimento de renda decorrente do transporte de mercadorias, entretanto, jamais significaria que a empresa J L Lima Cereais seria responsável pela receita advinda da venda de tais mercadorias;

(...)

A DRJ manteve parcialmente o lançamento, conforme dispositivo abaixo transcrito:

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar Procedentes em Parte as Impugnações contra os Autos de Infração e Improcedentes a Manifestação de Inconformidade contra os Atos Declaratório Executivo nº 41 e 42 e a Impugnação contra a sujeição passiva atribuída ao Sr. José Lino de Lima, rejeitando as preliminares de nulidade, de inconstitucionalidade e de decadência, e no mérito, mantendo, parcialmente, os lançamentos relativos ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$75.227,37 (setenta e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e trinta e sete centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$76.492,70 (setenta e seis mil, quatrocentos e noventa e dois reais e setenta centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$55.090,90 (cinquenta e cinco mil, noventa reais e noventa centavos), à de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$225.070,85 (duzentos e vinte e cinco mil, setenta reais e oitenta e cinco centavos), e de Contribuição para a Seguridade Social – INSS, no valor de R\$647.822,80 (seiscentos e quarenta e sete mil, oitocentos e vinte e dois reais e oitenta centavos), acrescidos da multa de ofício qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e dos juros de mora, apurados pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), mantendo a exclusão da Contribuinte do Simples e do Simples Nacional, mantendo parcialmente os lançamentos relativos ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$254.513,29 (duzentos e cinquenta e quatro mil, quinhentos e treze reais e vinte e nove centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$123.077,87 (cento e vinte três mil, setenta e sete reais e oitenta e sete centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$74.444,68 (setenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta oito centavos), à de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$341.150,54 (trezentos e quarenta e um mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e quatro centavos), acrescidos da multa de ofício no qualificada no percentual de 150% sobre a parcela dos tributos decorrentes da infração descrita no item 1, e da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) aplicada sobre a parte dos tributos

provenientes da infração descrita no item 2, além dos juros de mora, lavrados após a exclusão da pessoa jurídica do Simples e do Simples Nacional, e ratificando a responsabilidade solidária pelo crédito tributário imputada ao Sr. José Lino de Lima, CPF 105.394.41520, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Devidamente intimado em 27 de julho de 2013, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 27 de agosto de 2013, alegando os mesmos argumentos trazidos nas impugnações, com outra roupagem lingüística.

Este é o Relatório!

Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Entendo que não há razões para a reforma da decisão recorrida.

Quanto às preliminares, passemos a enfrentá-las de forma objetiva.

A primeira questão a ser colocada é quanto à nulidade da autuação por falta de cumprimento do artigo 7º, inciso I, e §2º do Decreto nº 70.235/72 e art. 196 do CTN, que segundo a contribuinte teria ausência de menção ao real objeto da fiscalização nem mencionado o prazo imposto na Lei de Procedimentos Administrativos Fiscais e nada mencionado em relação ao ano de 2006

Com o devido respeito à Recorrente, a fiscalização iniciou com os procedimentos de praxe solicitando uma série de documentos da empresa Nilberto Santos de Souza, como livros fiscais, cópia do contrato social, livros de entrada e saída de ICMS, etc.

A investigação foi aprofundada na empresa Nilberto, sendo constatado por meio de evidências e indícios que o proprietário dessa empresa era na verdade um laranja, redirecionando toda a fiscalização à J L de Lima Cereais.

Portanto, nessa fase inicial de investigação, a fiscalização não está obrigada a atender ao princípio do contraditório ou da ampla defesa, sendo apenas respeitado esse procedimento após a expedição de Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples e da Autuação Fiscal, sendo dado perfeitamente ao Sr. José Lino de Lima e à JL de Lima Cereais o direito à ampla defesa e ao contraditório, tanto é que apresentou Manifestação de Inconformidade, Impugnações e Recursos.

Com isso, é válido o redirecionamento da fiscalização e investigação de terceiros na fase inquisitória, como ocorreu no presente caso, sendo inclusive obtidos provas por meio de intimação de clientes etc.

Quanto ao Termo de Sujeição Passiva, em razão da constatação do interesse comum do Sr. José Lino nas operações de sonegação fiscal praticada pela atuada, há que se manter a solidariedade nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN. Já quanto ao Sr. Nilberto, o mesmo deve ser responsabilizado pelo débito nos termos do artigo 124, inciso II, do CTN e artigo 135, pois tinha total conhecimento da fraude, emprestando seu nome como laranja nas operações.

Ademais, como se pode constatar, as movimentações financeiras praticadas na empresa laranja utilizada pela empresa atuada, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, inverte o ônus da prova. Portanto, caberia à atuada demonstrar a origem dos valores. Contudo, optou pela negativa geral sobre a questão.

Nesse sentido, não vejo nenhuma nulidade por falta de identificação dos fatos geradores tributados, pois os mesmos foram descritos em planilha e a atuada foi intimada para justificar as operações.

Quanto aos fatos, vejamos o que levou à DRJ manter parcialmente o lançamento fiscal:

Neste caso concreto, está demonstrado nos autos que:

– a empresa Nilberto Santos de Souza fez compras de mercadorias (batatas) no valor de R\$8.252.129,04, em 2006, e R\$9.186.365,88, em 2007, ao passo que não realizou nenhuma movimentação financeira em qualquer período de sua existência e, sequer, possui contas bancárias;

– o titular Nilberto Santos de Souza entregou Declaração Anual de Isento em 2003 e desde então vem entregando Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas zeradas. Nenhum rendimento, nenhum patrimônio. Também não realizou nenhuma movimentação financeira, nem possui contas bancárias. No período de 03/03/2009 a 01/07/2010, foi empregado como motorista da empresa Lovel Locação de Veículos Leves e Pesados Ltda;

– os endereços cadastrais, na Receita Federal, tanto da empresa Nilberto Santos de Souza, quanto do seu titular, não existem, e ambos são desconhecidos pela vizinhança da rua indicada como sendo a do endereço da empresa, rua esta, essencialmente residencial, com casas de pequeno porte;

– quando interrogada, a contadora responsável pela DMA entregue pela empresa Nilberto Santos de Souza informou desconhecer a empresa e seu titular e que possivelmente alguém teria usado seus dados (nome, CRC e telefone) indevidamente. Sobre o fato de os endereços do Sr. Nilberto e da mãe dele coincidirem com a rua e a numeração próxima do seu escritório de contabilidade e do seu endereço no CPF, a contadora alegou que provavelmente o endereço do Sr. Nilberto era o de uma casa vizinha que havia sido demolida há alguns anos, ao passo que a fiscalização constatou não haver nenhum terreno vazio, tampouco, imóvel recém construído na rua que corrobore a

informação da contadora. Ou seja, os fatos contradizem as informações da contadora;

– no contato telefônico com a fiscalização, o Sr. Nilberto, ao ser informado de que era sobre a empresa que ele constituiu e que havia indícios de utilização por José Lino, informou que não morava mais em Juazeiro e recusou-se a fornecer o novo endereço, desligando o telefone, demonstrando estar ciente dos fatos e deles participar conscientemente.

– conforme informações dos clientes da empresa Nilberto Santos de Souza, as negociações eram sumárias, as mercadorias eram vendidas no Mercado do Produtor, eles não identificavam os responsáveis pela empresa, o pagamento era à vista e é citado “Box da empresa”, sem maiores identificações;

– a administração do Mercado Produtor informou desconhecer a empresa Nilberto Santos de Souza;

– das informações dos 6 (seis) principais fornecedores, extrai-se que os negócios eram firmados por telefone. Todos mantiveram contato com o Sr. Nilberto e um deles informou contato com uma pessoa conhecida como Zé Lima, pelo telefone 36114796.

Outros quatro, inclusive o maior fornecedor, informaram como telefone de contato o número de telefone da empresa JL de Lima Cereais Ltda nos cadastros da Receita Federal e da Receita Estadual;

– dentre os envolvidos, o Sr. José Lino, titular da empresa JL de Lima Cereais Ltda, constituída formalmente no Mercado do Produtor de Juazeiro e dedicada ao comércio hortifrutigranjeiro, é o único com patrimônio e movimentação financeira substancial e compatível com os valores transacionados;

– grande parte das notas fiscais de compra relaciona o Sr. José Lino, um dos seus veículos e/ou dos empregados da empresa JL de Lima Cereais Ltda como transportador e recebedor das mercadorias e o telefone da empresa JL de Lima Cereais Ltda. consta em todas as notas fiscais do segundo maior fornecedor;

– o cotejo dos extratos bancários do Sr. José Lino com os boletos e notas fiscais coletados com os fornecedores evidencia que vários pagamentos de compras feitas em nome da empresa Nilberto Santos de Souza saíram das contas bancárias do Sr. José Lino;

– a nota fiscal nº 13225, emitida pelo fornecedor Lavoura Igarashi, em 20/10/2007, no valor de R\$10.800,00, pela venda de 40 sacas de batatas, à empresa Nilberto Santos de Souza, está contabilizada no Livro Caixa da empresa JL de Lima Cereais Ltda, fato este, que a própria impugnante reconhece como uma evidência de que ela é a proprietária daquela mercadoria;

Definitivamente, nenhuma evidência existe de que a empresa Nilberto Santos de Souza tenha praticado quaisquer das operações em comento por sua conta e risco. O que se tem de concreto é que os negócios eram firmados com os fornecedores

apenas por telefone, quase sempre utilizando o telefone da empresa JL de Lima Cereais, as mercadorias transportadas em caminhões de propriedade do Sr. José Lino, dirigidos por motoristas empregados da empresa JL de Lima Cereais Ltda, pagamentos efetuados por meio das contas bancárias do Sr. José Lino, assim como a existência de nota fiscal referente a compra feita supostamente em nome da empresa Nilberto, contabilizada pela empresa JL de Lima Cereais Ltda. As vendas eram realizadas, à vista, no Mercado do Produtor, local onde a empresa Norberto Santos de Souza é desconhecida e onde está estabelecida a empresa JL de Lima Cereais Ltda.

No meu modo de ver não há presunção, há provas diretas enunciadas acima que levam a considerar as receitas omitidas à empresa autuada, com a participação e interesse comum do Sr. José Lino. Basta observar as descrições trazidas na fl. 4 do Termo de Verificação Fiscal que se observará essas provas diretas contra a empresa autuada, sendo que os fornecedores indicaram o Sr. José Lima como o operador das compras.

Diante dessa fraude toda, resta evidente que não há decadência, pois a autuação fiscal se deu em outubro de 2011, sendo que os fatos geradores autuados são de 2006 a 2007.

No caso em questão, existindo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial é o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, como bem assentado no RESP nº 973.733/SC do STJ.

Quanto à multa de 150%, a fiscalização investigou profundamente e identificou a fraude, o que justifica nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 a multa qualificada. Se a multa é confiscatória

Quanto aos valores pagos no Simples, a DRJ já os considerou para fins de abatimento.

Quanto à exclusão do Simples, agiu de forma correta e nos termos da Lei, que autoriza retroagir a exclusão do sistema simplificado a partir do ano subsequente à constatação da irregularidade. Tais informações estão devidamente fundamentadas no Relatório Fiscal que resultou na expedição dos Atos Declaratórios Executivos nº 41 e 42/2011:

Os fatos relatados comprovam que JL DE LIMA CERREIAS, optante pelo Simples até junho/2006 e pelo Simples Nacional a partir de julho/2007, auferiu receitas que totalizam R\$ 8.252.129,04 no ano-calendário 2006, excedente aos limites para ingressar no Simples e no Simples Nacional (R\$ 2.400.000,00), estabelecidos pelo artigo 9º, I, da Lei nº 9.317, de 1996 e pelo artigo 12, I, da Resolução CGSN nº 4, de 2007, respectivamente.

Tais infrações sujeitam-na à exclusão do Simples a partir de janeiro de 2007 e do Simples Nacional a partir de julho de 2007, conforme disposto no artigo 14, I, da Lei 9.317/96 e artigo 5º, I, da Resolução CGSN nº 15, de 2007, respectivamente.

Em face do exposto proponho o encaminhamento desta Representação ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana, para que seja determinada sua exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2007, e do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Quanto ao Pis e a Cofins de 2007, em que se pleiteia a aplicação da alíquota zero, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.925/2004, vigente inclusive quando dos lançamentos fiscais, contempla a alíquota zero para produtos como a batata. Vejamos os argumentos trazidos pelo contribuinte no qual acolho integralmente:

Neste interim, cabe frisar que não cabe a incidência do SIMPLES ou Lucro Presumido, no que se refere ao PIS e a COFINS, sobre a receita da venda de Batata, Feijão, Arroz e Farinha de Mandioca (Fundamento Legal: Lei 10.925/2004, Art. 1º Inciso V), Queijos (Fundamento Legal: Lei 10.925/2004, Art. 1º Inciso XII) e Produtos Hortícolas, Frutas e Ovos comercializados pela Recorrente (Fundamento Legal: Lei 10.865/2004, Art. 28 Inciso III).

Disseque-se o artigo 1º da Lei 10.925/04:

Art. 1º Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes na importação e sobre a receita bruta de venda no mercado interno de:

V - produtos classificados nos códigos 0713.33.19, 0713.33.29, 0713.33.99, 1006.20, 1006.30 e 1106.20 da TIPI;

XII - queijos tipo mozzarella, minas, prato, queijo de coalho, ricota, requeijão, queijo provolone, queijo parmesão e queijo fresco não maturado;

Veja o art. 28, III, da Lei 10.865/04:

Art. 28. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de:

III - produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8, e ovos, classificados na posição 04.07, todos da TIPI;

Complementando o dito acima, seque abaixo alguns produtos submetidos à alíquota-zero, como Produtos Hortícolas, Frutas e Ovos: os principais produtos as batatas, tomates, cebolas, couves, alfaces, cenouras, pepinos, legumes de vagem, outros (alcachofras, cogumelos, espinafre, etc.); bem como Frutas; cascas de cítricos e de melões, que se destacam cocos, castanha do Pará, outras frutas de casca rígida (amêndoas, avelãs, nozes, castanhas e pistácios), bananas, tâmaras, figos, abacaxis, cítricos, uvas, melões, maçãs, damascos, outras frutas frescas (morangos, framboesas, groselhas, quivis); além de Frutas secas (damascos, ameixas, maçãs, pêras e outras), Cascas de cítricos, de melões ou de melancias, além de ovos de aves, com casca, frescos, conservados ou cozidos

Deste modo, pode-se concluir que as receitas advindas da venda dos produtos acima referidos, porquanto sujeitos à alíquota-zero, são desoneradas do PIS e da COFINS, e, portanto, devem ser excluídas da base de cálculo destas contribuições para fins de apuração do SIMPLES ou Lucro Presumido, acaso sejam rejeitadas as teses de defesa.

Como se pode observar das notas fiscais apresentadas pelos fornecedores à fiscalização, os produtos considerados inclusive para efeitos de apuração do valor devido tem como referência às aquisições, e nessas aquisições não há dúvidas de que o produto é batata, sendo portanto desonerada do Pis e da Cofins.

Corte: Como jurisprudência sobre a matéria cumpre trazer o entendimento dessa

Número do Processo 19515.001247/2009-18
Contribuinte COMERCIO DE CEREAIS MENDES CALDEIRA LTDA
Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO
Data da Sessão
Relator(a) EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR
Nº Acórdão 1301-001.256
Tributo / Matéria
Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

Ementa

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005 RECURSO DE OFÍCIO. TRIBUTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS. Deve ser excluída do lançamento do PIS e da COFINS a parcela do crédito constituído decorrente de Receitas auferidas com a comercialização de produto beneficiado com alíquota zero. RECURSO VOLUNTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA. ARBITRAMENTO DO LUCRO. Dada a inexistência de previsão legal para, após iniciado o procedimento de fiscalização, bem como considerado que até a propositura de Recurso Voluntário a contribuinte não fez a escrituração, subsiste o arbitramento do lucro da pessoa jurídica que não mantém escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou que deixa de apresentar os livros e documentos da escrituração à autoridade.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, rejeito todas as preliminares de nulidade e decadência, e no mérito, DOU-LHE parcial provimento, para excluir do lançamento o Pis e a Cofins do ano de 2007.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator

CÓPIA