



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10670.000336/2009-80
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.729 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2021
Recorrente EVERESTE TÊXTIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004, 2005

LANÇAMENTO FISCAL. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO. ELEMENTOS DE PROVA. INDISPENSABILIDADE. LUCRO ARBITRADO. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL. AUSÊNCIA DE JUNTADA AOS AUTOS. NULIDADE DO LANÇAMENTO

É nula a exigência do crédito tributário formulada sem a juntada dos elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. No caso de se considerar a escrituração comercial do sujeito passível imprestável para a apuração do Lucro Real, é indispensável a juntada da referida escrituração, sob pena de nulidade do lançamento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e, quanto à parte conhecida, por maioria de votos, em reconhecer a nulidade do lançamento fiscal, suscitada de ofício pelo relator, e, por consequência, dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os Conselheiros Ricardo Marozzi Gregório, Andréia Lucia Machado Mourão e Marcelo Lucia Machado Mourão que votaram por rejeitar a nulidade do lançamento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Marozzi Gregório, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em relação ao Acórdão n.º 09.25-196, de 15 de julho de 2009, proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG (fls. 758/778), que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo, e cuja ementa é a seguinte:

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

Ano-calendário: 2004, 2005

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECONSTITUIÇÃO DE ESCRITA. RECEITA CONHECIDA.

A concessão de prazo se justifica quando há possibilidade de recomposição da escrituração em prazo razoável. A imprestabilidade da escrituração para apuração do lucro real não a torna inábil para o levantamento da receita auferida pela pessoa jurídica.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL, PIS E COFINS.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

A apresentação das declarações com valores zerados, relativas ao período de 2004 e 2005, aliada às demais irregularidades constatadas, com destaque para a emissão de notas fiscais frias e para a não escrituração de sua movimentação financeira, caracteriza o dolo da contribuinte em tentar impedir que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação principal e, portanto, enseja a aplicação da multa qualificada (150%).

INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO PROCURADOR. IMPOSSIBILIDADE.

Dada a existência de determinação legal expressa em sentido contrário, o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador deve ser indeferido.

MPF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O MPF é mero instrumento interno de controle da administração tributária, de sorte que sua eventual irregularidade formal não enseja a nulidade dos autos de infração; não se cogita de nulidade processual alisei tes as hipóteses do art. 59 do Decreto nº70.235/1972.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis pelo crédito tributário devido pela contribuinte as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal.

Os presentes autos se referem a lançamento relativos a crédito tributário a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS/Pasep).

Por bem resumir os fatos ocorridos até aquele momento, transcrevo o relatório da decisão recorrida, complementando-o, ao final (a numeração de folhas se refere ao momento anterior à digitalização dos autos):

Em 23/04/2008, a fiscalização esteve na cidade Espinosa/MG à procura da empresa em epígrafe ou de qualquer um de seus sócios ou representante, na tentativa de dar início ao procedimento fiscal através da correspondente ciência do Termo de Início de Fiscalização. Chegando ao endereço da empresa informado à RFB, foi constatado que esta não estava mais em atividade no local, havia apenas um galpão fechado. A autoridade administrativa foi informada por moradores da redondeza que a empresa não estava mais funcionando no local e que a pessoa que poderia dar informações sobre esta seria o Sr. Galego, residente naquela cidade;

Em contato com o Sr. Laurindo Fagundes Neto, conhecido como Galego, este informou não ser sócio da empresa, apesar de ter trabalhado na mesma quando esta se chamava Algodoeira Montreal Ltda.;

Nas DIPJs e DCTFs dos anos-calendário de 2004 e 2005, ambas entregues com valores "zerados", constava como sócio e representante da pessoa jurídica o Sr. Marcílio Carvalho de Melo, este conhecido do Sr. Galego, porém do qual não se sabia o endereço;

Consta nos arquivos da RFB como sócios atuais da empresa os Srs. Damião Ferreira da Silva e Geronimo Geraldo da Silva, dos quais o Sr. Galego informou desconhecer o endereço. Nessa oportunidade, a fiscalização já percebeu que os Srs. Damião e Geronimo se tratavam de interpostas pessoas, que haviam emprestado seus nomes para compor o quadro societário da empresa, dada a condição econômica e financeira dos mesmos, os quais nunca possuíram imóveis, veículos ou qualquer outro bem de valor econômico em seus nomes, e que apresentavam à RFB Declaração de Isento, com endereço residencial informado no CPF em ruas do Bairro Cohab II, em Sertania/PE;

Em 02/05/2008 foi lavrado outro Termo de Início de Fiscalização em nome da empresa, tendo como responsável o Sr. Marcílio Carvalho de Melo, o qual foi enviado pelos correios para o endereço informado por este Sr. constante do Cadastro de Pessoas Físicas da RFB — CPF e informado em sua DIRPF, sendo a correspondência devolvida com a data de 07/05/2008 com a informação "Desconhecido";

Em 02/05/2008 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal, devidamente cientificado ao Sr. Laurindo Fagundes Neto em 09/05/2008, onde, dentre outras informações, foi solicitado apresentar toda a documentação existente com vista a comprovar as operações efetuadas pela empresa nos anos-calendário de 2004 e 2005;

Em 26/05/2008 foi solicitada prorrogação de prazo para atendimento à Intimação, sendo esta respondida nos seguintes termos:

“ Figuro no quadro societário da Algodoeira Montreal de 12 de maio de 2004 a 13 de Abril de 2005. Retornou em 10 de março de 2006 até o período de 14 de março de 2007. No primeiro período comprou de Francisca Tavares da Silva, vendendo em seguida para Paulo Roberto Pinto de Almeida, comprando do mesmo no segundo período, vendendo a Damião Ferreira da Silva e Geronimo Geraldo da Silva', e ainda que conheceu os senhores Damião e Geronimo não sabendo informar os seus endereços e esquivou-se de responder a pergunta de quem são os verdadeiros donos da empresa Algodoeira Montreal Ltda. e Evereste Têxtil Ltda.. Apresentou cópia do Contrato Social da empresa Cotton Norte Ltda., antecessora da Evereste Têxtil e cópias de oito alterações contratuais registradas na Jucemg no período de 2002 a 2007.”;

Em 27/05/2008 foi lavrado outro Termo de Início de Fiscalização em nome da empresa em epígrafe, o qual foi enviado pelos correios para o endereço da empresa à rua Amélia de Alkimin, nº 178, Bairro Cidade Nova, na cidade de Espinosa/MG, recebido em 06/06/2008, com AR assinado. Em atenção a este, o Sr. Damião Ferreira da Silva, solicitou prorrogação de prazo para a apresentação da documentação solicitada, sendo esta concedida;

Esgotado o prazo para atendimento sem qualquer manifestação por parte da contribuinte no sentido de atendê-lo, foi lavrado Termo de Reintimação Fiscal informando que o não atendimento ao mesmo ensejaria o arbitramento do lucro e o seu correspondente lançamento de ofício;

Em 28/08/2008 foram apresentados à Fiscalização da DRF/MCR/MG a documentação relacionada à fl. 47;

Em 01/09/2008 foi lavrado outro Termo de Intimação Fiscal em nome da empresa em epígrafe, solicitando, dentre outras informações, os extratos bancários da empresa referentes aos anos-calendário de 2004 e 2005. Quanto a estes, não houve qualquer manifestação da empresa no sentido de apresentá-los, tendo esta somente entregue parte das notas fiscais de aquisição de matéria prima, notas fiscais de vendas e algumas notas de despesas. Não apresentou comprovantes de algumas rubricas de despesas escrituradas, tais como recolhimento de impostos e contribuições, rescisão contratual, multa rescisória, fretes e carretos, ordenados e salários, honorários contábeis, pró-labore, manutenção de máquinas, juros passivos etc;

A fiscalização relatou que, para todos os sócios constantes do quadro societário da empresa no período de 05/02/2002 até o ano-calendário de 2007 foram enviados Termo de Intimação Fiscal solicitando documentos e esclarecimentos, ou forma diligenciados diretamente nos endereços informados à RFB, restando evidenciado que boa parte deles informaram à RFB endereços inexistentes ou que nunca residiram ou foram estabelecidos e reconhecidos nos endereços informados, podendo-se assim resumir a situação:

- o Sr. **Marcílio Carvalho de Melo** é um dos verdadeiros donos da empresa e desde que a constituiu em 05/02/2002, juntamente com a sua à época esposa, Lidyane Santana dos Santos Melo, nunca desvinculou-se totalmente da empresa, tendo em alguns períodos retirado o seu nome do quadro societário e transferido suas quotas de capital para o nome de interpostas pessoas, conhecidas comumente como 'laranjas', uma vez que nunca possuíram capacidade econômica ou financeira para adquirir e gerenciar empresa deste porte. Informou endereço falso à RFB tanto no CPF, quando colocou nome de rua

não conhecida na cidade de Uberlândia/MG e código DDD da cidade de Sergipe, quanto nas suas DIRPFs, procurando ocultar do Fisco o seu verdadeiro domicílio. Posteriormente, em atendimento a Intimação, o contador da empresa, Sr. Carlos Fernando de Souza, informou a esta fiscalização o endereço correto do Sr. Marcílio, sendo este devidamente intimado, em 10/10/2008, a prestar esclarecimentos. Em 18/11/2008, apresentou resposta dissimulada e distante da verdade dos fatos, alegando, em síntese, que participou da sociedade desde a sua fundação e, posteriormente, vendeu suas cotas para Pedro Alves Martins Neto e Damião Ferreira da Silva; que conhece os Srs. Damião e Geronimo e informou os mesmos endereços falsos constantes da 7ª alteração contratual que deu como transferida a participação societária da empresa para os dois laranjas em 22/12/2006, sendo o pagamento das cotas realizado em dinheiro. Quanto ao último questionamento, apresentou resposta contraditória, alegando que *'a empresa nunca prestou serviços de beneficiamento para terceiros, o beneficiamento de algodão de algum produtor, ocorreu para que a pluma viesse a ser adquirida pela própria empresa'*. Nada informou sobre o recebimento dos valores correspondentes aos serviços de beneficiamento, se ocorria em espécie ou em mercadoria;

- a Sra. **Lidyane Santana Santos**, sócia fundadora da empresa no ano de 2002, é hoje sócia e responsável perante à RFB da empresa Unifibras Unidade e Beneficiamento de Algodão Ltda., empresa situada na cidade de Luis Eduardo Magalhães/BA,— empresa esta que teve como empregado, no período de 24/0 -6/2006 a 18/10/2006 e 01/06/2007 a 06/05/2008, o Sr. Damião Ferreira da Silva, que ali exerceu as funções de vigia. Em 29/05/2008 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal junto a esta empresa solicitando informações a respeito do Sr. Damião, o qual era a um só tempo, vigia na cidade de Luis Eduardo Magalhães/BA e empresário em Espinosa/MG. No entanto, em 04/07/2008, a correspondência foi devolvida pelos correios com o carimbo 'Não Procurado'. Devidamente intimada, em 21/08/2008, a prestar informações sobre a alienação de sua participação societária na empresa Cotton Norte Ltda., sobre o Sr. Damião e sobre o Sr. Marcílio, esta adotou o mesmo procedimento dos outros sócios ou laranjas intimados. Inicialmente, solicitou prorrogação de prazo para atendimento da intimação. Em seguida, respondeu que no período de junho de 2007 a maio de 2008 o Sr. Damião Ferreira da Silva *'exercia na empresa Unifibras a função de vigia, trabalhando oito horas por dia e com remuneração de um salário mínimo'*;

- o Sr. Pedro Alves Martins Neto, que teve seu nome figurando como sócio da empresa no período de 31/05/2002 a 26/02/2004, com quotas de capital no valor de R\$ 25.000,00, nunca teve condição econômica para tanto. Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS sobre os vínculos empregatícios do Sr. Pedro, verificou-se que ele, no período de 01/09/1998 até o mês de setembro de 2008, foi pedreiro, servente de obras, mantenedor de edificações, carregador (chapa), novamente pedreiro, sendo atualmente jardineiro. No período em que seu nome constava do contrato social da Algodoeira Montreal Ltda. era empregado como mantenedor de edificações (limpador ou conservador de fachadas) na empresa Construtora Monteiro de Castro S.A., CNPJ nº 64.132.277/0001-50. Na Algodoeira Montreal Ltda. trabalhou como 'chapa' no período 01/04 a 30/06/2005. Apresentou DIRPF/05, informando como ocupação principal 'motorista e condutor de transporte de passageiro' e informou ter recebido de pessoas físicas no ano-calendário de 2004 o valor de R\$ 3.040,00 e a baixa de sua participação societária na empresa, a qual era de R\$ 25.000,00, não informando o recebimento de qualquer valor referente a esta operação. Intimado e reintimado, até a presente não se dignou a atender os termos das intimações;

- a Sra. Francisca Tavares da Silva, natural de Correntes/PE, com grau de instrução primário incompleto, teve o seu nome compondo o quadro societário da empresa Algodoeira Montreal Ltda. no período de 31/05/2002 a 27/04/2004, com participação de 50% do seu capital social. Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS sobre os vínculos empregatícios do Sr. Francisca, verificou-se que no período de 27/09/2002 até o mês de setembro de 2008, somente teve emprego formal como faxineira na Loja de Conveniências Monsenhor Ltda., CNPJ nº 06.368.041/0001-11.

Portanto, trata-se de outra pessoa simples e sem capacidade econômica que teve seu nome usado de forma inescrupulosa por outros. Intimada pelos correios, o AR retornou com a designação 'Não Procurado'.

Reintimada, da mesma forma retornou a correspondência;

- o Sr. Laurindo Fagundes Neto, também conhecido na cidade de Espinosa como Galego, é um dos verdadeiros donos da empresa e um dos maiores fornecedores de algodão no período fiscalizado. Em 23/04/2008 informou verbalmente a esta fiscalização que havia sido sócio em um período e arrendatário em outro. Posteriormente, respondeu por escrito que havia sido sócio em dois períodos distintos e que havia alienado sua participação societária para os Srs. Damião e Geronimo. Como estes são laranjas, não resta a menor dúvida de que o Sr. Laurindo continua como proprietário. Intimado em 19/08/2008 a prestar esclarecimentos, foi pedido prorrogação de prazo para atendimento, não sendo até a presente respondido o referido termo. Reintimado em 29/09/2008, novamente solicitou prorrogação de prazo, tendo respondido, em síntese, que vendeu para a Algodoeira Montreal Ltda. os valores de mercadorias descritos nos demonstrativos que lhe forma apresentados; que o algodão vendido foi de produção própria; que o -recebimento-dos-valores-se-deu - em-cheque-emitido pela Algodoeira Montreal Ltda.; que não declarou os valores das vendas em suas DIRPFs, porém após as intimações retificou as declarações informando as vendas; e, por fim, prestou urna informação que desqualifica totalmente a escrituração da empresa e aponta mais urna fraude por ela cometida, ao informar que não recebeu produtos industrializados em retorno de industrialização, os quais foram escriturados com essa rubrica para o Sr. Laurindo em 2005 no valor de R\$ 1.170.000,00;

- o Sr. Paulo Roberto Pinto de Almeida foi outro laranja da empresa no período de 15/12/2004 a 04/01/2006. Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre os vínculos empregatícios do Sr. Paulo, verificou-se que no período de 01/06/1979 até o mês de setembro de 2008, exerceu as profissões de vendedor em comércio atacadista, vigia e trabalhador de serviços gerais (serviços de conservação, manutenção e limpeza), profissão esta exercida no ano de 2005 como funcionário da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, CNPJ nº 05.461.142/0001-70, percebendo para tal remuneração mensal média de 1,5 salário mínimo. Intimado, apresentou respostas evasivas e escorregadias e nada comprovou em relação ao que lhe fora solicitado. Foi Reintimado, não tendo até a presente data respondido tal termo;

- o Sr. Damião Ferreira da Silva é a pessoa que consta atualmente como principal sócio da empresa, com participação de 99% do seu capital social, o qual correspondente a R\$ 49.500,00, sendo também o representante legal da empresa junto à RFB.

Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre os vínculos empregatícios do Sr. Paulo, verificou-se que no período de 01/03/1985 até o mês de setembro de 2008, exerceu as profissões de pedreiro, trabalhador de manutenção de edifícios, vigia, servente de obras, frentista, novamente vigia e vigilante. No período de 24/06/2006 a 18/10/2006 e 01/06/2007 a 06/05/2008 foi empregado na empresa Unifibras Unidade de Beneficiamento de Algodão Ltda., CNPJ nº 06.120.644/0001-08, localizada na longínqua cidade de Luis Eduardo Magalhães/BA, exercendo ali a árdua tarefa de vigia por um módico salário mínimo mensal relativo a uma jornada diária de trabalho de 8 horas, paradoxalmente à função empresarial por ele mesmo exercida e ao mesmo tempo, na cidade de Espinosa/MG, como proprietário de uma empresa que faturou algo em torno de R\$ 18.000.000,00 por ano. Tudo isso sem desembolsar um centavo, uma vez que não possuía condições econômicas para comprar a sua participação no capital social da empresa e a gerenciar. Parece tratar-se de um homem onipotente e onipresente, apesar de quase analfabeto. Melhor dizendo, um super homem, que é a parte e o todo. É o frio e o calor. É o patrão e o empregado. É empresário em Minas Gerais e vigia na Bahia. Durante os exercícios de 1999 a 2007 apresentou à RFB declaração de isento. Informou no CPF como endereço de residencial a rua Quintino Bocaiúva. Nº 84, Sertania/PE. Intimado a prestar esclarecimentos, dentre

outras coisas, pediu prorrogação de prazo para atendimento e até a presente data não se manifestou;

- o Sr. Geronimo Geraldo da Silva, segundo informações verbais do contador da empresa, era ex-trabalhador rural que prestava serviços braçais de forma completamente informal ao Sr. Laurindo Fagundes Neto, uma vez que em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre os vínculos empregatícios do Sr. Geronimo, não foi encontrada informação alguma referente a qualquer vínculo empregatício do mesmo. É homem que sempre foi usado e abusado pelo seu ex-patrão, que nunca lhe concedeu seu elementar direito de ter um emprego formal com carteira assinada. Com sua santa ingenuidade sofreu demais a influência nociva do seu ex-patrão que o colocou em contrato social de empresa inidônea. Sobre ele pode-se afirmar que conheceu o salário mínimo quando aposentou-se por idade em 08/07/1999, na condição de trabalhador rural, e passou a receber este benefício do INSS. Jamais teve condição de participar como sócio de qualquer empresa, muito menos de empresa deste porte, tendo sido, pois, usado como laranja para compor o quadro societário da empresa fiscalizada. Intimado, o referido termo foi devolvido pelos correios com o carimbo 'Endereço Insuficiente';

Em 29/08/2008 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal para o contador da empresa, Sr. Carlos Fernando Souza, solicitando o esclarecimento de assuntos pertinentes e, se for o caso, a apresentação de documentos da empresa, dentre outras informações. Em resposta apresentada em 23/09/2008, o Sr. Carlos informou que foi contador das empresas (Cotton Norte, Algodoeira Montreal e Evereste Têxtil) desde 15/02/2002, contratado pelo Sr. Marcílio Carvalho de Melo, que efetuou a escrituração contábil e fiscal dos anos-calendário 2004 e 2005 e que recebeu os honorários do Sr. Laurindo Fagundes Neto. Juntamente com a resposta, entregou os documentos fiscais e contábeis que se encontravam em seu poder. Informou ainda que as DIP.Is foram transmitidas por funcionário do seu escritório e que os verdadeiros donos da empresa nos anos-calendário de 2004 e 2005 seriam os Srs. Laurindo Fagundes Neto e Marcílio Carvalho de Melo, informando também o endereço deste último;

Diante dos fatos narrados, a autoridade administrativa concluiu, de maneira inequívoca, tratar-se o presente de um caso típico de interpostas pessoas, tendo sido os Srs. Pedro, Paulo Roberto, Damião, Geronimo e Francisca, usados como 'laranjas', os quais emprestaram seus nomes para os **verdadeiros donos da empresa nos anos-calendário de 2004 e 2005 seriam os Srs. Laurindo Fagundes Neto e Marcílio Carvalho de Melo**, os quais nas últimas alterações contratuais ficaram com seus nomes ocultos;

Relatou ainda que, o contador, segundo informações verbais do Sr. Laurindo, era o seu consultor e conselheiro, sendo, portanto, a pessoa que estabeleceu a configuração dessa filosofia sonegatória, orientando os sócios e laranjas a cometerem fraudes e prestando informações falsas em declarações e atendimento às informações;

Prosseguiu dizendo que a empresa em epígrafe apresentou tanto as DIPJs quanto as DCTFs relativas aos anos-calendário de 2004 e 2005 zerados, informando como forma de tributação do lucro, o lucro real trimestral; que após o início do procedimento fiscal retificou as declarações, apurando débitos de IRPJ, CSLL, Pis e Cofins, porém vinculando-os a pagamentos inexistentes nos mesmos valores, dados por realizados através de DARFs; que, posteriormente a isso, novamente retificou as DCTFs, retirando, desta feita, a informação de 'Pagamento com DARF' da totalidade dos tributos apurados e informando débitos de IRPJ e CSLL pelo total apurado e o PIS e a Cofins pela diferença entre o Pis/Cofins não cumulativo apurado e o recolhido (dos valores informados como recolhidos, em sua grande maioria, não consta como tal no sistema SINAL da RFB, coincidindo com o informado somente aqueles correspondentes ao mês de junho de 2004 e aos meses de fevereiro e março de 2005);

Da análise da documentação apresentada pelo contador da empresa constatou-se que, devido aos erros, falhas, falta de documentos, vícios e, sobretudo, das fraudes

constantes da escrituração dos livros Diário e Razão, a escrituração apresentada era completamente imprestável para a apuração do lucro real, exatamente por não conter a confiabilidade necessária a este tipo de tributação;

Ficou constatado, dentre outras coisas, a utilização de artifícios para ocultar do conhecimento da autoridade tributária o seu verdadeiro lucro real, mediante a adoção dentre outras, de emissão de notas fiscais de entrada frias (itens I, 4, 5 e 6 das fls. 57/58); de falta de apresentação das notas fiscais de nºs 000311 a 000325 – ano de 2004; de aquisição de mercadorias e posterior revenda sem transitar estas pela contabilidade da empresa— notas fiscais de nºs 776552, 776553, 777948 e 777950; emitiu notas fiscais de entrada frias, simulando retorno de industrialização (itens 7, 8, 9 e 10 da fl. 58); de apresentação de escrituração incompleta dos livros Diário e Razão, onde deixou de escriturar sua movimentação financeira, R\$ 6.116.099,95 no ano de 2004, e R\$ 5.383.557,84 no ano de 2005. Intimada e Reintimada a apresentar os extratos bancários, não o fez;

Diante dos fatos acima relatados, tendo em vista os custos majorados e as receitas reduzidas pelas fraudes acima elencadas, concluiu-se pela imprestabilidade de sua escrituração para fins de apuração do lucro real;

Isso considerado, a empresa teve seu lucro arbitrado, sendo lavrado o auto de infração em seu nome, tributos IRPJ, CSLL, Pis e Cotins, anos-calendário de 2004 e 2005, tendo sido aplicada Multa de Ofício Qualificada pelo evidente intuito de fraude acima constatado;

Por fim, juntamente com a lavratura do auto de infração, foi lavrado 'Termo de Sujeição Passiva Solidária' em nome de Marcílio Carvalho de Melo e Laurindo Fagundes Neto (fls. 662/670), uma vez que eles, como verdadeiros proprietários da empresa no período fiscalizado, são sujeitos passivos solidários do crédito tributário constituído, nos termos do art. 124 do CTN.

Devidamente cientificados os interessados do inteiro teor do auto de infração, cada qual apresentou sua peça de defesa, que assim pode ser sintetizada:

i) a empresa **Evereste Têxtil Ltda.** pugnou (*sic*) a exigência (fls. 690/702) nos seguintes termos:

1) Inicialmente, pugna pela **tempestividade** de sua defesa;

2) Em seguida, requer que todas as **intimações** referentes a presente impugnação sejam encaminhadas para o **endereço de seu advogado**, sob pena de cerceamento de direito de defesa;

3) **Alega que** o arbitramento do lucro levado a efeito junto à empresa reputa-se totalmente inaceitável, porquanto a requerente dispõe de todos os livros exigidos para a aferição do lucro real, tendo-os apresentado, regularmente, no curso do procedimento fiscal; **que** pode-se verificar dos autos que o arbitramento do lucro tomou por base os valores escriturados pelo sujeito passivo, o que é no mínimo estranho e contraditório, já que tal escrituração não se prestou para a apuração do lucro real; **que** o arbitramento é medida extrema, e como tal, só pode ocorrer quando restar demonstrado, de forma cabal e irrefutável, e depois da concessão de prazo razoável para reconstituição da contabilidade do sujeito passivo, que sua escrituração não presta para a apuração do lucro real, o que não ocorreu *in anu*, haja vista que não restou comprovado a impossibilidade de se aferir os resultados no lucro real; que a apresentação de sua escrituração à fiscalização, por si só, já desautoriza o arbitramento, pois ainda que houvesse falhas em sua escrituração, mesmo assim não caberia tal medida; **que** o arbitramento somente seria possível se ficasse comprovado nos autos a inexistência dos livros ou a recusa na sua entrega, o que não ocorreu; **entende que** a interpretação do comando legal que autoriza o arbitramento por falta de escrituração, por ser uma

exceção e não regra, deve ser feita de forma restritiva, e não o contrário, como fizeram os agentes do Fisco. Destarte, não comprovo nos autos a inexistência de escrituração regular que venha a demonstrar o resultado efetivamente auferido em cada período-base, descabe o arbitramento do lucro para fins de constituição do crédito tributário. Assim, ou o Fisco aceita a escrita do sujeito passivo e autua as supostas omissões de receitas com base no lucro real, ou então que proceda ao arbitramento do lucro com base nos critérios elencados no art. 51 da Lei nº 8.981/95, utilizados quando a receita não é conhecida, pois o que a lei não admite é o Fiscal, sob qualquer pretexto, ao mesmo tempo adotar procedimentos conflitantes: utilizar-se de escrituração para arbitrar o lucro e, concomitantemente, desprezar essa mesma escrituração; **entende que**, no presente caso, deveria ter sido adotada uma das alternativas enumeradas no art. 535 do RIR/99; com o fim de sustentar seus argumentos traz à colação Ementas de julgados proferidos pelo Conselho de Contribuintes e, ainda, posicionamento doutrinário do ilustre jurista Hugo de Brito Machado;

4) Requer a **segregação da base de cálculo** dos tributos lançados dos valores pagos a título de **ICMS**, já que no lucro arbitrado, assim como no presumido, não são deduzidas despesas da base de cálculo, nem mesmo as tributárias. De fato, nestas sistemáticas de apuração, a base de cálculo é a receita bruta. De acordo com a jurisprudência do STF, o ICMS, enquanto ônus fiscal, não está compreendido no conceito de faturamento e, conseqüentemente, no de receita bruta, por não constituir receita própria, mas sim receita alheia, não podendo, dessa forma, compor a base de cálculo dos tributos em apreço. Nesse sentido, traz à colação Acórdão proferido pela 1ª Turma do E. TRF da 5ª Região;

5) Por fim, **alega** ser totalmente improcedente a qualificação da multa de ofício em 150%, sob o argumento de cometimento de crime contra a ordem tributária, alegando, para tanto, que a contribuinte é constituída por interposta pessoa, já que os sócios atuais, por serem pessoas de origem humilde e de poucas luzes, jamais poderiam ser sócios de uma pessoa jurídica. **Entende** ser tal argumentação, absurda e preconceituosa, pois que cria restrição não prevista na legislação empresarial e fiscal, além de afrontar o disposto no inciso II do art. 5º da CF/88. **Entende** ser a alegação de que a contribuinte se utiliza de interposta pessoa uma mera presunção, a qual, em nenhuma hipótese, justifica a aplicação de penalidade, pois o 1111 que se verifica do pressuposto para a caracterização do ilícito é a presença do dolo, o qual não pode ser identificado por meio de presunção ou ilação, mas sim de provas robustas. **Conclui** dizendo que, como nos autos nada se comprovou acerca da utilização de interposta pessoa, o que apenas e tão-somente se conjecturou, descabida se afigura a penalidade aplicada. **E mais**, considerando que os valores apurados pelo Fisco se deram a partir de informações constantes dos livros fiscais fornecidos pela própria contribuinte, devidamente escriturados, logo, em perfeita ordem, sem conter qualquer incorreção, pelo menos no tocante às receitas, descabido o agravamento da multa. **Tal fato** não se coaduna com a suposta ação dolosa, eis que o dolo se traduz justamente na vontade consciente e deliberada do contribuinte em iludir o Fisco, promovendo adrede a distorção ilícita das formas jurídicas, que se materializa com a falsidade ideológica e material. **Assim**, inexistente o dolo, obviamente não que se falar em crime contra a ordem tributária. **Ressalta** ainda que, a Impugnante, em momento algum procedeu de forma dolosa. A conotação de crime sustentada é vista pela Impugnante como uma *chantagem* que visa forçar a empresa a quitar o suposto crédito em busca do benefício abrigado no art. 34 da Lei nº 9.249/95, evidenciando utilização de meios vexatórios para cobrança de tributos, conduta repelida pelo art. 326 do Código Penal Brasileiro. **Por tudo isso**, há que se concluir que o motivo do agravamento da multa não pode subsistir.

Antes de finalizar, esclarece que nada existe provado também acerca de emissões de notas fiscais inidôneas, haja vista que todas as notas fiscais emitidas pela Impugnante derivaram de negócios jurídicos efetivamente realizados.

Ante o exposto, requer seja julgado nulo o lançamento, em sua totalidade, já que levado a efeito com base em arbitramento, quando possível sua constituição pela sistemática do lucro real.

ii) os Srs. **Laurindo Fagundes Neto** e **Marcílio Carvalho de Melo** pugnaram a exigência em peças de defesa separadas, respectivamente, docs. de fls. 706 a 714 e fls. 718 a 725, porém, os termos, expressões, argumentos e pedidos contidos em suas razões de defesa guardam identidade de conteúdo e de forma, ou seja, são idênticos, podendo assim ser resumidos:

1) Inicialmente, o contribuinte pugna pela **tempestividade** de sua defesa;

2) Em seguida, **alega** que o Impugnante, enquanto sócio da empresa, até por **não possuir poderes** de gerência, nunca tomou conhecimento dos procedimentos contábeis ou fiscais da mesma, e desconhece qualquer tipo de omissão de tributos;

3) Esclarece, preliminarmente, que o Impugnante, até o momento da ciência do Termo de Sujeição Passiva Solidária, **sequer** estava sob procedimento fiscal, pois que não recebeu, no curso da ação fiscal, qualquer **MPF-Fiscalização**, peça inaugural e indispensável para a constituição do crédito tributário, razão pela qual o presente lançamento é nulo de pleno direito;

6) **Sustenta** ser a Sujeição Passiva de terceiros **medida extrema**, devendo ser, portanto, somente aplicada quando restar comprovada, de forma cabal e irrefutável, que o sujeito passivo reputado responsável tenha interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal ou, de outra parte, nas situações em que seja expressamente designado por lei. Sendo assim, **não há**, no caso em tela, qualquer **prova** robusta capaz de atestar que o Impugnante tenha atuado em nome do sujeito passivo da obrigação principal, mas, tão-somente, mero indícios, que, em última análise, servem para atestar que aquele fez parte do quadro societário deste. Os **indícios** apontados pela fiscalização não comprovam a existência de interposta pessoa. Não há também qualquer comprovação de que a pessoa jurídica não possuía existência fática. Pelo contrário, do simples exame dos documentos acostados aos autos, verifica-se que a empresa possuía, até a sua desconstituição, efetiva existência e um volume de negócios considerável. Sendo assim, a imputação de responsabilidade passiva solidária não pode prevalecer. Tal só seria possível se restasse devidamente comprovado que o Impugnante tivesse concorrido para a **dissolução irregular da sociedade**, o que não é o caso, tendo em vista que quando houve o encerramento da empresa ele já havia vendido suas cotas para outra pessoa, que passou a administrar, por sua conta e risco, os negócios da empresa. **Assim**, como não restou caracterizado que o Impugnante tenha de qualquer forma contribuído para a dissolução regular da empresa, ou agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, não há que se falar em responsabilização solidária. **Nesse sentido**, traz à colação decisão proferida pelo Colendo STJ e, ainda, posicionamento doutrinário do ilustre mestre Hugo de Brito Machado. **Desta feita**, o ex sócio não deve e nem pode ser responsabilizado pelas dívidas tributárias da sociedade comercial, porque se afastou regularmente da empresa sem que, ato contínuo, tenha ocorrido a sua dissolução irregular, uma vez que esta continuou em atividade após a sua retirada.

Por todo o exposto, requer seja julgado nulo o procedimento fiscal; senão, que seja julgado improcedente o Termo de Sujeição Passiva Solidária.

A decisão recorrida rejeitou, de pronto, o pedido do sujeito passivo principal para que as intimações relacionadas ao presente processo fossem dirigidas ao endereço do seu procurados, por ausência de previsão legal.

Em relação ao arbitramento do lucro, considerou adequado, posto que os vícios e fraudes constantes dos Livros Diário e Razão tornavam a escrituração comercial imprestável

para a apuração do lucro real, e eram de tal monta que inviabilizavam a concessão de prazo para a reconstituição da escrita. A autoridade julgadora destacou, ainda, as condutas praticadas pela Recorrente (tais como o não atendimento pleno às intimações, apesar do longo tempo de duração do procedimento fiscal; a apresentação de declarações “zeradas” e de retificações com a inserção de informações falsas; a emissão de notas fiscais “frias”; a ausência de registro da movimentação financeira), para refutar a afirmação da Recorrente de que dispunha de todos os livros exigidos para a apuração do lucro real e de que os apresentou no curso do procedimento fiscal.

O Acórdão registrou que o fato de a “escrituração contábil não se prestar para a apuração do lucro real não impossibilita o arbitramento do lucro com base na **receita bruta conhecida**”, posto que é hipótese amparada na legislação.

Em relação ao pedido de segregação da base de cálculo do lançamento dos valores pagos a título de ICMS, considerou ser medida que não possui previsão legal.

A decisão manteve, ainda, a qualificação da multa de ofício, já que a autoridade fiscal teria comprovado diversas condutas praticadas pela Recorrente que configurariam sonegação (art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502, de 1964).

No que diz respeito às Impugnações apresentadas pelos sujeitos passivos solidários, o Acórdão de primeira instância rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento, uma vez que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) seria mero “instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais”, de modo que a falta da sua emissão não invalida o lançamento.

No mérito, considerou comprovado o interesse comum dos Srs. Laurindo Fagundes Neto e Marcílio Carvalho de Melo apto a fazer incidir a solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, com a comprovação, ainda, de que estes são, de fato, os proprietários da pessoa jurídica autuada.

Após a ciência da decisão (fl. 783), o sujeito passivo principal apresentou o Recurso Voluntário de fls. 784/802, no qual repete as alegações já trazidas na Impugnação, e acresce a contestação da incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.

O processo foi, então, distribuído, por sorteio, ao Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno, então componente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, a qual resolveu, por meio da Resolução nº 1202-000.126 (fls. 804/817), sobrestar o julgamento, com base no art. 62-A do Regimento do CARF vigente à época (aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009), por envolver matéria cujos julgamentos de recursos extraordinários também haviam sido sobrestados por parte do Supremo Tribunal Federal.

Após a revogação do referido dispositivo do Regimento Interno, o processo voltou a ser impulsionado (fl. 819), porém, ante a renúncia do relator original, foi redistribuído por sorteio a este Relator (fl. 820), que constatou que os responsáveis solidários Laurindo Fagundes Neto e Marcílio Carvalho de Melo não haviam sido cientificados da decisão de primeira instância, razão pela qual foi proferido Despacho de Saneamento (fl. 821).

Os citados responsáveis foram, então, cientificados, contudo não interpuseram Recurso Voluntário, de modo que o processo retornou para prosseguimento (fls. 831/844).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

A Recorrente foi cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 08 de setembro de 2009 (fl. 783) e apresentou o Recurso Voluntário, em 1º de outubro do mesmo ano (fl. 784), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado por Procurador, devidamente constituído à fl. 726.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, incisos I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

No Recurso Voluntário, contudo, como já relatado, a Recorrente trata de matéria não abordada na Impugnação (incidência de juros Selic sobre a multa de ofício).

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodum, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodum, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se

pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública. Não é o caso, contudo, da nova matéria invocada pela Recorrente, de modo que deveria ter sido apresentada desde a Impugnação para que pudesse ser apreciada no julgamento do Recurso Voluntário.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento, à exceção da matéria acima ressaltada.

2 DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS

Em primeiro lugar, a Recorrente se opõe ao fato de o lançamento haver sido realizado com base no Lucro Arbitrado. Argumenta que, no curso do procedimento fiscal, apresentou os seus livros contábeis e fiscais. Sustenta, então, que haveria uma contradição pelo fato de a sua escrituração haver sido considerada imprestável para a apuração do Lucro Real, mas haver sido utilizada para o levantamento da receita bruta conhecida, para fins de arbitramento. Alega que, diante do primeiro fato, deveria ter sido adotada uma das alternativas elencadas no art. 51 da Lei nº 8.981, de 1995.

Em adição, argumenta que não teria sido comprovada a impossibilidade de se apurar o Lucro Real, e, ainda, que “o arbitramento somente é cabível se ficar devidamente comprovado a inexistência de escrituração, a ocorrência de ilicitude ou a recusa do sujeito passivo em fornecer tal escrituração, o que não ocorreu no caso em tela”.

Conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 46/65), a escrituração apresentada pela Recorrente, em relação aos anos-calendários de 2004 e 2005, seria absolutamente imprestável para a apuração do Lucro Real. Ali, aponta os seguintes vícios:

1. Emitiu notas fiscais de entrada frias de nºs 000321; 000322; 000323; 000324; 000325; 000326; 000327; 000328; 000329; 000330; 000331; 000337; 000338; 000339; 000340; 000341; 000342; 000343; 000344; 000345; 000346; 000792; 000793 e 000794 todas referentes ao ano de 2004, e notas fiscais nºs 000861; 000862; 000875; 000876 e 000877, referentes ao ano de 2005, simulando compra de algodão inexistente do Sr Jacinto Gomes Negrão, CPF nº 165.217.816-34, com o objetivo de majorar custos e conseqüentemente reduzir de forma ilícita seu lucro tributável. Escriturou como valores de compras em 2004 do mencionado contribuinte a importância de R\$ 747.000,00 enquanto o Sr Jacinto vendeu a empresa mercadorias apenas no valor de R\$ 185.744,70. Para o ano de 2005 escriturou compras do Sr Jacinto no valor de R\$ 407.640,00 enquanto o mencionado contribuinte vendeu mercadorias no valor de R\$ 262.440,00, tendo ficado evidenciado uma majoração de custos da ordem de R\$ 561.256,00 em 2004 e R\$ 145.200,00 em 2005, conforme informações e comprovações apresentadas pelo Sr Jacinto em diligência realizada por esta Fiscalização, fls. ____ a ____ e por ele confirmadas em 02.03.2009, alegando que as notas acima referenciadas foram emitidas sem sua autorização, fls. ____ . Tais notas fiscais frias foram escrituradas as fls. 00050, 00051 e 00066 do livro razão nº 000002 de 2004 e fls. 00023, 00024, 00025 e 00026 do livro razão nº 000003 de 2005.

2. Falta de apresentação das notas fiscais de entrada de nºs 000311 a 000325 do ano 2004.

3. Aquisição de mercadorias e posterior revenda sem transitar pela contabilidade da empresa, e conseqüentemente sem escrituração do lucro auferido nas operações como foi o caso das mercadorias adquiridas do Sr. Jacinto em 2004 no valor total de R\$ 104.744,70 e cujas notas fiscais de nºs 776.552, 776553, 777948 e 777950 (Cópias anexas) foram emitidas diretamente do Sr Jacinto para outras empresas adquirentes.

4. Emitiu notas fiscais frias (Entradas) de nºs 000859, 000860, 000868, 000869, 000873 e 000874 simulando operações de compra de algodão em capulho do Sr Azenildo Silveira Gomes, CPF nº 503.095.366-34 no valor total de R\$ 185.400,00 em 2005. Em diligência realizada por esta Fiscalização junto ao Sr Azenildo ele respondeu de forma veemente que não vendeu algodão em capulho referente as notas fiscais mencionadas, não teve "produtividade de lavoura de algodão em 2004 e 2005, esta empresa usou o meu CPF para tirar notas fiscais sem meu conhecimento", fls. _____. Emitiu também nota fiscal fria de nº 001271 (Retorno de Industrialização) em nome do Sr Azenildo referente a simulação de retorno de caroço de algodão e algodão em pluma no valor total de R\$ 90.000,00 que o Sr Azenildo não recebeu.

5. Emitiu notas fiscais frias (Entradas) de nºs 000870, 000871, e 000886 em 2005 em nome do Sr Fioceli Antunes da Silva uma vez que devidamente intimado, fls. _____ a _____, o contribuinte em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal, informa em 08.10.2008 que vendeu para a Algodoeira Montreal Ltda, no ano calendário 2005 somente os produtos relacionados nas notas fiscais nºs 157650, 157651 e 157654, fls. .

6. Emitiu notas fiscais frias (Entradas) de nºs 000863 e 000864 em 2005 em nome do Sr Enilson Gomes da Silva uma vez que devidamente intimado, fls. _____ a _____, o contribuinte em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal, fls. _____, informa em 08.10.2008 que vendeu para a Algodoeira Montreal Ltda, no ano calendário 2005 somente os produtos relacionados nas notas fiscais nºs 157655, 157656, 157657, 157554, 157556 e 157557.

7. Emitiu notas fiscais frias (Retorno de Industrialização) de nºs 001293 e 001294 em nome dos Senhores Junior Sergio Gomes, CPF nº 043.958.536-84 e Christiano Mendes Neto, CPF nº 849.802.496-04, respectivamente, em 2005, simulando operações de retorno de industrialização de caroço de algodão e algodão em pluma inexistentes, com o objetivo de acobertar vendas realizadas sem emissão das notas fiscais correspondentes. Em diligência realizada junto aos mencionados senhores, ambos responderam, fls. _____ e _____, que não "receberam produtos industrializados em retorno de industrialização e que não encomendaram a industrialização dos produtos".

8. Emitiu notas fiscais frias (Retorno de Industrialização) de nºs 001295 e 001296 em nome da Sra Rosaria Maria Gomes, CPF nº 813.335.876-00 em 2005, simulando operações de retorno de industrialização de 81.000 Kg de caroço de algodão uma vez que a empresa escriturou as fls. 00033 do livro razão nº 000003 a título de saídas p/ industrialização as notas fiscais nºs 001236, 001238, 001295 e 001296 com quantidades de 121.500 Kg de caroço de algodão enquanto a contribuinte informou ter recebido apenas 40.500 KG (NF 001236 e 001238), fls. _____.

9. Emitiu notas fiscais de nºs 000588, 000591, 000592, 000593, 000594 e 000595 (Retorno de Industrialização) para o Sr Jacinto Gomes Negrão em 2004, fazendo nelas constar caroço de algodão e Algodão em Pluma, enquanto que o Sr Jacinto informa a esta Fiscalização que recebeu apenas algodão em pluma, fls. _____.

10. Emitiu notas fiscais frias (Retorno de Industrialização) de nºs 001327, 001360, 001394 001396 em nome do Sr. Laurindo Fagundes Neto, CPF nº 064.222.858-25 em 2005, simulando operações de retorno de industrialização de 575.900 Kg de caroço de algodão e 351.000 Kg de algodão em pluma no valor total de R\$ 1.170.000,00 uma vez que a empresa escriturou estes valores as fls. 00033 do livro razão nº 000003 a título de saídas p/ industrialização para o Senhor Laurindo e este em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 03, fls. a , que teve ciência em 29.09.2008, fls. _____, respondeu por

escrito a esta Fiscalização em 06.11.2008, que não recebeu produtos industrializados em retorno de industrialização, fls. .

11. Apresentou escrituração incompleta dos livros diário e razão, deixando de escriturar a conta bancos embora tenha tido uma movimentação financeira de R\$ 6.116.099,95 em 2004 e R\$ 5.383.557,84 em 2005 toda esta movimentação transitou a margem da contabilidade que não a registrou. Embora tenha sido intimada e reatada por esta Fiscalização não apresentou seus extratos bancários.

10. Deixou de apresentar documentos indispensáveis para a escrituração tais como algumas notas fiscais de entrada, não apresentou comprovantes de algumas rubricas de despesas escrituradas tais como recolhimento de impostos e contribuições, rescisão contratual, multa rescisória, fretes e carretos, ordenados e salários, honorários contábeis, pró-labore, manutenção de máquinas, juros passivos, etc.

A autoridade fiscal entendeu, portanto, aplicável o art. 530 do Decreto nº 3.000, de 1999 (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 8.981, 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;

A decisão de primeira instância referendou a aplicação do citado dispositivo, nos seguintes termos:

Da análise da documentação apresentada pelo contador da empresa constatou-se que, devido aos erros, falhas, falta de documentos, vícios e, sobretudo, das fraudes constantes da escrituração dos livros Diário e Razão (fatos descritos no parágrafo anterior), a escrituração apresentada era completamente **imprestável para a apuração do lucro real**, exatamente por não conter a confiabilidade necessária para tal.

(...)

Veja que a contribuinte, nos termos do art. 530 do RIR/99, diante das diversas irregularidades apresentadas em sua escrituração, ao contrário do que alega, se encaixa, com facilidade, não só em uma, mas em mais de uma das hipóteses previstas para a que o IRPJ possa ser determinado com base nos critérios do lucro arbitrado.

De fato, não há dúvidas de que, caso a escrituração comercial da Recorrente não tenha sido elaborada com observância das normas contábeis e fiscais, contenha evidentes indícios de fraudes, e não registre a movimentação financeira e bancária do sujeito passivo, enquadra-se nos incisos I e II, do dispositivo acima transcrito.

A autoridade fiscal, contudo, **não anexou aos autos a escrituração comercial do sujeito passivo**, de modo a comprovar as irregularidades apontadas no Termo de Verificação Fiscal (TVF), e possibilitar a verificação por parte da autoridade julgadora acerca do acerto (ou não) da adoção da tributação com base no Lucro Arbitrado. Os únicos fragmentos da escrituração comercial juntados aos autos se referem aos Termos de Abertura e Encerramento dos Livros Razão relativos aos anos-calendários de 2004 e 2005, juntamente com os valores registrados na conta contábil nº 4101020400 “Materia Prima” (fls. 462/472).

Não há como se aferir se as notas fiscais apontadas pela autoridade fiscal constam da escrituração comercial da Recorrente, nem ainda se dela não consta escriturada a conta Bancos, como alegado. A comprovação das afirmativas realizadas no TVF demanda, necessariamente, a juntada da escrituração comercial do sujeito passivo.

Deste modo, violado está um dos requisitos fundamentais do lançamento fiscal, conforme prescrição do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Trata-se de vício insanável do lançamento, que implica a sua nulidade, como bem leciona Maria Rita Ferragut¹:

nada justifica a juntada posterior de provas imprescindíveis à comprovação do fato típico. Ou a prova é conhecida até o momento da lavratura do auto de infração, ou não é. Sendo conhecida, deve ser obrigatoriamente juntada; não sendo, a informação nela teoricamente contida é irrelevante para a produção *daquele* ato administrativo. Apenas o reforço de prova, necessário para o confronto com as provas produzidas pelo contribuinte, é de juntada posterior admissível.

Diante do exposto, resta-nos responder: e se a Administração não juntar as provas necessárias, quando da lavratura do auto de infração? O ato jurídico *será inválido*, posto não ter observado as normas que regem a elaboração dos autos de infração (na esfera federal, o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 acima referido), não havendo, em nosso ordenamento, qualquer norma jurídica que preveja a presunção de validade do conteúdo do auto de infração.

Não vemos como responder a essa pergunta de forma diferente. A invalidade certamente prejudicará a arrecadação, mas nada há de ser feito contra isso. Regras existem para serem cumpridas, e os direitos dos administrados, advindos da legalidade e da tipicidade, não podem ser subvertidos em nome da preservação da arrecadação. Se a atividade administrativa desrespeitou a lei, se a autoridade pública agiu de forma imprudente e não vinculada, etc., as consequências maléficas desse erro devem ser suportadas exclusivamente pela Fazenda Pública.

Neste sentido, ainda, as seguintes decisões:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

¹ FERRAGUT, Maria Rita. As provas e o direito tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

REAQUISIÇÃO DE ESPONTANEIDADE. PEDIDO DE PARCELAMENTO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. DÉBITOS IDENTIFICADOS.

Constatando-se a reaquisição da espontaneidade, não há como prosperar o lançamento sobre os valores declarados e parcelados, devendo o lançamento ser mantido apenas sobre a diferença não parcelada de IRPJ no valor de R\$ 24.648,87, já que a CSLL encontra-se integralmente e parcelada.

BASE DE CÁLCULO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À DEMONSTRAÇÃO DO ILÍCITO. AUSÊNCIA. LANÇAMENTO PREJUDICADO.

É improcedente o lançamento de ofício quando a autoridade lançadora não demonstra a apuração do valor tributável e deixa de juntar aos autos os elementos que subsidiaram o cálculo do tributo exigido (Acórdão nº 1301-004.435, de 11 de março de 2020, Relator Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/07/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA.

A falta de instrução do auto de infração com os documentos que comprovam a efetiva ocorrência da infração identificada pela fiscalização da Secretaria da Receita Federal importa a insubsistência da autuação. (Acórdão nº 3102-001.779, de 27 de fevereiro de 2013, Relator Conselheiro Ricardo Paulo Rosa)

A nulidade se estende a todos os autos de infração lavrados nos presentes autos, na medida em que guardam íntima relação de causa e efeito, já que a forma de apuração dos demais tributos está correlacionada à apuração do IRPJ com base no Lucro Arbitrado.

3 CONCLUSÃO

Isto posto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e, quanto à parte conhecida, por, de ofício, reconhecer a nulidade do lançamento fiscal, dando provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo