



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

Processo nº 10660.720149/2013-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.400 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria SIMPLES.
Recorrente JS COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizasse

Omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO.

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas.

Uma vez que há expressa previsão legal a prever a penalidade aplicada, a autoridade administrativa a ela está vinculada, não cabendo a esta apreciar questões atinentes a ofensas a princípios constitucionais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

NULIDADE. LANÇAMENTOS. TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa/falta de motivação, uma vez que os Autos de Infração e os Termos de Sujeição Passiva Solidária foram formalizados com motivação e descrição dos fatos compatíveis com o enquadramento legal, em estrita observância aos requisitos legais.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRI PESSOAL. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI.

Não me parece suficiente a imputação realizada, de disporem as pessoas físicas de poderes gerenciais, suficiente a desencadear a solidarização levada a efeito. A Fiscalização não comprovou, aliás, nem mesmo argumentou, qual seria o preciso interesse na situação que constituiu o fato gerador (regra do 124, I), nem mesmo qual a relação direta e pessoal com tal situação (regra do 121).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso

(assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada contra decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ em Juiz de Fora/MG.

Extraí-se do presente processo administrativo que em desfavor da ora recorrente foram lavrados autos de infração referentes ao IRPJ (Simples Nacional), à CSLL, ao PIS/Pasep e à Cofins, cujos fatos geradores se deram entre os meses de janeiro a dezembro do ano-calendário 2008.

Consta do Termo de Verificação Fiscal – TVF, que a empresa, optante pelo SIMPLES, foi selecionada para o procedimento fiscal por apresentar movimentação financeira incompatível com a receita declarada, nos anos-calendário 2008 e 2009, sendo que no período do procedimento fiscal, a empresa foi intimada por diversas vezes, sendo lavrados Termo de Início de Procedimento Fiscal, Termo de Constatação e de Intimação Fiscal, Termo de

Documento assinado digitalmente por Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, em 18/04/2014.

Autenticado digitalmente em 18/04/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/04/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 22/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Notificação e Termo de Constatação Fiscal e pela análise de toda a documentação coletada, segundo a Fiscalização, o sujeito passivo teria cometido infrações a dispositivos e normas legais pertinentes ao SIMPLES NACIONAL e demais dispositivos legais aplicáveis, fundamentando-se a exigência no art. 34 da Lei Complementar n.º 123/2006 e no art. 42 da Lei n.º 9.430/96, que trata da omissão de receita por presunção legal.

Diante de tais constatações (omissão de receitas), passou a Fiscalização a delinear os aspectos impeditivos da permanência da empresa no Regime de Tributação SIMPLES NACIONAL, para depois tratar dos acréscimos legais devidos, dentre os quais majoração de alíquotas, multa e juros de mora aplicáveis, assinalando-se ainda, a sujeição passiva solidária, com fundamentação legal nos arts. 124, 135, inciso III, e 137, inciso I, todos do CTN.

Inconformada, a contribuinte tem alegado que os créditos que ingressaram em suas contas-correntes no ano-calendário 2008 foram provenientes de intermediação de negócios e que se resguarda no direito de demonstrar a veracidade de suas alegações, através de todos os meios de prova admitidos em direito, seja em sede administrativa ou judicial, justificando se tratar de empresa comercial de produtos agropecuários, que possui como atividade principal Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral com Predominância de Insumos Agropecuário e desta forma seu CNAE principal é 4692300, mas também opera em outras atividades dentre as quais Representantes Comerciais e Agentes do Comércio de matérias primas agrícolas e animais vivos e cujo CNAE secundário é 4611 700 e ainda trabalha com o Transporte Rodoviário de Carga cujo CNAE secundário é 4930201.

Seguiu aduzindo que com estes objetivos, além de sua atividade principal realiza intermediação de venda de produtos agropecuários e durante o ano-calendário de 2008 realizou diversas intermediações de venda, e apesar do produto não lhe pertencer o numerário ingressava em sua conta corrente para posterior repasse aos proprietários da mercadoria, com o ganho de comissão, justificando que quando uma pessoa interessada desejava vender seu produto, ela impugnante efetuava a intermediação, oferecendo a mercadoria para diversos compradores, e, na concretização da compra e venda, a nota fiscal era emitida diretamente para o adquirente e, posteriormente, recebia o valor total do lote vendido em suas contas-corrente, mas antes de fazer a remessa da quantia ao produtor, equivalente ao preço do produto, deduzia a comissão contratada, e, em alguns casos o valor do transporte da mercadoria e demais despesas inerentes à intermediação realizada (contratada pelos vendedores).

Insistiu que os valores que ingressaram em suas contas-correntes a título de recebimento da operação havida entre o vendedor e o comprador foram efetivamente repassados a seus legítimos donos, não permanecendo como quer fazer crer o Auto de Infração que lhe fora imposto, em sua posse.

Defendeu que não pode a Fiscalização pretender tributar como "renda" valores que ingressaram nas contas-correntes quando essas mesmas quantias tiveram outro destino, ou seja, foram repassadas aos produtores que delas faziam *jus*, sendo que funcionava apenas como um elo que interligava vendedor e comprador e que na condição de empresa atuante no mercado agrícola, vários eram os negócios realizados dia a dia, entre produtores, comerciantes, destinatários industriais de mercadorias.

Seguiu dando conta de que atuava interligando esses vários componentes da cadeia produtiva, no entanto, operando nessas condições como intermediária que ganhava comissão pelos negócios consumados entre um (vendedor) e outro (comprador), sendo certo

que detinha confiança dos vendedores que visualizavam sua sólida atuação no mercado, e por essa razão, os créditos provenientes desta operação de compra e venda promovida entre terceiros acabavam por ser lançados em suas contas-correntes, porém, não se apoderava das somas em dinheiro que eram tão somente creditadas e quando as quantias ingressavam como pagamento dos produtos intermediados cabia-lhe proceder ao desconto de sua comissão ajustada e outras despesas eventuais, sendo certo que o valor principal (devido em virtude da venda do produto) era destinado ao seu legítimo dono.

Reputou que acaso todo o valor que ingressou em conta corrente lhe pertencesse, a empresa se tornaria uma megapotência no mercado agrícola, no entanto, a situação é outra, muito diversa da visualização que lhe deu o Auto de Infração, pois como em todo negócio tem seus ápices e suas quedas, a empresa, apesar da confiança que os produtores ainda lhe depositavam, foi perdendo mercado para outros concorrentes, sendo que tal situação de retrocesso econômico atingiu não só o setor de intermediação, atingindo também o seu setor comercial e de transporte.

Diante desse contexto, em que as despesas passaram a exibir mais dígitos que as receitas, reputou a contribuinte que outro caminho não lhe sobrou senão fechar suas portas reafirmando que apenas intermediava negócios e que se haveria de considerar para todos os fins que lhe coube, dos valores que ingressaram em suas contas correntes no ano de 2008, um percentual variável entre 2% e 3%, que era normalmente a comissão ajustada entre o vendedor do produto e o adquirente deste, arrazoando que sugerir tenha se apoderado de todas as quantias que lhe foram creditadas é absurdo e não representa sua atual condição de ex-empresa.

Aduziu, por fim, que não tendo permanecido os valores nas contas correntes não haveria razão para que seja tributada pelo excesso, mas somente pelo percentual variável entre 2 e 3%, que era efetivamente os percentuais que recebiam como comissão pela intermediação dos negócios.

Na sequência do seu inconformismo, a recorrente protestou contra sua exclusão do Simples Nacional, afirmando que acaso tivesse sido notificada à época (2009), certamente seria possível comprovar a origem dos créditos, já que a empresa ainda estava em funcionamento, sendo que como o desfecho da apuração somente *a posteriori*, não poderia a Fiscalização impingir-lhe a exclusão ao argumento de que houve excesso na apuração da Receita Bruta Anual.

Por fim, requereu a improcedência do lançamento efetuado e da majoração de 20% imposta sobre as alíquotas máximas do Simples Nacional e a multa aplicada no percentual de 75%, alegando, com relação a esta última, ofensa ao princípio constitucional do não confisco.

Consta dos autos que as pessoas físicas solidarizadas, apresentaram Impugnações separadamente da empresa autuada, sendo que o Sr. Sílvio de Souza Filho, após um breve relato dos fatos, requereu a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, por alegada ausência de motivação do ato administrativo. Nessa linha de argumentação, entende que a sujeição passiva tributária, como elemento essencial do lançamento, subordina-se ao princípio da legalidade estrita. Sendo assim, o referido termo de sujeição há que ser analisado à luz da legislação e não a meros ‘achismos’ da fiscalização. Entende que o princípio da motivação obriga a autoridade administrativa a indicar as razões, quais foram os fatos, qual é o fundamento de direito, qual o resultado almejado, em suma, a autoridade vai dar a justificativa do ato. Aduz ainda que não se poderia aceitar que os fundamentos do ato administrativo deixem de constar em seu bojo, já que o ato é dirigido a ele impugnante, a situação deve ser

avaliada em relação à sua pessoa, não de forma genérica como se vê no indicado item 4 do TVF.

Reputou assim, que a decisão que atribui sujeição passiva por responsabilidade deve ser adequadamente motivada e fundamentada, não apenas em relação à norma jurídica, mas em relação especialmente ao preenchimento dos requisitos de fato para a aplicação de tal norma. Não pode o contribuinte ou o responsável solidário depender de presunções e ficções em relação à motivação de sua inclusão no polo passivo da obrigação, sendo que tais presunções são inadmissíveis, pois acabam impondo ao autuado deveres probatórios ontologicamente impossíveis, não razoáveis e desproporcionais.

Defendeu que o apontamento genérico de que era sócio/sócio-administrador da empresa, por si só, não esclarece a motivação do ato administrativo, que deveria estar embasado em atos irregulares na prática da administração, atos este que devem ser dolosos e reais, jamais presumidos. Conclui dizendo que o ato jurídico administrativo não aponta a situação de fato que nos leva a reconhecer o motivo para sua consecução pela autoridade fiscal, devendo ser declarado nulo o referido Termo.

Em suas razões de mérito, o Sr. Sílvio de Souza Filho alegou que, independentemente do cargo ocupado na administração, nunca foram praticados atos com excesso de poder ou mesmo com infração de lei, pelo que entendem indevida a autuação da pessoa física do sócio, pois esta não se confunde com a personalidade jurídica da empresa, defendendo que a fiscalização o responsabilizou sem apontar as razões ou qualquer motivação em relação aos requisitos de fato para a aplicação da norma. Dessa forma, para ele o fundamento utilizado para a lavratura do TSPS foi unicamente o alegado “interesse comum”, já que não há indicação de atos previstos no caput do art. 135.

No mais, arrazouou acerca da legitimidade para atribuir responsabilidade a terceiro, citando precedentes do então Conselho de Contribuintes, suscitando o total descabimento da aplicação do art. 137 do CTN ao caso, porquanto, como já demonstrado, não agiu de forma a lhe incidir o art. 135 e não houve qualquer ato ilícito, irregularidade, na gestão da empresa.

O Sr. José Dias, igualmente requereu a nulidade do auto de infração, no tocante a alegada total inexistência de justa causa para a sua lavratura contra ele, ante a inocorrência de qualquer ilicitude. Cita o inciso II do art. 5º, da Constituição Federal e demais dispositivos que entende aplicáveis, para depois mencionar o princípio da legalidade tributária.

Alegou ainda, ilegitimidade passiva, eis que à época dos fatos, ano-calendário 2008, era sócio minoritário da empresa, consoante atestam os atos contratuais de fls. 423/424 e 425/426, sendo que para configurar sua total ilegitimidade bastaria aferir-se os documentos de fls. 160/167, que se referem aos documentos apresentados pelo Banco Bradesco, mais especificamente o Cadastro de Clientes, dos quais se notaria as pessoas autorizadas a movimentar as contas correntes em questão, entre as quais ele impugnante não estaria.

Por fim, aduziu que o auto de infração padeceria de vícios materiais, porquanto entende que a movimentação financeira de suas contas corrente jamais foi uma forma de receita, mas sim, uma mera movimentação do dinheiro do cliente para o fornecedor. Depois passa a tecer comentários sobre a atividade de Representação Comercial e questiona a base de cálculo do auto de infração, porquanto entende que os valores recolhidos aos cofres

públicos a título de ICMS/ISS jamais poderão ser considerados faturamento/lucro da empresa. Solicitou a produção de prova pericial contábil, indicando perito e quesitos.

A 1ª Turma da DRJ em Juiz de Fora/MG, nos termos do acórdão e voto de folhas 524 a 546, julgou o lançamento parcialmente procedente para os fins de manter a exigência consubstanciada nos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, períodos de apuração fevereiro a dezembro de 2008, com respectivas multas e juros de mora, exonerar a exigência consubstanciada nos autos de infração IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, ref. ao período de apuração janeiro de 2008, pela ocorrência de decadência e manter a responsabilização tributária atribuída ao Srs. Silvio de Souza Filho e ao Sr. José Dias.

A contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fl. 556), arguindo preliminar de nulidade da decisão impugnada, por alegada ausência de fundamentação, porquanto o aresto impugnando não teria se manifestado acerca da sua justificativa de as movimentações financeiras em sua conta corrente seriam fruto da intermediação de negócios.

Quanto ao mérito, reiterou os argumentos já relatados e pugnou por provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Jr., Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos genéricos de recorribilidade. Admito-o para julgamento.

Apresenta-se para julgamento típico caso de presunção de omissão de receitas fundada, em presunção, em depósitos bancários cuja origem, intimado a fazê-lo, o contribuinte não comprova. Houve ainda a solidarização dos sócios e a exclusão do SIMPLES em razão da receita omitida ultrapassar o limite legal.

Tal como se denota do relatório acima circunstanciado, a decisão primitiva julgou os lançamentos parcialmente procedentes, acatando a presunção legal e a solidarização, afastando apenas parcela do lançamento cujo crédito tributário foi extinto pela decadência.

Em sua peça recursal a contribuinte reafirma sua insurgência, alegando, em resumo, que os valores tidos como receita omitida, não lhe pertenceriam na medida em que intermediava negócios em nome de terceiros, alegando ainda, que a decisão recorrida seria nula por não enfrentado tal questão.

Com este cenário, considerando ainda o tema afeito à solidarização dos sócios, de bom alvitre o enfrentamento segregado dos temas.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE.

I.1 – Vício de fundamentação da decisão recorrida

Reputa a contribuinte que a decisão seria nula porquanto não apreciou-se seus argumentos no sentido de que os depósitos bancários considerados como receita omitida seriam frutos de intermediação de negócios, pertencentes, portanto, a terceiros.

O inconformismo preliminar da contribuinte, no entanto, não prospera. Verifica-se que a decisão recorrida está fundamentada e articulada de forma clara e precisa, fundando-se na presunção legal de omissão de receitas decorrente da manutenção de depósitos bancários cuja origem não teria sido comprovada.

Ora, se a decisão recorrida considerou os depósitos bancários como se “origem não comprovada”, é sobremodo claro que rejeitou as justificativas da contribuinte de que seriam os tais depósitos meras movimentações pertencentes a terceiros.

Considero hígida e fundamentada a decisão recorrida, não vislumbra-se qualquer nulidade ou omissão que impliquem em nulidade, mesmo que o conteúdo material venha a ser reformado, razão pela qual, rejeito a preliminar de nulidade.

II – MÉRITO

II.1 – Omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada.

Como bem descrito no relatório, a recorrente, optante pelo SIMPLES, foi selecionada para o procedimento fiscal por apresentar movimentação financeira incompatível com a receita declarada, nos anos-calendário 2008 e 2009, sendo que no período do procedimento fiscal, a empresa foi intimada por diversas vezes, a comprovar a origem dos depósitos bancários, porém não o teria feito, fundamentando-se a exigência no artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

A contribuinte tem justificado que os créditos que ingressaram em suas contas-correntes no ano-calendário 2008 foram provenientes de intermediação de negócios, justificando se tratar de empresa comercial de produtos agropecuários, que possui como atividade principal Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral com Predominância de Insumos Agropecuário e desta forma seu CNAE principal é 4692300, mas também opera em outras atividades dentre as quais Representantes Comerciais e Agentes do Comércio de matérias primas agrícolas e animais vivos e cujo CNAE secundário é 4611 700 e ainda trabalha com o Transporte Rodoviário de Carga cujo CNAE secundário é 4930201, e que com estes objetivos, além de sua atividade principal realiza intermediação de venda de produtos agropecuários e durante o ano-calendário de 2008 realizou diversas intermediações de venda, e apesar do produto não lhe pertencer o numerário ingressava em sua conta corrente para posterior repasse aos proprietários da mercadoria, com o ganho de comissão, justificando que quando uma pessoa interessada desejava vender seu produto, ela recorrente efetuava a intermediação, oferecendo a mercadoria para diversos compradores, e, na concretização da compra e venda, a nota fiscal era emitida diretamente para o adquirente e, posteriormente, recebia o valor total do lote vendido em suas contas-corrente, mas antes de fazer a remessa da quantia ao produtor, equivalente ao preço do produto, deduzia a comissão contratada, e, em alguns casos o valor do transporte da mercadoria e demais despesas inerentes à intermediação realizada (contratada pelos vendedores).

Com efeito as justificativas da contribuinte carecem de comprovação documental que permitam aferir que de fato os valores contidos nas contas bancárias, objeto da autuação, de fato pertenciam a terceiros e que cabia a ela recorrente apenas os valores referentes a eventuais comissões.

Tirante o argumento de que gozava de grande prestígio entre os produtores, e por isso intermediava seus negócios, a contribuinte não juntou aos autos qualquer evidência material, contratos, correspondências, ou coisa que o valha, capaz de afastar a presunção contida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Aliás, bem reconheceu a decisão recorrida que a Fiscalização valeu-se da presunção legal diante da negativa, da recorrente, em prestar esclarecimentos, efetuando o lançamento com os elementos de que dispunha, extratos bancários e declarações apresentadas pela empresa – DASN, sendo que a própria contribuinte declarou não ter como fornecer a documentação fiscal/comercial solicitada, apesar da obrigatoriedade de escrituração, guarda e apresentação, nos termos da legislação de regência.

Rejeitada a justificativa de intermediação de negócios, ausente qualquer elemento de prova que atestasse o postulado da contribuinte, de rigor reconhecer a prevalência

da exigência, dada a a matriz sobre a qual repousa a autuação, consistente no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, segundo o qual, presume-se receita omitida, os valores mantidos em conta bancária cuja origem, intimado a fazê-lo, o contribuinte não comprova.

Sendo assim, para além de alegar tratar-se de intermediação de negócio em nome de terceiros, cumpria à contribuinte demonstrar o fidedigno liame documental que assim traduzisse os tais depósitos, situação que não verifico na espécie.

Convém registrar que não se desconhece que os depósitos bancários por natureza e de imediato, não se constituem em sinônimos de receita. Por outro turno, como já registrado acima, também não é lícito olvidar a expressa disposição do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 consagrador de que caracterizam-se como 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 comprova mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Tem-se na espécie, portanto, perfeita subsunção das circunstâncias fáticas à abstrata previsão de presunção legal de omissão de receitas, de sorte que o fato relevante para autuação, não foi a simples existência dos depósitos, o critério legal se dá com a ausência de comprovação, por documentação hábil e idônea, da origem da indigitada movimentação financeira, esta sim, a ensejar por disposição legal a presunção de que se omitiu receita.

Para infirmar os trabalhos fiscalizatórios, portanto, cumpria à Recorrente afastar o motivo pelo qual se implementou a presunção, que como visto no parágrafo precedente, não era a existência dos depósitos ou sua natureza jurídica incompatível com a definição de receita, consistindo sim, na prova documental das origens de tais depósitos e a consequente demonstração de não se constituírem em parcela tributável.

Ausente qualquer comprovação documental quanto à origem dos depósitos considerados pela Fiscalização, está incidir na espécie a presunção legal versada no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e consoante pacífico entendimento desse Conselho Administrativo Fiscal, observado, por exemplo, no verbete da Súmula CARF nº 26 abaixo reproduzida, o Fisco está dispensado até mesmo de comprovar o consumo da renda representada pelos aludidos depósitos, confira-se:

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. SÚMULAS VINCULANTES Acórdão nº CSRF/04-00.157, de 13/12/2005.*

Por essas razões, consideram-se hígidas e suficientes as imputações realizadas pela Fiscalização, amparadas em presunção disposta na legislação de regência, considerando-se suficientemente demonstrada a materialidade tributável apontada e reconhecida pela decisão recorrida.

II.2 – Exclusão do SIMPLES, multa aplicada e majoração de alíquota

No que toca à consequente exclusão do SIMPLES, de igual forma se apresenta correto o conteúdo da decisão recorrida.

Bem esclareceu a decisão recorrida que a contribuinte afirma que para a fixação da base de cálculo da contribuição para o Pis e da Cofins utiliza-se o faturamento, neste não incluídos o ICMS e o ISS, porquanto os valores referentes a tais tributos irão diretamente para os cofres públicos, pelo que não podem ser considerados faturamento e em relação ao Imposto de Renda e à CSLL, alega ser ainda maior a impropriedade. Porém, o enquadramento legal utilizado pela fiscalização para o lançamento do crédito tributário foi o §1º do art. 3º da LC n.º 123/2006, matéria que trata do SIMPLES NACIONAL:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

[...]

§1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Torno a dizer, correta a decisão da DRJ, ao assentar que o conceito de receita bruta, para os fins da lei em exame, compreende o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, deduzidas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, ou seja, não há previsão legal para a dedução dos impostos ICMS/ISS dos tributos apurados e lançados pela sistemática, IRPJ/CSLL/Pis/Cofins – Simples Nacional, razão pela qual não há que se excluir qualquer valor a título de ICMS/ISS da base de cálculo dos tributos lançados pela fiscalização.

No que toca à majoração de alíquota, igualmente acertada a decisão ao dispor que a lei de regência assim o prevê, sendo certo que o Comitê Gestor do Simples Nacional, por meio da Resolução CGSN nº 05/2007, regulamentou expressamente a aplicação da referida majoração em seu artigo 9º, razão pela qual subsiste a exigência.

Igualmente se dá em relação à multa aplicada, que o foi no patamar mínimo de 75%.

As questões atreladas à constitucionalidade ou mesmo pertinência da Lei, são matérias sabidamente vedadas de apreciação pelo órgão administrativa, presente o verbete da Súmula CARF nº 02, segundo a qual “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

III – DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Relembra-se por oportuno que a recorrente JS Comércio, foi autuada em razão de não comprovar, a despeito de intimada a fazê-lo, a origem dos indicados depósitos bancários mantidos em contas correntes de sua titularidade.

Em virtude da referida constatação, os sócios (pessoas físicas) foram responsabilizados nos termos do artigo 124 do CTN, sendo necessário, portanto, analisar a inclusão das pessoas físicas como corresponsáveis e a consequente insurgência em sede de Recurso Voluntário contra a tal responsabilização.

Nesta oportunidade, em vista da recente modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de participação na esfera administrativa das pessoas responsabilizadas e solidarizadas, tenho por bem rever meu posicionamento quanto a matéria objeto do inconformismo aqui apreciado.

Firmei entendimento em casos anteriores de que vigorando a jurisprudência de que bastaria à Fazenda a inclusão na CDA para responsabilização pessoal e solidarização, e tendo o auto de infração sido lavrado contra a pessoa jurídica, não seria de grande relevo o enfrentamento, na sede administrativa, das circunstâncias materiais que redundaram na lavratura do Termo de Solidarização com fulcro no inciso I, do artigo 124 do CTN, eis que cumpriria à fase de eventual cobrança judicial tais enfrentamentos.

Repensando estas circunstâncias, no entanto, e com maior razão contemplando as questões materiais que envolvem o caso concreto, de bom alvitre perquirir minudentemente a solidarização das pessoas físicas levadas a efeito no presente processo.

Prioritariamente, a questão deve ser brevemente analisada pelo viés da responsabilidade e da solidariedade tributária. Hugo de Brito Machado, em artigo intitulado “A Solidariedade na Relação Tributária e a Liberdade do Legislador no art. 124, II, do CTN, publicado recentemente na Revista Dialética de Direito Tributário, cuidadosamente assentou que “para que seja cabível o lançamento com a consequente cobrança do tributo e da penalidade pecuniária correspondente, o sujeito passivo há de ter, além do dever de pagar o tributo, que não cumpriu, também a responsabilidade, assim compreendido como o estado de sujeição, de sorte que não se situará a discussão na esfera da liberdade, mas na esfera da coerção”. (Revista Dialética de Direito Tributário, edição 195, página 61).

Ora, do raciocínio acima deduzido vê-se que para que se possa exigir a obrigação tributária de determinada pessoa, imperioso que se afira o estado de sujeição passiva, para análise do consequente dever e responsabilidade. A questão que se põe, no entanto, dá-se em panorama um tanto distinto, precisa-se aferir a sujeição passiva decorrente da solidarização, de sorte que alguns elementos extras, necessariamente, precisarão ser analisados.

Como bem se sabe, tratando-se de solidariedade no contexto da obrigação tributária, presente a unicidade da sujeição ativa do tributo, pode-se defini-la, falo da solidariedade, como vínculo estabelecido entre os sujeitos passivos da respectiva obrigação, que os une de tal forma que os aspectos matérias oponíveis a um (ou por um) aproveita os demais.

Dito isso, não é despidendo lembrar que o Código Tributário Nacional estabeleceu duas espécies de sujeição passiva, os ditos contribuintes, e os responsáveis tributários. Para os casos de solidarização, a exemplo do que aqui se analisa, interessa a modalidade de sujeição passiva “contribuinte”, também chamado de sujeito passivo por excelência.

Tratando, portanto, de sujeição passiva por solidarização na modalidade contribuinte, de bom alvitre visitar o que dispõe o artigo 121 do CTN, consagrador de que é

contribuinte a pessoa que tenha relação direta e pessoal com o fato gerador do tributo, sendo este o liame que se terá de atingir para classificação de determinada pessoa como contribuinte, não sendo diferente para o contribuinte solidarizado.

Verificado que o norte para caracterização do contribuinte é a sua relação direta e pessoal com o fato gerador, deve-se mencionar que o artigo 124 do CTN, dispõe em seu inciso I, que são solidariamente responsáveis as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

Comungando ambas as regras, pode-se dizer que a figura da solidariedade não se afasta daquela contida no Código Civil, Livro I, Título I, Capítulo VI, “Das Obrigações Solidárias”, ou seja, há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com um direito, ou obrigado, à dívida toda.

Sendo assim, caso se tenha pluralidade de pessoas com interesse na situação que constitua o fato gerador (regra do 124, I) e todas tenham mantido relação direta e pessoal com tal situação (regra do 121), apresenta-se possibilidade de solidarização.

Luiz Antonio Caldeira Miretti *in* Comentários ao Código Tributário Nacional, 6ª edição, editora Saraiva, pág. 242 em diante, assevera que “o instituto da solidariedade em matéria tributária, assegura o interesse do Fisco para a busca de seu direito de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária, ocorrendo a solidariedade, consoante afirma o indigitado autor, sempre que se der a presença de mais de um sujeito passivo na mesma relação tributária, destacando-se como premissa a existência de “interesse comum” das pessoas que participam da situação fática geradora da obrigação”.

Importante registrar, na ordem daquilo que argumentaram os recorrentes responsabilizados, que a solidariedade advinda do interesse comum, tal como esquadrihada acima e prevista no CTN, dispensa previsão específica na lei que regular o determinado tributo, para apontar os devedores solidários, porquanto a distinção do CTN é de caráter geral, aplicando-se aos tributos contidos no sistema tributário nacional.

Feitas essas ponderações de ordem conceitual, observa-se que as pessoas físicas foram solidarizadas nos moldes dos Termos de Sujeição Passiva Solidária encartados das folhas 339 à 342, sendo que a Fiscalização apresentou a genérica justificativa de as pessoas físicas em questão participaram ativamente da gerência dos negócios da pessoa jurídica.

Não me parece suficiente a imputação realizada, de disporem as pessoas físicas de poderes gerenciais, suficiente a desencadear a solidarização levada a efeito. A Fiscalização não comprovou, aliás, nem mesmo argumentou, qual seria o preciso interesse na situação que constituiu o fato gerador (regra do 124, I), nem mesmo qual a relação direta e pessoal com tal situação (regra do 121).

A imputação genérica, tal como feita, levaria à impensável ideia de sujeitar todo e qualquer administrador, mesmo em caso de singela omissão de receitas, desprestigiando as regras claras e indubitadas que permitem a solidarização, mas que a seu turno, exigem comprovação dos fatos capazes de desencadear a solidarização.

Sendo assim, entendo que neste tópico específico a decisão recorrida está a merecer reforma, devendo-se excluir a solidarização das pessoas físicas arroladas neste processo.

IV – CONCLUSÃO

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

Autenticado digitalmente em 18/04/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/04/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 22/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10660.720149/2013-11
Acórdão n.º **1301-001.400**

S1-C3T1
Fl. 8

Diante do que foi exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar as preliminares, assentar a procedência do auto de infração, considerada a omissão de receitas decorrente de presunção legal, afastando, no entanto, a sujeição passiva solidária das pessoas físicas arroladas, motivo pelo qual dou **PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO**.

Sala das Sessões, em 12 de fevereiro de 2014.

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.