



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

**Processo n°** 10830.721985/2013-14  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-001.606 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 27 de novembro de 2014  
**Matéria** OMISSÃO DE RECEITAS  
**Recorrentes** JANDER MASCARENHAS MARQUES  
 FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Exercício: 2008

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.**

Enseja a exclusão do SIMPLES Nacional a ausência da devida escrituração contábil, nos termos legais.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Exercício: 2008

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO DE FATO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS. OCORRÊNCIA.**

Considera-se responsável solidário pelo crédito tributário, compondo o polo passivo da obrigação tributária, o sujeito que, muito embora formalmente não componha o quadro societário da pessoa jurídica contribuinte, exerce de fato a gerência da sociedade, utilizando-se de interpostas pessoas de maneira fraudulenta.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Exercício: 2008

**MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DOS PROCEDIMENTOS A SEREM REALIZADOS. INEXISTÊNCIA.**

Em se tratando de mero instrumento de controle administrativo, não há que se exigir a especificação das diligências que poderão ser realizadas pela Autoridade Fiscal em Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), ou sequer há que se falar em necessidade de emissão de novo MPF para a realização de cada procedimento investigatório, no âmbito da ação fiscal.

**SIGILO BANCÁRIO. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.**

A autoridade administrativa não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei tributária em sede de procedimento administrativo (súmula n. 2 do CARF).

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 2008

**OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS. PRESUNÇÃO LEGAL.**

A presunção legal de omissão de receitas nos casos de depósitos bancários de origem não comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, é de caráter relativa, ou seja, o contribuinte pode e deve realizar prova em contrário.

No entanto, caso o contribuinte não realize comprovação em contrário, a presunção disposta no artigo 42, da Lei nº 9.430/96 consolida-se para o caso em discussão.

**ARBITRAMENTO DO LUCRO.**

Tendo em vista a não apresentação de documentação contábil pelo contribuinte no momento oportuno, é procedente o arbitramento do lucro sobre os valores identificados como omissão de receitas.

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

Exercício: 2008

**LANÇAMENTO DECORRENTE. PIS. COFINS. CSLL.**

Subsistindo o lançamento principal sobre determinados fatos que restaram constituídos ou caracterizados, acompanham a mesma sorte os demais lançamentos decorrentes dos mesmos fatos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício e, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferido pelo relator.

*(assinado digitalmente)*

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente.

*(assinado digitalmente)*

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior (Presidente), Eduardo de Andrade, Waldir Veiga Rocha, Marcio Rodrigo Frizzo, Leonardo Mendonca Marques, Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

## Relatório

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

Autenticado digitalmente em 03/12/2014 por MARCIO RODRIGO FRIZZO, Assinado digitalmente em 03/12/2014

4 por MARCIO RODRIGO FRIZZO, Assinado digitalmente em 22/12/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de recursos de ofício e voluntário.

A recorrente foi excluída do SIMPLES NACIONAL em 11/04/2013, por meio do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 13, além de, na origem ter sido lavrado auto de infração em razão da suposta omissão de receitas por parte da recorrente, fato que motivou a constituição do IRPJ (R\$ 9.697.192,84), CSLL (R\$ 2.930.357,51), PIS (R\$ 663.796,45) e COFINS (R\$ 3.063.675,85) (fls. 11/54).

Em resumo, na origem do presente processo administrativo, o AFRFB convenceu-se pela ocorrência dos seguintes fatos, consoante narra o Relatório de Ação Fiscal (fls. 55/85):

- (i) Que a fiscalização se iniciou para verificar a contabilização da movimentação financeira, a regularidade na tributação de receitas, a existência de infrações à Legislação Tributária Federal, assim como a regularidade na entrega da DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), tudo referente à pessoa jurídica FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda;
- (ii) Que a empresa fiscalizada foi intimada a apresentar seus extratos bancários e, diante da falta de apresentação, foram apresentadas às instituições bancárias Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira de n.º 08.1.04.00-2012-00003-6 e n.º 08.1.04.00-2012-00004-4;
- (iii) Que foram realizadas diversas intimações e dilatados diversos prazos para apresentação de documentação hábil a desconstituir qualquer infração que pudesse ser averiguada, não tendo a empresa se manifestado, seja por si ou por meio de procurador devidamente constituído;
- (iv) Que da análise da movimentação financeira da empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda, combinada à falta de apresentação de documentação hábil e idônea e a entrega de DAS 2009/2008 como inativa (declarando que permaneceu sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial), considerou-se o montante de R\$ 34.582.190,92 (trinta e quatro milhões quinhentos e oitenta e dois mil cento e noventa reais e noventa e dois centavos) como valores de “ORIGEM NÃO COMPROVADA”, na forma do art. 42, da Lei n.º 9.430/96;
- (v) Que devidamente intimada diversas vezes para comprovar individualmente a origem dos recursos identificados em sua movimentação financeira, a empresa quedou-se inerte;
- (vi) Que, verificando os extratos bancários, a Fiscalização logrou êxito em identificar a origem de alguns dos valores movimentados nas contas bancárias da empresa;
- (vii) Que foi elaborada nova planilha demonstrativa das movimentações bancárias, identificando os valores depositados e não identificados, às fls. 86/96 (Anexo ao Relatório de Ação Fiscal);

(viii) Que as sócias da empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda, Jarlyne da Silva Melo e Vanessa Rafaeli Pereira Fior, não possuíam, ao tempo das movimentações financeiras realizadas, capacidade econômica compatível com os montantes acima descritos, se tratando de pessoas jovens, que possuíam, de acordo com suas declarações de Imposto de Renda, as cotas da empresa acima identificada (no valor de R\$ 10.000,00 – dez mil reais) como únicos bens componentes de seus patrimônios.

(ix) Que as cotas da sociedade FF Distribuição de Material Publicitário Ltda foram adquiridas em 06/12/2007, tendo a Jarlyne apresentado como rendimentos no ano de 2007 o valor de R\$ 10.462,22 (dez mil quatrocentos e sessenta e dois reais e vinte e dois centavos), enquanto Vanessa não apresentou quaisquer rendimentos, segundo informações constantes das declarações de Imposto de Renda de ambas;

(x) Que através de informações obtidas no fluxo da investigação fiscal, constataram-se elementos que revelavam que o sócio de fato, e administrador da empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda, era Jander Mascarenhas Marques, juntamente com seus filhos, Fabrício Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata Marques, por serem, em verdade, os beneficiários das movimentações financeiras realizadas pela empresa autuada;

(xi) Que Jarlyne e Vanessa eram, na verdade, “laranjas”, incluídas no quadro societário da empresa autuada por Jander Mascarenhas Marques, em substituição aos seus filhos Fabrício e Fernando, tendo ambas trabalhado na empresa ABV Comércio de Mediamentos Ltda, nos períodos de 02/10/2006 a 30/10/2007 (Jarlyne) e 02/07/2007 a 25/02/2008 (Vanessa), empresa esta que tinha como sócios Jander Mascarenhas Marques e Livia Salles Annunziata Marques, pai e irmã de Fabrício e Fernando;

(xii) Que na época dos fatos a empresa fiscalizada (FF Distribuição) e a ABV Comércio de Medicamentos, tinham o mesmo endereço cadastral;

(xiii) Que de acordo com informações prestadas por terceiros e todo o cotejo probatório dos autos, a empresa fiscalizada realizava pagamentos referentes às prestações de serviços e compras de bens tomados/adquiridos pelas pessoas identificadas como seus sócios de fato, os indivíduos Jander, Fabrício e Fernando;

(xiv) Que se concluiu pela existência de interposta pessoa de maneira fraudulenta, ou seja, pessoas físicas “emprestaram” seus nomes para a constituição da empresa, tendo colhido elementos suficientes para a formação de conjunto probatório sólido, capaz de formar convicção no sentido da inequívoca intenção do sujeito passivo de praticar o ato delituoso tributário;

(xv) Que se considera irregular a dissolução da sociedade ocorrida no caso, vez que persistiram sem pagamento os créditos tributários, ou seja, não houve o devido adimplemento das obrigações tributárias por parte do seu sujeito passivo, no caso, a FF Distribuição de Material Publicitário Ltda;

(xvi) Que devem ser responsabilizados pelo crédito tributário os sócios com capacidade de gerência, no caso, os sócios de fato, Jander, Fabricio e Fernando;

(xvii) Que se procedeu ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica autuada, através de aplicação de alíquota legalmente determinada (art. 1º, Lei n.º 9.430/96, art. 47, III, *a*, da Lei n.º 8.981/95, arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.249/95), com o lançamento feito de acordo com o art. 27 da Lei n.º 9.430/96;

(xviii) Que tendo em vista que a empresa autuada se encontrava com a situação cadastral de “BAIXADA” nos sistemas da Receita Federal e na Junta Comercial os lançamentos de ofício foram feitos em nome dos sócios de fato da pessoa jurídica fiscalizada e autuada, tendo em vista a exposição antes realizada;

(xix) Que se aplica ao caso a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), por estarem atendidos os requisitos legais ensejadores da aplicação e tal multa.

Encerrada a fiscalização, Fabrício Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata tiveram ciência do auto de infração em 20/04/2013 (fls. 100 e 102), e Jander Mascarenhas Marques teve ciência do auto de infração em 07/05/2013 (fls. 98).

Na sequência, Fabrício Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata apresentaram suas impugnações em 20/05/2013 (fls. 617/647, 741/770), enquanto Jander Mascarenhas Marques apresentou sua impugnação em 04/06/2013 (fls. 1.195/1.231).

A empresa inicialmente fiscalizada, mesmo não notificada do lançamento, devido a responsabilização integral de seus sócios de fato pela ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, por a terem utilizado como interposta pessoa, apresentou manifestação de inconformidade (fls. 775/781) apresentando os livros contábeis e se insurgindo contra sua exclusão do SIMPLES e contra o lançamento tributário.

Houve o provimento parcial das defesas em primeira instância, nos termos da ementa do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamentos (DRJ) que adiante segue transcrita (fl. 1.331/1.355):

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Ano-calendário: 2008.*

#### *LANÇAMENTO DE OFÍCIO*

*No desempenho das atividades de verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias pelo contribuinte, e de formalização dos créditos tributários daí decorrentes, os agentes fiscais têm uma atuação estritamente vinculada à Lei. Verificada a ocorrência de infração à legislação tributária, por dever de ofício, esses agentes públicos devem proceder à formalização da exigência dos tributos, acréscimos legais e penalidades aplicáveis.*

*DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM NÃO COMPROVADA. RECEITA OMITIDA.*

*Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.*

*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 rendimentos (fato jurídico tributário). Cabe ao Fisco simplesmente provar a ocorrência do fato indiciário (depósito bancário); e ao contribuinte cumprir provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.*

*RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.*

*Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexo existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva.*

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Ano-calendário: 2008*

*NULIDADE DE LANÇAMENTO*

*Verificada nos autos a inexistência de qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, não há que se falar em nulidade.*

*FASE DE AUDITORIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO.*

*Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado ao contribuinte, não determinam a nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente, pois tais direitos só se estabelecem após a ciência do lançamento ou após a respectiva impugnação, conforme o caso, ainda mais quando todos os fatos que motivaram a autuação estão devidamente historiados nos autos.*

*MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL*

*Não constitui causa de nulidade do lançamento a ausência de Mandado de Procedimento Fiscal, mero instrumento gerencial, prescindível à constituição de crédito tributário, restando válido o ato constitutivo do crédito tributário quando efetuado por autoridade legalmente investida de competência para exercê-lo, observados os requisitos de validade assentados no artigo 142 do Código Tributário Nacional.*

*DADOS BANCÁRIOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.*

*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.*

*NULIDADE. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.*

*Não é nulo o lançamento quando o responsável não foi intimado no curso da ação Fiscal, pois este tomou conhecimento dos fatos através do A.I. e do Termo que o acompanha.*

*AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – PROVAS.*

*As simples alegações desprovidas dos respectivos documentos comprobatórios não são suficientes para afastar a exigência tributária.*

*ARBITRAMENTO – APRESENTAÇÃO DE LIVROS NA IMPUGNAÇÃO.*

*Fundado o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, com base na não entrega dos livros contábeis e fiscais obrigatórios, a sua apresentação, na fase litigiosa do processo administrativo, não supre essa deficiência.*

*Assunto: Normas de Administração Tributária*

*Ano-calendário: 2008*

*MULTA QUALIFICADA.*

*A conduta que tenha a finalidade de impedir o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, obtendo-se como resultado, a efetiva supressão do tributo, está sujeita à multa de 150% aplicada sobre a totalidade do tributo omitido. Artigo 44, inciso II, da Lei 9.430 de 1996.*

*Assunto: Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ*

*Ano-calendário: 2008*

*ARBITRAMENTO DO LUCRO.*

*O arbitramento do lucro decorre da expressa previsão legal, consoante a qual a autoridade tributária, impossibilitada de aferir a exatidão do lucro real declarado em virtude da não apresentação – total ou parcial – de livros e documentos pela pessoa jurídica regularmente intimada, está legitimada a adotá-lo como meio de apuração da base de cálculo do IRPJ.*

*Assunto: Outros Tributos ou Contribuições*

*Ano-calendário: 2008*

*LANÇAMENTO DECORRENTE.*

*O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento decorrente com os quais compartilha o mesmo fundamento de fato e para o qual não há outras razões de ordem jurídica que lhes recomenda tratamento diverso.*

*Impugnação Procedente em Parte.*

*Crédito Tributário Mantido.*

Intimada da decisão supratranscrita em 14/11/2013 (fls. 1.366 e 1.367), o recorrente Jander Mascarenhas Marques apresentou, então, recurso voluntário em 11/12/2013 (fls. 1.370/1.402), no qual ventila as seguintes razões, em resumo:

- (i) Em sede de preliminar de nulidade, a invalidade do lançamento em seu desfavor posterior à exclusão da empresa do SIMPLES devido o efeito suspensivo do recebimento de defesa da empresa como manifestação de inconformidade (em face da Exclusão do SIMPLES Nacional), até que esta tome ciência da decisão da DRJ;
- (ii) A necessidade de análise de documentos apresentados pela empresa autuada nos autos, em especial documentos contábeis, em respeito ao princípio da verdade material, assim como a necessidade de reconhecimento da ausência da devida comunicação a empresa autuada sobre a exclusão do SIMPLES, da ausência de mandado de procedimento fiscal tempestivo contra o Recorrente, entre outras nulidades que estariam estampadas nos autos;
- (iii) Quanto à movimentação financeira, ressalta ser necessária a análise de documentação trazida aos autos pela empresa fiscalizada, para comprovação da origem dos valores movimentados, vez que não se trataria de receita própria da pessoa jurídica fiscalizada, mas sim, recebimentos efetuados por conta e ordem de terceiros;
- (iv) Quanto à quebra do sigilo bancário, sustentou a inconstitucionalidade da sua realização pela autoridade fazendária;
- (v) A ausência de MPF específico para a realização de diligências por parte da AFRFB, o que caracterizaria a nulidade das diligências realizadas e que ensejaram os lançamentos efetuados;
- (vi) No mérito, alegou ausência de provas que qualifiquem o Recorrente como sócio de fato da empresa autuada, sendo tal entendimento emanado pela Fiscalização Tributária em face de elementos probatórios meramente indiciários, gerando um entendimento de presunção por parte do Fisco, além da ausência de requisitos legais autorizadores da responsabilização solidária, no caso concreto;
- (vii) Quanto à Omissão de Receitas, alegou serem os documentos apresentados hábeis à comprovação da origem dos valores depositados nas contas da empresa autuada, vez que seu faturamento, em verdade, consistiria em pequeno percentual dos depósitos, por se tratar de pessoa jurídica com atividade principal de cobrança de dívidas de terceiros;

(viii) Alegou violação ao princípio da verdade material, aplicável no âmbito do processo administrativo fiscal, vez que a DRJ teria deixado de analisar documentação juntada com a manifestação de inconformidade apresentada pela empresa fiscalizada, documentação esta que seria, em tese, capaz de comprovar a origem dos depósitos bancários realizados, caracterizando, assim, supressão de instância e cerceamento de defesa;

(ix) Quanto ao arbitramento realizado pela AFRFB, argumentou que não foi realizada a devida análise da documentação juntada aos autos, configurando, assim, violação ao princípio da verdade material em sua aplicação no âmbito processual administrativo fiscal, e que tal análise teria reduzido qualquer percentual que pudesse ser considerado, eventualmente, como base para aplicação da alíquota de determinação do lucro arbitrado, no caso;

(x) Ainda quanto ao arbitramento, alega não ter sido observada a atividade praticada pela empresa ao tempo dos eventos ensejadores da constituição do crédito tributário;

(xi) Quanto à multa qualificada, aplicada ao caso, alega não poder ser tal penalidade cobrada de terceiros, no caso, do responsável tributário, além de ser indevido o agravamento do percentual definido, vez que não restariam provados, nos autos, os requisitos fáticos que ensejariam a majoração efetuada pela AFRFB.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e apresenta todos os requisitos de admissibilidade, então dele conheço.

O Recurso de ofício atende o requisito legal previsto no art. 1º, da Portaria MF n.º 03/2008 e, portanto, dele conheço.

**1. DO RECURSO DE OFÍCIO****1.1 Da responsabilização solidária de Fabricio Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata Marques**

A decisão da DRJ deu parcial provimento às impugnações apresentadas apenas para afastar a responsabilidade solidária pela obrigação tributária de Fabricio Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata Marques, pelos seguintes fundamentos (fls. 1.353/1.354):

*F.2 – DA INDICAÇÃO DO SENHOR FABRÍCIO SALLES ANNUNZIATA MARQUES*

*O Relatório Fiscal registra que a empresa foi alienada para as funcionárias Jarlyne da Silva Melo e Vanessa Rafaeli Pereira Fior, pelos seus sócios Fernando e Fabricio Salles Annunziata Marques, em 06/12/2007.*

*Indica o pagamento efetuado pela FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda, em benefício do referido senhor, pelos serviços de blindagem no automóvel Mercedes Benz, 2008/2009, pertencente a empresa Fabrimax Locadora de Veículo Ltda, que tem como sócio administrador o senhor Fabricio no valor total de R\$55.000,00, sendo R\$33.000,00 pagos pela FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda.*

*Não entendo suficiente este pagamento isolado para caracterizar efetiva gerência e benefícios por parte do Senhor Fabricio Salles Annunziata Marques, durante o ano calendário de 2008.*

*Por consequência, concluo pela procedência da impugnação apresentada, unicamente no que diz respeito a indicação de responsabilidade solidária.*

*F.3 – DA INDICAÇÃO DO SENHOR FERNANDO SALLES ANNUNZIATA MARQUES*

*Como já assinalado, o Relatório Fiscal registra que a empresa foi alienada para as funcionárias Jarlyne da Silva Melo e Vanessa Rafaeli Pereira Fior, pelos seus sócios Fernando e Fabricio Salles Annunziata Marques, em 06/12/2007. Não existe*

*senhor na vida empresarial da FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda, no ano calendário de 2008.*

*Por consequência, concluo pela procedência da impugnação apresentada, unicamente no que diz respeito a indicação de responsabilidade solidária.*

Como bem destacado pela DRJ, tem-se que a empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda foi alienada por Fabricio e Fernando para Jarlyne da Silva Melo e Vanessa Rafaeli Pereira Fior, em 06/12/2007.

Entretanto, diferentemente do que ocorreu com relação à Jander Mascarenhas Marques, como será melhor tratado no tópico seguinte, no tocante a Fabricio Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata Marques entendo que não restou comprovado que estes efetivamente tinham poderes de gestão sobre a empresa inicialmente fiscalizada e/ou que participavam de alguma forma de sua administração.

Ou seja, o mesmo raciocínio aplicado para imputar à Jander Mascarenhas Marques a qualidade de sócio de fato da empresa fiscalizada e responsabiliza-lo solidariamente pela obrigação tributária ora combatida não pode ser aplicado aos sujeitos acima identificados.

Verifica-se nos autos que, com relação à Jander Mascarenhas Marques, consoante bem destacou a DRJ e constou no TVF (fls. 66/71), a autoridade fiscal comprovou através de circularização em outros contribuintes, que declararam ter recebido valores da empresa fiscalizada, que aquele realizava diversos negócios de vultosas quantias em nome da empresa, caracterizando a gestão empresarial e administração dos recursos advindos da atividade empresarial. Neste sentido assim consignou a DRJ (fls. 1.353):

*As diligências fiscais demonstram vários pagamentos efetuados pela FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda, em benefício do referido senhor, a saber:*

*- aquisição de um helicóptero no valor de R\$3.064.302,64, sendo R\$628.605,00 pagos pela FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda;*

*- aquisição de uma obra de arte no valor de R\$30.000,00;*

*- serviço de instalação de áudio e vídeo, em uma fazenda em Valinhos, de propriedade do senhor Jander, no valor de R\$7.300,00;*

*- serviço de dedetização e recuperação de telhado do chalé em Angra, de propriedade do senhor Jander, no valor de R\$95.500,00;*

*- confecção de uma cômoda para a Sra. Fábila Marques, esposa do senhor Jander, no valor de R\$11.250,00;*

*- serviços prestados para tratamento e preparação de animais puro sangue inglês, em nome da empresa Agro Pastoral Tibagi Ltda, que tem como um dos sócios o senhor Jander, no valor de R\$7.500,00;*

*O impugnante não nega tais operações. Alega que se devem a contraprestação de mútuo. As planilhas citadas nada mais são do que uma relação de valores, sem qualquer suporte documentário. Ou seja, simples alegações destituídas de provas.*

Quanto a Fabricio Salles Annunziata Marques, ainda que tenha restado demonstrado que foi efetuado pela empresa fiscalizada o pagamento da blindagem de veículo de propriedade de outra empresa da qual era sócio, também tenho para mim que tal elemento por si só não é suficiente, isoladamente, para comprovar a utilização da pessoa jurídica FF Distribuição em seu favor. Ou seja, este mero elemento não é capaz de caracterizar sua qualidade como sócio de fato.

O mesmo raciocínio acima explanado pode, ainda, ser aplicado à Fernando Salles Annunziata Marques, como já bem indicou a DRJ de origem, afinal, o conjunto de provas é, quanto a este, inexistente, havendo como único registro de ligação de tal indivíduo com a empresa fiscalizada a sua participação no quadro societário daquela em momento anterior à ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária constituída.

Dessa forma, entendo e voto pelo não provimento do recurso de ofício para manter incólume a decisão da DRJ quanto ao afastamento da responsabilidade tributária de Fabricio Salles Annunziata Marques e Fernando Salles Annunziata Marques.

## **2. DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

### **2.1. Da Exclusão da Empresa Fiscalizada do SIMPLES Nacional**

Alega o recorrente Jander Mascarenhas Marques ainda estar pendente de julgamento questão relativa à Exclusão da empresa fiscalizada do SIMPLES Nacional, o que caracteriza questão prejudicial ao prosseguimento da análise das demais questões a ele relacionadas.

Isto pois, a DRJ recebeu a manifestação de inconformidade apresentada pela empresa fiscalizada, quanto à sua exclusão do SIMPLES, e tal fato supostamente teria suspenso os efeitos desta exclusão, prejudicando o lançamento realizado em desfavor do recorrente pelo lucro arbitrado.

Observo que a empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda foi excluída do SIMPLES Nacional por não ter apresentado a devida escrituração contábil referente ao período fiscalizado, mesmo reiteradamente intimada para tanto.

Como destacado no TVF (fls. 55/85), a empresa fiscalizada foi cientificada em 16/09/2011 sobre o início da ação fiscal e intimada na mesma oportunidade para apresentar sua escrituração contábil e comprovar/justificar sua movimentação bancária.

Posteriormente, a recorrente foi reintimada para aqueles mesmo fins em 02/12/2011, 02/02/2012, 29/03/2012, 28/05/2012, 21/06/2012, 04/07/2012, e 07/08/2012, mas permaneceu inerte até que em 06/11/2012 declarou não possuir sua escrituração contábil, como se destaca:

*(...) os livros fiscais em questão extraviaram se e, infelizmente, o sistema de lançamento fiscal utilizado não permite a sua reconstituição por estar em desuso.*

*Assim sendo, estamos impossibilitados de entregar os livros fiscais, bem como a origem da movimentação bancária.*

Portanto, diante de tal manifestação da empresa, ensejou-se a aplicação do art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Registro também que a empresa fiscalizada já se encontrava na época do procedimento fiscal baixada nos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Junta Comercial e, por este motivo, o lançamento de ofício foi corretamente efetuado em nome dos sócios de fato.

Assim, cabe ao recorrente, comprovadamente sócio de fato da empresa fiscalizada, como melhor será tratado adiante, se insurgir contra o lançamento tributário, inclusive no tocante à exclusão da empresa do sistema simplificado.

Desta maneira, incabível a arguição de prejudicialidade do lançamento realizado contra si, mormente porquanto a exclusão da empresa fiscalizada do SIMPLES está sendo analisada conjuntamente com as demais razões de direito do recorrente, como também foi realizado no julgamento de primeira instância.

Em outras palavras, não assiste razão ao recorrente quanto à suposta prejudicialidade do lançamento tributário em seu desfavor, pois não pende de julgamento qualquer questão relativa à Exclusão da empresa fiscalizada do SIMPLES Nacional.

Consequentemente, passo a analisar a fundamentação do recorrente quanto à suposta impossibilidade de exclusão da empresa fiscalizada do SIMPLES Nacional, vez que a escrituração contábil desta estaria em consonância com o legalmente necessário.

O recorrente alega a princípio que, tendo em vista não ter tido acesso aos documentos contábeis apresentados em sede de impugnação, não lhe foi oportunizado se defender de maneira plena, consoante razões que se destacam abaixo (fls. 1.376):

*Pretendem ainda, condenar o Recorrente, sem que esse tivesse ao menos tomado conhecimento dos documentos trazidos pela empresa fiscalizada, oportunizando-lhe o direito de defender-se plenamente, inclusive podendo manifestar-se quanto à documentação apresentada pela empresa fiscalizada.*

*É certo que o Recorrente não teve condições de manejar sua defesa com todos os argumentos necessários, pois os documentos apresentados pela empresa corroboram e complementam a prova pretendida pelo Recorrente e os mesmos não foram considerados e nem mesmo disponibilizados para o Recorrente manifestar-se sobre eles.*

Mais adiante em seu recurso, o recorrente argui de forma generalizada que analisou a documentação apresentada pela empresa fiscalizada, na qual se demonstra que a movimentação financeira apontada pela fiscalização na verdade se trata de receitas de terceiros, nos termos seguintes (fls. 1.378):

*Da análise da contabilidade da empresa verifica-se que a movimentação apontada pela fiscalização não constitui receita própria, mas sim, recebimentos efetuados por conta e ordem de terceiros.*

*Não constituindo aquela movimentação receita própria, e, uma vez demonstrada a efetiva receita da empresa que consistia num percentual daquela movimentação (por se tratar de empresa de cobrança), não pode subsistir o arbitramento efetuado.*

Observo que, a princípio, ao menos em sede de recurso voluntário, ao contrário do que argui o recorrente, ele teve pleno acesso aos documentos contábeis apresentados pela empresa recorrente, pelo que poderia ter efetivamente demonstrado de maneira individualizada, coincidente em datas e valores, quais as receitas tidas como omitidas não pertenciam à empresa fiscalizada, contudo assim não o fez, preferindo tecer argumentações genéricas.

Inobstante a tal observação, tem-se que durante o procedimento fiscal, conforme já destacado, a empresa fiscalizada foi reiteradamente intimada a apresentar sua escrituração contábil, mas nada apresentou, até que admitiu não possui-la mais.

Essa foi a razão que motivou sua exclusão do regime simplificado, ou seja, a falta de apresentação de seus livros contábeis que permitisse a identificação de sua movimentação financeira, não cabendo outra ação a ser tomada pela autoridade fazendária senão cumprir a legislação.

Neste sentido assim assentou a decisão da DRJ (fls. 1.345/):

*Para deslinde da questão, há de se evidenciar a descrição constante do Ato Declaratório Executivo nº 13, de 11 de abril de 2013, de fls.08.*

*“Descrição da situação excludente: A empresa declarou como inativa pelo Simples Nacional durante o ano de 2008, mas apresentou movimentação financeira. Não apresentou livro-caixa ou escrituração que permita a identificação desta movimentação.*

*Pela leitura do citado ato de exclusão, constata-se que não há qualquer referência de que a exclusão teria sido levada a termo sob o fundamento de ter havido baixa irregular ou omissão de receitas por considerar a movimentação financeira como faturamento.*

*Logo, não sendo estes os fundamentos da exclusão tais argumentos não devem ser analisados para deslinde dos motivos da exclusão.*

*A exclusão se deu pelo não atendimento do determinado pelo Art. 29, inciso VIII, verbis:*

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

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

*Resta, pois, examinar as alegações de que apresentaram a escrita fiscal e que os efeitos da exclusão não podem retroagir.*

*Quanto ao primeiro argumento, a análise das provas carreadas aos autos demonstram inexistir razão à impugnante.*

*Tomou ciência de inúmeras intimações, solicitou e teve prorrogação de prazo concedido várias vezes, para ao final informar que*

*“os livros fiscais em questão extraviaram-se e, infelizmente, o sistema de lançamento fiscal utilizado não permite a sua reconstituição por estar em desuso.*

*Assim sendo, estamos impossibilitados de entregar os livros fiscais, bem como a origem da movimentação bancária.”*

*Ao apresentar sua defesa, no dia 05/06/2013, afirma que em 25/04/2013 o seu representante compareceu na unidade jurisdicionante para apresentação de documentos e consulta ao processo, tendo tomado conhecimento do encerramento da ação fiscal. Assim, nesta data, dia 05/06/2013, quando apresenta sua defesa, afirma apresentar o livro caixa, diário e balanço da sociedade “não apresentados anteriormente em razão de dificuldade de se realizar o levantamento de dados necessários.”*

*Não se pode admitir que depois de regularmente intimada, ter prazo prorrogado, afirmar que é impossível reconstituir a escrituração, a impugnante venha, nesta oportunidade, pretender que se aceite e se examine, em fase litigiosa, os livros obrigatórios que insistentemente se negou a apresentar no curso da ação fiscal.*

*No que diz respeito ao argumento de que os efeitos da exclusão não podem retroagir, há de se registrar que não se trata efetivamente de “retroagir”. Por óbvio, a autoridade administrativa somente pode adotar providências sobre fatos passados. Assim, constatado que houve falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária (art. 29, inciso VIII, da LC 123/2006), a autoridade administrativa deve obedecer a determinação do § 1º do mesmo artigo 29:*

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

*Pelo exposto, a exclusão levada a termo pelo do Ato Declaratório Executivo nº 13, de 11 de abril de 2013, deve ser mantida.*

Ora, ainda que tenha sido apresentada a suposta escrituração contábil da empresa FF Distribuição de Material Publicitário Ltda em sede de impugnação, entendo que pelas circunstâncias fáticas dos autos esta não se mostra capaz de anular a exclusão desta empresa do SIMPLES.

Isto pois, reitero mais uma vez, a empresa teve inúmeras oportunidades para apresentá-la, tendo sido intimada reiteradamente e recebido prazo para a apresentação por mais de uma vez, e não o fez.

A recorrente foi intimada para apresentação de sua escrituração contábil em 02/12/2011, 02/02/2012, 29/03/2012, 28/05/2012, 21/06/2012, 04/07/2012, e 07/08/2012, até que em 06/11/2012 declarou que não mais a possuía.

Ou seja, teve a empresa fiscalizada exatos 340 dias entre os períodos citados para apresentar sua contabilidade, sem levar em conta o prazo temporal até o encerramento da fiscalização em meados de 2013, mas deixou de fazê-lo, arguindo ao final que tinha extraviado sua documentação contábil e estava impossibilitada de reconstituí-los.

Não havia, portanto, como proceder o AFRFB de outra maneira, porquanto a única informação que possuía, ao tempo da lavratura do Auto de Infração, era que existia a omissão de receitas, e que a escrituração contábil não havia sido apresentada, ensejando, este segundo fato, a exclusão do SIMPLES Nacional, nos termos do art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006, *in albis*:

*Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (...)*

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

Verificando-se a situação legal autorizadora, aliás, coercitiva, no sentido de que o AFRFB deve excluir o contribuinte do SIMPLES, não há como se utilizar de discricionariedade a autoridade fiscal, devendo seguir o estritamente definido em lei, sob pena de incidir em falta funcional.

Não é crível que, após expressamente declarar ter extraviado toda sua escrituração contábil e a inexistência de meios de reconstituí-la por não mais existir o sistema no qual lançava sua contabilidade e após a identificação dos lançamentos em suas contas bancárias considerados omissão de receita, apresente contabilidade hábil e idônea de sua atividade, mormente porquanto ausente de qualquer respaldo em documentação que lhe corrobore os lançamentos.

Assim, em se encontrando preenchidos os requisitos legais que autorizam a referida exclusão, e não sendo possível, ao tempo da exclusão, exigir da Autoridade Fiscal comportamento diverso, voto no sentido de manter a exclusão da empresa FF Distribuidora de Material Publicitário Ltda do SIMPLES Nacional, com a validação dos atos daí decorrentes.

## **2.2. Da Inconstitucionalidade da Quebra de Sigilo Fiscal**

Alega a recorrente ser inconstitucional dispositivo legal que autorize a quebra de sigilo bancário pela autoridade fiscal.

Contudo, em que pese todo o arrazoado pela recorrente, é certo que a autoridade fazendária está adstrita à aplicação do comando legal sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentir, a Lei Complementar n.º 105/2001, em seu art. 6º, possui o seguinte texto:

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

*aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

A constitucionalidade do dispositivo legal é discutível, sendo inclusive objeto de análise em ADI no Supremo Tribunal Federal, entretanto, até que haja a manifestação definitiva daquele tribunal quanto à matéria, não compete a esse Conselho se manifestar sobre tal desiderato, em respeito ao entendimento já sumulado transcrito abaixo:

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

No mesmo sentido, é incabível a análise de constitucionalidade de dispositivo legal, por previsão expressa do art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72, senão vejamos:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

A decisão proferida no RE n.º 389.808/PR, utilizada na argumentação da recorrente, ainda não preenche o requisito da definitividade exigido pelo art. 62-A do RICARF (Portaria MF n.º 256/2009):

*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 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

Dessa forma, tem-se a impossibilidade deste Conselho de realizar qualquer juízo de valor sobre a constitucionalidade do tema, razão pela qual voto pelo desprovimento do recurso neste ponto.

### **2.3. Da Nulidade da Autuação por Suposta Ausência de MPF Específico**

Alega o Recorrente que diversas diligências realizadas pela AFRFB não poderiam ter sido feitas, porquanto não foram emitidos Mandados de Procedimento Fiscal (MPFs) específicos para tal, tendo inclusive estendido a fiscalização a terceiros não contemplados no MPF, como o próprio recorrente.

Verifica-se que, em verdade, o AFRFB procedeu a diversos procedimentos no sentido de verificar a ocorrência dos fatos impositivos que acarretaram na presente autuação, bem como a constatação dos sócios de fato da empresa fiscalizada, tais como a solicitação de extratos de movimentação bancária, o envio de correspondências à diversas outras empresas (circularizações pelas quais verificou que a empresa fiscalizada efetuava pagamentos de despesas pessoais de Jander e sua família), além de ter comparecido à residência das duas sócias formais da empresa fiscalizada e coletado depoimento de determinado contador, tudo consoante consta no TVF.

A realização destas diligências demonstra, tão somente, o cuidado que teve a AFRFB em verificar com exatidão os fatos para que elaborasse sua convicção com base na maior quantidade de dados possível.

Inexiste a necessidade de emissão de MPF específico para a realização de cada diligência que se verifica nos autos, sendo dever do Fisco apurar os fatos para aplicar a legislação tributária.

Ademais, não se ignora a necessidade e importância da emissão do MPF para início do procedimento fiscal junto ao contribuinte. Contudo, os MPFs são instrumentos de controle da própria administração fazendária, sendo utilizado para que se determine, em especial, elementos relacionados à espontaneidade do contribuinte, mas não necessariamente vinculam a atividade dos agentes fiscais que, como já dito, devem se ater aos ditames legais no exercício de suas funções.

Neste sentido é o recente entendimento deste Conselho:

*MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. FUNÇÃO E EFEITOS. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. O MPF é instrumento de controle da própria Receita Federal do Brasil em relação à atividade de fiscalização, proporcionando transparência e segurança ao contribuinte. A relevância do objeto e do momento do início da fiscalização, constantes no MPF, são importantes para determinar a espontaneidade do contribuinte, mas não apresentam qualquer implicação em relação à validade do auto de infração. É indiferente para a validade do lançamento o fato de o procedimento de fiscalização tratar-se de um desdobramento de outra fiscalização, ou mesmo do primeiro MPF ter sido intitulado de Complementar ou da data em que houve sua ciência. (...) (CARF. Acórdão 3403-003.408. Rel. ALEXANDRE KERN. Sessão em 12/11/2014) (grifo não original).*

Assim sendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário também neste quesito, mantendo-se como válidos os procedimentos levados a cabo pela Autoridade Fiscal responsável.

#### **2.4. Da Responsabilização do Sócio de Fato**

Sustenta o Recorrente que não pode ser responsabilizado pelo crédito tributário constituído nos autos, porquanto não restaria caracterizada a sua qualidade de sócio de fato da empresa fiscalizada, pois não estaria demonstrado qualquer “interesse comum” entre a sociedade empresária autuada/fiscalizada, e o sujeito responsabilizado nos autos.

Contudo, a sujeição passiva do sócio de fato é legítima, porquanto o conjunto probatório constante dos autos demonstra inúmeras situações caracterizadoras de um exercício de gerência da sociedade, por parte do Recorrente, como a ocorrência de transferências de numerários para as contas correntes da empresa autuada, bem como o pagamento pela FF Distribuição de Material Publicitário Ltda de dívidas contraídas pela pessoa física.

O que resta a ser discutido aqui é mais uma questão probatória que de direito, especificamente, ou seja, cabe aqui avaliar se as provas trazidas aos autos são capazes de desconstituir a cognição já formulada pela Autoridade Fiscal quando da lavratura do Auto de Infração, resultante, repisa-se, da realização de diversos procedimentos de cunho investigatório.

Verifica-se às fls. 536/572; 575/581; 585/586; 589/590; 593/596 e 599, que a empresa autuada realizou o pagamento de diversas despesas pessoais de Jander Mascarenhas Marques e, ainda que sustente o recorrente que tais despesas decorreriam de contratos de mútuo celebrados entre ele e a empresa FF Distribuição, não há provas conclusivas nos autos de que tais negócios jurídicos tenham efetivamente ocorrido.

Ademais, ressalta-se ainda que a empresa fiscalizada já funcionou no endereço de pessoa jurídica que possui como sócio Jander Mascarenhas Marques, já teve em seu quadro societário dois de seus filhos, e posteriormente duas de suas funcionárias, ou ex-funcionárias, situações que, caso por si só já não servissem para indicações da existência da sociedade de fato, em conjunto com as provas citadas acima, tornam-se verdadeira a existência de tal condição.

Outrossim, ao contrário do que se quer fazer crer o recorrente, sua responsabilização como sócio de fato da empresa fiscalizada se deu também com fulcro no art. 135, III, do CTN, como se verifica do TVF (fls. 78), o qual é plenamente aplicável ao presente caso ante a utilização de interpostas pessoas.

Neste sentido é a jurisprudência deste Conselho, segundo se destaca da ementa:

*RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. (...) No caso apresentado, verificando-se que o Sr. Alberto Muciolo teria agido de forma dolosa, fazendo incluir como sócios pessoas completamente alheias e desvinculadas da atuação empresarial, com o objetivo exclusivo de escudar-se de eventuais responsabilidades, é reconhecida a sua pessoal responsabilidade pelos créditos tributários apontados (Art. 135, inciso III do CTN), afastando-a, entretanto, em relação a todos os demais. (CARF. Acórdão 1301-001.375. Rel. CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER. Julgamento em 05/12/2013) (grifo não original).*

Ora, no caso em análise, tenho para mim que o Recorrente utilizou-se de várias situações, tais como constante alteração societária da empresa ou de seu endereço, curta duração da empresa, parentesco ou relacionamento próximo dos sócios, tudo de modo a dificultar a identificação dos reais componentes da sociedade empresária fiscalizada.

Contudo, o conjunto probatório formulado nos autos e a análise efetuada pela AFRFB levam, indubitavelmente, a se concluir que era Jander Mascarenhas Marques sócio de fato da sociedade empresária FF Distribuição de Material Publicitário Ltda.

Assim sendo, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário para manter a responsabilização tributária do sócio de fato.

## **2.5. Da Omissão de Receitas**

Alega o recorrente que não ocorreu omissão de receitas, sendo suficiente a documentação juntada aos autos para a comprovação da origem dos montantes financeiros que circularam pelas contas bancárias da empresa.

Contudo, não merece prosperar tal alegação, porquanto a omissão de receitas, neste caso, é decorrência de presunção legal, estampada no art. 42, da Lei n.º 9.430/96, *in albis*:

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

Ora, a documentação apresentada (fls. 834/1.193) por si só não é hábil e idônea para justificar a origem dos depósitos bancários verificados em suas contas correntes, ainda mais por ter sido apresentada apenas após a identificação dos lançamentos em suas contas bancárias considerados omissão de receita e, principalmente, frisa-se, sem estar acompanhada de qualquer documentação probatória que comprove a veracidade dos lançamentos ali verificados.

Lembro que a recorrente, durante o procedimento fiscalizatório, declarou expressamente que sua escrituração contábil tinha se perdido e o sistema que utilizava não mais existia para reconstituí-la, pelo tempo em que foi apresentada.

Destaca-se, ainda, que com relação à suposta transação de mútuo realizado entre Jander e a empresa FF Distribuição, muito embora possa se verificar que os valores coincidem em datas em valores, não há qualquer tipo de comprovação mais profunda e verossímil que possa corroborar suas alegações, como a apresentação de documentação específica, relativa à realização de tais transações, a declaração pelas pessoas física e jurídica dos empréstimos, ou qualquer outra que pudesse respalda-lo, limitando-se o recorrente a dizer que o fez, sem comprovar.

Não é comum que uma pessoa física, supostamente sem qualquer interesse na empresa fiscalizada, a ela faça empréstimos sem qualquer documentação, ou seja, que simplesmente entregue dinheiro a empresa pertencente a terceiros, sem qualquer formalização que tornasse exigível o recebimento da quantia em momento posterior.

Outrossim, a planilha elaborada pela AFRFB, anexa ao Relatório de Ação Fiscal (fls.86/96), demonstra com exatidão os valores dos depósitos de origem desconhecida, realizados nas contas bancárias da empresa FF Distribuição, ensejando, como não poderia deixar de ser, pela própria dicção legal, que se considerasse como perfeitamente existente a omissão de receitas, no caso.

Ocorreram diversas intimações e concessões de prazo para a apresentação de documentos que comprovassem a inoportunidade de omissão de receitas, mas em momento algum, durante as dilatações de prazo concedidas, e em atendimento às intimações emitidas, veio a empresa atuada apresentar qualquer documentação capaz de desconstituir, senão integral, parcialmente, o Auto de Infração.

Nem mesmo o recorrente, em sede de seu recurso voluntário, se incumbiu de comprovar/justificar a origem dos recursos que ingressaram nas contas correntes da empresa fiscalizada, referindo-se apenas ao livro contábil apresentado em sede de impugnação pela empresa, o qual, como já esclareceu, não encontra respaldo em qualquer documentação probatória da veracidade de seus lançamentos, bem como não se demonstra documento hábil e idôneo a representar a real contabilidade da empresa.

Assim sendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário neste ponto para manter incólume o lançamento tributário por presunção legal de omissão de receitas.

## 2.6. Da Regularidade no Arbitramento do Lucro

Alega o Recorrente que o Acórdão não atendeu à primazia da verdade material no âmbito do processo administrativo fiscal, vez que não teria sido realizada a análise de documentação contábil acostada pela empresa fiscalizada (fls. 792/1.193) em sede de impugnação.

Contudo, a apresentação da referida documentação se deu tardiamente, não havendo como se falar em possibilidade da sua análise. Cabe aqui reproduzir Súmula deste Conselho Administrativo, que aduz o seguinte:

*Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.*

Ora, resta claro que existe o momento oportuno para a apresentação da escrituração contábil, no âmbito do processo administrativo fiscal, e que é naquele momento exato que a Autoridade Fiscal irá realizar o exame de toda a documentação disponível para, ao fim, verificar a ocorrência de eventuais infrações à legislação tributária e lavrar Auto de Infração, se cabível.

No caso, como já insistentemente demonstrado, ocorreram diversas intimações da empresa fiscalizada para que apresentasse sua escrituração contábil, bem como documentação hábil e idônea, capaz de deconstituir a presunção formulada em torno das omissões de receitas decorrentes da análise dos extratos bancários, o que não ocorreu em momento anterior à lavratura do Auto de Infração.

Portanto, há de manter o arbitramento do lucro da empresa fiscalizada no presente caso.

Outrossim, alega o recorrente que o arbitramento foi irregular porquanto não se levou em consideração a natureza das atividades realizadas pela empresa autuada (cobrança), assim como não teriam sido analisados os documentos componentes da sua contabilidade, o que teria aumentado em demasia o valor resultante do crédito tributário.

Contudo, não merecem prosperar tais argumentações, porquanto a AFRFB agiu corretamente ao arbitrar o lucro da recorrente ante a declaração de inexistência de sua escrituração contábil no procedimento fiscalizatório.

Vale aqui reproduzir, mais uma vez, que a empresa fiscalizada em 06/11/2012 declarou não possuir sua escrituração contábil, como se destaca:

*(...) os livros fiscais em questão extraviaram se e, infelizmente, o sistema de lançamento fiscal utilizado não permite a sua reconstituição por estar em desuso.*

*Assim sendo, estamos impossibilitados de entregar os livros fiscais, bem como a origem da movimentação bancária.*

Veja que a autoridade fiscal fundamentou o arbitramento do lucro da empresa fiscalizada, segundo narra no TVF (fls. 80), no art. 47, III, da Lei 8981/95, *in verbis*:

*Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando: (...)*

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;*

Ora, ante a situação fática dos autos, não havia opção ao AFRFB senão proceder ao arbitramento do lucro da empresa fiscalizada com base nas informações que possuía no momento de sua atuação, ou seja, quando das investigações para formulação do Auto de Infração.

Cumpra aqui observar o teor do art. 142 do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Assim sendo, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário para manter o arbitramento do lucro realizado nos autos.

## **2.7. Da Multa Qualificada**

Alega o Recorrente que não se pode manter a multa aplicada sobre a infração tributária apurada, porquanto a penalidade não poderia ser aplicada a quem não lhe deu causa.

Além disso, de forma subsidiária, argumenta que ser incabível a qualificação da multa aplicada ao caso, porquanto trata-se de mera hipótese de omissão de receitas, inexistindo comprovação de dolo que assim justificasse.

O AFRFB fundamentou a aplicação da multa qualificada nestes autos segundo a combinação do art. 44, *caput*, I, e seu §1º, da Lei n.º 9.430/96, *in albis*:

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

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)*

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

*Possuem as seguintes redações os artigos acima referidos:*

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

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

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

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

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

Entendo que se verifica nestes autos, diante do todo já exposto, a comprovação da utilização de interpostas pessoas a fim de ocultar ou retardar o conhecimento de fato gerador, ou seja, restou evidente o intuito fraudulento.

Destaco que, além de a empresa deixar de realizar a apresentação de sua escrita contábil, ainda foram utilizados diversos artifícios buscando alterar, ou ao menos esconder, a verdadeira identidade do sujeito que exercia a efetiva gerência da sociedade empresária autuada, ou seja, a pessoa de Jander Mascarenhas Marques.

Assim sendo, voto no sentido de manter a multa qualificada no montante de 150% (cento e cinquenta por cento).

### **3. DA CONCLUSÃO**

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos de ofício e voluntário interpostos para manter incólume a decisão da DRJ e, por consequência, manter os créditos tributários lançados em desfavor do contribuinte recorrente, bem como manter a multa de ofício oriunda dos mesmos, nos termos do relatório e voto.

*(assinado digitalmente)*

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator

CÓPIA