



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

Processo nº 10830.720318/2011-52
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.598 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrente N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO - EPP e OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2007

RECURSOS VOLUNTÁRIOS DE N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO (SUJEITO PASSIVO) E GERAL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA INTEGRAL POR SUCESSÃO).

VALIDADE DE NOTIFICAÇÃO POR VIA POSTAL - ENDEREÇO INDICADO PELO CONTRIBUINTE - RECURSO VOLUNTÁRIO - INTEMPESTIVIDADE - Considera-se válida a intimação fiscal por meio de aviso postal com prova de recebimento, na data de sua entrega no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor, ainda que este não seja o próprio destinatário. Assim, intimado o contribuinte por AR sem divergência de identificação e domicílio fiscal, conforme determina o artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972, sem consideração de quem tenha recebido e assinado o correspondente Aviso de Recebimento, não se conhece de apelo à segunda instância, contra decisão de autoridade julgadora de primeira instância, quando formalizado depois de decorrido o prazo regulamentar de trinta dias da ciência da decisão.

Não Conhecer dos Recursos.

RECURSO VOLUNTÁRIO DE CAMPINAS ATACADISTA DE CARNES E DERIVADOS LTDA. (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA INTEGRAL POR SUCESSÃO).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. CONTINUAÇÃO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE INTEGRAL.

A empresa que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial ou industrial, e continuar a respectiva exploração,

sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde integralmente pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, no caso de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DE EXTRATOS E DADOS BANCÁRIOS DIRETO PELA RFB. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA nº 2.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão integrante da estrutura administrativa da União, não é competente para enfrentar argüições acerca de inconstitucionalidade de lei tributária.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ARTIGO 42, DA LEI Nº 9.430, DE 1996. PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZAÇÃO.

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

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. ÔNUS DA PROVA. COMPROVAÇÃO.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CARÁTER DE CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

A multa de lançamento de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS. INSS.

Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Assim, o decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) implica os lançamentos da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), e da Contribuição para Seguridade Social - INSS, que também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso da autuada e da coobrigada Geral Empreendimentos e Participações Ltda., e negar provimento ao recurso da coobrigada Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO - EPP, contribuinte inscrito no CNPJ/MF sob nº 68.049.154/0001-01, com domicílio fiscal na cidade de Campinas, Estado de São Paulo, na AV. Antonio Carvalho Miranda, nº 316 - Bairro Jardim Miranda, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 1122/1146, prolatada pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas – SP, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 1191/1197.

Contra o contribuinte, acima identificado, foram lavrados, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas – SP, em 18/03/2011, os Autos de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ); de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (fls. 975/1030), cuja ciência se deu via AR, em 25/03/2011 (fl.1044), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 5.322.229,04), a título de tributos e contribuições, acrescidos de multa de ofício normal agravada de 112,50% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto e contribuições referente ao exercício de 2007, correspondente ao ano-calendário de 2006.

São responsáveis integrais (responsabilidade tributária integral por sucessão) pelo crédito tributário constituído as empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. – CNPJ nº 10.364.949/0001-24 e Geral Empreendimentos e Participações Ltda. – CNPJ nº 11.039.808/0001-07, atualmente sob a razão social de Geralmundi Transporte, Manutenção e Locação de Equipamentos Ltda.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente ao exercício de 2007, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver as seguintes irregularidades:

1 – OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA: Conforme descrito no relatório de Ação Fiscal nº 00623/09/022, parte integrante e indissociável deste Auto de Infração, constatamos que o contribuinte, regularmente intimado, não apresentou a documentação hábil e idônea comprobatória da origem dos depósitos efetuados nas contas correntes citadas na planilha ANEXA ao referido Relatório. Os valores a serem tributados como Omissão de Rendimentos, conforme preconiza o artigo 42 da Lei 9.430/96, foram totalizados na última coluna (8) do Demonstrativo de Totalização da planilha ANEXA. Para apuração dos tributos devidos pela fiscalização através de seus extratos bancários foram expurgadas das relações de créditos não comprovados, as transferências entre as contas correntes, devoluções de cheques, estornos, resgate de aplicações financeiras, bônus, reposições e estornos de CPMF, reduções de saldo devedor, juros, atualizações e resgate de poupança e outros. A fiscalizada entregou a Declaração Simplificada 2007/2006, tendo consignado como “Faturamento / Receita Bruta” os montantes constantes da coluna 7 de Demonstrativo de Totalização da planilha ANEXA ao Relatório de Ação Fiscal nº 00623/09/022, os quais foram descontados dos créditos efetuados nas contas correntes para fins de determinar o valor do rendimento omitido, de acordo com o mês declarado. Desta forma, subtraindo-se dos créditos não comprovados as receitas informadas em Declaração do SIMPLES, conclui-se que houve omissão de rendimentos proveniente de depósitos bancários

nos montantes e períodos a seguir relacionados, detalhados na planilha ANEXA ao Relatório de Ação Fiscal nº 00623/09/022, conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações introduzidas pelo art. 4º da Lei 9.481 de 13 de agosto de 1997. Infração capitulada no art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; e arts. 186, 188 e 199, do RIR/99;

2 – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO: A fiscalização apontou em DIPJ como base de cálculo dos tributos e contribuições recolhidos na sistemática do Simples Federal os valores dispostos no quadro “DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA” para o ano-calendário 2006. Esses montantes de receitas declaradas foram tomados como origem parcial para a movimentação financeira ocorrida nos meses em que foram declarados, conforme foi detalhado na planilha ANEXA ao Relatório Fiscal nº 00623/09/022. Como resultado do lançamento da infração “DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”, houve alteração dos percentuais aplicáveis às receitas declaradas pelo contribuinte para o ano-calendário 2006. Os montantes devidos, decorrentes desse recálculo são demonstrados nas planilhas de cálculo que acompanham o presente Auto de Infração. Assim, sendo, houve falta de recolhimento do SIMPLES para o período de 01/2006 a 12/2006, devido à utilização de alíquotas menores que as aplicadas de acordo com esse Auto de Infração. Infração capitulada no art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996 c/c art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; e arts. 186 e 188, do RIR/99.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Relatório de Ação Fiscal (fls. 872/908), entre outros, os seguintes aspectos:

- que a Ação Fiscal levada a efeito na empresa N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP, atual razão social da N PEREIRA CASA DE CARNES – EPP, CNPJ 04.622.851/0001-27, com endereço cadastral atualmente situado à Av. Antonio Carvalho Miranda, 316 – Jardim Miranda – Campinas – SP, doravante denominada fiscalizada;

- que ação fiscal foi amparada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810400 2009 00623-1, o qual determina trabalhos de auditoria dos tributos e contribuições federais recolhidos pela empresa na sistemática do SIMPLES FEDERAL (01/2006 a 06/2007) e do SIMPLES NACIONAL (07/2007 a 12/2009);

- que para esse lançamento parcial será analisada única e exclusivamente a composição das bases de cálculo dos tributos e contribuições federais recolhidos na forma do SIMPLES FEDERAL para o ano-calendário 2006, período de apuração no qual a empresa permaneceu no sistema;

- que no ano-calendário 2006 foi ultrapassada a receita permitida para a permanência no SIMPLES FEDERAL, o que ocasionará a exclusão da empresa desse sistema para os anos-calendário subsequentes;

- que, para os anos-calendário 2007, 2008 e 2009, será confeccionado processo administrativo apartado e será adotada a sistemática do Lucro Arbitrado para a apuração dos tributos e contribuições federais;

- que a empresa fiscalizada constituída sob a forma de Firma Individual, tendo por objeto social para o ano-calendário 2006 o Comércio atacadista de carnes bovinas e suínas e derivados (código CNAE 4634-6-01);

- que a fiscalizada apresentou em 29/05/2007 a PJSI (Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica) 2007/2006 (arquivamento ND 6602487), tendo optado pelo regime de tributação sob a forma do simples federal;

- que da motivação para a fiscalização, ou seja, a Ação Fiscal teve os seguintes objetivos que foram executados da seguinte forma e amplitude: Verificar a regular contabilização de extratos bancários de todas as contas bancárias mantidas pela fiscalizada em Instituições Financeiras, de acordo com os procedimentos definidos pelas leis comerciais e fiscais; Conferir a regular tributação de receitas advindas da comercialização de carnes e seus derivados; Apurar a existência de infrações contábeis e fiscais à Legislação Tributária Federal; Comparecer ao local efetivo de funcionamento da fiscalizada ao tempo de que trata a presente Ação Fiscal, anos-calendário 2006, 2007, 2008 e 2009, Estrada Velha Campinas – Monte Mor, km 4,0, 1211 – Sala 01 – Sítio São José – Nova Boa Vista – Campinas – SP – 13.064-654, com a finalidade de constatar o tipo de atividade em operação no local no período fiscalizado; Comparecer ao endereço cadastral atual da fiscalizada, situado à Av. Antonio Carvalho Miranda, 316 – Jardim Miranda – Campinas – SP – 13.034-615, com a finalidade de constatar o tipo de atividade existente no local e a compatibilidade das operações exercidas pela empresa com a estrutura existente para exercer seus atos de comércio e indústria; Apurar a existência de pessoas jurídicas solidárias responsáveis pelos tributos e contribuições de responsabilidade da fiscalizada; Verificar a regularidade dos recolhimentos dos tributos e contribuições federais na forma do SIMPLES relativamente aos períodos de apuração fiscalizados, mediante consulta às bases de dados da Secretaria da Receita Federal; · Verificar a regularidade da entrega das Declarações do SIMPLES FEDERAL (01/2006 a 06/2007) e SIMPLES NACIONAL (07/2007 a 12/2009);

- que, da ação fiscal, em 02/04/2009, neste sentido, iniciou-se, a Ação Fiscal na empresa N PEREIRA CASA DE CARNES – EPP (antiga razão social de N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP), através da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal N° 00623/09/001, que tinha por objeto inicialmente a auditoria do recolhimento de tributos e contribuições pela sistemática do SIMPLES FEDERAL para o ano-calendário 2006;

- que desde a data de 28/04/2010, quando a fiscalizada apresentou sua última solicitação de prazo, até a presente data 18/03/2011, não houve manifestação formal quanto aos Termos de Intimação lavrados durante a Ação Fiscal, quais sejam, Termos N° 00623/09/015 a 00623/09/021;

- que, em 02/06/2009, ante a negativa reincidente do contribuinte em apresentar seus extratos bancários, estes foram solicitados diretamente aos bancos por meio de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira nº 08.1.04.00- 2009-00049-7, 08.1.04.00-2009-00050-0, 08.1.04.00-2009-00051-9, 08.1.04.00- 2009-00052-7, 08.1.04.00-2009-00053-5;

- que da diligência em terceiros relacionados, portanto, em 25/05/2010, amparados pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.04.00-2009-01458-7, iniciamos diligência na empresa CAMPINAS ATACADISTA DE CARNES E DERIVADOS LTDA., CNPJ 10.364.949/0001-24, comparecendo ao seu endereço cadastral, Estrada Velha CAMPINAS/MONTEMOR, 1211 – Chácara Nova Boa Vista - CAMPINAS – SP, local onde inicialmente estava estabelecida a N Pereira Casa de Carnes Ltda., e entramos em contato com o Sr. Álvaro Denílson Pereira, gerente e administrador das duas empresas, o qual prestou no

local esclarecimentos, por meio de Termo de Comparecimento Nº 01458/09/002 datado e assinado;

- que da análise da movimentação financeira, sendo assim, a movimentação financeira do contribuinte monta a R\$ 17.059.531,12 para o ano-calendário 2006, um valor 32,94 vezes maior que o valor declarado em DIPJ 2007/2006 (R\$ 517.967,86);

- que parte das receitas de vendas da fiscalizada, que haviam sido declaradas em Declarações Simplificadas, foram descontadas para fins de tributação de Omissão de Receitas decorrente de depósitos bancários não escriturados;

- que da responsabilidade tributária, sendo assim, a responsabilidade pelo crédito tributário constituído ou a constituir, tendo como sujeito passivo a empresa N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP é definida pelos ditames legais compilados pelos artigos 208 e 209 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000 de 26/03/99);

- que, assim sendo, de acordo com a previsão legal contida nos artigos 208 e 209 do RIR/99, constata-se a SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE INTEGRAL das empresas CAMPINAS ATACADISTA DE CARNES E DERIVADOS LTDA e GERAL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA por todos os débitos fiscais constituídos ou a constituir em nome de N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP por serem a primeira e segunda citadas uma continuidade da empresa fiscalizada e, por conseguinte, devendo arcar também com todas as suas responsabilidades e deveres nos termos da lei;

- que da autuação do simples federal, portanto, a fiscalizada está sendo autuada uma vez que omitiu receitas conforme presunção contida no art. 42 da Lei 9.430/96, devido a existência de lançamentos de depósitos / créditos em seus extratos bancários de origem não comprovada, relativamente ao ano-calendário 2006;

- que tendo deixado de fornecer justificativas e esclarecimentos sobre sua movimentação financeira, a fiscalizada ficou sujeita ao agravamento da multa para 112,50% dos tributos e contribuições apurados, conforme inciso I do §2º do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007;

- que a fiscalizada será excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, SIMPLES FEDERAL, instituído pela Lei 9.317 de 5 dezembro de 1996, com efeitos da exclusão a partir de janeiro/2007 e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL a partir de julho de 2007, mediante a expedição de ATOS DECLARATÓRIOS EXECUTIVOS;

- que, portanto, com base no disposto no artigo 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e tendo sido constatado que a soma dos créditos tributários de responsabilidade do sujeito passivo ultrapassa 30% (trinta por cento) do seu patrimônio e é superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), será formalizado processo de Arrolamento de Bens.

Em sua peça impugnatória de fls. 1054/1061, apresentada, tempestivamente, em 23/04/2011, o autuado **N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP**.se indispõe

contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, portanto, após ciência da autuação, mediante remessa postal, fls.1.044/1.045, a empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP (nova denominação da empresa N Pereira Casa de Carnes EPP) representada por seu sócio Nelson Pereira, apresentou defesa, fls.1.054/1.062;

- que a impugnação é tempestiva uma vez que foi intimada em 25/03/2011, refutando a lavratura fiscal por ocorrência de vício de nulidade insanável, subversão dos fatos por presunção equivocada e desatendimento aos princípios constitucionais que regem a apuração das exações fiscais;

- que, portanto, a descrição dos fatos contida no relatório fiscal não corresponde aos fatos reais, isto porque o representante legal da impugnante resolveu encerrar seus negócios na área do comércio de carnes devido à idade avançada e cansaço físico, e iniciar uma atividade mais apropriada para sua idade, qual seja, no ramo da jardinagem, justificando a alteração do ramo dos negócios;

- que, por não necessitar de grandes instalações, alocou sua sede nos fundos da residência mencionada pela fiscalização, pertencente a Sebastião e Olminda, irmã de sua nora que gentilmente cedeu este espaço;

- que a fiscalização esqueceu-se de esclarecer que a sede da impugnante se encontrava nos fundos da residência mencionada no relatório fiscal, juntando extrato da JUCESP visando comprovar tal fato, e ainda que, o fato de sua empresa anterior, no ramo do Comércio de Carnes ter sido gerida por procuração pelo Sr. Álvaro Denilson Pereira, ocorreu somente porque este é seu filho, e necessitou de sua ajuda diante da idade avançada do representante legal da impugnante;

- que não levou adiante a atividade do paisagismo o que explica que no local tido como de atividade da impugnante, a fiscalização tenha encontrado somente mobília velha, além de o fato de os vizinhos Sebastião e Olminda não terem notado atividade no local, não significa que houve fraude ou má fé;

- que quanto ao local do efetivo funcionamento da impugnante, como constou do relatório fiscal, a presunção feita pela fiscalização não autoriza a caracterização da sucessão de empresas, como será demonstrado na matéria de direito;

- que houve nulidade por inversão indevida do ônus da prova para lançar o montante dos tributos pelo SIMPLES, pois com base apenas em movimentação bancária que não tem configuração tributária de receita, e o pior, as contas bancárias foram devassadas sem ordem judicial, quebrando o sigilo bancário em afronta aos preceitos constitucionais;

- que o silêncio da impugnante e dos representantes legais quanto às intimações não autoriza a quebra do sigilo bancário, pois se está diante do direito consagrado de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio e do direito ao sigilo bancário, cabendo a prova ao Fisco, além de haver inversão indevida do ônus da prova, pois o artigo 42 da Lei 9.430/96 está em descompasso com o artigo 142 do CTN, sendo o ônus de provar a ocorrência do fato gerador do fisco, e a lei ordinária não poderia ter criado esta presunção, pois em ofensa ao artigo 146, III, "b" da Constituição Federal;

- que houve ofensa a verdade material, uma vez que não é válido concluir que todos os valores representam renda ou receita ou faturamento auferidos pelo contribuinte;

- que no julgamento do Recurso Extraordinário RE 389808, o STF decidiu pela impossibilidade do acesso a dados bancários sem que houvesse autorização judicial, não havendo que se argumentar que não houve quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados a Receita Federal, acrescentando que a Constituição Federal garante o respeito à privacidade, sendo inadmissíveis as provas ilícitas no processo, devendo a movimentação bancária que serviu de base à presunção de omissão de receitas e ao levantamento do crédito tributário ser considerada e declarada prova ilícita com consequente nulidade da autuação e de sua exclusão do SIMPLES Federal;

- que a sucessão de empresas e a responsabilidade tributária deve ser fundada em provas sólidas e em conformidade com a legislação, e, apesar de não ser parte legítima para a defesa em relação às empresas consideradas responsáveis pelo débito, tece suas considerações considerando o princípio do contraditório;

- que a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. não sucedeu a empresa impugnante pois: Não tem os mesmos proprietários, apenas houve um período de tempo em que os proprietários desta foram procuradores do proprietário da Impugnante; Na empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda., o Sr. Álvaro Denilson Pereira tão somente representava seu filho, um dos sócios Álvaro Denilson Pereira Filho que era menor de idade e incapaz para os atos da vida civil, e, tão logo completou a maioridade, o Sr. Álvaro se retirou da representação e o filho retirou-se da sociedade; Sr. Nelson Pereira, representante legal da impugnante não alienou seu fundo de comércio a seu filho, Álvaro Denilson Pereira, mas este se instalou no mesmo condomínio informal de empresas, no local verificado pelo agente fiscal. Assim, as câmaras frias e as instalações são utilizadas por várias empresas em condomínio e a exploração do mesmo espaço físico não serve como elemento para configurar sucessão de empresas; A coincidência de fornecedores não serve para caracterizar sucessão entre empresas, pois são apenas “elo de ligação comercial”; O fato de atuar no mesmo ramo de comércio por si só não caracteriza sucessão empresarial e, muito menos, motivo para responsabilização tributária; Não houve a alegada transferência paulatina de faturamento entre a Impugnante e a Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., mas a diminuição do faturamento se deu pelo afastamento gradual do Sr. Nelson Pereira, como já mencionado na defesa; O ramo de negócios da Geral Empreendimentos e Participações Ltda. é totalmente diverso, assim como sua sede e sócios, conforme extrato da JUCESP que junta, afirmando que esta empresa foi criada para gerenciar a locação de veículos, arrendados mediante Leasing Bancário, possibilitando a atual sócia Sra. Teodolina complementar sua renda e do núcleo familiar, já que é irmã de Gerolina esposa do Sr. Álvaro Denilson, proprietário da Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., devendo ser esta empresa excluída da responsabilidade tributária;

- que dispõe o artigo 133 do Código Tributário Nacional/CTN, não houve prova da alienação de estabelecimento, ou a transferência do fundo de comércio para caracterizar a sucessão tributária, sendo que e a simples locação do antigo estabelecimento não comprova a sucessão, não sendo possível exigir o débito das empresas arroladas pela fiscalização, pois sequer demonstrado os requisitos do artigo 135 do CTN;

- que a nulidade da autuação e da exclusão do Simples Federal; no mérito, seja considerada a prova colhida pela fiscalização como prova ilícita e consequente cancelamento da autuação; no exercício do contraditório seja declarada a ausência de prova para o redirecionamento da responsabilidade tributária das empresas arroladas no relatório fiscal ou subsidiariamente a exclusão da empresa Geral Empreendimentos Ltda.

GERAL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., como responsável integral (responsabilidade tributária integral por sucessão) solidário, apresenta a sua peça impugnatória de fls. 1063/1069, tempestivamente, em 18/04/2011, onde o mesmo se indis põe contra a exigência fiscal, solicitando a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que ciência da autuação, mediante remessa postal, fls.1.046/1.047, a empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda., CNPJ nº 11.039.808/000107 representada por sua sócia, apresentou defesa, fls.1.063/1.069;

- que a impugnação é tempestiva uma vez que foi intimada em 25/03/2011, refutando a lavratura fiscal por ocorrência de presunção equivocada que não sobrevive à interpretação escoreita das normas tributárias;

- que os fatos narrados pela fiscalização não correspondem à verdade material ao tentar estabelecer continuidade das atividades da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP e a impugnante como sucessora, uma vez que não houve qualquer alienação onerosa do fundo de comércio, nem da carteira de clientes, não havendo identidade de sedes, sendo as atividades totalmente distintas;

- que muito embora não seja parte legítima para impugnar a atuação, tendo em vista que foi arrolada como responsável pela integralidade dos débitos, vem utilizar-se de todos os meios de defesa em função do princípio do contraditório;

- que impugna a forma como utilizada a presunção para o lançamento com base na movimentação bancária da empresa N Pereira, por não ter configuração tributária de receita, não sendo válido concluir que todos os valores representam renda ou receita ou faturamento auferido pelo contribuinte, em ofensa a verdade material;

- que a base de cálculo foi apurada por meio da quebra de sigilo bancário da empresa N Pereira Projeto de Paisagismo EPP, sem ordem judicial, tornando nula a autuação por ofensa aos princípios constitucionais da privacidade e não auto incriminação, além de haver inversão indevida do ônus da prova, pois o artigo 42 da Lei 9.430/96 está em descompasso com o artigo 142 do CTN, sendo o ônus de provar a ocorrência do fato gerador do fisco, e, sendo lei ordinária não poderia ter criado esta presunção, pois em ofensa ao artigo 146, III, "b" da Constituição Federal;

- que a prova obtida mediante as movimentações bancárias deve ser considerada ilícita por ser constitucionalmente inadmissível;

- que por não ser parte legítima para integrar a relação de sujeição passiva, tendo em vista que a impugnante não é uma continuidade da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP, tampouco controlada pela empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., não tendo os mesmos proprietários, nem participação societária uma nas outras, sendo o ramo de atividades totalmente diverso;

- que o Sr Nelson Pereira, representante legal da N. Pereira Projetos de Paisagismo EPP, não alienou seu fundo de comércio à Impugnante, e, os veículos locados não são de patrimônio comum, mas pertencentes a instituição financeira arrendadora sendo possível a transferência da titularidade da parte arrendatária sem que signifique transferência de patrimônio, devendo ser afastada a pretensão fiscal quanto a responsabilidade tributária;

- que a despeito do que dispõe o artigo 133 do CTN, não houve prova da alienação de estabelecimento, ou a transferência do fundo de comércio para caracterizar a

sucessão tributária, sendo que a mera utilização das mesmas agências bancárias não comprova a sucessão, pois decorrente de requisito de indicação, confiança, assim como a mera locação de veículos não comprova o elo de co-responsabilidade, não sendo possível exigir o débito das empresas arroladas pela fiscalização, pois sequer demonstrado os requisitos do artigo 135 do CTN;

- que seja considerada a prova colhida pela fiscalização como prova ilícita e conseqüente cancelamento da autuação; seja declarada a ausência de prova para o redirecionamento da responsabilidade tributária exclusão da empresa Geral Empreendimentos Ltda. do pólo passivo da demanda.

CAMPINAS ATACADISTA DE CARNES E DERIVADOS LTDA DERIVADOS LTDA., como responsável integral (responsabilidade tributária integral por sucessão), apresenta a sua peça impugnatória de fls. 1105/1112, tempestivamente, em 20/04/2011, onde o mesmo se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a ciência da autuação, mediante remessa postal, fls.1.048/1.049, a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., CNPJ nº 10.364.949/000124, representada por seus sócios, apresentou defesa, fls.1.105/1.112, alegando em síntese o que segue;

- que a impugnação é tempestiva uma vez que foi intimada em 28/03/2011, refutando a lavratura fiscal por ocorrência de presunção equivocada que não sobrevive à interpretação escoreta das normas tributárias;

- que os fatos narrados pela fiscalização não correspondem à verdade material ao tentar estabelecer continuidade das atividades da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP e a impugnante como sucessora, uma vez que não houve qualquer alienação onerosa do fundo de comércio, nem da carteira de clientes, e reconhecido no relatório fiscal que no endereço da impugnante, onde antes funcionava a empresa N Pereira, há outras empresas do ramo alimentício que locam o espaço;

- que quanto ao local do efetivo funcionamento da impugnante, como constou do relatório fiscal, a presunção feita pela fiscalização não autoriza a caracterização da sucessão de empresas, como será demonstrado na matéria de direito;

- que, muito embora, não seja parte legítima para impugnar a atuação, tendo em vista que foi arrolada como responsável pela integralidade dos débitos, vem utilizar-se de todos os meios de defesa em função do princípio do contraditório;

- que a forma como utilizada a presunção para o lançamento com base na movimentação bancária da empresa N Pereira, por não ter configuração tributária de receita, não sendo válido concluir que todos os valores representam renda ou receita ou faturamento auferido pelo contribuinte, em ofensa a verdade material;

- que a base de cálculo foi apurada por meio da quebra de sigilo bancário da empresa N Pereira Projeto de Paisagismo EPP, sem ordem judicial tornando nula a autuação por ofensa aos princípios constitucionais da privacidade e não auto incriminação, além de haver inversão indevida do ônus da prova, pois o artigo 42 da Lei 9.430/96 está em descompasso com o artigo 142 do CTN, sendo o ônus de provar a ocorrência do fato gerador

do fisco, e sendo lei ordinária não poderia ter criado esta presunção, pois em ofensa ao artigo 146, III, "b" da Constituição Federal;

- que a prova obtida mediante as movimentações bancárias deve ser considerada ilícita por ser constitucionalmente inadmissível;

- que por não ser parte legítima para integrar a relação de sujeição passiva, tendo em vista que a impugnante não é uma continuidade da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP, não tendo os mesmos proprietários, nem participação societária uma nas outras;

- que o Sr Nelson Pereira, representante legal da N. Pereira Projetos de Paisagismo EPP, não alienou seu fundo de comércio ao seu filho, Alvaro Denilson Pereira, mas este se instalou em condomínio informal de empresas, que se utilizavam das câmeras frias e instalações, por isto a ocupação do mesmo espaço físico não serve para caracterizar a sucessão;

- que, sendo assim, aduz ainda que: A coincidência de fornecedores não serve para caracterizar sucessão entre empresas, pois são apenas elo comercial, e o mesmo espaço físico era utilizado para armazenamento de carnes por outras empresas que negociam ali com diferentes fornecedores compartilhando o mesmo espaço físico como locadoras; O fato de atuar no mesmo ramo de comércio por si só não caracteriza sucessão empresarial e, muito menos de responsabilização tributária; Não houve a alegada transferência paulatina de faturamento entre a Impugnante e a autuada, mas a diminuição do faturamento se deu pelo afastamento gradual do Sr Nelson Pereira, devido a sua idade avançada, houve efetiva solução de continuidade da empresa N. Pereira Casa de Carnes EPP, por transformação de seu objeto e de sua sede, e não a assunção de seus negócios pela Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., pois esta nasceu da vontade de sócios diversos, conforme Extrato da JUCESP que junta; Os veículos locados não são de patrimônio comum, mas pertencentes a instituição financeira arrendadora sendo possível a transferência da titularidade da parte arrendatária sem que signifique transferência de patrimônio, devendo ser afastada a pretensão fiscal quanto a responsabilidade tributária;

- que a despeito do que dispõe o artigo 133 do CTN, não houve prova da alienação de estabelecimento, ou a transferência do fundo de comércio para caracterizar a sucessão tributária, sendo que a mera utilização das mesmas agências bancárias não comprova a sucessão, pois decorrente de requisito de indicação, confiança, assim como a simples locação do antigo estabelecimento, realizada diretamente com proprietário do imóvel onde funcionam outras várias empresas, não comprova o elo da co-responsabilidade, não sendo possível exigir o débito das empresas arroladas pela fiscalização, pois sequer demonstrado os requisitos do artigo 135 do CTN;

- que seja considerada a prova colhida pela fiscalização como prova ilícita e consequente cancelamento da autuação; seja declarada a ausência de prova para o redirecionamento da responsabilidade tributária e exclusão da empresa Geral Empreendimentos Ltda. do pólo passivo da demanda.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas – SP, concluíram pela improcedência da impugnação e pela manutenção do crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, no que diz respeito à Impugnação da empresa **N PEREIRA PROJETOS DE PAISAGISMO EPP**, é de se dizer que a defesa alega em preliminar que os

fatos apurados pela fiscalização não correspondem aos fatos reais, mas que encerrou suas atividades no ramo de comércio de carnes, iniciando outra na área de jardinagem, em virtude da idade avançada do titular da firma, justificando ainda que, por não necessitar de grandes instalações, alocou sua sede nos fundos da residência mencionada pela fiscalização, e o fato de ser encontrada apenas mobília velha no local se deu em virtude da empresa de Paisagismo se encontrar paralisada;

- que diga-se que as alterações no estado da empresa inicialmente fiscalizada N Pereira Casa de Carnes, ocorridas após cerca de três meses do início da ação fiscal, constituem motivo suficiente para uma análise mais acurada dos fatos ocorridos, máxime quando constatado que o a movimentação financeira da empresa N Pereira no ano calendário 2006 era **32,94 vezes** maior que o valor declarado em DIPJ 2007/2006, conforme informado no item 92 do relatório fiscal;

- que os fatos que a fiscalização apurou exaustivamente e a impugnante tenta afastar demonstram que, na realidade, a empresa outrora denominada N Pereira Casa de Carnes apesar das alterações formais efetuadas em **23/07/2009**, abaixo descritas, continua exercendo a exploração do comércio de carnes e derivados no antigo local de seus negócios e com os mesmos administradores através da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.;

- que apesar da alteração do domicílio fiscal da empresa N Pereira Paisagismo EPP, para a Av. Antonio Carvalho de Miranda, 316, fundos, Jardim Miranda, Campinas/SP, a fiscalização constatou *in locu* que a referida empresa nunca praticou atividades neste local, sendo que as intimações feitas à fiscalizada eram recebidas pelos moradores da residência, dentre estes Sr. Sebastião Pântano, que recebia as intimações, conforme cópias dos Avisos de Recebimento acostados às fls. 510, 516, 521, 553 e 656, e as encaminhava aos proprietários da fiscalizada, já que esta respondia às intimações através do representante legal da fiscalizada;

- que a corroborar a continuidade dos negócios da empresa N Pereira Casa de Carnes EPP por intermédio da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., a fiscalização em análise das movimentações financeiras das empresas citadas, constatou que esta última movimentava seus recursos financeiros nos mesmos bancos nos quais anteriormente a N Pereira Casa de Carnes – EPP movimentava suas contas correntes, quais sejam, o Banco do Brasil S/A e o Banco Itaú S/A;

- que destaca ainda a fiscalização que a conta corrente aberta em nome da Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. está vinculada exatamente à mesma agência do Banco do Brasil S/A a qual era cliente a empresa N Pereira Casa de Carnes – EPP, a de número 1.2270, e os volumes movimentados nas contas das duas empresas foram sendo transferidos paulatinamente desta última para a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., a partir de novembro de 2008 e durante todo o ano-calendário 2009;

- que outro fato que não pode deixar de ser ressaltado, é que, quando do início da ação fiscal em **03/04/2009**, na empresa ainda denominada N Pereira Casa de Carnes EPP, situada na Estrada Velha Campinas Monte Mor, 1.211, Campinas/SP, o Termo de Início da Ação Fiscal, fls. 05, foi recebido no local e assinado por Álvaro Denilson Pereira, e, após cerca de três meses do início da ação fiscal, em **23/07/2009**, a fiscalizada N Pereira Casa de Carnes EPP alterou seu endereço e seu objeto social nos cadastros da Receita Federal, como já mencionado acima;

- que os demais fatos apontados pela fiscalização a demonstrar a sucessão de negócios das empresas retrocitadas e que segundo a impugnante são despidos de verdade material, serão analisados no tópico da “Responsabilidade Tributária das Demais Empresas”;

- que, no que diz respeito à nulidade por inversão indevida do Ônus da Prova e quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, é de se dizer que sustenta o impugnante que houve violação do sigilo bancário, tornando o lançamento nulo uma vez que calcado em prova ilícita, com inversão indevida do ônus da prova e ofensa a verdade material, não podendo se concluir que todos os valores da movimentação financeira representem renda ou receita ou faturamento auferidos pelo contribuinte;

- que por estar o acesso às informações bancárias regularmente autorizado nas leis e atos legais mencionados, os procedimentos adotados são considerados regulares assim como as provas obtidas, inexistindo qualquer prejuízo à validade da exigência fiscal;

- que não há medida judicial a amparar a tese da defesa, além de por ora, não haver comando suspendendo a eficácia do artigo art. 6º da Lei Complementar n.º 105, de 2001, com efeitos *erga omnes*, não surtindo efeitos no presente processo;

- que, no que diz respeito à Presunção de Omissão de Receitas, é de se dizer que argumenta ainda o impugnante que houve ofensa a verdade material, uma vez que não é válido concluir que todos os valores representam renda ou receita ou faturamento auferidos pelo contribuinte, sendo indevida a inversão do ônus da prova;

- que restou corretamente caracterizada a receita omitida nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, tendo a Autoridade Administrativa regularmente intimado o contribuinte a prestar os esclarecimentos necessários. Diante de sua inação, o Auditor Fiscal efetuou o lançamento dos Autos de Infração em discussão, cumprindo com as obrigações impostas pela legislação pertinente (atividade vinculada). Finalmente, intimado sobre os lançamentos tributários, o contribuinte apresentou sua Impugnação sem a apresentação de quaisquer documentos que pudessem comprovar suas alegações ou esclarecer a origem das movimentações financeiras caracterizadas como receitas omitidas;

- que, no que diz respeito à Responsabilidade Tributária das demais empresas mencionadas no Relatório de Ação Fiscal do Auto de Infração, é de se dizer os impugnantes sustentam que não houve prova da ocorrência da sucessão de empresas, pois em relação a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. não houve alienação do fundo de comércio e o fato de haver coincidência de fornecedores e atividades no mesmo ramo de comércio não se presta a caracterizar a sucessão de empresas;

- que quanto ao pedido de nulidade da exclusão da empresa N Pereira Paisagismo do SIMPLES Federal, deve-se esclarecer que o presente processo resulta de encerramento parcial da fiscalização e que somente houve menção quanto a futura exclusão do sistema simplificado, como se verifica do item 4 do relatório fiscal que abaixo transcrevo, não constando nestes autos qualquer ato de exclusão do Simples Federal que possibilitasse manifestação desta autoridade julgadora: No ano-calendário 2006 foi ultrapassada a receita permitida para a permanência no SIMPLES FEDERAL, o que ocasionará a exclusão da empresa desse sistema para os anos-calendário subsequentes;

- que, no que diz respeito à Impugnação da empresa **Geral Empreendimentos e Participações Ltda.**, é de se dizer que a impugnante apresenta defesa de idêntico teor em relação aos tópicos já analisados acima “Da Nulidade por inversão indevida do Ônus da Prova e quebra do sigilo bancário sem autorização judicial” e “Da Presunção de

Omissão de Receitas”, motivo pelo qual devem ser consideradas as razões de decidir aludidas nos referidos tópicos;

- que argumenta ainda não ser parte legítima para integrar a relação de sujeição passiva, tendo em vista que a impugnante não é uma continuidade da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP, pois não alienou seu fundo de comércio a esta, não tendo os mesmos proprietários, nem participação societária uma nas outras, sendo o ramo de atividades totalmente diverso, e os veículos locados não são de patrimônio comum, mas pertencentes a instituição financeira arrendadora sendo possível a transferência da titularidade da parte arrendatária sem que signifique transferência de patrimônio, devendo ser afastada a pretensão fiscal quanto a responsabilidade tributária;

- que, conforme já amplamente demonstrado no item “Da Responsabilidade Tributária das demais empresas mencionadas no Relatório de Ação Fiscal do Auto de Infração”, restou comprovado nos autos que houve transferência de patrimônio entre a outrora denominada N Pereira Casa de Carnes EPP para a empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda., durante a ação fiscal e ainda que as empresas em referência eram geridas por Álvaro Denilson Pereira, e que o transporte das mercadorias vendidas pela Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. era efetuado através de veículos pertencentes à empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda., que antes pertenceram a empresa N Pereira Casa de Carnes EPP;

- que, deva ser mantida a responsabilidade apurada em relação a empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda.;

- que, no que diz respeito à Impugnação da empresa de **Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.**, é de se dizer que a impugnante apresenta defesa de idêntico teor em relação aos tópicos já analisados acima “Da Nulidade por inversão indevida do Ônus da Prova e quebra do sigilo bancário sem autorização judicial” e “Da Presunção de Omissão de Receitas”, motivo pelo qual devem ser consideradas as razões de decidir aludidas nos referidos tópicos;

- que argumenta ainda não ser parte legítima para integrar a relação de sujeição passiva, tendo em vista que a impugnante não é uma continuidade da empresa N Pereira Projetos de Paisagismo EPP, não tendo os mesmos proprietários, tampouco havendo alienação do fundo de comércio, além de que a ocupação do mesmo espaço físico e a coincidência de fornecedores e atividade negocial não serve para caracterizar a sucessão;

- que já amplamente demonstrado no item “Da Responsabilidade Tributária das demais empresas mencionadas no Relatório de Ação Fiscal do Auto de Infração”, restou comprovado nos autos que houve transferência de patrimônio entre a outrora denominada N Pereira Casa de Carnes EPP para a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., exploração de atividade no comércio de carnes por ambas, utilizando-se do mesmo espaço físico, entregando mercadorias através dos mesmos veículos e tendo como administrador comum Álvaro Denílson Pereira;

- que, além disto, houve efetiva comprovação da transferência de empregados e recursos financeiros da N Pereira Casa de Carnes EPP para a Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., conforme discriminado nos itens 77/86 e 87/89 do relatório fiscal;

- que deva ser mantida a responsabilidade apurada em relação à empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.

A presente decisão esta consubstanciada nas seguintes ementas:

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

Ano-calendário: 2006

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

A não comprovação da origem dos valores depositados em conta bancária de titularidade do sujeito passivo, após regular intimação, autoriza a presunção de omissão de receita.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA

A utilização de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras não constitui violação do dever de sigilo quando prestados à Administração Tributária com observância de dispositivos previstos no ordenamento jurídico.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis e atos normativos é prerrogativa do Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pela Administração Pública.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. CONTINUAÇÃO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDAD

A empresa que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial ou industrial, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde integralmente pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, no caso de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 11/09/2012, conforme Termo constante às fls.1154/1186, e, com ela não se conformando, o contribuinte autuado **N Pereira Projetos de Paisagismo EPP**, interpôs, intempestivamente, em 15/10/2012, data da postagem (fl.1201), o recurso voluntário de fls. 1191/1197, instruído pelos documentos de fls. 1198/1202, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que o acórdão recorrido admitiu a procedência do Auto de Infração e, com isso incidiu na mesma ilegalidade no que concerne aos seguintes argumentos de direito que rechaçam a validade da autuação;

- que a nulidade pela inversão indevida do ônus da prova, ou seja, a intimada teve que apresentar extratos e prestar esclarecimentos sobre sua movimentação bancária, a Recorrente permaneceu silente, posto que o silêncio é um direito, infirmado em qualquer procedimento administrativo o judicial para resguardar o direito constitucional da não auto-incriminação;

- que a indevidamente invertido o ônus da prova, e disso resultando ofensa ao CTN, a decisão final está viciada e, conseqüentemente, a autuação e a pretendida inscrição em dívida ativa não se sustentam, na forma em que exige expressamente o art. 201 do CTN;

- que a nulidade pela quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ou seja, o procedimento para requisição de extratos e informações bancárias do contribuinte foi a forma pela qual o agente fiscal constitui a presunção de faturamento e renda desta Recorrente;

- que em via de conseqüência, deve ser declarada a Nulidade da apuração do crédito tributário, seus acréscimos e multa aplicada e, bem assim, do Auto de Infração, que deve ser declarado insubsistente, seja em relação ao Arbitramento do Lucro e seja em relação à Exclusão do Simples Federal, que não pode prevalecer, ante a inconsistência do ato administrado e ilegalidade e inconstitucionalidade da forma como foi constituída.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 12/09/2012, conforme Termo constante às fl.1164/1173 e 1188, e, com ela não se conformando, o responsável integral (responsabilidade tributária integral por sucessão) **Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.** interpôs, tempestivamente, em 15/10/2012, data postagem (fl.1220) o recurso voluntário de fls. 1205/1211, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que os fatos elencados na decisão de primeira instância induzem a conclusões equivocadas;

- que se o Sr. Alvaro houvesse gerenciado a empresa autuada a N Pereira Casa de Carnes, não é possível daí fazer a inferência de que os negócios eram comuns ou que esta Recorrente auferia qualquer vantagem que fosse oriunda do faturamento daquela empresa, porque ele simplesmente o fazia porque o proprietário era seu pai, de avançada idade, que precisava de seu auxílio;

- que seu pai deixou os negócios da N Pereira Casa de Carnes EPP alterou sua denominação para N Pereira Projetos de Paisagismo EPP, pois pretendia dedicar-se a atividades de jardinagem. Essa nova atividade não rendeu negócios porque o Sr. Nelson Pereira, pai do Sr. Alvaro não dispôs de saúde bastante e aposentou-se;

- que os empregados, havia conveniência em sua contratação, mas tal fato poderia levar tão somente à responsabilidade trabalhista, ditada pelos Arts. 10 e 448 da CLT, porque os trabalhadores constituem a força produtiva. Porém, essa mesma motivação de responsabilidade não se aplica na esfera tributária, posto que a responsabilidade tributária é regulada pelos Arts. 133 a 135 do CTN;

- que os empregados foram dispensados da N Pereira, e assim tiveram o vínculo solvido regularmente, de forma que a continuidade da prestação de serviços pelos empregados à Campinas Atacadista, esta Recorrente, não constitui, de per si, caracterização de sucessão para fins tributários;

- que não há no bojo deste processo administrativo espaço para o contraditório pleno, pois que a defesa se faz somente ante a letra da lei, criando-se um ambiente injusto, porque dá azo à formação de presunções, por indícios formados a partir do entendimento subjetivo de cada julgador;

- que não basta à estreita relação negocial como fundamento para erigir presunção que permite atribuir responsabilidade tributária. Mesmo porque, essa relação negocial existe de várias formas entre as empresas, principalmente quando se trata de ente familiares;

- que é preciso comprovação da existência concreta dos fatos e ocorrências mencionadas pelo Art. 133 do CTN, para que se possa pretender a sucessão de empresas para fins responsabilização tributária;

- que a presunção tributária não pode ser produto de ficção formada ao arrepio da lei. Da forma como agiu, o fiscal não comprovou a continuidade porque não houve continuidade em relação à Recorrente;

- que a Campinas Atacadista, ergueu-se sobre patrimônio adquirido por si próprio, pela fofa de trabalho e empreendimento de seus sócios e administradores e equipamentos, aquisição e escolha de sistemas operacionais e captação de clientela; não houve nenhuma alienação de negócio ou unidade produtiva, de modo que não é possível exigir o crédito tributário desta Recorrente;

- que está claro ao Fisco, em seu sistema, pelo que independe de demonstração, que esta Recorrente tem faturamento próprio, tem estrutura autônoma e responde por seus próprios objetivos sociais, e, além disso, não faz parte de nenhum grupo econômico.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 11/09/2012, conforme Termo constante às fls. 1184, e, com ela não se conformando, o responsável integral (responsabilidade tributária integral por sucessão) **Geral Empreendimentos e Participações Ltda. – CNPJ nº 11.039.808/0001-07, atualmente sob a razão social de Geralmundi Transporte, Manutenção e Locação de Equipamentos Ltda.**, interpôs, intempestivamente, em 15/10/2012, data da postagem, o recurso voluntário de fls. 1224/1231, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que os fatos elencados na decisão de primeira instância induzem a conclusões equivocadas;

- que o julgador pretendeu concluir que o Sr. Alvaro Denilson Pereira gerenciava o estabelecimento desta Recorrente, quando na verdade, apenas prestou ajuda inicial até que a representante legal da Geralmundi adquirisse experiência e pudesse continuar sozinha seus negócios;

- que a Geralmundi não faz o transporte dos produtos de qualquer das outras empresas, seu objeto inicial e que ainda permanece, é a Locação. Anteriormente, no início, eram apenas veículos, e na atualidade, estendeu para equipamentos;

- que, na época dos fatos, esta Recorrente não mantinha a atividade de Transporte;

- que, portanto, o Agente fiscal não comprovou a continuidade- porque não continuidade em relação à Recorrente; nem alienação, nem controle da Recorrente por outra, de modo que não é possível exigir o crédito tributário desta Recorrente;

- que resta claro ao Fisco em seu sistema que esta Recorrente tem faturamento próprio, tem estrutura autônoma e responde por seus próprios objetivos sociais. E cujo ramo de atividades é totalmente diverso, não ocupa o mesmo espaço físico das demais e tem sua própria representante legal e seu gerente negócios. Negócios estes, estendidos, diversificados e ramificados, comprovando que não nasceu como empresa para ser parte de um grupo econômico.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

**QUANTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS DE N PEREIRA
PROJETOS DE PAISAGISMO (CONTRIBUINTE AUTUADO) E
GERAL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
(RESPONSÁVEL INTEGRAL – RESPONSABILIDADE
TRIBUTÁRIA INTEGRAL POR SUCESSÃO)**

Do exame dos autos verifica-se que existe uma questão prejudicial à análise do mérito da presente autuação, no que diz respeito aos contribuintes acima relacionados, relacionada com a preclusão do prazo para interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Impõe-se, assim, necessário verificar se, em verdade, houve ou não apresentação tempestiva dos recursos voluntários, bem como se existe alguma justificativa razoável para se processar o recurso voluntário em outra data, senão aquela original prevista na legislação de regência.

Ao tratar da intimação o Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 1972 e suas alterações posteriores) se manifesta da seguinte forma:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresse consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Pela análise preliminar das peças processuais é possível se inferir, a primeira vista, que os fatos ocorreram da forma abaixo discriminada, e por via de consequência com o resultado previsível ali exposto. Senão, vejamos.

A decisão de Primeira Instância foi encaminhada para os endereços indicados pelos contribuintes em questão, via correio, com emissão de A R, tendo sido recebidos, em

11/09/2012, pelos contribuintes, conforme atestam os Avisos de Recebimento de fls. 1184/1186.

O marco inicial para a contagem do prazo se deu em 12/09/2012, uma quarta-feira, dia expediente normal na repartição. Portanto, o prazo final para apresentação das defesas encerrar-se-ia no dia 11/10/2012, uma quarta-feira, dia de expediente normal na repartição.

As peças recursais, somente, foram postadas em 15/10/2012 (fls. 1201 e 1240), portanto, totalmente fora do prazo fatal, razão pela qual o órgão preparador considerou os recursos intempestivos, conforme Termo de Perempção de fl. 1249.

É de se observar, que quando a decisão em primeira instância é desfavorável ao contribuinte, este poderá entrar com um recurso chamado Recurso Voluntário, questionando a decisão proferida pela administração em primeira instância, lembrando que este recurso é um direito facultativo do contribuinte. Em casos que o contribuinte não concordar, somente em parte, com a decisão administrativa da primeira instância ele poderá recorrer apenas desta parte e quitar a parte não recorrida da decisão. Em nome dos princípios do contraditório e ampla defesa o prazo para entrar com o Recurso Voluntário é de 30 dias, a contar da data da ciência da decisão de primeira instância.

O Processo Administrativo Fiscal (PAF) estabelece no artigo 5º que os prazos são contínuos, excluindo-se de sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. E que só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo que deva ser praticado o ato. O prazo preclusivo para impugnar é de 30 (trinta) dias contado da intimação para recolher o crédito tributário objeto de lançamento pela Autoridade Administrativa, segundo definido no art. 15 do PAF. As disposições do § 4º do art. 16, do mesmo diploma, estabelecem que a prova documental será apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo por motivos de força maior, direitos ou fatos supervenientes. Também, o prazo é de 30 (trinta) dias contado da ciência da decisão que julgar procedente total ou parcialmente para interpor recurso voluntário perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme previsto no artigo 33 do PAF.

Casos de intempestividade, como os dos suplicantes, a princípio, quando comprovada veda a autoridade julgadora de tomar conhecimento de seus argumentos, a não ser que o contribuinte questione a referida tempestividade.

Caberia aos suplicantes adotarem medidas necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, observando o prazo fatal para interpor a peça recursal.

Não há mais nada para se discutir, os suplicantes foram cientificados em 11/09/2012 da decisão. É indiscutível que o prazo para apresentar a peça recursal é de trinta dias, contados na forma do disposto no artigo 5º, parágrafo único, do Decreto n.º 70.235, de 1972, combinado com o art. 33 do mesmo Decreto.

Por tal imposição legal o termo final seria 11/10/2012, sendo que os suplicantes somente apresentaram as suas peças recursais em 15/10/2012, fora do prazo regulamentar, desta forma não se instaurou a fase litigiosa do processo na Segunda Instância, como dispõe o artigo 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, e, após isto, qualquer ato de defesa ou decisória é ineficaz.

Assim, considerando que as intimações foram entregues conforme preceitua a norma que rege o processo administrativo fiscal, e que os recursos voluntários foram postados

no correio após o prazo de 30 dias contados da data do recebimento das intimações no domicílio tributário dos contribuintes, não há como acolher o recurso voluntário.

Nestes termos, posiciono-me no sentido de não conhecer do recurso, por extemporânea as peças recursais.

RECURSO VOLUNTÁRIO DE CAMPINAS ATACADISTA DE CARNES E DERIVADOS LTDA. (RESPONSÁVEL INTEGRAL – SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA INTEGRAL POR SUCESSÃO)

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Inicialmente é de se ressaltar que o responsável integral (responsabilidade tributária integral por sucessão) tomou ciência da decisão de primeira instância, em 12/09/2012, uma quarta-feira, dia de expediente normal na repartição. O início da contagem do prazo foi em 13/09/2012, uma quinta-feira, dia de expediente normal na repartição. O seu término seria em 12/10/2012, uma sexta-feira, dia sem expediente na repartição (feriado nacional). Sendo os dias 13 e 14 de outubro de 2012, sábado e domingo, respectivamente, dia sem expediente na repartição, o prazo fatal deslocou-se para 15/10/2012, data da postagem do recurso voluntário, razão pela qual o mesmo é tempestivo.

Da análise preliminar dos autos se verifica que a autoridade fiscal considerou o contribuinte como responsável integral (sujeição passiva por responsabilidade tributária integral por sucessão), conforme previsão contida no art. 133, I, do Código Tributário Nacional, por entender que a empresa que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial ou industrial, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde integralmente pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, no caso de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

Conforme item VII do Relatório fiscal foi apurada à responsabilidade tributária integral e sujeição passiva das empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e Geral Empreendimentos e Participações Ltda. pelos créditos constituídos na empresa N Pereira Projetos e Paisagismo EPP, devido ao íntimo interesse negocial de suas atividades sociais entre si, e, segundo as seguintes constatações feitas pela fiscalização em síntese:

- que as três empresas contam com o mesmo administrador/gerente, com plenos poderes de administração e gerência das sociedades, conforme procurações obtidas e dados cadastrais das empresas constantes dos bancos de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que pode ser constatado na procuração às fls. 07/10, outorgada pela empresa N Pereira Casa de Carnes EPP em 21/05/1996;

- que as empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e Geral Empreendimentos e Participações Ltda. também são administradas e gerenciadas pelo Sr. Álvaro Denílson Pereira e esse fato pode ser comprovado pela análise das Declarações de Rendimentos entregues pelas empresas relativas aos anos calendário 2007, 2008 e 2009;

- que as empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e Geral Empreendimentos e Participações Ltda. exploram o mesmo objeto social, atuando no mesmo ramo de comércio ou indústria anteriormente explorada pela empresa N PEREIRA CASA DE CARNES EPP: o comércio atacadista de carnes e seus derivados e seu transporte ao cliente;

- que as vendas da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., com o conseqüente transporte efetuado pela Geral Empreendimentos e Participações Ltda., estão sendo efetuadas para clientes anteriormente supridos pela N PEREIRA CASA DE CARNES EPP, tais como Ademir Borsato, Sadi Cogo, e conforme Livros Razão da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. esses clientes continuaram a adquirir produtos desta nova empresa depois que a N PEREIRA CASA DE CARNES EPP deixou a área de fornecimento de carnes e derivados;

- que constatado nos Livros de Entradas e Livros Razão da Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., que esta efetua compras dos fornecedores que anteriormente forneciam à autuada N PEREIRA CASA DE CARNES EPP, tais como Vale Grande Ind. e Com. de Alimentos e Boi Forte Frigoríficos Ltda. Diante da falta de apresentação dos Livros contábeis e Fiscais da N Pereira Casa de Carnes EPP, os fornecedores foram verificados através dos dados cadastrais informados pela mesma ao Banco do Brasil;

- que corrobora a seqüência de negócios entre as empresas o fato de que os estoques da N PEREIRA CASA DE CARNES EPP terem sido transferidos paulatinamente para a Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda., conforme demonstram os Livros Razão e Livros Registros de Entrada desta última;

- que as vendas da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. são entregues através dos mesmos caminhões e veículos automotores de propriedade da N PEREIRA CASA DE CARNES EPP, agora de propriedade da empresa Geral Empreendimentos e Participações Ltda., conforme descrito no item 70 a 76 do Relatório Fiscal;

- que o conjunto composto pelas empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e Geral Empreendimentos e Participações Ltda. explora o mesmo patrimônio que a empresa N PEREIRA CASA DE CARNES EPP. As instalações físicas das duas empresas, compostas de escritório de vendas, câmaras frias são as mesmas e também os veículos que entregam a mercadoria vendida;

- que a empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. explora o mesmo **fundo de comércio** que a empresa N PEREIRA CASA DE CARNES EPP: elemento subjetivo caracterizado pela experiência das empresas em sua atuação na área de frigorífico, conhecimento do mercado de vendas e compras de sua matéria-prima, embalagem e logística de entrega de carnes de bovinos e seus derivados;

- que da análise das Movimentações Financeiras efetuadas em contas correntes pela Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e pela empresa N PEREIRA CASA DE CARNES EPP, foi constatada regularidade no fluxo de numerário na passagem de operações entre as empresas, ocorrida a partir de novembro de 2008;

- que as empresas Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. e N Pereira Casa de Carnes EPP utilizam-se dos mesmos funcionários para efetuar a consecução de seus objetivos sociais, listando a fiscalização os segurados registrados que exerceram atividades tanto para a N PEREIRA CASA DE CARNES EPP, posteriormente para a Nova Alimentos Comercial Ltda. e finalmente para Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.

O recorrente sustenta que não houve prova da ocorrência da sucessão de empresas, pois em relação à empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda. não houve alienação do fundo de comércio e o fato de haver coincidência de fornecedores e atividades no mesmo ramo de comércio não se presta a caracterizar a sucessão de empresas.

A sujeição passiva dos responsáveis integrais por sucessão, nos casos em que for atribuída pela fiscalização com fundamento art. 133, I, do Código Tributário Nacional e decorrente do entendimento de que a empresa que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial ou industrial, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde integralmente pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, no caso de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

É de se observar, que não se pode confundir solidariedade tributária com responsabilidade de terceiro. São situações distintas. A primeira diz respeito ao sujeito passivo que pratica a conduta caracterizadora da obrigação de pagar tributo. A segunda refere-se ao terceiro que, sem ser sujeito passivo da obrigação tributária, em face de conduta própria, pode vir a ser chamado a responder pelo crédito tributário.

Inicialmente cumpre observar, que a sucessão não precisa sempre ser formalizada, admitindo a jurisprudência a sua presunção desde que existentes indícios e provas convincentes, conforme se depreende da jurisprudência do STJ que abaixo se transcreve:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133, CTN. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CITAÇÃO. INTERRUPÇÃO

1. A sucessão de empresas para fins tributários, caracterizados por fatos inequívocos, bem como a prescrição afastada pelas datas do lançamento, do ajuizamento e da citação para a ação, encerram matérias insindicaíveis pelo E. STJ.

2. É que, in casu, o Tribunal a quo assentou que: a) “(a) duas empresas com o mesmo objeto social; (b) localizadas no mesmo endereço; (c) pertencentes à mesma família; e (d) enquanto uma vai morrendo gradativamente (rectius, sendo programadamente desativada), por causa das elevadas dívidas, a outra vai nascendo e crescendo, inclusive para dentro dela migrando o quadro de funcionários e os próprios maquinários, erige-se situação de fato que afirma, estreme de dúvida, a ocorrência de sucessão tributária integral.”

3. Recurso especial não conhecido.

STJ RESP 200800653960 1ª T. Min Luiz Fux, DJE DATA:17/11/2009

Ora, embora não tenha havido, formalmente, a transferência do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, os elementos descritos pela fiscalização demonstram, na prática, essa transferência, já que os negócios da empresa sucedida não sofreram qualquer solução de continuidade, pois foram integralmente assumidos pela sucessora, a Campinas Casa de Carnes Ltda., inclusive na contratação de funcionários.

Esses fatos, devidamente comprovados no processo, não representam meros indícios, como quer fazer crer o impugnante, e convergem para a conclusão da fiscalização de que houve, na prática, a sucessão empresarial apontada, em conformidade com o art. 133, inciso I, do CTN, a seguir reproduzida:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

Não há dúvidas de que restou demonstrada a transferência, ainda que indireta, o fundo empresarial, que permitiu a continuidade da exploração desse fundo com alteração meramente subjetiva do agente ou beneficiário dos resultados, devendo ser mantida a responsabilidade integral das empresas Campinas Casa de Carnes Ltda., como apontado pela fiscalização.

Dito isso é de se examinar a matéria contida no lançamento tributário.

A decisão recorrida entendeu que caso não há que se falar em nulidade do lançamento por utilização de provas ilícitas, consistentes em dados obtidos da movimentação bancária da impugnante, quando esses elementos foram obtidos segundo a legislação de regência, cujo rito procedimental impõe a transferência do sigilo bancário à Autoridade Fiscal. As informações bancárias assim obtidas e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário. Bem como entendeu que apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão.

Por fim, firmou o entendimento de que tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996.

Inconformada, em virtude de não ter logrando êxito na instância inicial, a responsável solidária integral apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, ataca o que entende terem sido os fundamentos do lançamento apresentando preliminar de nulidade do lançamento, bem como apresenta razões de mérito.

Quanto à preliminar de nulidade do lançamento argüida pela suplicante, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, entendendo que a autoridade lançadora feriu diversos princípios fundamentais, quais sejam: utilização da Lei nº 10.174, de 2001 e Lei Complementar nº 105, de 2001, para solicitar os extratos bancários e quebra do sigilo bancário de forma incorreta, não cabe razão a suplicante pelos motivos que se seguem.

Como se vê o aspecto divergente estaria no entendimento que a suplicante tem de que o lançamento não pode prosperar em razão de que as provas fiscais teriam sido obtidas por autoridades fazendárias através de procedimentos inteiramente ilícitos, sob o

entendimento de que o fato ocorrido foi uma solicitação indevida dos extratos bancários, ou seja, houve a quebra do sigilo bancário de forma irregular e obtenção de provas por meios ilícitos.

O presente tema tem sido muito discutido após a Lei nº 10.174, de 2001 (que alterou a Lei nº 9.311, de 1996, e passou a admitir a utilização de dados da extinta CPMF para fins de apuração de outros tributos) e, sobretudo, a Lei Complementar nº 105, de 2001 (cujos arts. 5º e 6º admitem o acesso, pelas autoridades fiscais da União, Estados e municípios, das contas de depósito e aplicações financeiras em geral), tem reflexo direto em inúmeros lançamentos que são fundamentados na existência de movimentação bancária incompatível com os rendimentos e receitas declaradas pelos contribuintes.

É sabido, que o Supremo Tribunal Federal tem determinado o sobrestamento de processos onde a discussão abrange o fornecimento das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001).

Assim, resta evidente que o assunto se encontra na esfera das matérias de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, conforme o Recurso Extraordinário 601314 e que os processos estão sobrestados.

Ora, as instâncias administrativas de julgamento estão impedidas de afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do disposto no artigo 62 da Portaria MF nº 256/2009, que aprova o Regimento Interno do CARF, conforme abaixo:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A aplicação de normas constitucionais somente é possível nos casos de decisões definitivas do STF e do STJ na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil), conforme art. 62-A do Regimento Interno do CARF, a saber:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (g.n.), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.(Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Nesse passo, como a matéria não foi definitivamente julgado pelo STF, considera-se legítima a requisição de dados e extratos bancários pela Receita Federal do Brasil diretamente às Instituições Financeiras.

Sobre o tema, aplica-se, ainda, o enunciado da Súmula nº. 2 deste Conselho:

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

Logo, é de se rejeitar a preliminar argüida pela Recorrente.

No que diz respeito à presunção de omissão de receita baseada em depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada esclareça-se inicialmente, que a autuação do IRPJ – Simples teve com base legal, entre outros, o art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995:

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

Portanto, eventuais omissões de receitas apuradas no ano calendário de 2006, cujo mérito será analisado adiante, devem ser, de fato, tributadas sob o regime de tributação a que estivesse submetida à interessada no período, no caso, sob a sistemática do Simples.

Sendo optante pelo SIMPLES, a autuada estava sujeita às determinações contidas na Lei nº 9.317, de 1996, que assim dispõe:

Art. 7º [...]

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

[...]

Art. 18º Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

De acordo com o transcrito acima, aplicam-se à empresa optante pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do imposto sobre a renda, e especificamente a prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, com a alteração da Lei nº 9.481, de 1997.

No mérito a contribuinte contestou a tributação dos depósitos bancários sob a argumentação de que os depósitos não representam receita e alegou inadmissibilidade de lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, citando a Súmula 182 do antigo

em extratos ou depósitos bancários. Nenhuma razão assiste a contribuinte como ficará demonstrado.

É notório, que no passado os lançamentos de crédito tributário baseado, exclusivamente, depósitos bancários sempre tiveram sérias restrições, seja na esfera administrativa, seja no judiciário. Para por um fim nestas discussões o legislador introduziu o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizando como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido junto à instituição financeira, em relação às quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

É conclusivo que no nosso sistema tributário tem o princípio da legalidade como elemento fundamental para que flore o fato gerador de uma obrigação tributária. Ou seja, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Seria por demais mencionar, que a Lei Complementar não pode ser conflitada ou contraditada por legislação ordinária. E que, ante o princípio da reserva legal (CTN, art. 97), e o pressuposto da estrita legalidade, insito em qualquer processo de determinação e exigência de crédito tributário em favor da Fazenda Nacional, insustentável o procedimento administrativo que, ao arrepio do objetivo, finalidade e alcance de dispositivo legal, imponha ou venha impor exação.

Assim, o fornecimento e manutenção da segurança jurídica pelo Estado de Direito no campo dos tributos assume posição fundamental, razão pela qual o princípio da Legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei, de modo que para efeitos de criação ou majoração de tributo é indispensável que a lei tributária exista e encerre todos os elementos da obrigação tributária.

À Administração Tributária está reservado pela lei o direito de questionar a matéria, mediante processo regular, mas sem sobra de dúvida deve se atrelar à lei existente.

Com efeito, a convergência do fato imponible à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte de obrigações tributárias, somente, se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

Como a obrigação tributária é uma obrigação ex lege, e como não há lugar para atividade discricionária ou arbitrária da administração que está vinculada à lei, deve-se sempre procurar a verdade real à cerca da imputação, desde que a obrigação tributária esteja prevista em lei. Não basta a probabilidade da existência de um fato para dizer-se haver ou não haver obrigação tributária.

Neste aspecto, apesar das intermináveis discussões, não pode prosperar, na íntegra, os argumentos da recorrente, já que, a princípio, o ônus da prova em contrário é da defesa, sendo a legislação de regência cristalina, conforme o transcrito abaixo:

Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

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

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

Como se vê, nos dispositivos legal mencionados, o legislador estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos. Não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização legal para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, para presumir que os recursos depositados traduzem receitas da pessoa jurídica. É evidente que nestes casos existe a inversão do ônus da prova, característica das presunções legais o contribuinte é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é renda tributável.

É incontroverso, que é função do fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos/informações/esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o artigo 42 da lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada à origem dos recursos tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como sendo receitas tributáveis e omitidas na DIPJ, efetuando os lançamentos do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente, tão-somente, a inquestionável observância da legislação.

A comprovação deverá ser feita com documentação hábil e idônea, devendo ser indicada à origem de cada depósito individualmente, não servindo, a princípio, como comprovação de origem de depósito as receitas anteriormente auferidas ou já tributadas, se não for comprovada a vinculação da percepção das receitas com os depósitos realizados. Assim, os valores cuja origem não houver sido comprovada serão oferecidos à tributação.

Não há dúvidas, que na presunção de omissão de receitas de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o sujeito passivo é o titular da conta bancária que, regularmente intimado, não comprove a origem dos depósitos bancários. Assim sendo, resta claro de que o legislador atribuiu ao titular da disponibilidade financeira, e não à Administração Tributária, o

ônus de identificar os negócios jurídicos que proporcionaram os depósitos. Não poderia ser mais ponderado. Afinal, é ele, contribuinte, que participa diretamente do negócio, o qual, na quase totalidade dos casos, se exterioriza pela produção de um instrumento formal que se constitui em prova documental da sua realização (recibo, contrato, escritura, nota fiscal, etc.). Em suma, a norma estabeleceu a obrigatoriedade de o contribuinte manter documentação probatória da origem dos valores que deposita em sua conta bancária.

Faz-se necessário reforçar, que a presunção criada pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é uma presunção relativa passível de prova em contrário. Ou seja, está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do contribuinte, em instituições bancárias. A simples prova em contrário, ônus que cabe ao contribuinte, faz desaparecer a presunção de omissão de receitas.

Por outro lado, a falta de justificação faz nascer à obrigação do contribuinte para com a Fazenda Nacional de pagar o tributo com os devidos acréscimos previstos na legislação de regência, já que a principal obrigação em matéria tributária é o recolhimento do valor correspondente ao tributo na data aprazada. A falta de recolhimento no vencimento acarreta em novas obrigações de juros e multa que se convertem também em obrigação principal.

Assim, desde que o procedimento fiscal esteja lastreado nas condições imposta pelo permissivo legal, entendo que seja do recorrente o ônus de provar a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias. Ou seja, de provar que há depósitos, devidamente especificados, que representam ou não aquisição de disponibilidade financeira tributável ou não tributável, ou que já foi tributado. Desta forma, para que se proceda à exclusão da base de cálculo de algum valor considerado, indevidamente, pela fiscalização, se faz necessário que o contribuinte apresente elemento probatório que seja hábil e idôneo para comprovar a origem do valor depositado (créditos), independentemente, se tratar de receitas tributáveis ou não. Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributações específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

É evidente, que depósitos bancários de origem não comprovada se traduzem em renda presumida, por presunção legal “jûris tantum”. Isto é, ante o fato material constatado, qual seja depósitos/créditos em conta bancária, sobre os quais o contribuinte, devidamente intimado, não apresentou comprovação de origem, a legislação ordinária autoriza a presunção de renda relativamente a tais valores (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).

Indiscutivelmente, esta presunção em favor do fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem dos recursos questionados.

Pelo exame dos autos verifica-se que a recorrente, embora intimada a comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em suas contas bancárias, não conseguiu equacionar, de forma razoável, os depósitos questionados com os pretensos valores recebidos e é isso que importa justificar a origem dos depósitos de forma individualizada, coincidentes em datas e valores.

Não há dúvidas, que a Lei nº 9.430, de 1996, definiu, portanto, que os depósitos bancários, de origem não comprovada, efetuados a partir do ano-calendário de 1997,

caracteriza omissão de receitas e não meros indícios de omissão, estando, por conseguinte, sujeito à tributação pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica e nos processos decorrentes.

Nos autos ficou evidenciado, através de indícios e provas, que a suplicante recebeu os valores questionados neste auto de infração. Sendo, que, neste caso, está clara a existência de indícios de omissão de receitas, situação que se inverte o ônus da prova do fisco para o sujeito passivo. Isto é, ao invés de a Fazenda Pública ter de provar que a recorrente possuía fontes de recursos para receber estes valores ou que os valores são outros, já que a base arbitrada não corresponderia ao valor real recebido, competirá a suplicante produzir a prova da improcedência da presunção, ou seja, que os valores recebidos estão lastreados em documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores.

A presunção legal *juris tantum* inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimento ou receitas (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

Não tenho dúvidas, que o efeito da presunção “*juris tantum*” é de inversão do ônus da prova. Portanto, cabia ao sujeito passivo, se o quisesse, apresentar provas de origem de tais rendimentos presumidos. Oportunidade que lhe foi proporcionado tanto durante o procedimento administrativo, através de intimação, como na impugnação, quer na fase ora recursal. Nada foi acostado que afastasse a presunção legal autorizada.

Da análise dos autos se constata que a autoridade lançadora procedeu exatamente o que a lei lhe atribuiu como responsabilidade, ou seja, constatada a existência de movimentação bancária não contemplada na escrituração comercial, a fiscalização relacionou em planilha os depósitos, após excluir aqueles decorrentes de transferências de mesma titularidade, os estornos e demais créditos que não decorrentes da atividade comercial, e intimou a empresa a comprovar a origem do numerário depositado/creditado em suas contas. A contribuinte não tendo apresentado provas da origem do numerário depositado, agiu corretamente a fiscalização tributando os depósitos como receita omitida, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Como nas fases de fiscalização e de impugnação, agora na fase recursal, a contribuinte nada trouxe aos autos que servissem de provas do que alegou, ou seja, que os valores em suas contas não lhe pertenciam. Tal fato respalda o procedimento fiscal, pois configurado está a materialização da hipótese legal.

O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da fiscalizada que, pelo fato de não estar escriturada, declarada ou justificada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada.

O cerne da autuação é a existência de depósitos bancários de origem não comprovada, cuja tributação se deu com amparo na presunção legal de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Razão pela qual, tendo em vista a sua opção pela forma de tributação – SIMPLES, pois tratando-se de empresa optante pelo SIMPLES, suas receitas são tributadas consoante o disposto no art. 2º, §2º, da Lei nº 9.317, de 1996, *verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta 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.

A recorrente ao receber os valores das vendas realizadas, a empresa não o fez em nome ou por conta de outrem, mas em nome e por conta próprios. A receita é integralmente sua, muito embora o lucro da operação signifique apenas uma fração do valor recebido, o que, aliás, acontece com praticamente todas as atividades, sejam comerciais, sejam civis. Assim, a receita bruta será o produto das vendas, envolvendo todo o montante recebido e não apenas o resultado.

Da mesma forma, não cabe razão a recorrente no que tange a alegação de confisco, ilegalidade e ofensa a princípios constitucionais (ilegalidade e inconstitucionalidade), Taxa Selic, o exame das mesmas escapa à competência da autoridade administrativa julgadora.

Há que se destacar que à autoridade fiscal cabe verificar o fiel cumprimento da legislação em vigor, independentemente de questões de discordância, pelos contribuintes, acerca de alegadas ilegalidades/inconstitucionalidades, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como previsto no art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Não há dúvidas de que se entende como procedimento fiscal à ação fiscal para apuração de infrações e que se concretize com a lavratura do ato cabível, assim considerado o termo de início de fiscalização, termo de apreensão, auto de infração, notificação, representação fiscal ou qualquer ato escrito dos agentes do fisco, no exercício de suas funções inerentes ao cargo. Tais atos excluirão a espontaneidade se o contribuinte deles tomar conhecimento pela intimação.

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto n.º 70.235, de 1972. Em sintonia com o disposto no artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional, esses atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades próprias dos procedimentos de ofício. Além disso, o ato inaugural obsta qualquer retificação, por iniciativa do contribuinte e torna ineficaz consulta formulada sobre a matéria alcançada pela fiscalização.

Ressalte-se, com efeito, que o emprego da alternativa “ou” na redação dada pelo legislador ao artigo 138, do Código Tributário Nacional, denota que não apenas a medida de fiscalização tem o condão de constituir-se em marco inicial da ação fiscal, mas, também, consoante reza o mencionado dispositivo legal, “qualquer procedimento administrativo” relacionado com a infração é fato deflagrador do processo administrativo tributário e da consequente exclusão de espontaneidade do sujeito passivo pelo prazo de 60 dias, prorrogável sucessivamente com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, na forma do parágrafo 2º, do art. 7º, do Dec. n.º 70.235, de 1972.

O entendimento, aqui esposado, é doutrina consagrada, conforme ensina o mestre FABIO FANUCCHI em “Prática de Direito Tributário”, pág. 220:

O processo contencioso administrativo terá início por uma das seguintes formas:

- 1. pedido de esclarecimentos sobre situação jurídico-tributária do sujeito passivo, através de intimação a esse;*
- 2. representação ou denúncia de agente fiscal ou terceiro, a respeito de circunstâncias capazes de conduzir o sujeito passivo à assunção de responsabilidades tributárias;*
- 3 - autodenúncia do sujeito passivo sobre sua situação irregular perante a legislação tributária;*
- 4. inconformismo expressamente manifestado pelo sujeito passivo, insurgindo-se ele contra lançamento efetuado.*

(...).

A representação e a denúncia produzirão os mesmos efeitos da intimação para esclarecimentos, sendo peças iniciais do processo que irá se estender até a solução final, através de uma decisão que as julguem procedentes ou improcedentes, com os efeitos naturais que possam produzir tais conclusões.

No mesmo sentido, transcrevo comentário de A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO em “Processo Administrativo Tributário”, 2ª Edição, págs. 88/89 e 90, tratando de Atos e Termos Processuais:

Mas é dos atos processuais que cogitamos, nestes comentários. São atos processuais os que se realizam conforme as regras do processo, visando dar existência à relação jurídico-processual. Também participa dessa natureza o que se pratica à parte, mas em razão de outro processo, do qual depende. No processo administrativo tributário, integram essa categoria, entre outros: a) o auto de infração; b) a representação; c) a intimação e d) a notificação

(...).

Mas, retornando a nossa referência aos atos processuais, é de assinalar que, se o auto de infração é peça que deve ser lavrada, privativamente, por agentes fiscais, em fiscalização externa, já no que concerne às faltas apuradas em serviço interno da Repartição fiscal, a peça que as documenta é a representação. Note-se que esta, como aquele, é peça básica do processo fiscal (...).

Portanto, o Auto de Infração deverá conter, entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável, a sua ausência implicará na invalidade do lançamento. A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigí-lo com acréscimos e penalidades legais.

É de se esclarecer, que a infração fiscal independe da boa fé do contribuinte, entretanto, a penalidade deve ser aplicada, sempre, levando-se em conta a ausência de má-fé, de dolo, e antecedentes do contribuinte. A multa que excede o montante do próprio crédito tributário, somente pode ser admitida se, em processo regular, nos casos de minuciosa comprovação, em contraditório pleno e amplo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da

Constituição Federal, restar provado um prejuízo para fazenda Pública, decorrente de ato praticado pelo contribuinte.

Por outro lado, a vedação de confisco estabelecida na Constituição Federal de 1988, é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico por inconstitucional. Além disso, é de se ressaltar, mais uma vez, que a multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal, não cabendo às autoridades administrativas estendê-lo.

Assim, as multas são devidas, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF., não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF., que se refere à garantia do direito de propriedade. Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência.

Ora, os mecanismos de controle de legalidade / constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, tal prerrogativa. É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

De qualquer forma, há que se esclarecer que o imposto de renda é um tributo calculado sobre a renda tributável auferida. Ou seja, é calculado levando-se em consideração aos rendimentos ou receitas tributáveis auferidas e em razão do valor é enquadrada dentro de uma alíquota, não estando o seu valor limitado à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, os princípios constitucionais têm como destinatário o legislador na elaboração da norma, como é o caso, por exemplo, do princípio da Vedação ao Confisco, que orienta a feitura da lei, a qual deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco, cabendo à autoridade fiscal apenas executar as leis.

Assim sendo, não vejo como se poderia acolher o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal.

É entendimento, neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais é inócua, já que os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através do chamado controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a

lei, não seria razoável que subordinados na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

Se verdade fosse, que o Poder Executivo deva deixar aplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer o suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Ademais, matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do então Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Atualmente estas súmulas foram convertidas para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, pela Portaria CARF nº 106, de 2009 (publicadas no DOU de 22/12/2009), assim redigidas: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2)” e “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).”

Infere do relato, as exigências de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS); de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e de Contribuição para Seguridade Social (INSS) decorrem do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica

e, especificamente, em razão das irregularidades apuradas pela autoridade fiscal lançadora e mantidas de forma integral pela decisão recorrida.

Em observância ao princípio da decorrência, e sendo certo a relação de causa e efeito existente entre o suporte fático em ambos os processos, o julgamento daquele apelo principal, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), deve, a princípio, se refletir nos presentes julgados, eis que o fato econômico que causou a tributação por decorrência é o mesmo e já está consagrado na jurisprudência administrativa que a tributação decorrente/reflexa deve ter o mesmo tratamento dispensado ao processo principal em virtude da íntima correlação de causa e efeito. Considerando que, no presente caso, a autuada não conseguiu elidir as irregularidades apuradas, deve-se manter o exigido no processo decorrente, que é a espécie do processo sob exame, uma vez que ambas as exigências que a formalizada no processo principal quer as dele originadas (lançamentos decorrentes) repousam sobre o mesmo suporte fático.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido de negar provimento ao recurso da empresa Campinas Atacadista de Carnes e Derivados Ltda.

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez