



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

Processo nº 10580.003095/2008-59
Recurso nº 179.547 Voluntário
Acórdão nº **1301-00.833 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de março de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente PATRÍCIA WANDERLEY RADEL BITTENCOURT
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROVA.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Ao contrário, devem ser excluídos da base tributável os valores que o contribuinte comprova decorrer de contrato de mútuo firmado com o banco.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTA PESSOA. PROCEDÊNCIA.

Procede a qualificação da multa, diante do conjunto probatório dos autos, a evidenciar a interposição de pessoa na titularidade da empresa e um esquema empresarial dirigido à sonegação de tributos. No caso concreto, foram decisivos para essa conclusão: a detenção e o exercício de amplos, gerais e ilimitados poderes pelo titular de fato, sem prestação de contas, mediante procuração pública sem limite temporal, poderes que incluíam até mesmo o de extinguir a empresa; a livre movimentação, individualmente, de todas as contas bancárias em nome da empresa, sendo que, em dois bancos, de forma exclusiva; as incompatibilidades entre rendimentos declarados e gastos comprovados; fatos idênticos apurados também em outras empresas, comprovados com documentos apreendidos por ordem judicial, mediante mandados de busca e apreensão, sempre apontando para o envolvimento direto do titular de fato e a utilização de interpostas pessoas; tudo sempre com o objetivo de ocultar das autoridades fazendárias os fatos geradores tributários e, além disso, a capacidade contributiva e o patrimônio acumulado por quem efetivamente comandava o grupo de empresas.

MULTA AGRAVADA. AUSÊNCIA DO PRESSUPOSTO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.

Demonstrada nos autos a ausência do pressuposto legal para o agravamento da multa, a saber, a falta de atendimento a intimação para prestar esclarecimentos, não pode subsistir a majoração imposta no lançamento. A intimação para apresentação de livros e documentos não se confunde com a prestação de esclarecimentos, e seu não atendimento tem por consequência, como de fato o teve, o arbitramento dos lucros. O mesmo ocorre com a falta de comprovação da origem de depósitos/créditos bancários, que conduz à presunção legal de omissão de receitas. Nenhuma dessas hipóteses pode dar azo ao agravamento da multa.

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

Exercício: 2005

SIMPLES. EMPRESA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTA PESSOA. TITULAR DE FATO COM PARTICIPAÇÃO EM OUTRAS EMPRESAS, ACIMA DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO. PROCEDÊNCIA.

Correta a exclusão do SIMPLES na situação em que as provas dos autos são no sentido de que a titular da empresa era interposta pessoa do titular de fato, e que esse titular de fato possuía participações também em outras empresas, de forma a exceder, em conjunto, o limite de receita bruta para permanência no sistema simplificado de pagamentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir as multas aplicadas ao percentual de 150% e, ainda, para reduzir os valores da infração referente aos DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, conforme quadro constante do voto do Conselheiro Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Carlos Augusto de Andrade Jenier, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

PATRÍCIA WANDERLEY RADEL BITTENCOURT, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 15-17.089, de 30/09/2008, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do minucioso relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito.

Trata o presente processo dos autos de infração de fls. 07 a 26, lavrados em 28/02/2008, para a cobrança do **Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ**, no valor de **R\$ 88.137,23** (oitenta e oito mil cento e trinta e sete reais e vinte e dois centavos), da **Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS**, no valor de **R\$ 29.841,79** (vinte e nove mil oitocentos e quarenta e um reais e setenta e nove centavos), da **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL**, no valor de **R\$ 49.583,32** (quarenta e nove mil quinhentos e oitenta e três reais e trinta e dois centavos) e da **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS**, no valor de **R\$ 137.731,47** (cento e trinta e sete mil setecentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos), todos relativos ao ano-calendário 2004, além da multa proporcional e dos juros de mora, calculados até 31/01/2008.

De acordo com o auto de infração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, o lançamento foi efetuado sob as seguintes alegações:

Arbitramento do lucro que se faz, tendo em vista que o contribuinte, notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme Termo de início de fiscalização e Termo de Intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

O Auto de Infração menciona a existência de três infrações:

Infração 001 – Depósitos bancários de origem não comprovada.

Infração 002 – Receitas operacionais (atividade não imobiliária) revenda de mercadorias.

Infração 003 – Receitas Operacionais (atividade não imobiliária) prestação de serviços gerais.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 29 a 36, foram os seguintes os fatos verificados na ação fiscal:

Ao comparecer ao endereço do contribuinte, constatou-se que no local encontra-se a SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda. (Centauro), CNPJ nº 06.347.409/0013-07. Em frente a esta loja, funciona a LFBG Serviços e Comércio de Eletrônicos Ltda., CNPJ nº 04.789.010/0001-09, a qual utiliza a marca “NORBERTO SOM”. Diante deste fato, enviou-se o Termo de Início da Fiscalização ao endereço da sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, inscrita no CPF sob o nº 629.258.815-72. Este termo foi recebido em 23/02/2007 (fls. 145). Em 12/03/2007 foi encaminhado Termo de Reintimação Fiscal, o qual foi recebido pela titular da empresa em 19/03/2007 (fls. 149).

Em 12/03/2007, solicitou-se aos bancos Safra, Itaú e Caixa Econômica Federal – CEF a apresentação dos dados bancários da fiscalizada. A partir da análise

dos documentos recebidos, percebeu-se que os três bancos possuíam uma procuração, lavrada em 20/06/2002, pelo cartório do 6º Ofício de Notas da Comarca de Salvador – BA, a qual concede poderes amplos, gerais e ilimitados ao sr. Norberto Martins Garrido Filho, CPF nº 133.125.535-04, para gerir e administrar a empresa fiscalizada, bem como para representá-la junto a bancos, instituições públicas e privadas. Nesta procuração, assina como outorgante a titular formal da empresa fiscalizada, a sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt.

Os bancos Itaú e CEF apenas dispunham de cartão de autógrafos do sr. Norberto Martins Garrido Filho, de modo que somente ele poderia efetuar a movimentação das contas correntes mantidas junto a estas instituições.

Em 18/05/2007, a contadora Mirian Soraya Carneiro Lamberti, CPF nº 268.499.335-15, apresentou-se como preposta da autuada e entregou o Livro Registro de Inventário nº 001 e o Livro registro de documentos fiscais e Termos de ocorrências.

Em 23/05/2007, a sra. Patrícia Radel Bitencourt foi intimada a comparecer à sede da Delegacia da Receita Federal, a fim de apresentar informações ou documentos que subsidiassem o desenvolvimento da ação fiscal na pessoa jurídica da qual é sócia. O termo de intimação não foi atendido.

Em 25/05/2007, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal nº 001, encaminhado ao endereço residencial da sra. Patrícia Wanderley Radel Bitencourt, no qual se solicita a apresentação dos documentos indicados no Termo de Início da Ação Fiscal e a comprovação, através de documentação hábil e idônea, da origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias, conforme relação constante do referido termo de intimação (fls. 49 a 70). Além disso, solicitou-se à sra. Patrícia Radel a atualização dos dados cadastrais da pessoa jurídica, pois a empresa não mais se encontrava no endereço constante do cadastro da Receita Federal do Brasil. Este termo de intimação também não foi atendido.

Em 20/06/2007, a sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt foi intimada a responder a alguns questionamentos relacionados ao encerramento das atividades da empresa no shopping Iguatemi, à pessoa responsável pela administração da sociedade e à atividade desenvolvida pelo sr. Norberto Martins Garrido Filho na empresa. A intimada foi informada de que o não atendimento à solicitação implicaria a lavratura de Auto de Infração para a cobrança da multa prevista no art. 968 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999. Uma vez que a intimação não foi atendida, foi lavrado em 18/07/2007 o Auto de Infração identificado pelo nº 10580.005965/2007-43 para a cobrança da referida multa.

Novo termo de intimação para a apresentação de informações foi emitido e mais uma vez desatendido, razão pela qual foi lavrado novo Auto de Infração, desta vez identificado pelo nº 10580.007101/2007-66.

Ao analisar as declarações de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF da Sra. Patrícia Radel Bittencourt no período de 2001 a 2006, constatou-se a inexistência de contas bancárias, caderneta de poupança ou qualquer outro investimento financeiro efetuado junto à rede bancária, bens móveis ou imóveis. O único bem declarado foi a participação societária na empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, adquirida por R\$ 20.000,00. Não houve declaração de nenhum pagamento, nem mesmo a plano de saúde. Em pesquisas efetuadas junto aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, constatou-se que a sra. Patrícia não utiliza cartões de crédito. A movimentação bancária e os rendimentos declarados encontram-se resumidos na planilha abaixo:

ANO	RENDIMENTO TRIBUTÁVEL	RENDIMENTO ISENTO E NÃO TRIBUTÁVEL	MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA
2001	R\$ 6.480,00	R\$ 0,00	R\$ 241,56
2002	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 4.392,08
2003	R\$ 0,00	R\$ 193.918,67	R\$ 281,56
2004	R\$ 7.031,94	R\$ 180.000,00	R\$ 1.792,09
2005	R\$ 3.440,00	R\$ 39.217,40	R\$ 4.578,93
2006	R\$ 13.030,00	R\$ 0,00	R\$ 3.296,45

Após a análise de todas as informações disponíveis, concluiu a fiscalização que a sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt não possuía condições econômico-financeiras condizentes com as de quem é titular de uma loja no maior shopping center da cidade de Salvador e que teria recebido os valores acima a título de distribuição de lucros. Pela planilha acima, é possível perceber que os valores supostamente recebidos a título de distribuição de lucros não foram creditados em conta-corrente bancária.

Após a análise destas informações, passou-se à análise dos dados relativos ao sr. Norberto Martins Garrido Filho, CPF nº 133.125.535-04, referentes ao período de 2001 a 2006. Não constam bens móveis ou imóveis nas declarações. Os únicos bens informados são as participações societárias nas seguintes empresas:

EMPRESA	CNPJ
Ao Leão de Prata Ltda.	14.558.779/0001-70
N. Garrido e cia. Ltda.	01.273.262/0001-92
Som Video Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda.	13.681.978/0001-08
Medio Comércio e Importação de equipamentos eletrônicos Ltda. – ME.	00.894.694/0001-58
Agudo Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda. – ME	00.249.778/0001-39

As empresas relacionadas acima, à exceção da empresa Ao Leão de Prata Ltda., informaram rendimento zero nos anos-calendário de 2001 a 2006. Além disso, também com exceção da empresa Ao Leão de Prata Ltda., as empresas relacionadas acima não funcionam nos endereços em que estão registradas.

São as seguintes as informações relativas aos rendimentos auferidos pelo sr. Norberto Garrido nos anos de 2003 a 2006:

ANO	RENDIMENTO PJ	DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS	TOTAL
2003	R\$ 24.000,00	R\$ 55.000,00	R\$ 79.000,00
2004	R\$ 184.781,61	R\$ 70.000,00	R\$ 254.781,61

ANO	RENDIMENTO PJ	DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS	TOTAL
2005	R\$ 24.000,00	R\$ 56.380,95	R\$ 80.380,95
2006	R\$ 0,00	R\$ 81.000,00	R\$ 81.000,00

Após apurar os rendimentos declarados pelo sr. Norberto Garrido, a fiscalização os comparou com algumas das suas despesas com cartões de crédito (apenas as faturas de valor superior a R\$ 5.000,00) e com a doação registrada em sua declaração de IRPF do ano de 2004, efetuada em favor do seu filho, chegando às conclusões refletidas na planilha abaixo:

ANO	TOTAL DA RECEITA	TOTAL DAS DESPESAS	DESPESAS A DESCOBERTO
2003	R\$ 79.000,00	R\$ 122.178,04	R\$ 43.178,04
2004	R\$ 254.781,61	R\$ 264.539,04	R\$ 9.757,43
2005	R\$ 80.380,95	R\$ 184.462,20	R\$ 104.081,25
2006	R\$ 81.000,00	R\$ 152.871,96	R\$ 71.871,96

Nos anos de 2001 e 2002, a fiscalização não dispunha das informações relativas às despesas do sr. Norberto Garrido, entretanto, verificou-se a existência de considerável disparidade entre os rendimentos por ele declarados nestes exercícios e a sua movimentação bancária.

Em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão nº 11/2006, obtido nos autos do processo nº 2006.8772-0, em curso na 17ª vara da justiça federal, Seção do Estado da Bahia, foram apreendidos diversos documentos no escritório do sr. Norberto Martins Garrido Filho. Tais documentos consistem em escrituras de diversos imóveis adquiridos por terceiros e procurações emitidas em favor do sr. Norberto Garrido Filho conferindo-lhe amplos poderes de gestão e disposição dos referidos imóveis. Alguns dos imóveis acima referidos foram negociados junto à empresa Sony da Amazônia Ltda.

A fiscalização afirma que o sr. Norberto Martins Garrido Filho utilizava-se de dois CPF e possuía dois números de identidade.

Em razão dos fatos anteriormente narrados, a fiscalização conclui que o sr. Norberto Martins Garrido Filho é sócio de fato e administra a empresa fiscalizada com amplos, gerais e ilimitados poderes. Por esta razão, além da responsabilização da pessoa jurídica e da sua titular formal, lavrou-se termo de sujeição passiva solidária em nome do sr. Norberto Martins Garrido Filho, CPF nº 133.125.535-04, nos termos dos art. 124, 134 e 135 do CTN.

De acordo com os Termos de sujeição passiva solidária, o sr. Norberto Martins Garrido Filho aparece como sócio de fato da empresa fiscalizada, da empresa TALK do Brasil Comércio e Serviços Ltda., CNPJ nº 03.754.698/0001-29, e da empresa Filarmônica Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda., CNPJ nº 02.233.222/0001-80. As duas primeiras empresas são optantes pelo SIMPLES. Nos anos-calendário 2002 e 2003, a receita bruta total das três empresas foi de R\$ 2.195.967,83 e R\$ 2.009.455,92, respectivamente.

O art. 20 da IN SRF nº 34, de 30 de março de 2001, veda a opção pelo SIMPLES para as pessoas jurídicas cujo sócio participe com mais de dez por cento do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 1.200.000,00. Além disso, o art. 23 da referida Instrução Normativa determina a exclusão do SIMPLES quando houver constituição de pessoas jurídicas por meio de interpostas pessoas que não sejam os sócios, os acionistas ou o titular, no caso de firma individual.

Por esta razão, a empresa fiscalizada foi excluída de ofício do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SECAT nº 0013, de 15/02/2008.

Uma vez que a empresa não respondeu ao Termo de Intimação no qual se solicitou a comprovação da origem dos valores creditados em suas contas correntes bancárias, caracterizou-se a omissão de receitas e lavrou-se o presente Auto de Infração. Em virtude do evidente intuito de fraude, a multa de ofício aplicada sofreu o agravamento previsto no art. 959 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

Em decorrência dos mesmos fatos, foram lavrados os Autos de Infração relativos à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Por fim, o Termo de Verificação Fiscal informa que foi efetuado o arbitramento com base nos valores informados na Declaração Simplificada do ano 2005.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento em 21/03/2008, juntada às fls. 570/588, na qual apresenta, em síntese, os seguintes argumentos.

Requer seja examinada em primeiro lugar a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório que excluiu a impugnante do SIMPLES, uma vez que se constitui em questão preliminar à análise do mérito deste Auto de Infração.

Alega que o auditor fiscal invadiu assuntos de interesse privado da autuada, constringendo a impugnante e os seus procuradores, que vinham regularmente cumprindo as intimações. As perguntas formuladas em nada contribuíram para o andamento trabalho e não guardam nenhuma relação com o lançamento.

Afirma que na oportunidade em que esteve em contato com a fiscalização, a contadora disponibilizou todos os livros fiscais da autuada, a exemplo do Livro Registro de Saída, Inventário, Registro de documentos fiscais e Termos de ocorrências, bem como notas e cupons fiscais. Entregue toda a documentação, a impugnante acreditou ter atendido ao Termo de Início de Fiscalização, até descobrir, em 18/05/2007, que ficaram retidos apenas o Livro de Registro de Inventário e o Livro Registro de documentos fiscais e Termos de ocorrências. Argumenta que os advogados subscritores da impugnação também se colocaram à disposição da fiscalização, conforme petição protocolizada em 24/01/2008.

Em decorrência dos fatos acima narrados, afirma ser improcedente o agravamento da multa, pois a fiscalização foi atendida. Argumenta que são ilícitas as provas obtidas em ações fiscais pautadas pela invasão, pela violação de direitos. E

provas ilícitas não podem ser usadas no processo de apuração de eventuais irregularidades tributárias.

INFRAÇÃO 001

Afirma que a fiscalização presume que todos os depósitos efetuados nas contas bancárias do contribuinte constituíram faturamento. Entretanto, alega que parte significativa dos depósitos efetuados em sua conta corrente foi proveniente de empréstimos contraídos junto a instituições financeiras para pagamento de despesas relacionadas às atividades da empresa. Exemplifica com contratos firmados com o Banco SAFRA, que certificam a entrada de R\$ 1.081.712,41 em sua conta corrente no ano de 2004.

Alega que, exatamente por situações como a descrita acima, os depósitos bancários podem, no máximo, constituir indícios de omissão de receitas. Entretanto, sem que haja a análise e a prova por parte do fisco, tais depósitos não podem servir de base para a presunção de que houve omissão de receitas. Após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, o ônus da prova na lavratura de Autos de Infração por conta de depósitos bancários voltou a ser do fisco. Sendo assim, a autuada admitiria ser intimada para comprovar a origem de algum ou de alguns depósitos bancários, desde que antes a autoridade lançadora cumprisse o seu dever de fiscalização, verificando indícios de irregularidade naquela movimentação.

Afirma que os lançamentos encontram-se devidamente escriturados nos livros fiscais e salienta que não houve qualquer autuação ou referência à falta de escrituração.

A afirmação de que o arbitramento se deu em virtude da não apresentação dos livros e documentos de sua escrituração não se coaduna com o relato dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal. Prova é que houve retenção de parte dos livros, além de terem sido disponibilizados diversos outros. Por esta razão, a medida extrema que é o arbitramento se mostra inaplicável. O fato de não ter havido resposta a algumas intimações não justifica o arbitramento.

INFRAÇÕES 002 e 003

As infrações aparentam ser reflexo da primeira, pois não há qualquer indicação de que as receitas tenham sido identificadas de modo diferente dos depósitos constantes dos extratos bancários. Partindo-se desta premissa, não há como discernir o que se relaciona com a revenda de mercadorias (INFRAÇÃO 02) e o que se relaciona com a prestação de serviços (INFRAÇÃO 03). O termo de verificação fiscal não explica como foram apuradas estas duas infrações e muito menos justifica a origem dos valores ali presentes. Assim, no que toca a estas duas infrações, por não ser dado ao contribuinte discernir os motivos da autuação, requer a sua nulidade.

Entende insubsistente a aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, uma vez que não se comprovou que a titular da firma individual tenha praticado algum ato que evidenciasse o evidente intuito de fraude, o que seria necessário para a aplicação da multa no mencionado percentual.

Além disso, entende indevido o agravamento da multa para 225%, uma vez que a impugnante não deixou de atender a qualquer intimação que se amparava em um procedimento de fiscalização. Apenas a partir do instante em que a fiscalização passou a formular indagações impertinentes ao fim pretendido é que a fiscalizada não seguiu respondendo às intimações.

Por fim, ainda em preliminar, entende indevida a aplicação de juros sobre a multa de ofício.

Requer seja declarada a nulidade do lançamento, em decorrência da inexistência de motivos para a exclusão da empresa do SIMPLES. No mérito, requer a improcedência do lançamento.

DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES

Além dos Autos de Infração para a cobrança dos tributos devidos, foi anexado aos Autos o processo identificado pelo nº 10580.100111/2008-51, que trata da exclusão do SIMPLES da pessoa jurídica Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, CNPJ nº 03.096.066/0001-15. Na Representação Fiscal, juntada às fls. 692 a 696, o auditor fiscal requer a exclusão da empresa do SIMPLES sob os mesmos fundamentos já expostos no Termo de Verificação Fiscal dos Autos de Infração.

Em decorrência da representação fiscal anteriormente mencionada, foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SECAT nº 0013, de 15 de fevereiro de 2008, o qual declara excluída do SIMPLES a pessoa jurídica Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, CNPJ nº 03.096.066/0001-15. O referido Ato Declaratório foi publicado no Diário Oficial da União em 18/02/2008. Em 29/02/2008, o contribuinte tomou ciência pessoal deste Ato Declaratório, por meio do seu advogado, Izaak Broder.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do Ato Declaratório, o contribuinte apresenta, em 21/03/2008, manifestação de inconformidade, juntada às fls. 708 a 720, na qual apresenta os seguintes argumentos:

Requer seja examinada em primeiro lugar a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório que excluiu a impugnante do SIMPLES, uma vez que se constitui em questão preliminar à análise do mérito dos Autos de Infração.

Requer a nulidade da exclusão, pois praticamente todas as acusações lançadas não se dirigem contra a contribuinte, mas sim a pessoa diversa, como se ele fosse sócio da firma individual. Argumenta que a empresa deveria ser intimada acerca da existência de situação excludente, a fim de que pudesse apresentar defesa prévia.

Afirma ser inverídica a irregularidade imputada à impugnante, pois a sra. Patrícia Radel Bittencourt nunca teve participação em outra empresa.

Argumenta que a fiscalização levou em conta especialmente o fato de a impugnante ter outorgado poderes ao sr. Norberto Garrido, tendo em vista a sua experiência no ramo comercial em que a ora peticionante atuava, sem contudo transferir-lhe a direção efetiva. Afirmar que este fato não é suficiente para caracterizá-lo como sócio da empresa. Sendo a impugnante uma firma individual com uma única titular, não há que se falar na existência de sócios. Trata-se de uma impossibilidade fática e jurídica.

Alega que a receita bruta da autuada é inferior a R\$ 1.200.000,00 e atende aos limites do SIMPLES. A fiscalização, entretanto, entendendo que o sr. Norberto Garrido era sócio da autuada, optou por levar em consideração a sua movimentação bancária. Afirmar que o art. 42 da lei 9.430/96 é claro ao estabelecer que, para a caracterização da omissão de receitas com base nos valores creditados nas contas correntes, a fiscalização deve-se ater aos titulares/sócios da empresa.

Aduz a improcedência da afirmação feita pela fiscalização de que houve constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas. Segundo alega, a imputação parte de uma afirmação absurda: a de que se estaria diante de uma pessoa jurídica do tipo societário. Entretanto, trata-se de uma firma individual.

A impugnante afirma ser ilegal a retroatividade dos efeitos da sua exclusão do SIMPLES à data de 20/06/2002, conforme dispõe o Ato Declaratório Executivo nº 0013. Questiona como o Auditor fixou esta data, pois afirma que não há nenhuma relação entre ela e a situação excludente. Alega ofensa aos princípios constitucionais da irretroatividade e da segurança jurídica.

Por fim, requer a anulação/reforma do Ato Declaratório em questão ou, pelo menos, que os efeitos da sua exclusão do SIMPLES se dêem apenas a partir de março de 2008.

O Sr. Norberto Martins Garrido Filho, apontado no lançamento como responsável solidário, foi intimado da exclusão do simples, da autuação e do Termo de Sujeição Passiva Solidária por via postal (fls. 39 e 568). Não se encontram nos autos manifestação de inconformidade nem impugnação ao lançamento.

A 1ª Turma da DRJ em Salvador/BA analisou a manifestação de inconformidade e a impugnação apresentadas pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 15-17.089, de 30/09/2008 (fls. 759/768), considerou procedentes a exclusão do SIMPLES e o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de impugnar o lançamento, descabe a alegação de nulidade.

Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

SIMPLES. EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA POR MEIO DE INTERPOSTAS PESSOAS. RECEITA EXCEDENTE AO LIMITE. Cabível a exclusão do Simples quando demonstrado que a empresa foi constituída por meio de interpostas pessoas, que não o seu verdadeiro titular, o qual participa com mais de dez por cento do capital de outras empresas, cujas receitas excedem ao limite do SIMPLES.

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. Configuram omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

Contribuição para o PIS. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

LANÇAMENTOS. MESMOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DO IRPJ. DECORRÊNCIA. As conclusões advindas da apreciação do lançamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica devem, no que couber, ser estendidas aos lançamentos relativos à Contribuição para o PIS, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e à COFINS, por decorrerem dos mesmos pressupostos fáticos.

Ciente da decisão de primeira instância em 02/02/2009, conforme Aviso de Recebimento à fl. 780, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 03/03/2009 conforme carimbo de recepção à folha 781.

No recurso interposto (fls. 782/791), após resumir os fatos, por sua ótica, a interessada questiona a decisão de primeira instância acerca de sua exclusão do SIMPLES e o lançamento, nos seguintes termos:

- O acórdão combatido teria ignorado o fato de que, no período autuado, o Sr. Norberto Martins Garrido Filho não possuía quaisquer poderes sobre a empresa autuada, sendo certo que as procurações que constam dos autos vigiam em períodos diversos daquele investigado pelo Fisco. Com isso, a recorrente considera que cai por terra a conclusão da fiscalização de que o Sr. Norberto Martins Garrido Filho seria sócio de fato da empresa autuada. A exclusão do SIMPLES, então, perderia seu fundamento. A recorrente reclama, ainda, que o Sr. Norberto Martins Garrido Filho jamais teria sido intimado para prestar esclarecimentos dos fatos, tendo sido “crucificado”.
- No que toca à infração 001 – Depósitos bancários de origem não comprovada – a interessada reclama que, ao contrário do entendimento da Turma Julgadora *a quo*, os empréstimos bancários por ela obtidos e comprovados nos autos não teriam sido excluídos dos montantes autuados, especialmente no mês de junho. Os depósitos bancários poderiam constituir tão somente indícios de omissões de receitas, cabendo ao Fisco produzir convincente prova nesse sentido. Ao contrário, a recorrente afirma que estariam comprovados nos autos parte significativa desses depósitos, e que tudo estaria devidamente registrado em seus livros fiscais.
- Acerca do arbitramento do lucro, a recorrente sustenta que teria sido ilegítimo, visto que “*foram fornecidos ao Auditor todos os livros fiscais*”. Não teria sido demonstrada pelo Fisco a imprestabilidade da escrituração apresentada pela empresa.
- A recorrente aduz que o acórdão recorrido teria sido omissivo, ao não se manifestar sobre sua alegação de irretroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES. Baseada nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade da lei tributária, e nas disposições dos artigos 100, I, 103, I e 146, todos do CTN, sustenta que a exclusão somente poderia surtir efeitos no mês subsequente àquele em que foi notificada do Ato Declaratório, ou seja, a partir de março/2008.

Reclama, ainda, que não haveria demonstração cabal de que a situação excludente apontada estaria relacionada à data de 20/06/2002.

- Haveria também omissão/obscuridade no acórdão recorrido acerca da *“impossibilidade fática e jurídica do Sr. Norberto Garrido ser sócio da Recorrente, pois trata-se de uma firma individual com uma única titular e não uma sociedade limitada, com pluralidade de sócios”*. Também por esse motivo deveria ser anulada a exclusão do SIMPLES, vez que não há sócio da autuada, seja de fato ou de direito, que participe com mais de 10% do capital de outra empresa.
- A interessada questiona a multa de 225% aplicada ao lançamento. Sustenta que não restaria comprovado que a titular da firma individual houvesse praticado qualquer ato que configurasse evidente intuito de fraude, a motivar a qualificação da multa. O acórdão combatido ter-se-ia fundamentado em meras suposições. Igualmente não se justificaria o agravamento da penalidade, pois o próprio autuante, no Termo de Verificação Fiscal, haveria reconhecido que a preposta da empresa respondeu as suas solicitações. Acrescenta que *“o agravamento da multa somente deveria ser aplicado quando se comprovasse o completo não atendimento às intimações da fiscalização, e seguramente não foi isso que ocorreu”*.

Ao final, pelos fundamentos aduzidos, requer a reforma do acórdão recorrido.

Também o Sr. Norberto Martins Garrido Filho, apontado no lançamento como responsável solidário, foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em seu domicílio tributário (fls. 797/799). No entanto, referido senhor deixou de apresentar o recurso voluntário que lhe era facultado por lei.

Às fls. 800 e seguintes, encontro manifestação subscrita pelos advogados da pessoa jurídica Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, que afirmam que (a pessoa jurídica) já interpôs recurso voluntário, do qual se segue cópia.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

A primeira das razões recursais é no sentido de que o acórdão combatido teria ignorado o fato de que, no período autuado, o Sr. Norberto Martins Garrido Filho não possuía quaisquer poderes sobre a empresa autuada, sendo certo que as procurações que constam dos autos vigiam em períodos diversos daquele investigado pelo Fisco. Com isso, a recorrente considera que cai por terra a conclusão da fiscalização de que o Sr. Norberto Martins Garrido Filho seria sócio de fato da empresa autuada. A exclusão do SIMPLES, então, perderia seu fundamento.

As procurações outorgadas ao Sr. Norberto Martins Garrido Filho, embora não se tenham constituído no único fundamento para a conclusão a que chegou a Fiscalização acerca de sua ativa participação na gestão e controle da fiscalizada, por certo tiveram relevante papel para tanto. Assim também decidiu a Autoridade Julgadora em primeira instância, que tratou do assunto como segue:

A procuração juntada às fls. 164, lavrada pelo cartório do 6º Ofício de Notas da comarca de Salvador, confere ao sr. Norberto “*amplos gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a firma outorgante*”. Em seguida a esta cláusula geral, há uma enumeração expressiva dos atos em que o procurador poderá representar a autuada, dentre os quais destaco: “*representar a outorgante em quaisquer bancos, instituições bancárias, quer oficial ou particular, inclusive no Banco SAFRA S/A*”; “*podendo emitir duplicatas, cheques, endossar cheques, abrir, movimentar e encerrar contas bancárias*”; “*contrair empréstimos*”, “*fazer contratos e distratos de qualquer natureza, modificar a razão social ou requerer a extinção da empresa*”; “*podendo o seu procurador gerir em todos os seus desdobramentos os negócios e interesses da firma, podendo ainda subestabelecer, enfim, requerer e praticar tudo o que se faça necessário para o fiel cumprimento do presente mandato, inclusive os ‘poderes que aqui não estejam expressamente mencionados’*”.

Como se vê, os poderes concedidos ao procurador para o exercício da gestão da empresa são efetivamente ilimitados. Foge ao entendimento do homem médio que a estipulação de poderes tão amplos decorra apenas da “experiência no ramo comercial” do outorgado. Diferentemente do que afirma a impugnante, não foram concedidos ao sr. Norberto apenas alguns poderes, mas todos os poderes relativos à gestão da empresa. Note-se que, dentre os poderes concedidos, encontra-se inclusive o poder de requerer a extinção da firma.

Some-se a isto, a informação constante do relatório fiscal e não contestada pela impugnante, de que os bancos Itaú e CEF possuíam cartão de autógrafos unicamente do sr. Norberto Martins, de modo que somente ele poderia efetuar a movimentação das contas correntes mantidas junto às mencionadas instituições. Segundo a relação de depósitos de fls. 49 a 68, quase metade das operações bancárias efetuadas pela empresa no ano de 2004 se deu junto à CEF.

Em adição, como afirmado pelo relatório fiscal e não contestado pela impugnante, os endereços das empresas das quais o sr. Norberto é sócio são quase idênticos àqueles em que funcionam as lojas da marca Norberto Som. Tais empresas, entretanto, apresentaram receitas zeradas no período de 2001 a 2006. Logo, o sr. Norberto, embora seja detentor de marca notoriamente conhecida no ramo de som na cidade do Salvador, com lojas em vários pontos da cidade, não possui empresa ativa em seu nome.

A titular formal da empresa, sra. Patrícia Radel Bittencourt não possui um único bem informado em suas declarações de rendimento, à exceção da participação na empresa fiscalizada, cujo valor de aquisição foi de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). A sua movimentação bancária no período de 2001 a 2006 foi extremamente pequena, não sendo compatível com os rendimentos não tributáveis informados em suas declarações de rendimento. Tome-se, para efeito de exemplo, o ano calendário 2004. Neste ano, os rendimentos isentos e não tributáveis da sra. Patrícia foram de R\$ 180.000,00. A sua movimentação financeira, entretanto, foi de apenas R\$ 1.792,09. Ou seja, dos valores que supostamente recebeu, nenhum deles foi depositado em contas correntes, nem foi utilizado para a compra de nenhum bem imóvel, automóvel ou aplicado no mercado financeiro.

Em contrapartida, no mesmo ano, o sr. Norberto apresentou uma receita total de R\$ 254.781,61, enquanto o somatório das suas despesas de cartão de crédito e da doação que efetuou ao seu filho alcançou o montante de R\$ 264.539,04. Ainda neste ano, o sr. Norberto informa que, da sua receita informada, R\$ 12.000,00 lhe foram pagos pela impugnante.

A incompatibilidade dos rendimentos informados ao Fisco é maior ainda quando se incluem os valores de aquisição de diversos imóveis, em nome de terceiros, dos quais o Sr. Norberto possuía procurações concedendo-lhe amplos, gerais e ilimitados poderes, para vender, ceder ou proceder qualquer forma de alienação dos referidos bens, consoante escrituras obtidas por ocasião do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão realizado no escritório do Sr. Norberto e constantes do presente processo.

Relativamente aos mencionados imóveis, saliente-se que são 7 (sete). Um encontra-se em nome da Sr^a Andréa Maria Ivanilde da Rocha Campos Varanda, esposa do Sr^o Norberto, outro em nome Sr^a Alexandra Braga da Silva Roque e do Sr Moisés de Souza Roque, os outros cinco encontram-se em nome de Sr Luiz Felipe, filho do Sr Norberto. E o senhor Norberto Martins Garrido Filho, embora não seja proprietário legal de um único imóvel, possui procuração com amplos, gerais e especiais poderes, para alienar todos os citados imóveis, configurando que o Sr Norberto, utilizando-se de interpostas pessoas, é dono de fato destes imóveis.

Verifica-se, portanto, a existência de um conjunto expressivo de indícios que levam à conclusão de que o sr. Norberto Garrido participa da gestão da empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt na condição de sócio de fato. A existência da procuração concedendo-lhe poderes ilimitados, a inexpressividade econômica da titular formal e a disparidade entre os rendimentos declarados pelo sr. Norberto e as suas despesas constituem elementos suficientes para que se chegue a esta conclusão. O fato de ser a empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt formalmente constituída como firma individual não impede o reconhecimento da condição de sócio de fato do sr. Norberto, uma vez que, a realidade dos fatos prevalece sobre o seu revestimento formal.

Além de participar da empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, CNPJ nº 03.096.066/0001-15, a representação fiscal afirma que o sr. Norberto Martins Garrido Filho, participa, também como sócio de fato, da empresa Talk do Brasil Comércio e Serviços Ltda., CNPJ nº 03.754.698/0001-29 e da empresa Filarmônica Comércio de Equipamentos Ltda., CNPJ nº 02.233.222/0001-80. A soma das receitas brutas declaradas por estas três empresas no ano de 2004 excedeu a R\$ 1.200.000,00. A caracterização do sr. Norberto como sócio de fato da empresa Talk do Brasil encontra-se nos autos do processo nº 10580.100112/2008-03 (cópias da representação fiscal e do Ato Declaratório de exclusão dessa empresa do SIMPLES foram juntadas às fls. 729 a 741). No que toca à empresa Filarmônica Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda., a caracterização encontra-se nos autos do processo nº 10580.013225/2007-81, o qual foi julgado procedente pelo acórdão nº 15-15.990, emitido pela 2ª Turma de julgamento da DRJ de Salvador em 19/06/2008 (cópia juntada às fls. 742 a 757).

Para verificação da obediência ao limite de receita, não foi considerada a movimentação bancária do sr. Norberto, mas sim as receitas brutas declaradas pelas três empresas acima referidas, as quais têm em comum, como anteriormente demonstrado, a participação do sr. Norberto Martins Garrido Filho como sócio de fato.

Uma das causas que motivou a exclusão da empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt foi a sua constituição por meio de interpostas pessoas, que não os seus verdadeiros titulares ou sócios. Ora, como visto acima, os documentos constantes dos autos permitem afirmar que o sr. Norberto Martins Garrido Filho participa da empresa na condição de sócio de fato, embora formalmente não conste como seu titular. A existência da procuração outorgada em seu nome pela empresa, por meio da qual lhe são concedidos amplos, gerais e ilimitados poderes para gestão, não é o único elemento de prova, mas é o mais forte. Deste modo, em obediência ao inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, mostra-se correta a fixação da data da ocorrência da situação excludente na mesma data de emissão da procuração. Além do mais, os demais elementos que comprovam a condição de sócio de fato do sr. Norberto Garrido Filho também já se encontravam presentes naquele momento.

Especificamente quanto à alegação de que a procuração pública de fl. 164 teria sua validade limitada a 20/06/2003, é de se observar que essa data não consta da procuração, propriamente, mas de carimbo aposto no alto do documento, certamente pelo Banco Safra, que forneceu a cópia de fl. 164. Isso se confirma ao observarmos que os bancos Itaú e CEF forneceram cópia da mesma procuração anteriormente referida (respectivamente fls. 170 e 176), sem o carimbo de validade. Ademais, para esses dois últimos bancos, apenas o Sr. Norberto possuía cartão de assinaturas (fls. 167/169 e 173/175v), ou seja, apenas ele movimentava as contas, amparado pelos amplos e ilimitados poderes outorgados pelo instrumento de mandato. Ainda, de extrema relevância o exame da Ficha de Abertura e Autógrafos da CEF, à fl. 175 e 175v: ali constam como 1º e 2º representantes legais, respectivamente, a Sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt e o Sr. Norberto Martins Garrido Filho. No entanto, as assinaturas desses representantes são idênticas, e o gerente da instituição bancária fez constar a seguinte observação: “A assinatura no campo do 1º representante é do 2º representante legal. O primeiro representante não assina pela empresa”.

Assim, cai por terra o argumento de que o Sr. Norberto não deteria poderes de gerência e administração da empresa no período fiscalizado. Ao contrário, tais amplos e ilimitados poderes, incluindo até mesmo a extinção da empresa, estavam em pleno vigor e foram efetivamente exercidos durante todo o período. A conclusão do julgador *a quo*, portanto, permanece intocada, quanto à correção da exclusão da interessada do sistema simplificado de pagamentos, por duplo fundamento: a uma, pela utilização de interposta pessoa, visto restar comprovado, nos autos, que era o Sr. Norberto quem, de fato, estava à frente dos negócios; a duas, porque esse sócio/titular de fato, utilizando-se do mesmo artifício, tinha também participação em outras pessoas jurídicas, de tal forma que o faturamento conjunto das empresas excedia o limite para permanência no SIMPLES.

Não vislumbro, ainda, qualquer omissão/obscuridade no acórdão recorrido acerca da “impossibilidade fática e jurídica do Sr. Norberto Garrido ser sócio da Recorrente, pois trata-se de uma firma individual com uma única titular e não uma sociedade limitada, com pluralidade de sócios”. Ao contrário, o relator foi feliz ao consignar em seu voto que “o fato de ser a empresa Patrícia Wanderley Radel Bittencourt formalmente constituída como firma individual não impede o reconhecimento da condição de sócio de fato do sr. Norberto, uma vez que, a realidade dos fatos prevalece sobre o seu revestimento formal”.

Sócio de fato ou titular de fato, o que importa, sob este aspecto, é a constatação da participação em outras empresas, nas condições vedadas por lei para o sistema simplificado. Demonstrada e comprovada a fraude, que extrapola os limites destes autos, no

sentido de que o Sr. Norberto controlava a rede de empresas e laranjas, a forma jurídica de que se revestia a interessada é irrelevante, o Sr. Norberto era o titular de fato, ou sócio de fato.

Ainda no que toca à exclusão do SIMPLES, a recorrente aduz que o acórdão recorrido teria sido omissivo, ao não se manifestar sobre sua alegação de irretroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES. Baseada nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade da lei tributária, e nas disposições dos artigos 100, I, 103, I e 146, todos do CTN, sustenta que a exclusão somente poderia surtir efeitos no mês subsequente àquele em que foi notificada do Ato Declaratório, ou seja, a partir de março/2008. Reclama, ainda, que não haveria demonstração cabal de que a situação excludente apontada estaria relacionada à data de 20/06/2002.

Não vislumbro a omissão alegada, antes a correta aplicação da lei. A data a partir da qual se devem processar os efeitos da exclusão não é escolha da autoridade fiscal, mas decorre de disposição expressa da Lei nº 9.317/1996, confira-se:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º ;

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

[...]

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

[...]

Diante de situação impeditiva, a exclusão deve retroagir ao momento em que se implementou essa condição. O conjunto probatório dos autos, em particular as procurações e

demais documentos obtidos junto às instituições bancárias, não deixa dúvidas de que a atuação do Sr. Norberto à frente dos negócios remonta, no mínimo, ao mês de junho de 2002, pelo que é essa a data a ser considerada para o início dos efeitos da exclusão do SIMPLES.

Quanto aos artigos do CTN mencionados pela recorrente, não são, de forma alguma, incompatíveis com a aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.317/1996, acima transcritos. Quanto às alegadas violações a princípios constitucionais, falece competência a este Colegiado administrativo para sua apreciação, a teor da súmula CARF nº 2, a seguir reproduzida:

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

Finalmente, a recorrente reclama que o Sr. Norberto Martins Garrido Filho jamais teria sido intimado para prestar esclarecimentos dos fatos, tendo sido “crucificado”.

Não é o que verifico do exame dos autos.

À fl. 568 encontro Aviso de Recebimento que comprova a ciência, por via postal, do Ato Declaratório Executivo, do Termo de Sujeição Passiva Solidária e dos autos de infração lavrados ao responsável, Sr. Norberto Martins Garrido Filho. A intimação ao contribuinte, expressamente estendida ao responsável, era para pagar ou impugnar no prazo legal. O Sr. Norberto não compareceu ao processo.

Após a decisão de primeira instância, o Sr. Norberto Martins Garrido Filho, apontado no lançamento como responsável tributário, foi dela cientificado, por via postal, em seu domicílio tributário (fls. 797/799). Mais uma vez, o referido senhor deixou de apresentar o recurso voluntário que lhe era facultado por lei.

Como se vê, no mínimo em duas oportunidades aquele tido como responsável tributário foi chamado aos autos, nos termos da legislação que rege o processo administrativo fiscal, e optou por silenciar e deixar o processo caminhar à sua revelia. As reclamações da interessada não procedem, pois.

Evidenciado que a exclusão do SIMPLES foi feita de acordo com a lei e com as provas dos autos, passo a analisar os argumentos contrários à autuação.

Acerca do arbitramento do lucro, a recorrente sustenta que teria sido ilegítimo, visto que “*foram fornecidos ao Auditor todos os livros fiscais*”. Não teria sido demonstrada pelo Fisco a imprestabilidade da escrituração apresentada pela empresa.

O exame dos autos não ampara as pretensões da interessada. Desde o início da ação fiscal, o Fisco buscou acesso aos livros contábeis e fiscais, juntamente com os documentos que os lastreariam. Nesse sentido o Termo de Início de Fiscalização, de 22/02/2007 (fls. 141/146): entre outros, intima a apresentar Livro Diário, Razão, Caixa, seus livros auxiliares e Balancetes mensais.

Diante do não atendimento, sobreveio o Termo de Reintimação Fiscal nº 001, de 12/03/2007 (fls. 147/149): intima a apresentar “*todos os livros, documentos e comprovantes solicitados através do termo de início de fiscalização lavrado e não atendido até a presente data*”.

Às fls. 177/178 encontro a relação dos livros e documentos colocados à disposição do Fisco, assinada pela Sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt. Esse documento não está datado, mas o Fisco afirma que sua apresentação se deu em 18/05/2007, fato não contraditado pela recorrente. Entre os livros apresentados não se encontra o Livro Caixa, obrigatório para os contribuintes optantes pelo SIMPLES e pelo Lucro Presumido (na falta da escrituração completa), nem os livros Diário e Razão, obrigatórios para a apuração do Lucro Real.

Uma semana após, a fiscalização insistiu, sendo lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 001, de 25/05/2007 (fls. 49/70): intima a apresentar “*todos os livros, documentos e comprovantes solicitados através do Termo de Início de Fiscalização, lavrado em 22/02/2007, e do Termo de Reintimação Fiscal nº 001, lavrado em 12/03/2007, e não atendidos até a presente data*”. Não consta dos autos que tenha sido apresentada resposta.

Como se pode observar, não foi a desclassificação da escrita que deu azo ao arbitramento dos lucros, mas sim a falta de sua apresentação, em especial dos livros obrigatórios, sem qualquer justificativa ou sequer pedido de prorrogação. Essa hipótese está expressamente prevista no art. 530, inciso III, do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), *verbis*:

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

[...]

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

O enquadramento legal do arbitramento consta do auto de infração, à fl. 08, e a detalhada descrição dos fatos no Termo de Verificação Fiscal não deixa margem a dúvidas acerca da correção do procedimento da fiscalização em proceder ao arbitramento dos lucros.

No que toca à infração 001 – Depósitos bancários de origem não comprovada – a interessada reclama que, ao contrário do entendimento da Turma Julgadora *a quo*, os empréstimos bancários por ela obtidos e comprovados nos autos não teriam sido excluídos dos montantes autuados, especialmente no mês de junho. Os depósitos bancários poderiam constituir tão somente indícios de omissões de receitas, cabendo ao Fisco produzir convincente prova nesse sentido. Ao contrário, a recorrente afirma que estariam comprovados nos autos parte significativa desses depósitos, e que tudo estaria devidamente registrado em seus livros fiscais.

Os empréstimos bancários a que se refere a interessada foram sintetizados no acórdão recorrido em quadro que reproduzo abaixo, para maior clareza:

Número do contrato.	Data	Valor do Crédito	Nº da folha dos autos.
513.382-2	20/10/2004	R\$ 231.000,00	659
511.535-2	22/06/2004	R\$ 264.000,00	662
510.576-4	24/03/2004	R\$ 264.000,00	666
510.151-3	27/02/2004	R\$ 105.000,00	670
510.138-6	26/02/2004	R\$ 30.000,00	674
509.575-1	12/01/2004	R\$ 50.000,00	678

Número do contrato.	Data	Valor do Crédito	Nº da folha dos autos.
510.156-4	08/03/2004	R\$ 21.000,00	682

Trata-se, em todos os casos, de contratos de mútuo firmados entre a interessada e o Banco Safra, garantidos por direitos creditórios decorrentes de faturamentos efetuados contra a companhia administradora de cartões de débito/crédito (VISA). A Autoridade Julgadora em primeira instância concluiu que tais valores não integraram a autuação, com o que não concorda a recorrente.

Inicialmente, deve ser ressaltada a impossibilidade de verificar a afirmação da recorrente de que tudo estaria devidamente registrado em seus livros fiscais, em face da reiterada recusa na apresentação dos livros Diário e Razão, ou mesmo do Livro Caixa. Não obstante, ainda é possível proceder à verificação das bases autuadas, a fim de saber se os valores mutuados integram os depósitos bancários tidos pelo Fisco como não comprovados. Analisemos os valores, um a um, por ordem cronológica:

- a) Contrato de mútuo (fl. 678) firmado em 12/01/2004, no valor de R\$ 50.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 71) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 49v).
- b) Contrato de mútuo (fl. 674) firmado em 26/02/2004, no valor de R\$ 30.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 75) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 51).
- c) Contrato de mútuo (fl. 670) firmado em 27/02/2004, no valor de R\$ 105.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 75) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 51).
- d) Contrato de mútuo (fl. 682) firmado em 08/03/2004, no valor de R\$ 21.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 76) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 51v).
- e) Contrato de mútuo (fl. 666) firmado em 24/03/2004, no valor de R\$ 264.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 77) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 52).
- f) Contrato de mútuo (fl. 662) firmado em 22/06/2004, no valor de R\$ 264.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 86) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 56).

g) Contrato de mútuo (fl. 659) firmado em 20/10/2004, no valor de R\$ 231.000,00. O extrato bancário do Banco Safra (fl. 96) registra crédito bancário coincidente em data e valor, com o histórico “LIB.EMPR.MUTUO”. O mesmo lançamento bancário consta como crédito a esclarecer no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 61).

No Termo de Verificação Fiscal, item 46 (fls. 35 e 35v), o Fisco afirma que, diante da não comprovação da origem dos valores creditados nas contas de depósito, relacionados no Termo de Intimação Fiscal nº 001, tais valores seriam considerados receitas omitidas. A totalização feita pelo Fisco (quadro às fls. 35 e 35v) coincide com os valores autuados (fl. 08 e 08v). Tenho por certo, assim, que os sete valores acima especificados, creditados na conta-corrente mantida pela interessada no Banco Safra e comprovadamente decorrentes de contrato de mútuo firmado com aquela instituição financeira, foram incluídos entre os depósitos bancários de origem não comprovada. Por não se amoldarem à presunção legal, visto que sua origem está comprovada e não constituem receitas, devem ser excluídos, conforme quadro abaixo, inclusive para os lançamentos reflexos:

Mês/Ano	Dep. Banc. de origem não comprovada	Dep. Banc. decorrentes de mútuo	Dep. Banc. de origem não comprovada
	(autuação)	(comprovados)	(remanescentes)
jan/2004	212.498,83	50.000,00	162.498,83
fev/2004	282.942,17	135.000,00	147.942,17
mar/2004	547.411,90	285.000,00	262.411,90
abr/2004	239.431,45	-	239.431,45
mai/2004	231.177,11	-	231.177,11
jun/2004	485.038,63	264.000,00	221.038,63
jul/2004	292.486,95	-	292.486,95
ago/2004	178.597,84	-	178.597,84
set/2004	251.030,99	-	251.030,99
out/2004	377.117,24	231.000,00	146.117,24
nov/2004	144.567,90	-	144.567,90
dez/2004	191.148,45	-	191.148,45

Quanto aos valores remanescentes na coluna à direita, no quadro acima, não procede a alegação da interessada de que os depósitos bancários poderiam constituir tão somente indícios de omissões de receitas, cabendo ao Fisco produzir convincente prova nesse sentido. É que a acusação, no caso, é de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

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

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e

contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

[...]

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em suas contas-correntes. Ao deixar de fazê-lo, deixando até mesmo de apresentar os livros de escrituração obrigatória, a presunção legal adquire plena força, devendo ser mantida a autuação.

No que tange às multas aplicadas, no percentual de 225%, a recorrente questiona tanto a qualificação quanto o agravamento. Sustenta que não restaria comprovado que a titular da firma individual houvesse praticado qualquer ato que configurasse evidente intuito de fraude, a motivar a qualificação da multa. O acórdão combatido ter-se-ia fundamentado em meras suposições. Igualmente não se justificaria o agravamento da penalidade, pois o próprio autuante, no Termo de Verificação Fiscal, haveria reconhecido que a preposta da empresa respondeu as suas solicitações. Acrescenta que “o agravamento da multa somente deveria ser aplicado quando se comprovasse o completo não atendimento às intimações da fiscalização, e seguramente não foi isso que ocorreu”.

No momento do lançamento, em que pese o extenso e detalhado Termo de Verificação Fiscal que acompanha e integra os autos de infração, o Auditor-Fiscal assim justificou as multas no percentual de 255% (fl. 35v):

47 — Em virtude da não apresentação dos documentos solicitados no Termo de Intimação Fiscal N° 001 e do evidente intuito de fraude, a multa a que se referem o inciso II do art. 957, do Decreto n° 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), sofrerão o agravamento de que trata o Art. 959 do referido Decreto;

Como se vê, estão aqui englobados dois aspectos: a qualificação da multa, ou seja, a duplicação do percentual aplicável, de 75% para 150%; e o agravamento, ou seja, o aumento em metade do percentual aplicável, passando de 150% para 225%. Em ambos os casos, a base legal dos artigos 957 e 959 do RIR/99 é o art. 44 da Lei n° 9.430/1996, em sua atual redação¹:

¹ No enquadramento legal do auto de infração, à fl. 11, consta: art. 44, inciso II e § 2º, da Lei n° 9.430/1996. Com o advento da Lei n° 11.488/2007 os incisos e parágrafos do art. 44 sofreram alterações e renumerações, sendo a atual redação aquela transcrita no voto. As alterações e renumerações não modificam a aplicação das penalidades.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

Esses dois aspectos, qualificação e agravamento, devem ser analisados em separado, o que passo a fazer.

Para que seja aplicada a multa qualificada, necessária se faz a presença de alguma das circunstâncias dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. De especial interesse o art. 71, que transcrevo a seguir:

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

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

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

Os fatos descritos e provados nos autos, já anteriormente referidos no relatório e em trechos anteriores deste voto, se amoldam à perfeição ao dispositivo legal acima. A empresa individual fiscalizada, Patrícia Wanderley Radel Bittencourt, pessoa jurídica por equiparação, possuía como titular, formalmente, a pessoa física da Sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt. Entretanto, como demonstrado à saciedade, referida senhora servia como mera fachada para as atividades empresariais efetivamente desenvolvidas pelo Sr. Norberto Martins Garrido Filho, este sim, o titular de fato que geria o empreendimento. A detenção e o exercício de amplos, gerais e ilimitados poderes, sem prestação de contas, mediante procuração pública sem limite temporal, poderes que incluíam até mesmo o de extinguir a empresa; a livre movimentação, individualmente, de todas as contas bancárias em nome da empresa, sendo que, em dois bancos, de forma exclusiva; as incompatibilidades entre rendimentos declarados e gastos comprovados, tanto para a Sra. Patrícia, quanto para o Sr. Norberto; fatos idênticos apurados também em outras empresas, comprovados com documentos apreendidos por ordem

judicial, mediante mandados de busca e apreensão, sempre apontando para o envolvimento direto do Sr. Norberto e a utilização de interpostas pessoas; tudo sempre com o objetivo de ocultar das autoridades fazendárias os fatos geradores tributários e, além disso, a capacidade contributiva e o patrimônio de fato acumulado por quem efetivamente comandava o grupo de empresas; todo esse robusto conjunto probatório faz com que se imponha a qualificação da multa.

Por outro giro, o agravamento da penalidade se dá, nos termos da lei, quando o contribuinte deixa de atender, no prazo marcado, a intimações para prestar esclarecimentos. A justificativa do Fisco aponta para a não apresentação dos documentos solicitados no Termo de Intimação Fiscal nº 001. Compulsando os autos, encontro referido Termo às fls. 49/70, e reproduzo a seguir os três itens da intimação:

1 - Todos os livros, documentos e comprovantes solicitados através do Termo De Início De Fiscalização, lavrado em 22/02/2007, e do Termo de Reintimação Fiscal Nº 001, lavrado em 12/03/2007, e não atendidos até a presente data ;

2 - Atualizar seus dados cadastrais em virtude de não mais se encontrar no endereço constante de nosso cadastro ;

3 - Informar, por escrito, e comprovar, através documentação hábil e idônea, a origem e tributação dos recursos de cada um dos valores creditados em suas contas bancárias conforme relação abaixo:

[segue relação de depósitos bancários para comprovação de origem]

Quanto ao item 1, a apresentação de livros, documentos e comprovantes, não obstante decorra de obrigação legal, não se confunde com a prestação de esclarecimentos. Ademais, sua não apresentação implica a impossibilidade de apuração do lucro segundo os critérios do lucro real ou do lucro presumido, levando ao arbitramento, o que efetivamente ocorreu no presente caso. Não vislumbro, aqui, motivo para agravamento da penalidade.

No que toca ao item 2, a falta de atualização de dados cadastrais, conquanto informação importante para a administração tributária, igualmente não constitui, a meu ver, causa de agravamento de penalidade. Inexiste, aqui, “*esclarecimento não prestado*” e, apesar de a empresa não ser encontrada em seu endereço cadastral, a verdade é que o Fisco teve contato, ainda que por via postal, com sua titular e/ou com sua preposta.

Finalmente, o item 3 é intimação para comprovação da origem de valores creditados em contas bancárias de titularidade da interessada. A falta de comprovação implica a presunção legal de omissão de receitas, exatamente como veio a ocorrer no caso vertente. Mais uma vez, não se trata de intimação para prestar esclarecimentos.

Devo, então, divergir da conclusão a que chegou a Autoridade Julgadora *a quo*, sobre este ponto. Oportuno, ainda, esclarecer que os termos de intimação para prestar informações e esclarecimentos, dirigidos à pessoa física da Sra. Patrícia Wanderley Radel Bittencourt e à preposta Sra. Mirian Soraya Carneiro Lamberti, atendidos ou não, não constituem fundamento para agravamento de penalidade em lançamento tributário na pessoa jurídica e, corretamente, não foram mencionados pela autoridade lançadora com esse fim.

No que se refere às multas aplicadas, pois, deve ser mantida a qualificação e afastado o agravamento, reduzindo-se o percentual aplicável para 150%.

Em conclusão, voto por rejeitar os argumentos atinentes à exclusão do SIMPLES, mantendo o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SECAT nº 0013, de 15/02/2008, e pelo provimento parcial do recurso voluntário no que toca à autuação, para reduzir as multas aplicadas ao percentual de 150% e, ainda, para reduzir os valores da infração 001 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, segundo o quadro abaixo, conclusão extensiva aos lançamentos reflexos:

Mês/Ano	Dep. Banc. de origem não comprovada	Dep. Banc. decorrentes de mútuo	Dep. Banc. de origem não comprovada
	(autuação)	(comprovados)	(remanescentes)
jan/2004	212.498,83	50.000,00	162.498,83
fev/2004	282.942,17	135.000,00	147.942,17
mar/2004	547.411,90	285.000,00	262.411,90
jun/2004	485.038,63	264.000,00	221.038,63
out/2004	377.117,24	231.000,00	146.117,24

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha