



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10580.728878/2015-78
ACÓRDÃO	1001-003.724 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	6 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	GEO INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2011

DELIMITAÇÃO DA LIDE.

Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. A pessoa jurídica na qualidade de contribuinte não pode pleitear, em nome próprio, o direito que é alheio do sujeito passivo solidário na qualidade de responsável pela obrigação tributária por falta de previsão legal.

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A pessoa jurídica fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a titular regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Cabe aplicação da multa de ofício proporcional qualificada 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. A modificação inserida no inciso VI do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro

de 2023, ao reduzir o percentual da multa de ofício proporcional qualificada aplicada de 150% para 100% atrai a retroatividade benigna prevista na alínea “c” do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional, uma vez que lei nova se aplica a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL QUALIFICADA. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A pessoa jurídica que faltar com a escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária é excluída do Simples Nacional com efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 anos-calendário seguintes quando fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Os lançamentos de CSLL, PIS e Cofins sendo decorrentes da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que o resultado do julgamento destes feitos acompanhem aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, na parte conhecida em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar-lhe provimento em parte para reduzir o percentual da multa de ofício qualificada aplicada de 150% para 100% dada a retroatividade benigna.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva –Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Anchieta de Sousa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Ana Cláudia Borges de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva.

RELATÓRIO

Auto de Infração

Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$644.172,11 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada apurado pelo regime de lucro arbitrado referente aos quatro trimestres do ano-calendário de 2011, e-fls. 02-17:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2011, 06/2011, 09/2011 e 12/2011
Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/1999:

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL INFRAÇÃO: DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valores creditados em contas-correntes mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal e Demonstrativo em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2011	643.307,94	150,00
28/02/2011	440.567,96	150,00
31/03/2011	364.137,41	150,00
30/04/2011	488.934,17	150,00
31/05/2011	340.928,60	150,00
30/06/2011	402.436,30	150,00
31/07/2011	788.421,38	150,00
31/08/2011	841.826,74	150,00

30/09/2011	1.055.811,35	150,00
31/10/2011	1.445.621,16	150,00
30/11/2011	1.917.593,01	150,00
31/12/2011	1.548.162,27	150,00

Enquadramento Legal Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Art. 42 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 537 do RIR/99 Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelo lançamento de ofício formalizado neste processo:

- Auto de Infração a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$321.315,17 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada apurado pelo regime de lucro arbitrado referente aos quatro trimestres do ano-calendário de 2011, e-fls. 18-33:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2011, 06/2011, 09/2011 e 12/2011
Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/1999:

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

OMISSÃO DE RECEITA INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL DEVIDA SOBRE RECEITAS DA ATIVIDADE OMITIDAS

Valores creditados em contas-correntes mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal e Demonstrativo em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2011	643.307,94	150,00
28/02/2011	440.567,96	150,00
31/03/2011	364.137,41	150,00
30/04/2011	488.934,17	150,00
31/05/2011	340.928,60	150,00

30/06/2011	402.436,30	150,00
31/07/2011	788.421,38	150,00
31/08/2011	841.826,74	150,00
30/09/2011	1.055.811,35	150,00
31/10/2011	1.445.621,16	150,00
30/11/2011	1.917.593,01	150,00
31/12/2011	1.548.162,27	150,00

Enquadramento Legal Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90 Art. 2º da Lei nº 9.249/95 Art. 29, inciso I, da Lei nº 9.430/96 Art. 22 da Lei nº 10.684/03 Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08 Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95 com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09 Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

- Auto de Infração a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$193.986,09 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada apurado pelo regime cumulativo referente aos meses do ano-calendário de 2011, e-fls. 44-53:

INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO INFRAÇÃO: OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Valores creditados em contas-correntes mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal e Demonstrativo em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2011	643.307,94	150,00
28/02/2011	440.567,96	150,00
31/03/2011	364.137,41	150,00
30/04/2011	488.934,17	150,00
31/05/2011	340.928,60	150,00
30/06/2011	402.436,30	150,00
31/07/2011	788.421,38	150,00
31/08/2011	841.826,74	150,00
30/09/2011	1.055.811,35	150,00
31/10/2011	1.445.621,16	150,00

30/11/2011	1.917.593,01	150,00
31/12/2011	1.548.162,27	150,00

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

Arts. 1º da Lei Complementar nº 7/70 Arts. 2º, inciso I e 9º da Lei nº 9.715/98 Arts. 2º da Lei nº 9.718/98 Art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.715/98 Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95, com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09 Art. 79, da Lei nº 11.941/2009 Art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945/09 Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

- Auto de Infração a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$895.320,49 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada apurado pelo regime cumulativo referente aos meses do ano-calendário de 2011, e-fls. 34-43:

INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO INFRAÇÃO: OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À COFINS

Valores creditados em contas-correntes mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal e Demonstrativo em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2011	643.307,94	150,00
28/02/2011	440.567,96	150,00
31/03/2011	364.137,41	150,00
30/04/2011	488.934,17	150,00
31/05/2011	340.928,60	150,00
30/06/2011	402.436,30	150,00
31/07/2011	788.421,38	150,00
31/08/2011	841.826,74	150,00
30/09/2011	1.055.811,35	150,00
31/10/2011	1.144.621,16	150,00
30/11/2011	1.917.593,01	150,00
31/12/2011	1.548.162,27	150,00

Enquadramento Legal Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

Art. 8º da Lei nº 9.718/1998 Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; art. 2º da Lei nº 9.718/98 Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95, com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09 Art. 3º da Lei nº 9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945/09 Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Responsável Solidário

Está registrado no Demonstrativo de Responsáveis Tributários, e-fls. 04 e 97-99:

Demais Responsáveis Tributários

CPF 545.533.935-49

Nome RICARDO FALCAO SETENTA

Responsabilidade Tributária Responsabilidade Solidária de Direito Motivação A empresa fiscalizada deixou de declarar Receitas Tributáveis que compõe a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e da COFINS, incorrendo, portanto, em tese, em crime de sonegação. Como a gestão da empresa foi exercida pelo SR. Ricardo Falcão Setenta, CPF nº 545.533.935-49, ele é responsável solidário, quanto à exigência do crédito tributário de que trata os Autos de Infração lavrados relativamente ao IRPJ, CSLL, PIS e à COFINS. A sujeição passiva da pessoa aqui arrolada foi caracterizada conforme determinam os artigos 124, I e 135, III da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Enquadramento Legal A partir de 01/01/2000

Art. 124, inciso II, da Lei nº 5.172/66.

Representação Fiscal para fins Penais – Processo nº 10580.728989/2015-84

A Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) está formalizada no processo apenso nº 10580.728989/2015-84.

[...] tendo encerrado os trabalhos de fiscalização no Contribuinte: GEO INDUSTRIA COMERCIO E SERVIÇOS EIRELI -EPP, CNPJ: 03.427.588/0001-52, Endereço: Rod. BA-526, KM 7, SN, Bairro: São Cristóvão, Salvador/Ba, CEP. 41.510-075, com a lavratura do Auto de Infração que compõe o Processo Administrativo Fiscal, protocolizado sob o nº 10580.728.878/2015-78, no qual ficou demonstrada a ocorrência de fatos que, em tese, configuram Crime Contra a Ordem Tributária, definidos nos incisos I do art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, formalizam a presente REPRESENTAÇÃO, acompanhada dos respectivos elementos de prova, em cumprimento ao disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010.

Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente foi excluída do Simples Nacional com base no Ato Declaratório Executivo DRF-Salvador/SEFIS nº013, 16 de dezembro de 2014, e-fls. 362-363, com base no art. 26

§2º e art. 29, VIII da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 e formalizado no processo apenso nº 10580.730.430/2014-33.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2011 AUTO DE INFRAÇÃO.

NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011 TERMOS DE INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO INVÁLIDO.

EDITAL. CIÊNCIA. VALIDADE.

A Intimação será efetuada por um dos meios previstos no art. 23 do Decreto 70.235/72. Efetuada por via postal para o domicílio tributário eleito pelo contribuinte, estando aquele incorreto / inválido, legítima a Intimação por meio de Edital, mormente quando o procedimento foi corroborado por diligência e Termo de Constatação Fiscal.

TERMO DE INTIMAÇÃO AO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O Termo de Responsabilização tributária somente é lavrado após efetiva constituição do crédito tributário que lhe deu causa. Não constitui cerceamento do direito de defesa do responsável a ciência daquele Termo após a lavratura do Auto de Infração, prescindindo Intimações prévias nº transcorrer do procedimento fiscal ao sócio gerente da pessoa jurídica, posteriormente imputado como responsável.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO GERENTE.

O diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado é pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

QUEBRA SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Não constitui violação ao dever de sigilo a transferência de dados bancários das instituições financeiras para a administração tributária, conforme autorizado pela legislação e referendado pela Suprema Corte Nacional.

JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal, e por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic desde o mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS NÃO COMPROVADOS. INTIMAÇÃO COM INDIVIDUALIZAÇÃO DOS VALORES.

Caracterizam-se como omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. NÃO APRESENTAÇÃO DO LIVRO CAIXA.

O lucro será arbitrado quando a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária. Comando aplicável, naturalmente, quando da ausência de apresentação da própria escrituração.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Sonegação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento da CSLL o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento da COFINS o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento do PIS o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova.

Impugnação Procedente em Parte Crédito

Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Acordam os membros da 10ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em considerar PROCEDENTE EM PARTE A IMPUGNAÇÃO para:

- MANTER parcialmente o crédito tributário lançado, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado;
- MANTER a condição de responsável tributário solidário do sócio Ricardo Setenta Falcão, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Tem-se que neste Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, proferido no presente processo nº 10580.728878/2015-78 trata da lide instaurada referente Ato Declaratório Executivo DRF-Salvador/SEFIS nº 013, 16 de dezembro de 2014, e-fls. 362-363, sobre a exclusão do Simples Nacional, consoante o apurado no processo nº 10580.730.430/2014-33.

Recurso Voluntário

Notificada em 05.08.2016, e-fl. 541, a Recorrente/Geo Indústria, Comércio e Serviços Eireli apresentou o recurso voluntário em 21.06.2016, e-fls. 496-525, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL — NULIDADE DAS INTIMAÇÕES PRÉVIAS DA GEO

Em sua impugnação, os Recorrentes alegaram que toda a ação fiscal é nula em virtude do procedimento equivocado de intimação da GEO — INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI — EPP, o que motivou a não apresentação da documentação fiscal solicitada e motivou a autuação por arbitramento.

Conforme informado no relatório fiscal, o Termo de Início de Procedimento Fiscal foi encaminhado por via postal para a GEO — INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI — EPP, cujo aviso de recebimento retornou informando que o endereço seria desconhecido. Ainda segundo a Fiscalização Tributária, diante desta informação dos Correios, empreendeu-se diligência ao endereço cadastrado da empresa quando teria sido constatado que o mesmo seria inexistente.

Neste momento da fiscalização, foi lavrado Termo de Constatação pelo r. Auditor Fiscal, informando o ocorrido e, como consequência, todas as demais intimações feitas a GEO — INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI — EPP se deram mediante edital.

O procedimento adotado pela Fiscalização Tributária foi de intimar a empresa apenas via edital, após a primeira tentativa de intimação via Correios e por, supostamente, ter sido efetuada esta verificação pessoalmente ao endereço cadastrado ("empreendeu-se diligência ao endereço cadastrado da empresa") e não a encontrado.

E em sendo intimada apenas via edital, a Recorrente não tomou conhecimento das intimações e por corolário, não as cumpriu, de modo que a motivação jurídica da autuação decorre de presunções, aplicadas apenas em função do não atendimento das intimações por edital.

Em sua impugnação, a Recorrente sustentou que este procedimento acabou por nulificar de forma absoluta toda a ação fiscal, inclusive os Autos de Infração que foram lavrados com base no referido procedimento, pois o endereço da empresa existe e é válido, motivo pelo qual não poderia ser intimada dos atos de fiscalização apenas via edital.

Neste contexto, anexo à impugnação consta um mapa com a indicação das empresas e o seu acesso à altura do KM 7 da rodovia BA 526 (denominada Estrada CIA Aeroporto). Informaram, ainda, que onde a GEO se localiza também funcionam outros dois empreendimentos: o Posto Maratona Ltda. e a empresa F70 Serviço de Lavanderia Ltda., sendo todos contíguos na referida estrada. A fim de corroborar que o endereço cadastrado existe e nele a GEO funciona, os Recorrentes informaram que a F70 Serviço de Lavanderia Ltda., outra empresa que funciona também no KM 7, possui contrato de fornecimento de energia elétrica com a Coelba, o que atesta a existência do referido endereço; juntou-se ainda nota fiscal emitida pelo Posto Maratona Ltda., também atestando a existência do endereço indicado no cadastro de pessoa jurídica da Recorrente, por ser o mesmo da GEO.

Por fim, juntou-se, ainda, Alvará de Funcionamento e Termo de Viabilidade de Localização válidos para o endereço da Rodovia BA 526, KM 7, S/N, São Cristóvão, CEP 41.510-075, Salvador, Bahia, ambos expedidos por órgãos municipais de controle e fiscalização e que corroboram a existência do seu endereço.

Ocorre que a 104 Turma da Delegacia de Julgamento afastou esta alegação com o argumento que os documentos fiscais juntados (alvará de funcionamento e termo de viabilidade de localização) estão expirados e apenas por isto não fazem prova a favor da Recorrente. Em um segundo momento, sustenta que foi verificado, através de fotos do sistema Google Street View, que o endereço seria de fato inválido e não permitiu sua intimação por via postal.

Com o devido respeito, estes argumentos não se sustentam pelo próprio excesso de formalidade ao sumariamente ignorar as informações constantes no alvará de funcionamento e termo de viabilidade de localização, ambos documentos fiscais expedidos pelo Município de Salvador que, assim, são documentos oficiais que possuem fé-pública e presunção de veracidade das informações neles constantes, atributos que foram ignorados pelos julgadores de primeira instância visando a manutenção da autuação.

A discussão não é sobre a vigência temporal destes documentos fiscais, mas sim em relação às informações nele constantes e que, invariavelmente, atestam positivamente a existência do endereço da GEO na Rodovia BA 526, KM 7, SiNI, São Cristóvão, Salvador, Bahia, merecendo destaque que ambos os documentos foram expedidos por órgãos municipais de controle e fiscalização. Isto posto, com o devido respeito, não é possível ignorá-los apenas por estarem vencidos.

Além disto, a análise da mesma ferramenta utilizada pela Delegacia de Julgamento — Google Street View — permite concluir que, de fato, o acesso à GEO ocorre pela estrada BA 526 e não por uma vicinal, tal como alegado na decisão ora recorrida, conforme a sequência a seguir exposta [...].

Apenas pela análise das fotos ora colacionadas é possível verificar que o estabelecimento da Recorrente existe no local informado, ao lado dos outros dois estabelecimentos ora referenciados, sendo que o acesso a todos os estabelecimentos em comento dá-se pela entrada única existente antes do Posto Maratona.

Neste ponto é interessante destacar que a Fiscalização informou nº relatório fiscal que antes de proceder à intimação via edital, houve, supostamente, diligência de ida pessoal do Agente do Fisco ao local indicado, quando não teria encontrado a GEO.

Esta afirmação carrega para a Fiscalização Tributária o ônus de provar o fato afirmado, comprovação que não se verificou em momento algum do procedimento fiscal, visto que se resumiu a basear-se no retorno da intimação postal com a informação dos Correios. E consoante visto, o endereço existe e simples ida ao local confirmaria isto, motivo pelo qual não se deve dar tanta força à afirmação que "empreendeu-se diligência ao endereço cadastrado da empresa", de modo que soa forçado assevera que o endereço da empresa é inexistente, máxime quando existem outros dois estabelecimentos na mesma região.

O certo é que o procedimento adotado de intimar a GEO apenas via edital, inclusive para apresentar seus livros comerciais e fiscais e extratos bancários, gerou a nulidade absoluta de todo o procedimento fiscal, inclusive dos Autos de Infração que foram lavrados com base no referido procedimento, pois o endereço da empresa, como visto, existe e é válido, motivo pelo qual não poderia ser intimada dos atos de fiscalização apenas via edital.

Assim, considerando que a motivação jurídica da autuação decorre apenas em função do não atendimento das intimações por edital, tem-se que deve ser declarada nula a autuação, eis que deve ser oportunizado o acesso da Recorrente ao devido processo legal, através da apresentação de documentos comerciais e fiscais e oferecimento de explicações pertinentes aos créditos bancários.

O procedimento fiscal de que se trata é, portanto, nulo pois efetuado com clara e grave preterição do direito de defesa, conforme o art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, devendo recair sobre o procedimento a sanção prevista no §1º do referido dispositivo, sendo declarados nulos todos os atos posteriores dependentes ou consequentes da preterição do direito de defesa, ou seja, a partir da lavratura do termo de constatação e subsequentes intimações apenas por edital.

NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO RECORRENTE RICARDO FALCÃO SETENTA APENAS QUANDO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Como segundo ponto de defesa, os Recorrentes alegaram a nulidade da intimação do Recorrente Ricardo Falcão Setenta apenas quando da lavratura do Auto de Infração, visto que a sua inclusão se deu em função destas intimações que não foram atendidas pela GEO, que se fossem efetuadas da forma correta, no endereço existente desta, ou até mesmo direcionadas de pronto ao gerente, seriam devidamente atendidas.

Sobre este argumento de defesa, a decisão recorrida afirmou, simplesmente, que somente após a constituição do crédito tributário pelo lançamento é que seria possível imputar responsabilidade tributária ao sujeito passivo solidário, asseverando, contraditoriamente ao quanto disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional, que seria prescindível a intimação prévia ao sujeito passivo solidário, porquanto somente foi imputado quando de fato incorrida a hipótese material de responsabilidade tributária.

Ocorre que a inclusão do recorrente Ricardo Falcão Setenta no polo passivo dos Autos de Infração se deu exclusivamente em função da falta de ciência pela GEO — INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI — EPP das intimações efetuadas ainda em sede de procedimento de fiscalização, feitas exclusivamente por edital que, assim, não tomou conhecimento delas e não as atendeu.

Portanto, a inclusão do sócio-gerente no polo passivo da autuação já é questionável em função de que somente se deu por força de presunções que somente foram aplicadas pelas irregulares intimações da GEO. Contudo, pior é o expediente adotado pela Fiscalização Tributária de efetuar todas as intimações, durante o procedimento de fiscalização, apenas em nome da referida empresa, via edital, para somente quando da lavratura dos autos de infração, incluir o Recorrente Ricardo Falcão Setenta, intimando-o pessoalmente em seu endereço residencial.

Ora, qual a razoabilidade de efetuar-se todas as intimações apenas em nome da empresa GEO e não em nome também de seu sócio-gerente, sendo que o próprio Auditor reputou o endereço da empresa como inexistente, para posteriormente arrolar o Recorrente como devedor solidário, apenas na lavratura dos autos de infração?

Causa estranheza este posicionamento da Fiscalização Tributária, pois se já existia a intenção de incluir o sócio-gerente da empresa como corresponsável tributário, a fim de serem preservadas garantias mínimas dos contribuintes do devido processo legal e ampla defesa, este deveria ser também intimado, durante a fiscalização prévia à lavratura dos autos de infração, para entregar os livros fiscais e comerciais da empresa GEO e explicar os créditos bancários que foram encontrados.

Mais uma vez a posição da Fiscalização Tributária fulminou todo o procedimento fiscal de vício de nulidade absoluta, inclusive dos Autos de Infração que foram lavrados com base no referido procedimento, pois a intimação do Recorrente Ricardo Falcão Setenta apenas quando da lavratura dos autos de infração, já o incluindo como responsável tributário, vedou seu acesso ao devido processo legal e ampla defesa, cerceando a possibilidade de apresentar de documentos comerciais e fiscais ou de outra origem que afastassem as presunções adotadas e, ainda, impossibilitou o oferecimento de explicações pertinentes aos créditos bancários.

Além disto, a interpretação feita pelos Tribunais sobre o conteúdo e alcance do art. 135 do Código Tributário Nacional é que os gerentes ou representantes da pessoa jurídica são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos.

Isto quer dizer, em outras palavras, que inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do sócio, cabendo ainda ressaltar, nesse ponto, que o simples inadimplemento não caracteriza, por si só, infração legal.

Desta forma, até para possibilitar a inclusão do sócio no polo passivo, a Fiscalização Tributária deveria ter-lhe intimado ainda em sede de procedimento fiscal, demonstrando a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, possibilitando o acesso ao devido processo legal e produção de contraprova ANTES da lavratura de Auto de Infração, o que, conforme visto, não foi feito.

Tem-se, assim, que o procedimento fiscal de que se trata é nulo, conforme o art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, eis que incorreu em grave preterição do direito de defesa do Recorrente Ricardo Falcão Setenta, devendo recair sobre o procedimento a sanção prevista no §1º do referido dispositivo, sendo declarados nulos todos os atos posteriores dependentes ou consequentes da preterição do

direito de defesa, ou seja, a partir da lavratura do termo de constatação e subsequentes intimações apenas por edital.

NULIDADE DO LANÇAMENTO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO. INSUBSISTÊNCIA DA EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES.

Como consequência do procedimento adotado pela Fiscalização Tributária de intimar a empresa em comento, a partir da primeira tentativa de intimação, apenas via edital, inclusive para apresentar seus livros comerciais e fiscais e extratos bancários, houve sua exclusão do SIMPLES Nacional, conforme ADE nº 299/2014, sendo aplicado efeito retroativo ao ano-calendário de 2011, excluindo a Recorrente desde o início do referido ano em função de, supostamente, não possuir escrituração contábil e fiscal.

Inicialmente urge destacar que esta exclusão não poderia ser retroativa a todo o ano-calendário de 2011, eis que determina o art. 29, §1º, da Lei Complementar nº 123/2006, que para a hipótese de exclusão do inciso VIII (falta de escrituração contábil e fiscal), a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a hipótese excludente, ou seja, apenas a partir do momento em que se considerar como incorrida na ausência de escrituração comercial e fiscal, o que se deu apenas no momento da lavratura desta autuação, levando a exclusão a ser vigente apenas a partir do ano de 2016.

Outrossim, ocorre que esta exclusão é indevida em função de que a Recorrente possui a regulamentar escrituração, que, todavia, somente não foi apresentada porque não tomou conhecimento das intimações, eis que feitas via edital de forma equivocada, tal como explanado nesta defesa, motivo pelo qual deve ser desfeita sua exclusão do SIMPLES, pois decorrente de vício de procedimento para tanto.

Deste modo, resta clara a nulidade dos lançamentos com base no lucro arbitrado, uma vez que indevida a exclusão retroativa do SIMPLES. Pugnam os Recorrentes, portanto, pela extinção dos autos de infração ou, na pior das hipóteses, que o crédito tributário eventualmente constituído seja apurado conforme as regras da Lei Complementar nº 123/06.

DO MÉRITO — FALTA DE RIGOR CONTÁBIL A autuação decorre de supostos créditos bancários não comprovados, referente ao ano calendário de 2011, entendendo a Fiscalização Tributária que a empresa auferiu receitas operacionais, porém deixou de oferecê-las à tributação. Segundo o relato fiscal, a Recorrente declarou, na DASN, o total de receitas de vendas de R\$ 504.930,35, para o período de janeiro a dezembro de 2011, enquanto o valor total nas DIMOF foi superior a R\$11.000.000,00, valor que foi tomado como receita tributável apenas em virtude da ausência de atendimento a intimação via edital e consequente ausência de explicações sobre estes créditos bancários, conforme explanado nos itens anteriores.

Todavia, no tocante ao mérito, a autuação não pode prosperar em função de que os depósitos arrolados não constituem, em grande parte, receita da GEO, de modo que não poderiam ser base de cálculo dos tributos federais. Isso fica claro ao se constatar que a maior parcela dos créditos na conta da GEO foi depositada pela Bário Mineração, empresa em cujo capital social também figura o Recorrente Ricardo Falcão Setenta, conforme o contrato social ora juntado (doc. 01). Desta forma, essas transferências são fruto de simples falta de rigor contábil entre essas empresas com sócio comum, em que parte da receita de uma era transferida para conta da outra, exclusivamente por questões de praticidade bancária.

Obviamente, tais depósitos não representam receita da GEO, de modo que, em última hipótese, poderiam ser considerados como doação, também não tributável pelo IRPJ e reflexos. Isto quer dizer que o valor arrolado pela Fiscalização Tributária não é decorrente do faturamento de venda de bens e prestação de serviços, nem mesmo de investimento, ou seja, sequer é receita própria, mas apenas custódia de valores de terceiros, no caso empresa com sócio comum, motivo pelo qual não é possível sua tributação. Portanto, ao largo das nulidades elencadas, a autuação não merece prosperar no mérito, pois a maioria dos créditos bancários é decorrente de transferências efetuadas entre empresas com sócio comum, que não constitui receita.

Neste contexto, os Recorrentes requerem, com fulcro no art. 16 do Decreto nº 70.235/72, a realização de diligência contábil-fiscal a fim de demonstrar que tanto as saídas quanto as entradas destes recursos em ambas as empresas (GEO e Bário) foram devidamente escrituradas, tanto na documentação fiscal quanto contábil, quando será demonstrado que não houve omissão de rendimentos, formulando, para tanto, os seguintes quesitos:

- A) Os depósitos arrolados pela Fiscalização Tributária, depositados na conta bancária da GEO, são originadas da Bário Mineração?
- B) Estes valores, confrontados com os valores declarados na DIPJ da Bário Mineração, podem ser encarados como receita própria desta empresa?
- C) E verificando-se que não existiu omissão de receitas, é possível asseverar que houve simples falta de rigor contábil entre essas empresas com sócio comum, em que parte da receita de uma era transferida para conta da outra?

AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO ILÍCITO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 135, III, DO CTN.

Inicialmente, vale ressaltar que a norma do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, citada pela Fiscalização Tributária, reclama a prática de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por parte dos diretores, gerentes ou representantes legais, para que eles possam ser pessoalmente responsabilizados pelos créditos tributários cobrados da pessoa jurídica.

Confira-se o texto do art. 135, III, do Código Tributário Nacional:

"Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado." Note-se que o texto legal institui a responsabilidade tributária e ao mesmo tempo definiu que esta responsabilidade é pessoal em relação àquele que praticou atos com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto. Assim, em relação à responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN, é necessário averiguar se determinado ato que originou o crédito tributário decorreu de ato da pessoa jurídica ou das pessoas físicas. Afinal, se um ato ilícito foi praticado pela pessoa jurídica, a responsabilidade não pode atingir diretores, gerentes e representantes legais.

Em outras palavras, se os diretores, gerentes e representantes legais agiram em nome e por conta do contribuinte, não poderão ser pessoalmente responsabilizados pelo pagamento da dívida do contribuinte, sem que antes seja apurada e comprovada a sua conduta dolosa ou culposa. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

"O sócio não responde pelas obrigações fiscais da sociedade quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa com violação da lei ou do contrato social". (RE 95023, Rel. Ministro Rafael Mayer, DJU de 3.11.81). Da mesma forma entende o DR. ALBERTO NOGUEIRA, ilustre Procurador da Fazenda Nacional, em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo nº 4, pg. 77, onde aborda esta questão da responsabilidade dos administradores (que ele tipifica como "responsabilidade subsidiária especial"), ensinando que:

"Na configuração dessas circunstâncias fáticas, tornar-se-ia indispensável a presença do elemento subjetivo pois a simples falta de recolhimento do tributo, quando não dolosa, por si só, não deve ser entendida como infração à lei".

Logo, verifica-se, pela própria dicção do art. 135, III, do CTN, que é necessário que os terceiros elencados neste dispositivo legal tenham agido de forma dolosa e que deste ato tenha resultado na inadimplência de tributos. A atribuição da responsabilidade se refere aos créditos tributários que tiveram origem em atos ilegais ou abusivos, não se tratando de simples inadimplência tributária gerada por incapacidade financeira.

Neste aspecto, cumpre salientar que já se encontra pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores' que "a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN, não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto (...)".

Consequentemente, a mera falta de pagamento de tributo não se subsume à hipótese de "infração de lei", prevista no art. 135, III, do CTN, e não é pressuposto fático para a incidência da norma de responsabilidade dos administradores.

Ora, se toda dívida tributária significasse infração à lei, não haveria razão para existir a norma de exceção do art. 135, III, do CTN. De fato, não se pode admitir uma interpretação da lei que significa a sua própria negação. [...].

Observa-se, daí, a compreensão de que dolo, culpa grave, irresponsabilidade gerencial, são elementos indispensáveis para tipificar a conduta legal de responsabilidade dos administradores pelos débitos da pessoa jurídica.

Impõe, ainda, destacar que, quando o art. 135 do CTN se refere à infração à lei, ele não se refere a qualquer lei em sentido genérico, mas sim às normas que regulam as relações existentes entre o devedor originário e o terceiro. Portanto, em se tratando de atos praticados por diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, as normas cuja infração resultaria na responsabilidade destes são justamente as normas civis e societárias, mais especificamente, as normas que limitam a atuação destas pessoas perante a pessoa jurídica.

Desta forma, o ilícito tributário capaz de redundar na modificação do polo passivo da relação jurídica tributária tem natureza societária, ou seja, somente se o administrador atuar fora dos limites de competência definidos na lei, no contrato social, ou nos estatutos, poderá ser incluído no polo passivo e ficar obrigado ao pagamento do tributo devido pela sociedade. E nesse contexto, revela destacar que a lei, o contrato social e os estatutos nada mais são do que veículos introdutórios das normas de competência e dos limites de atuação regular dos administradores. [...]

O que objetiva o art. 135, III, do CTN, é punir o sócio administrador que age à revelia dos interesses da sociedade, e a forma com a qual ele pode agir assim é exatamente descumprindo as normas de cunho societário que determinam que a sua atuação deve se dar no interesse da empresa, e nos limites em que sua atuação é permitida. Portanto, se o sócio administrador pratica um ato doloso que acarrete imposição tributária, sem respeitar os limites da sua competência definida na lei, no contrato social, ou nos estatutos, ele estará realizando um ato pessoal, e por isto a responsabilidade tributária recairá sobre si.

Assim, só se pode supor que a norma cuja infringência deságua na responsabilidade do terceiro é justamente aquela que regula as relações obrigacionais entre o devedor originário e o terceiro. Por isto, a importância de se averiguar se ato que originou o crédito tributário decorreu de ato da pessoa jurídica ou das pessoas físicas. [...]

A excepcionalidade de aplicação da norma de responsabilidade tributária do administrador, prevista no art. 135, III, do CTN, permanece assim consentânea com as normas gerais de responsabilidade dos administradores das sociedades

limitadas e anônimas, previstas, respectivamente, no art. 47 do Código Civil e no art. 158 da Lei nº 6.404/197 (Lei das Sociedades por Ações). Senão vejamos.

Código Civil "Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo." Lei das Sociedades por Ações "Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto." Conclui-se, daí, que o ato praticado com excessos de poderes infração de lei, contrato social ou estatutos, capaz de dar origem à responsabilidade do administrador pelo crédito tributário devido pela sociedade, é um ilícito societário praticado pelo administrador contra a sociedade, na medida em que se constitui numa afronta à competência que lhe foi deferida legal, contratual ou estatutariamente.

Por outro lado, saliente-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial, depende da prova, a cargo da Administração Pública, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato.

Não se admite, assim, a responsabilidade objetiva do sócio administrador, mas, sim, a subjetiva, da qual decorre o entendimento de que o não recolhimento do tributo por si só não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos diretores, gerentes ou representantes, sendo necessário provar que os mesmos agiram dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

Portanto, inexistindo prova de que se tenha agido dolosamente, com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária. Em outras palavras, sem prova do dolo ou fraude, não há a "infração legal" deflagrada da responsabilidade pessoal e direta de terceiro.

Transpondo o entendimento ao caso em apreço, a responsabilidade pessoal do Recorrente Ricardo Falcão Setenta somente seria admitida caso a Fiscalização Tributária comprovasse que TODO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO cobrado na ação fiscal é resultante da prática de ato ou fato ilícito praticado por ele, bem como que tal ato encontra-se eivado de dolo, excesso de poderes, infração de lei e/ou ao contrato social, e ainda que este ilícito foi capaz de dar origem à aplicação excepcional da norma de responsabilidade tributária prevista art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Entretanto, ilustres julgadores, no caso destes autos, a Fiscalização não se preocupou em demonstrar, de forma clara, quais as condutas culposas ou dolosas, com excessos de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos,

que efetivamente foram praticadas pelo Recorrente Ricardo Falcão Setenta, bem como que todos os créditos tributários cobrados nesta ação fiscal foram resultantes destes seus supostos atos. Por oportuno, a Fiscalização pontua no seu Relatório Fiscal como suporte para atrair a responsabilidade pessoal do Recorrente apenas que tais condutas existiriam de forma incontestada e que o Recorrente, por ser o sócio gerente, automaticamente contribuiu para a falta de oferecimento das supostas receitas à tributação.

Como se pode depreender, os elementos descritos pelo Autuante são absolutamente insuficientes corroborar a tese de conduta culposa ou dolosa, com excessos de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, supostamente praticada pelo Recorrente. Verifica-se, assim, que o único ponto indicado pela Fiscalização como causa ensejadora da responsabilidade pessoal é absolutamente discutível do ponto de vista jurídico.

Por outro lado, sequer foi demonstrado pela Fiscalização se a tal conduta que supostamente originou o crédito tributário decorreu de ato da pessoa jurídica ou da pessoa física. Ou seja, se o ato foi praticado por Ricardo Falcão Setenta dentro dos limites (pessoa jurídica) ou fora dos limites (pessoa física) de sua competência definidos na lei, no contrato social, ou nos estatutos.

A Autoridade Administrativa tinha o dever de demonstrar e comprovar qual foi o ato específico e ilícito que justificou a caracterização do sócio como responsável tributário pelos débitos da pessoa jurídica. Era imperiosa, assim, a produção de prova que comprovasse a autoria de Ricardo Falcão Setenta pela suposta infração. Será que o simples fato de a pessoa jurídica estar sendo cobrada de um tributo é motivo suficiente para responsabilizar solidariamente os seus dirigentes?

O Recorrente entende que não! E mesmo que esta hipótese fosse admissível, o que se cogita apenas para efeito de argumentação, tal responsabilidade solidária deveria se restringir aos fatos geradores apontados pela Fiscalização como supostamente decorrentes de conduta dolosa ou fraudulenta do administrador do contribuinte.

Deste modo, a conclusão que se pode chegar, ilustres Julgadores, é que este é mais um exemplo clássico dos casos em que a Fiscalização confere automaticamente a responsabilidade aos sócios-gerentes nos autos de infração lavrados contra a pessoa jurídica, com a finalidade de garantir, por vias transversas e ilegítimas, o recebimento do crédito tributário. E tal conduta, esta sim ilegal, não pode ser tolerada por esta Egrégia Delegacia de Julgamento.

E se é assim, o Recorrente Ricardo Falcão Setenta é parte manifestamente ilegítima para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária ora em discussão, em face da inaplicabilidade do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SONEGAÇÃO.

Como visto, os Recorrentes foram surpreendidos pela lavratura dos Autos de Infração ora impugnados, por meio dos quais a Fiscalização, além de exigir o recolhimento do crédito previdenciário do contribuinte, aplicou, sem maiores explicações, a multa qualificada de 150%, por entender estar configurada a situação descrita no art. 44, inciso I, §1º da Lei nº 9.430/96.

O trecho do Relatório Fiscal que trata da aplicação da multa qualificada é assaz resumido e sequer indica qualquer prática de dolo, fraude ou sonegação, limitando-se a asseverar que seria incontestável que o contribuinte tenha auferido receitas com a atividade operacional e que as deixou de tributar.

Neste sentido, antes de se adentrar ao mérito da questão, cumpre trazer à baila os dispositivos legais que regulamentam a matéria, para que fiquem bem delineadas as premissas utilizadas pela Fiscalização para aplicação da multa:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; [...]

§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.

Por sua vez, os artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, ao contemplarem as figuras do "dolo, fraude ou sonegação", estabelecem o seguinte:

"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.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72." Consoante se infere dos dispositivos legais acima transcritos, impõe-se à autoridade lançadora a observância dos parâmetros e condições básicas previstas na legislação de regência em casos de imputação da multa qualificada, que somente poderá ser levada a efeito quando aquela autoridade estiver convencida do cometimento do crime (dolo, fraude ou sonegação), devendo, ainda, relatar todos os fatos de

forma pormenorizada, possibilitando ao contribuinte a devida análise da conduta que lhe está sendo atribuída e, bem assim, ao procurador de que o delito efetivamente foi praticado.

Em outras palavras, não basta a mera indicação da conduta dolosa e/ou fraudulenta, impondo a devida comprovação por parte da autoridade fiscal da intenção pré-determinada do contribuinte, demonstrada de modo concreto, sem deixar margem a qualquer dúvida, visando impedir/retardar o recolhimento do tributo devido. [...].

Na esteira desse raciocínio, ratificando o posicionamento pacífico do então 1º Conselho de Contribuintes, o CARF consagrou de uma vez por todas o entendimento acima alinhavado, editando a Súmula nº 14, determinando que:

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

Na hipótese dos autos, entretanto, inobstante o esforço da Fiscalização, não há como se afirmar com segurança que os Recorrentes tenham agido com dolo ou fraude objetivando suprimir tributos.

Com efeito, a Autoridade Fiscal não logrou demonstrar com especificidade a conduta dolosa ou fraudulenta adotada pela contribuinte tendente a sonegar tributos intencionalmente, com o fito de justificar a qualificação da multa em 150%, não se prestando à sua aplicabilidade a simples presunção.

Mesmo porque, conforme restou demonstrado, no tocante ao mérito, a autuação não pode prosperar em função de que todos os créditos bancários arrolados pela Fiscalização Tributária são decorrentes de doações recebidas da empresa com sócio comum Bano Mineração. Do mesmo modo, tem-se que toda a autuação é decorrente de aplicação de presunções pela não atendimento de intimações, feitas equivocadamente por edital, o que não traduz, automaticamente, em existência de dolo, fraude ou simulação, até por ser uma presunção relativa, que permite prova em contrário, e não um fato consolidado de forma absoluta!

Ora, se a multa qualificada somente pode ser aplicada quando haja efetiva comprovação que o contribuinte omitiu de forma dolosa ou fraudulenta a ocorrência do fato gerador, é evidente que ela não pode ser aplicada nos casos de lançamento é absolutamente discutível do ponto de vista jurídico, já que possui amparo legal.

Em outras palavras, a Fiscalização jamais poderia afirmar que o contribuinte agiu com dolo ou fraude se, no caso em apreço, os Recorrentes entendem que sequer ocorreu o fato gerador dos tributos. Daí porque, tanto o lançamento fiscal, quanto a multa qualificada, são absolutamente incompatíveis com a conduta da contribuinte. Deste modo, a multa qualificada não pode prosperar, pois não houve demonstração de maneira pormenorizada que os Recorrentes tenham agido com dolo, fraude ou simulação, com o intuito de ocultar a ocorrência de

fato gerador ou reduzir a base de cálculo dos tributos, como afirma inconsistentemente a Fiscalização. [...]

Por todo o exposto, caso não sejam acatados os fundamentos expostos nos tópicos anteriores, requerem os Recorrentes que a multa qualificada seja reduzida para o patamar simples, de 75%, tendo em vista a ausência de dolo ou fraude na sua conduta.

NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Por fim, requer o Recorrente seja afastada a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício, uma vez que, no âmbito dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a legislação atualmente em vigor não autoriza a exigência de juros sobre multa. [...]

Sendo assim, deve ser afastada a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

DO PEDIDO

Diante de tudo quanto exposto, a Recorrente requer a reforma do Acórdão recorrido, dando-se provimento a este Recurso Voluntário, a fim de que seja reconhecida a nulidade do lançamento, na medida em que a Fiscalização Tributária incorreu em grave nulidade durante o procedimento de fiscalização quando da realização das intimações da empresa GEO, bem como incorreu em vedação de acesso ao devido processo legal em relação ao Impugnante Ricardo Falcão Setenta. Ademais, também é nula a exclusão retroativa do SIMPLES e, conseqüentemente, os lançamentos com base no lucro arbitrado.

Caso seja ultrapassada a questão prejudicial de nulidade do procedimento fiscal, o Recorrente requer que seja julgada, no mérito, improcedente, uma vez que os depósitos bancários não decorrem do faturamento de venda de bens e prestação de serviços, nem mesmo de investimento, ou seja, sequer é receita própria da GEO, mas apenas custódia de valores de terceiros, no caso uma empresa com sócio em comum, motivo pelo qual não é possível sua tributação.

É o Relatório.

VOTO

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento, conforme art. 15 e § 4º do art. 218 do Código de Processo Civil (CPC).

Delimitação da Lide

O instituto da preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma situação jurídica ativa processual, o que impossibilita a prática de atos processuais no tempo, na forma e no lugar não previstos na legislação de regência, dada a irreversibilidade do processo. Considerar-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em sede de impugnação, verificando-se a preclusão em relação ao tema.

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, prevê:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. [...]

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. [...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Cabe a aplicação dos enunciados estabelecidos nos termos do art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 71

Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 172

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, determina:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. [...]

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

“A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio”. Assim, a “substituição processual depende de expressa previsão legal, e não há lei que autorize a sociedade a interpor recurso contra a decisão que, na execução contra ela ajuizada, inclua no polo passivo os respectivos sócios” (Recurso Especial Repetitivo nº 1347627/SP - Tema 649).

A Recorrente/Geo Indústria Comércio e Serviços Eireli na qualidade de contribuinte, apresentou recurso voluntário em relação ao tema da sujeição passiva solidária atinente ao Sr. Ricardo Falcão Setenta na qualidade de responsável pela obrigação tributária. Ocorre que a sociedade empresária não tem legitimidade para interpor recurso voluntário em nome de terceiros por inexistir autorização expressa no ordenamento jurídico para pleitear em nome próprio direito que é alheio.

Por essa razão o recurso voluntário apresentado pela Recorrente/Geo Indústria Comércio e Serviços Eireli não pode ser conhecido em relação a alegações pertinentes à sujeição passiva solidária do Sr. Ricardo Falcão Setenta.

Nulidade do Auto de Infração e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos arguindo que foram violados princípios constitucionais.

Compete analisar a objeção de nulidade por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento.

O Auto de Infração foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal (art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, da qual a Recorrente foi validamente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula nº 162

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foram regularmente analisados pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE com trânsito em julgado em 28.02.2010, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. art. 99 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Via de regra, “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Ocorre que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado de ofício. Ademais, “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção”, conforme preceitua o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

O Termo de Início de Procedimento Fiscal datado de 13.10.2014 é notificado a Recorrente no domicílio localizado na Rod. BA 526, s/n, Km 7, São Cristóvão, CEP 41.510-075, Salvador/BA, sem êxito por ser desconhecido, e-fls. 71-74. Por esta razão, o Termo de Início de Procedimento Fiscal datado de 13.10.2014 é validamente cientificado a Recorrente em 29.11.2014 pelo Edital nº 257/2014, com base no art. 23 do Decreto no 70.235, de 06 de março de 1972, e-fls. 76-78. O Termo de Intimação Fiscal datado de 05.03.2015 é validamente notificado a Recorrente em 21.03.2015 pelo Edital nº 41/2015, e-fls. 79-90. O Termo de Intimação Fiscal datado de

12.05.2015 é validamente notificado a Recorrente em 10.06.2015 pelo Edital nº 001082094, e-fls. 91-92. O Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal datado de 20.07.2015 é validamente notificado a Recorrente em 04.08.2015 pelo Edital nº 001090216, e-fls. 93-94. O Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal datado de 14.09.2015 é validamente notificado a Recorrente em 29.09.2015 pelo Edital nº 001094306, e-fls. 95-96. Tem-se que o domicílio fiscal eleito pela Recorrente e que consta nos registros interno da RFB é aquele localizado na Rod. BA 526, s/n, Km 7, São Cristóvão, CEP 41.510-075, Salvador/BA, e-fl. 476. Tem-se que todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas, estão obrigadas a inscrever no CNPJ, e que a entidade está obrigada a atualizar no CNPJ qualquer alteração referente aos seus dados cadastrais, conforme determina a Instrução Normativa RFB nº 1183, de 19 de agosto de 2011, vigente à época.

Consta no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

1.2 DA NULIDADE

Em diversos pontos da sua impugnação, relacionados no Relatório acima, o contribuinte argui a nulidade do Auto de Infração, que no caso concreto é descabida. A matéria é regida exclusivamente pelos arts. 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972, abaixo transcritos:

"Art. 59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60 - As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio." Como o auto de infração foi lavrado por pessoa competente e não é despacho nem decisão, as razões apresentadas não se enquadram nas hipóteses do art. 59 acima. Portanto, o ato não pode ser considerado nulo.

Outras irregularidades, incorreções e omissões não importam nulidade, mas saneamento, quando muito. Entretanto, nada há que demande o saneamento previsto no art. 60 retromencionado conforme demonstrar-se-á. No ato contestado não há o que prejudique o próprio processo, ou o estabelecimento da relação jurídica processual, nele constando todas as formalidades exigidas na legislação para que seja considerado válido ou juridicamente perfeito.

Em verdade, não se verificam no Auto de Infração irregularidades, incorreções nem omissões que prejudiquem o reclamante, importem em cerceamento de defesa ou influam na solução do litígio.

1.3 DA CIÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. LEGITIMIDADE.

O mesmo Decreto nº 70.235/72 dispõe em seu artigo 23 sobre as formas de Intimação, a saber (grifos não originais):

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I – pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III – por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§1º Quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I – no endereço da administração tributária na internet;

II – em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou III – uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§3º Os meios de intimação previstos no caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I – o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e II – o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. [...]

A autoridade atuante enviou por via postal o Termo de Início de procedimento fiscal e Intimação correspondente ao endereço cadastral do contribuinte.

Devolvida pelos Correios a documentação (motivo “Desconhecido”), foi lavrado o correspondente Edital, ou seja, foi respeitado o rito previsto no art. 23 do PAF.

Antes da lavratura do Edital, porém, o fiscal em diligência ao endereço cadastral do contribuinte, lavrou Termo de Constatação da real inexistência daquele endereço, ratificando a informação dos Correios.

O contribuinte, entretanto, aduz em sua defesa que o endereço existe e é válido (fl. 397). Junta ao processo mapa (fl. 434) produzido por foto aérea onde indica o

seu endereço, junto a duas outras empresas: Posto Maratona Ltda e a empresa F70 Serviço de Lavanderia Ltda, “sendo todos contíguos na referida estrada” [...].

Para amparar suas alegações junta documentos das empresas situadas no mesmo endereço, além de Alvará de funcionamento e Termo de viabilidade de localização expedido pelos órgãos de controle municipais [...].

Entretanto, constata-se que os documentos juntados pelo contribuinte como comprobatórios da correção do seu endereço não cumprem seu objetivo. O endereço da empresa citada como adjacente, F70 Serviço de Lavanderia Ltda, descrito na conta de energia elétrica juntada à folha 435, não identifica o Km 7 como referência, apenas “Rodovia BA 526 1”. [...]

Do mesmo modo, o documento comprobatório do endereço do Posto Maratona como “vizinho” não traz também o Km 7 na descrição (fl.436) [...].

Em consulta aos endereços dos contribuintes que teriam “o mesmo endereço” da empresa GEO, de acordo com suas alegações, constantes dos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil – RFB, atesta-se que apenas os endereços das empresas F70 Serviço de Lavanderia Ltda e da própria GEO seriam coincidentes no km 07 da Rodovia BA-526 e teriam o mesmo CEP 41510-075. Atesta-se, inclusive, que o sócio administrador das duas empresas é o mesmo contribuinte, CPF 545.533.935-49, Sr. Ricardo Falcão Setenta [...].

Por sua vez, o outro estabelecimento indicado pelo contribuinte como sendo em endereço idêntico ao da GEO, está localizado no Km 7,5 da Rodovia BA-526, e indica um CEP distinto das empresas citadas anteriormente – 41510-000 [...].

O contribuinte junta também alguns documentos emitidos por órgãos da administração pública municipal. Alvará de funcionamento foi juntado à folha 437, onde consta o endereço tal qual no cadastro CNPJ da administração tributária federal, mas está com a validade expirada desde 31/12/2012; o Termo de viabilidade de localização juntado à folha 438 também encontra-se expirado desde 15/08/2014, nele não constando a indicação do Km 7.

Por expirados, referidos documentos não fazem qualquer prova a favor do contribuinte.

A despeito dos documentos juntados não serem legítimos para fundamentarem suas alegações, o contribuinte completa sua inconformidade ratificando o que alegara no item 12, qual seja, que o endereço é válido e existente, e acrescenta que o acesso aos 3 estabelecimentos citados seria o mesmo [...].

O mapa (foto) anexado pelo contribuinte à folha 434, apesar de pouco legível, parece apontar para a existência de três estabelecimentos comerciais contíguos, com acesso único ao lado do Posto Maratona, consoante alegado. [...]

Em consulta ao site www.google.com.br/maps, com argumento de pesquisa do referido Posto Maratona, Rodovia BA 526, chegamos ao mesmo mapa [...].

Utilizando-se do mesmo sítio na internet, porém no modo *street view*, verificamos que pela estrada não é possível identificar o prédio indicado como sede da GEO, apenas parte de um “depósito” de materiais ao ar livre [...].

Pouco mais à frente, nota-se não haver qualquer identificação de prédio industrial / comercial [...].

Neste outro ponto de vista, nota-se agora a entrada única para os estabelecimentos que fica ao lado do Posto Maratona [...].

Em verdade, as alegações do contribuinte, e o exame dos elementos disponibilizados por ele próprio e dos mapas em diversas versões acima descritas, apenas corroboram o que já foi afirmado no procedimento fiscal pelos Correios e pela autoridade fiscal: que o endereço tal como informado pelo contribuinte ao Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ é inválido e não permitiu sua intimação por via postal.

Os Correios afirmaram que o endereço é desconhecido, conforme AR à folha 073. Ademais, em consulta ao sítio dos Correios na Web, identifica-se que o CEP Nº 41510-075 informado pelo contribuinte na composição de seu domicílio tributário nº cadastro CNPJ é inexistente [...].

Registre-se, neste ponto, que no endereço do Posto Maratona, citado pelo contribuinte como ocupante do mesmo endereço na Rodovia, constam relevantes divergências quanto ao endereço da GEO: o KM 7,5 e o CEP 41510-000, este legitimado pelos Correios em consulta a web [...].

Por sua vez, o exame das imagens 01 a 05, combinado com a afirmação do contribuinte de que o acesso ao seu estabelecimento se dá pela estrada lateral à direita do Posto Maratona, sem existir acesso direto pela Rodovia BA 526, indubitavelmente confirmado pelas imagens 02 e 05, nos permite concluir que o Endereço do contribuinte está de fato incorreto e incompleto no Cadastro CNPJ, legitimando as Intimações por meio de Edital.

Atesta-se pelas imagens e dados que o endereço do contribuinte, de fato, é na estrada vicinal paralela à Rodovia BA –526, com acesso pela lateral do Posto Maratona, e não propriamente na Rodovia BA – 526, km 7, contradizendo seus dados cadastrais e corroborando as afirmações dos Correios e do Termo de constatação do Auditor Fiscal.

Em suma, constata-se que foram obedecidos todos os pressupostos para Intimação por Edital constantes do artigo 23 e parágrafos do Decreto 70.235/72; que o domicílio tributário é o endereço postal informado pelo contribuinte a administração tributária; que o endereço informado está incorreto e inexistente conforme afirmam os Correios e o Termo de Constatação Fiscal; constata-se, por fim, que as alegações e imagens juntadas nos permitem concluir que o endereço de fato do contribuinte é diverso do informado ao CNPJ.

Considerado tudo o exposto, julgo legítimas e aptas a surtir todos os efeitos legais as Intimações efetuadas por meio de Edital, em consonância com as determinações da legislação tributária de regência.

1.4 DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO AO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO SOMENTE POR OCASIÃO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Contesta o contribuinte que o procedimento fiscal estaria eivado por nulidade em função da intimação do responsável tributário, Sr. Ricardo Falcão Setenta, apenas por ocasião da lavratura do Auto de Infração.

Não assiste razão ao contribuinte por razão simplória. A responsabilidade tributária aqui arrolada decorre da constituição de um crédito tributário decorrente de um ato praticado com infração de lei [...].

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:[...]

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

Naturalmente, somente após a constituição do crédito tributário pelo lançamento estariam presentes as condições materiais que imputam a responsabilidade tributária ao sujeito passivo solidário.

Desta feita, durante o curso do processo administrativo fiscal, os Termos de Intimação foram devidamente dirigidos ao domicílio tributário do contribuinte, pessoa jurídica, nos exatos termos da legislação tributária, prescindindo a intimação prévia ao sujeito passivo solidário, porquanto este somente foi imputado quando de fato incorrida a hipótese material de responsabilidade tributária.

Inexistente, portanto, qualquer vício a ser saneado no procedimento de Intimação ao contribuinte.

Assim sendo, o Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Logo não cabe razão a Recorrente.

Lançamento de Ofício – Arbitramento do Lucro

A Recorrente discorda do lançamento de ofício.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de

ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a seu favor dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Cabe a averiguação dos livros de registros obrigatórios pela legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal (art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 6º e art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e art. 37 da Lei nº 8.981, de 20 de novembro de 1995).

Instaurada a fase litigiosa do procedimento, cabe a Recorrente produzir o conjunto probatório nos autos de suas alegações. A peça de defesa deve ser instruída com prova documental imprescindível à comprovação das matérias suscitadas dada a concentração dos atos em momento oportuno (art. 15, art. 16, art. 18 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Observe-se que no caso de “o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art. 37 e art. 69 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Tem-se que no processo administrativo fiscal a Administração deve se pautar no princípio da verdade material, flexibilizando a preclusão no que se refere a apresentação de documentos, a fim de que se busque ao máximo a incidência tributária (Parecer PGFN nº 591, de 17 de abril de 2014).

O Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, determina:

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

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

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

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;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, prescreve:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. [...]

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, determina:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei. [...]

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.

Para a análise das provas, cabe a aplicação dos enunciados estabelecidos nos termos do art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem

origem comprovada. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 29:

Os cotitulares da conta bancária que apresentem declaração de rendimentos em separado devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de exclusão, da base de cálculo do lançamento, dos valores referentes às contas conjuntas em relação às quais não se intimou todos os cotitulares. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Súmula CARF nº 30:

Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 32:

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 34

Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Súmula CARF nº 59

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 601314/SP, Tema 225, com trânsito em julgado em 11.10.2016 (art. 99 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da

finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Constatada a disparidade de depósitos bancários com origem não comprovada, a pessoa jurídica é intimada a demonstrar a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito. Os valores, em relação aos quais não foram evidenciadas as origens, presumem receitas omitidas, o que dispensa a autoridade administrativa de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. Trata-se de ônus da Recorrente de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações referentes aos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira. Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada

por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes e a titularidade pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais. Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

Está registrado no Termo de Verificação Fiscal, e-fls. 54-56, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

1.0 - DA FISCALIZAÇÃO

A fiscalização foi devidamente autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal — MPF 05.1.01.00-2014-00649-4, para o período de janeiro a dezembro de 2011, com a operação: 91231 MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL COM RECEITA DECLARADA — PJ, para o tributo Simples Nacional.

Para iniciarmos a fiscalização, em 1311012014 lavramos Termo de Início de Procedimento Fiscal e encaminhamos via correios, com Aviso de Recebimento (AR). O correio devolveu, o Termo de início, com a justificativa: "-endereço desconhecido". Diligenciamos, então, ao endereço cadastrado em seu CNPJ (cadastro nacional da pessoa jurídica) e constatamos que o mesmo é inexistente. Diante do exposto, lavramos o Termo de Constatação Fiscal e demos a ciência via Edital nº 257/2014, em 19/11/2014. Solicitamos os extratos bancários das contas correntes, os Livros Diário e Razão, ou o Livro Caixa, dentre outros documentos.

Passado os 20 dias de prazo dados ao contribuinte, o mesmo não se manifestou. [...]

3.0 - DA REQUISIÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

O contribuinte foi selecionado para fiscalização na operação: Movimentação Financeira Incompatível com Receita Declarada — PJ. Esta operação foi selecionada devido aos indícios de omissão de receita de vendas. O contribuinte declarou, na DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), o total das receitas de vendas de R\$ 504.930,35, para o período de janeiro a dezembro de 2011, enquanto que o valor totalizado nas DIMOF foi superior a R\$ 11.000.000,00.

Intimamos o contribuinte, através do Termo de Início de Procedimento Fiscal, com ciência dada via Edital nº 257/2014, em 19/11/2014, solicitando os extratos bancários das contas correntes e aplicações financeiras, comprovantes e extratos de todos os cartões de crédito utilizados para recebimentos das vendas efetuadas pela empresa, os Livros Diário e Razão, ou o Livro Caixa, dentre outros documentos.

Devido à não apresentação da documentação solicitada, por parte do contribuinte, e da indispensabilidade do exame das informações, quanto a movimentação financeira, para execução da fiscalização, solicitamos a emissão da RMF, (Requisição de Movimentação Financeira), conforme Art. 3º, Inciso VII do Decreto nº3.724/2001 e Art. 33 da Lei 9.430/96.

4.0 - ARBITRAMENTO DO LUCRO

Devido a não apresentação, por parte do contribuinte, dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou livro caixa, na hipótese do parágrafo único do Art.527 do RIR/99, efetuaremos o arbitramento do lucro, conforme inciso III do ART. 530 do RIR (Decreto 3000/99).

Cabe ressaltar que o arbitramento dos lucros não se constitui em penalidade, e sim forma de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL prevista em Lei. A penalidade imposta é a multa de ofício de 150% sobre a totalidade do imposto apurado.

5.0 — DO AUTO DE INFRAÇÃO

Efetuaremos o lançamento através de Auto de Infração, e para isto, utilizaremos os créditos bancários não comprovados, conforme planilha "Demonstrativo de Créditos Bancários não comprovados" anexa.

Além disto, utilizaremos a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada sobre os valores a serem lançados nos autos de infração do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, que se justifica tendo em vista o que preceitua o artigo 44, I e §1º da Lei nº9.430/96, com redação dada pelo Art.14 da Lei 11.488/2007, combinado com o art. 71 da Lei nº 4.502/64, uma vez ser incontestável que o contribuinte embora tenha auferido receitas com a atividade operacional, deixou de proceder à tributação dela, e com isso deixou também proceder ao recolhimento no que se referem aos tributos federais administrados pela SRFB (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS).

Consta no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e fls. 455-486, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

2 MÉRITO

2.1 DA OMISSÃO DE RECEITA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS

Os depósitos bancários não justificados pelo contribuinte, após legalmente intimado para fazê-lo, foram considerados presumidamente como receita omitida com amparo legal.

Alega o contribuinte que os depósitos arrolados pela Fiscalização não seriam receitas da GEO, mas a maior parcela deles seriam valores depositados pela BÁRIO MINERAÇÃO também pertencente ao Sr. Ricardo Setenta. Estes depósitos /

transferências seriam “fruto de simples falta de rigor contábil” entre essas empresas com sócio comum, atendendo a simples “questões de praticidade bancária”. Chega a alegar que em última hipótese, tais depósitos poderiam ser “considerados como doação, também não tributável pelo IRPJ e reflexos”.

Reitera em parágrafos sucessivos que os depósitos constituem em sua maioria custódia de valores de terceiros, no caso de uma empresa coligada, motivo pelo qual não é possível sua tributação, mas que em relação aos demais depósitos realizará um trabalho minucioso para comprovação de sua origem de modo a elidir totalmente a presunção de omissão de receita.

No entanto, as alegações do contribuinte estão desprovidas de qualquer documentação probatória, ou até mesmo de qualquer planilha demonstrativa dos valores que seriam da própria empresa ou de terceiros, alegando que fariam um “trabalho minucioso” a posteriori. Não são juntados à impugnação quaisquer documentos que comprovam a titularidade dos depósitos da empresa BÁRIO MINERAÇÃO, tampouco documentação hábil e idônea a justificar a origem dos demais depósitos que seriam de sua própria titularidade.

Fato inconteste é que o contribuinte traz apenas alegações vazias, sem conteúdo probante, que são absolutamente insuficientes para contradizer as infrações tributárias e os Autos de Infração delas decorrentes.

Cumprido mencionar que a presunção legal de omissão de receita por depósitos bancários não identificados é uma presunção relativa, *juris tantum*, ou seja, que pode ser elidida por prova contrária a cargo do contribuinte. Assim nos ensina José Luiz Bulhões Pereira in “Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas”, Justec – RJ – 1979 – pág. 806:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova:

invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume, cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

A presunção em favor do Fisco, no caso concreto, transferiu ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem dos recursos depositados em conta bancária por tratar-se de uma presunção relativa, passível de prova em contrário.

No entanto, como já mencionado, o contribuinte não apresenta qualquer documentação hábil e idônea a contrapor a referida presunção legal. Ao contrário, faz supor que em momento posterior apresentará tais justificativas após “trabalho minucioso” a identificar a origem dos seus depósitos e dos depósitos da “empresa coligada”.

Neste ponto faz-se necessário citar os dispositivos da legislação tributária que regulam o procedimento fiscal, especialmente a Impugnação e seus requisitos previstos no Decreto 70.235/72, a saber:

Art. 16. A impugnação mencionará: [...]

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui; [...]

§4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Resta claro, portanto, que o contribuinte deveria apresentar a documentação probatória por ocasião da Impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em momento posterior, conforme sugere em sua inconformidade, salvo se incorridas algumas das hipóteses do § 4º do artigo 16 mencionado.

Ratificando, por fim, o enquadramento da infração, seguem os termos do comando legal disposto no artigo 42 da Lei 9.430 de 1996 (grifos não originais):

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 transferência de outras contas da própria pessoa física ou jurídica; ...

Portanto, não comprovada a origem dos depósitos individualizados ao contribuinte conforme Termo de Intimação de 05/03/2015, às folhas 79/89, tampouco na fase impugnatória ora em análise, não merece qualquer reforma o lançamento quanto a esta razão de mérito.

2.2 DOS DADOS OBTIDOS POR QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL MESMO APÓS LC 105/2001. DECISÃO STF.

O contribuinte transcreve, em abundância, doutrina e jurisprudência que entendem o sigilo bancário como desdobramento do direito à intimidade e à vida privada, e que a proteção e inviolabilidade contidas no art. 5º, X e XII da Constituição Federal de 1988 são a mais ampla forma de expressão do sigilo, por abarcar todas as demais.

Desta feita, tenta desqualificar o presente lançamento que utilizou-se de informações bancárias da impugnante obtidas através de Requisição de Movimentação Financeira – RMF efetuadas diretamente aos Bancos onde o contribuinte possuía contas bancárias.

Aduz o impugnante que a obtenção dos dados bancários somente poderia ser legítima caso emanada de decisão expedida por autoridade judiciária autorizando a quebra do sigilo bancário, o que implicaria a nulidade do Auto de infração que teria ferido a proteção constitucional do sigilo dos dados privados e da intimidade.

De fato, constata-se que após o não atendimento pela contribuinte da intimação do Fisco, para apresentação dos extratos bancários e demais documentos, foram formalizadas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF, juntadas às fls. 100/113, dirigida às Instituições financeiras com as quais mantinha relacionamento bancário, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105 e no art. 4º, §6º do Decreto nº 3.724, que a regulamentou, ambos de 10 de janeiro de 2001.

Destaque-se que o acesso, pelas autoridades administrativas, às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal, art. 145, parágrafo 1º, assim como já estava previsto no CTN, art. 197, e, posteriormente, veio a ser tratado na Lei nº 8.021, de 1990:

Constituição Federal

Art. 145. (...)

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifou-se)

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: [...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Lei 8.021, de 1990

Art. 8.º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no §1.º do art. 7.º.

No presente contexto, já vigorava a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determinando:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...]

§3º Não constitui violação do dever de sigilo: [...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar. [...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. [...]

§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. [...]

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo

instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

Atos contínuos, a Lei nº 10.174, de 09/01/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, apenas regraram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão-só ao Poder Judiciário, sob o argumento de violação de direitos da impugnante. Os atos legais e regulamentares mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida e, sobre ela, a contribuinte foi regularmente intimada a se manifestar e a esclarecer a origem dos valores questionados, tanto na fase procedimental como na litigiosa, quando da concessão de prazo regulamentar para impugnação após a ciência da formalização da exigência.

Importa também acrescentar que não há previsão expressa na Constituição quanto à inviolabilidade do sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria, com posicionamentos contrários à Fazenda pública colocados pelo contribuinte em sua peça impugnatória, doravante resquícios de entendimento ultrapassado.

Muito oportunamente, neste ponto cabe discorrer sobre a palavra final dada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal em recente análise conjunta de cinco processos que questionavam os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 que permitiam a Administração Tributária Federal obter os dados bancários diretamente das instituições financeiras sem autorização judicial. Tratam-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, nºs 2390, 2859, 2386 e 2397, as três últimas pensadas a primeira, além do Recurso Extraordinário (RE) nº 601314.

Em Sessão plenária ocorrida no STF em 24 de fevereiro de 2016, por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que o disposto na norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos para o Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, não havendo portanto ofensa à Constituição Federal.

Diante de tudo o exposto, ratificada a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos concernentes à matéria, não assiste razão ao contribuinte quanto ao mérito tendente a ilegitimar o lançamento por indevida quebra do sigilo bancário.

2.3 DA NULIDADE DO LANÇAMENTO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO. INSUBSISTÊNCIA DA EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES NACIONAL.

O contribuinte contesta sua exclusão retroativa do Simples Nacional a partir de 01/01/2011 considerando que “possui a regulamentar escrituração, que, todavia, somente não foi apresentada porque não tomou conhecimento das intimações, eis que feitas via edital de forma equivocada”, conforme já enfrentado e desqualificado no exame preliminar.

Desta forma, insubsistente sua exclusão do Simples Nacional, entende que não poderia ser imputado de lançamento de outros tributos tendo por base o Lucro Arbitrado, pugnando pela “extinção dos autos de infração ou, na pior das hipóteses, que o crédito tributário eventualmente constituído seja apurado conforme as regras da Lei Complementar 123/06.”

Neste ponto, faz-se necessário recorrer ao Processo de Exclusão do Simples Nacional, nº 10580.730430/2014-33, donde se extrai o Ato Declaratório de Exclusão nº 13 de 16/12/2014, com efeitos a partir de 01/01/2011 (fl. 362) [...].

O contribuinte foi cientificado do ADE em questão pelo Edital 299/2014, em 31/12/2014, sendo-lhe facultado apresentar Manifestação de Inconformidade contra o ato de exclusão. A contestação não foi apresentada, implicando a definitividade da exclusão do contribuinte do Regime Especial do Simples Nacional a partir de 01/01/2011.

Registre-se que a causa de exclusão do Simples Nacional foi a não apresentação do Livro Caixa, livro fiscal obrigatório para os optantes por aquele Regime (art. 26, §2º, LC 123/2006), enquadrando o contribuinte numa das hipóteses de exclusão do art. 29 daquela Lei complementar.

Por outro lado, o lançamento dos créditos tributários pelo Lucro Arbitrado, tem sua fundamentação acostada à Descrição dos fatos e enquadramento legal [...].

Atesta-se, portanto, que o arbitramento do Lucro também foi amparado pela não apresentação dos Livros comerciais e fiscais, conforme regramento legal próprio disposto no inciso III do Art. 530 do RIR/99:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.891, 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;

Considerando tudo o exposto, mormente a definitividade da exclusão do Simples Nacional e a não apresentação dos Livros fiscais, justificando o arbitramento, não há que se reformar o lançamento tributário, estando legítimos os procedimentos de exclusão e de arbitramento adotados.

2.4 DA DEDUÇÃO DOS VALORES OFERECIDOS À TRIBUTAÇÃO.

O contribuinte contesta a Fiscalização tributária por não aproveitamento dos valores declarados e pagos na sua DASN do ano-calendário 2011 (fls. 372/381).

Acrescenta que naquela declaração informou receita de R\$ 504.930,35, tendo efetuado o recolhimento do imposto(sic) sobre esta receita. Requer, portanto, a dedução dos valores já oferecidos à tributação, caso não acolhidas as preliminares de nulidade.

Neste ponto a razão está com o contribuinte. Os impostos e as contribuições, referentes ao período de apuração fiscalizado, apurados e pagos pelo sujeito passivo, mediante adoção de forma de tributação diversa daquela aplicada pela autoridade fiscal no curso da fiscalização não constituem propriamente créditos do contribuinte ou indébitos tributários, posto que seriam devidos se não fosse a substituição de ofício da sistemática de tributação. Por conseguinte, a autoridade fiscal deve lançar apenas as diferenças de impostos ou contribuições apurados, considerando os valores pagos anteriormente pelo contribuinte, independentemente da sua forma de apuração.

Ademais, infere-se que o Simples Nacional é um Regime Especial Unificado de ARRECADAÇÃO de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e EPP, ou seja, não se trata propriamente de um regime de TRIBUTAÇÃO, mas sim de ARRECADAÇÃO diversa dos tributos federais, além dos estaduais e municipais. Desta afirmação podemos aferir que, de fato, os tributos recolhidos são aqueles previstos no artigo 13 da Lei complementar 123/20061, e que naturalmente devem ser aproveitados no lançamento superveniente daqueles mesmos tributos.

Destaque-se a existência de Súmula do CARF no mesmo sentido:

Súmula CARF nº 76: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Desta forma, cabe excluir da autuação o valor dos tributos e contribuições comprovadamente recolhidos pela pessoa jurídica, no Simples Nacional, e relativos aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2011, conforme DAS recolhidos (fls. 451/454) [...]

2.3 DA NULIDADE DO LANÇAMENTO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO. INSUBSISTÊNCIA DA EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES NACIONAL. [...]

Por outro lado, o lançamento dos créditos tributários pelo Lucro Arbitrado, tem sua fundamentação acostada à Descrição dos fatos e enquadramento legal [...].

Atesta-se, portanto, que o arbitramento do Lucro também foi amparado pela não apresentação dos Livros comerciais e fiscais, conforme regramento legal próprio disposto no inciso III do Art. 530 do RIR/99 [...].

Considerando tudo o exposto, mormente a definitividade da exclusão do Simples Nacional e a não apresentação dos Livros fiscais, justificando o arbitramento, não há que se reformar o lançamento tributário, estando legítimos os procedimentos de exclusão e de arbitramento adotados.

Assim sendo, o Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

No curso do processo a Recorrente teve oportunidade de produzir o acervo-fático probatório de suas alegações. Porém, a totalidade das divergências não estão comprovadas, pois não foram apresentadas evidências robustas com força probante conjuntural das alegações recursais. Devido a não apresentação, por parte da Recorrente, dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou do Livro Caixa que permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, o arbitramento do lucro está justificado. A Recorrente não apresenta um conjunto probatório robusto de sua alegação de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira apurados de ofício têm origem justificada a partir dos recursos utilizados nessas operações efetivados pela pessoa jurídica Bário Indústria, Comércio e Serviços Ltda., que tem como sócio o Sr. Ricardo Falcão Setenta.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

A autoridade lançadora reuniu evidências consistentes e convergentes acerca da conduta ilícita dolosa da Recorrente que se inaugura pela divergência entre os valores informados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) a título de receita bruta total no valor de R\$504.930,35 e na Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (DIMOF) no valor superior a R\$11.000.000,00 no período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2011. Depois de reiteradamente intimada, a Recorrente não apresenta a documentação solicitada. Da indispensabilidade do exame das informações para execução da ação fiscal foram emitidas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) junto ao Banco do Brasil S.A. ao Banco Bradesco S.A., ao Banco Itaú S.A., ao Banco Safra S.A., ao Banco do Nordeste do Brasil S.A. e à Caixa Econômica Federal, que prestaram as informações pertinentes, e-fls. 100-356 (art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 e Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001). Assim, foi elaborado de ofício do Demonstrativo de Créditos Tributários Não Comprovados, e-fls. 61-69.

Deste ilícito decorre a apuração de omissão presumida de receitas de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais como o titular regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Por conseguinte, não cabe razão à Recorrente.

Multa de Ofício Proporcional Qualificada

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional qualificada.

O Código Tributário Nacional prescreve:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: [...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: [...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, determina:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; [...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado 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, e passará a ser de: [...]

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício;

A Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, determina:

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.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A obrigação tributária em sentido amplo inclui o tributo e a penalidade pecuniária. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou

negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária pelo simples fato da sua inobservância (art. 113 do Código Tributário Nacional). Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária é uma penalidade pecuniária procedente da lei em razão do inadimplemento de uma obrigação tributária principal ou acessória e expressa a obrigação de dar determinada quantia em dinheiro ao sujeito passivo. Nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional o tributo não é sanção por ato ilícito e assim o tributo e a penalidade pecuniária tributária têm natureza de jurídica de obrigação tributária. Diferentemente é o princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado que se aplica ao autor de crime a partir da comprovação do fato típico e antijurídico e da autoria (inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal).

A autoridade lançadora reuniu evidências consistentes e convergentes acerca apuração de omissão presumida de receitas de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais como o titular regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Resta incontestemente intenção dolosa, o que enseja a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada. Da obrigação tributária decorre o dever de colaboração do sujeito passivo de prestar as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades (art. 197 do Código Tributário Nacional - CTN). O sujeito passivo tem obrigação de exibir e conservar “os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados”, ficando submetido à averiguação de livros e documentos da sua escrituração em decorrência de seu dever de colaboração até que se opere a decadência ou que ocorra a prescrição (art. 195 do Código Tributário Nacional - CTN). Permanece, assim, inalterada a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada.

Consta no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

2.5 DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SONEGAÇÃO.

Alega o contribuinte em sua defesa que a autoridade fiscal não logrou demonstrar com especificidade a conduta dolosa ou fraudulenta adotada pelo contribuinte tendente a sonegar tributos intencionalmente, o que justificaria a qualificação da multa de ofício.

Junta farta doutrina e jurisprudência no sentido de que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autorizaria a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do

sujeito passivo (Súmula Carf nº 14), solicitando, por fim, a redução da multa qualificada para 75%. [...]

No caso concreto, o lançamento impôs a sanção prevista no art. 44, inciso I, c/c o § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996 (com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007) segundo a qual, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa de 75%, que será duplicada para 150% nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964 [...].

Diante dos fatos narrados no TVF e na Descrição dos Fatos e Enquadramento legal, a aplicação da penalidade qualificada, no percentual total de 150%, seguiu estritamente a legislação acima transcrita, pois o trabalho fiscal evidenciou as condutas do sujeito passivo que se subsumem às hipóteses legais necessárias à qualificação da penalidade.

À luz da legislação acima transcrita, constitui hipótese de qualificação da multa de ofício a prática de sonegação, fraude ou o conluio, ou seja, ações ilícitas definidas nos arts. 71, 72 e 73, da Lei 4.502, de 1964, nos seguintes termos: sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;

fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento; e conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos anteriormente como sonegação ou fraude.

A constatação pela Fiscalização de qualquer uma dessas hipóteses legais é o que basta para justificar a imposição de penalidade fiscal qualificada, nos termos da legislação acima transcrita. No presente caso, a autoridade fiscal enquadrando a conduta dolosa do contribuinte em prática de sonegação, prevista art. 71 da Lei 4.502/64, conforme Termo de Verificação Fiscal às folhas 58 e 59. Ao contrário do que alega o contribuinte, portanto, o autuante bem especificou a conduta, descrita no Termo de Verificação Fiscal, e o fundamento legal da prática dolosa, acima referendado.

Tanto o crime definido no art. 1º, inciso I da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, quanto às práticas definidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, tratam de infrações em cuja definição seja elementar o “dolo específico” do agente, ou seja, infrações nas quais o “executor” do ato tenha em mente a obtenção de um determinado resultado. É preciso, portanto, que fique evidenciada não apenas a intencionalidade do agente, mas seu objetivo de atingir determinado resultado.

No presente caso, a Fiscalização evidenciou satisfatoriamente a conduta dolosa do contribuinte, caracterizadora de sonegação, quando reiteradamente, durante TODO o ano calendário de 2011, deixa de declarar vultosas quantias em sua Declaração de Pessoa jurídica, de natureza obrigatória, deixando-as à margem da tributação, com evidente intuito de sonegação.

Atestou-se no procedimento fiscal que o valor declarado na DASN relativa ao ano-calendário de 2011, monta em R\$ 504.930,35, enquanto a movimentação bancária a créditos de origem não comprovada, totaliza R\$ 10.277.747,74. Noutras palavras, o contribuinte declarou apenas 5% de toda a sua movimentação financeira (créditos) no a calendário auditado. Tendo a oportunidade de desqualificar os valores depositados como receita tributável não o fez, não apresentando a escrituração fiscal e contábil, tampouco qualquer documentação hábil e idônea para tanto, corroborando a constatação da infração tributária.

É evidente que a não escrituração e declaração de vultosa movimentação financeira, de forma reiterada e à margem da tributação, não decorrem de mero erro, conforme alegado pelo contribuinte. Não se trata de mera declaração inexata, como pretendeu nos fazer crer. A conduta evidencia flagrante intuito de sonegação e demonstra que a Impugnante agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, o que é suficiente para manter a qualificação da penalidade imposta no presente lançamento.

Ademais, a não apresentação dos Livros com a escrituração fiscal e contábil, bem como a não manutenção do seu domicílio tributário atualizado junto aos órgãos fazendários, também evidenciam conduta tendente a manter o contribuinte à margem do regramento e fiscalização estatais, corroborando a já fundamentada prática dolosa.

Assim sendo, o Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Tem-se que “a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida” (art. 112 do Código Tributário Nacional). Ocorre que não remanescem incertezas a respeito do fato de que a Recorrente adotou a conduta ilícita dolosa o que enseja a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada.

Cabe aplicação da multa de ofício proporcional qualificada 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. A modificação inserida no inciso VI do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, ao reduzir o percentual da multa de ofício qualificada aplicada de 150% para 100% atrai a

retroatividade benigna prevista na alínea “c” do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional, uma vez que lei nova aplica-se a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração.

Por conseguinte, cabe reduzir o percentual da multa de ofício qualificada aplicada de 150% para 100% dada a retroatividade benigna.

Juros de Mora sobre Multa de Ofício Proporcional Qualificada

A Recorrente discorda a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional qualificada.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, prescreve:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, [...]

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Cabe a aplicação dos enunciados estabelecidos nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, e se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais.

Está registrado no Recurso Especial Repetitivo nº 1.111.175/SP, Tema 145, com trânsito em julgado em 02.09.2009 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (art. 99 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

TESE JURÍDICA

Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996". [...]

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.
4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

Os débitos tributários não pagos nos prazos legais são acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, seja qual for o motivo determinante da falta.

Esclareça-se inclusive que tem cabimento a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional qualificada, após o seu vencimento. Nesse sentido, a multa de ofício proporcional qualificada integra a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic desde o mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no

mês do pagamento. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia Selic, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Consta no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

2.7 DA NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Requer ainda o contribuinte que seja afastada a incidência dos juros moratórios sobre a Multa de ofício, uma vez que, no âmbito dos tributos administrados pela RFB, a legislação atualmente em vigor não autoriza a exigência de juros sobre multa. Junta um único Acórdão do então Conselho de Contribuintes para ilustrar seu pleito.

Mais uma vez não socorre o direito ao contribuinte. A incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício está amparada nas disposições do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, de seguinte teor:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. [...]

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Entretanto, tal interpretação afronta as seguintes disposições do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966):

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (...)

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. (...)

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Decorre assim das expensas disposições legais que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento deve ser acrescido de juros de mora, e crédito tributário é definido como aquele decorrente da obrigação principal, que tem por objeto não apenas o pagamento do tributo, mas também da penalidade pecuniária. E nem se diga que a multa de ofício não é uma exigência que decorre da exigência dos tributos e contribuições. Na verdade, a exigibilidade dos tributos e contribuições é o fundamento para a própria exigibilidade da multa de ofício.

A própria Lei nº 9.430, de 1996, no art. 43 teria previsto expressamente a incidência dos juros de mora sobre a multa de mora e os juros de mora, devidos isolada ou conjuntamente, e não teria qualquer sentido admitir a incidência dos juros de mora sobre a multa de mora e sobre os próprios juros de mora lançados *ex-officio*, e afastar a incidência nos casos de multa objeto de lançamento de ofício. Não há discriminação na legislação que ampare a distinção da interpretação adotada pela Impugnante. É a seguinte a redação do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Assim, tendo em conta que a multa de ofício é débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela RFB, configura-se regular a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício a partir de seu vencimento. [...]

Assim sendo, o Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não tem cabimento.

Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda da exclusão do Simples Nacional.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes. [...]

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária. [...]

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; [...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Consta na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 358-361:

1.2 - Da exclusão do Simples Nacional

Conforme previsto na Lei Complementar 123/2006, foi proposta a exclusão de ofício do Contribuinte fiscalizado do Simples Nacional, em função do disposto no Art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar 123/06, uma vez que não foram entregues a esta fiscalização o Livro Caixa, ou os Livros Diário e Razão os Livros Diário, não registram, como imposto pelo art. 26, parágrafo 2º, da LC123/06, combinado com o art. 3º, inciso I, parágrafo 3º, da Resolução CGSN nº 10/2007, transcritos parcialmente a seguir, a movimentação financeira e bancária.

Lei nº 123/2006 “Art. 26. [...]

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.”

Resolução CGSN nº 10/2007

Art. 3º As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional deverão adotar para os registros e controles das operações e prestações por elas realizadas:

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária; [...]

§ 3º A apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa (incluído pela Resolução CGSN nº 28/2008);

Da leitura do disposto no art. 26, parágrafo 2º, combinado com o art. 3º, inciso I e parágrafo 3º da Resolução CGSN 10/2007, depreende-se que os Livros Diário e Razão, tem que possuir o necessário registro da movimentação financeira e bancária, de forma a que se tenha o controle e o registro das disponibilidades da empresa optante, bem como observar as Normas Brasileiras de Contabilidade, NBC, editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade, CFC.

A exclusão do Simples Nacional surtirá os efeitos previstos no artigo 29, parágrafo 1º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas alterações posteriores, abaixo parcialmente transcrito.

“Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; [...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Desta forma, propomos ao Senhor Chefe do Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador a seguinte representação, no uso da competência delegada que lhe confere o artigo 1º, VI, da Portaria DRF/SDR no 12, de 10 de fevereiro de 2014 – DOU de 12 de fevereiro de 2014, visando a exclusão do regime simplificado de pagamento de impostos e contribuições criados pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, do Contribuinte acima identificado, com a expedição do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional.

A exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, janeiro de 2011, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido estabelecido pela Lei Complementar 123/2006, pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Anexo à presente Representação cópias do Termo de Início de Fiscalização, e do respectivo de Edital de Ciência do Termo de Início de Fiscalização.

Está registrado no Ato Declaratório Executivo DRF-Salvador/SEFIS nº 013, 16 de dezembro de 2014, e-fls. 362-363:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, consoante o apurado no processo nº 10580.730.430/2014-33, excluído do Simples Nacional a partir do dia 01/01/2011 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: GEO — INDUSTRIA COMERCIO E SERVIÇOS EIRELI - EPP CNPJ: 03.427.588/0001-52 Data da opção pelo Simples Nacional: 01/07/2007 Situação excludente: Após regularmente intimado, o contribuinte não apresentou os Livros Diário e Razão, como também não apresentou o Livro Caixa correspondente ao ano-calendário de 2011.

- Fundamentação Legal: Art. 26 §2º e Art. 29 VIII, da lei complementar 123/06, combinados com os Arts. 3º, I, Parágrafo 3º, 027, e o Art. 13-A da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional, CGSN, N. 10/07.

- Data da ocorrência: 01/01/2011 Art. 2º A exclusão do Simples Nacional surtirá os efeitos previstos no artigo 29, § 1º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas alterações posteriores.

Art. 3º Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 07 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples Nacional, à Receita Federal do Brasil de Julgamento de sua jurisdição, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do Simples tornar-se-á definitiva.

Está registrado no Termo de Verificação Fiscal, e-fls. 54-56, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

2.0 — DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

O contribuinte é optante pelo Simples, e, Devido à falta de apresentação do livro Caixa e/ou do Diário e do Razão, lavramos a Representação Fiscal para exclusão do Simples Nacional, em função do disposto no Art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar 123/06, uma vez que não foram entregues a esta fiscalização o Livro Caixa, ou os Livros Diário e Razão.

Foi formalizada através do Ato Declaratório Executivo DRF-Salvador/SEFIS nº 013, de 16 de dezembro de 2014, a exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do dia 01/01/2011.

Consta no Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

2.3 DA NULIDADE DO LANÇAMENTO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO.

INSUBSISTÊNCIA DA EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES NACIONAL.

O contribuinte contesta sua exclusão retroativa do Simples Nacional a partir de 01/01/2011 considerando que “possui a regulamentar escrituração, que, todavia, somente não foi apresentada porque não tomou conhecimento das intimações, eis que feitas via edital de forma equivocada”, conforme já enfrentado e desqualificado no exame preliminar.

Desta forma, insubsistente sua exclusão do Simples Nacional, entende que não poderia ser imputado de lançamento de outros tributos tendo por base o Lucro Arbitrado, pugnando pela “extinção dos autos de infração ou, na pior das hipóteses, que o crédito tributário eventualmente constituído seja apurado

conforme as regras da Lei Complementar 123/06.” Neste ponto, faz-se necessário recorrer ao Processo de Exclusão do Simples Nacional, nº 10580.730430/2014-33, donde se extrai o Ato Declaratório de Exclusão nº 13 de 16/12/2014, com efeitos a partir de 01/01/2011 (fl.362) [...].

O contribuinte foi cientificado do ADE em questão pelo Edital 299/2014, em 31/12/2014, sendo-lhe facultado apresentar Manifestação de Inconformidade contra o ato de exclusão. A contestação não foi apresentada, implicando a definitividade da exclusão do contribuinte do Regime Especial do Simples Nacional a partir de 01/01/2011.

Registre-se que a causa de exclusão do Simples Nacional foi a não apresentação do Livro Caixa, livro fiscal obrigatório para os optantes por aquele Regime (art. 26, §2º, LC 123/2006), enquadrando o contribuinte numa das hipóteses de exclusão do art. 29 daquela Lei complementar.

Assim sendo, o Acórdão da 10ª Turma da DRJ/BHE/MG nº 02-68.059, de 25.04.2016, e-fls. 455-486, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Restou comprovado nos autos que a Recorrente falta com a escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária e assim é excluída do Simples Nacional com efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 anos-calendário seguintes quando fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

No curso do processo a Recorrente teve oportunidade de produzir o acervo-fático probatório de suas alegações. Porém, a totalidade das divergências não estão comprovadas, pois não foram apresentadas evidências robustas com força probante conjuntural do direito pleiteado.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional). No curso do processo a Recorrente teve oportunidade de produzir o acervo-fático probatório de suas alegações. Porém, a totalidade das divergências não estão comprovadas, pois não foram apresentadas evidências robustas com força probante conjuntural do direito pleiteado. Por conseguinte, não cabe razão à Recorrente.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional). O Parecer Normativo Cosit nº 23, de 06 de setembro de 2013, determina “que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo”. “As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN” (Agravo em Recurso Especial nº 2554882/SP).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 98 do Anexo do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 98 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023).

Lançamentos Reflexos

O nexo causal entre as exigências de créditos tributários, formalizados em autos de infração instruídos com todos os elementos de prova, determina que devem ser objeto de um

único processo no caso em que os ilícitos dependam da mesma comprovação e sejam relativos ao mesmo sujeito passivo (art. 9º do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972). Os lançamentos de CSLL, PIS e Cofins sendo decorrentes da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que o resultado do julgamento destes feitos acompanhem aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em conhecer parcialmente do recurso voluntário, na parte conhecida em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar-lhe provimento em parte para reduzir o percentual da multa de ofício qualificada aplicada de 150% para 100% dada a retroatividade benigna.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva