



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10855.724661/2014-31
ACÓRDÃO	1401-007.126 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

Caracteriza omissão de receita a movimentação financeira não comprovada relativa aos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A presunção legal, introduzida no ordenamento pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003

CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE.

O decidido em relação ao IRPJ deve ser adotado, no mérito, em relação às exigências de PIS, COFINS e CSLL, haja vista que com ele compartilha os mesmos fundamento de fato e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

JUROS DE MORA. 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.

APRECIAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.
IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com a Súmula CARF nº 2, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte e dos apontados como responsáveis solidários.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado), Andressa Paula Senna Lisias, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

RELATÓRIO

Por bem refletir os fatos que envolvem o presente processo, reproduzo o relatório da decisão recorrida, consubstanciada no acórdão nº 16-70.789 – 1ª Turma da DRJ/SPO (526/542).

1. Dois objetos são guardados nos correntes autos: **(a)** ato de exclusão do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), com efeito a contar de 01/01/2010, assim motivado pela falta de escrituração de livro-caixa (art. 29, inciso VIII, c/c seu § 1º, da LC nº 123, de 2006); e **(b)** auto de infração a trazer exigências de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) pertinentes a períodos de apuração insertos nos anos-calendário de 2010 e 2011. Com respeito a esse último (auto de infração), o crédito tributário exigido montou R\$ 932.593,70 entre principal, multa de ofício proporcional (75% e 150%) e juros de mora (calculados até 12/2014). Ainda em relação à autuação, defendeu a Fiscalização a tese de que o Contribuinte em epígrafe seria o verdadeiro titular de valores creditados em conta de depósito e/ou de investimento, além de créditos oriundos de operadoras de cartões de crédito/débito e/ou administradoras de vale/ticket refeição, formalmente atribuíveis, em primeiro

lanço, a Jefferson Yoshio Kano ME, isso por sua matriz inscrita no CNPJ sob nº 11.071.342/0001-19.

2. Por completude do cenário, diga-se que o mesmo mote acusatório foi desenvolvido contra Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP, agora que se o teve por real beneficiário de movimentação financeira (depósitos bancários e direito de crédito vindo de operadoras de cartões de crédito/débito e/ou administradoras de vale/ticket refeição) também formalmente atribuível a Jefferson Yoshio Kano ME, na vez de sua filial, inscrita no CNPJ sob nº 11.071.342/0002-08 (é o que guardam os autos sob nº 10855.724664/2014-74).

3. Retome-se.

4. As razões de fundo que ilustraram a autuação foram: (a) identificação de omissão de receita à tributação, assim decorrente de operações de venda concretizadas por meio de operadoras de cartão de crédito/débito e administradoras de ticket/vale refeição (formalmente atribuíveis à matriz de Jefferson Yoshio Kano ME, mas aqui imputadas ao Contribuinte); (b) identificação de depósitos bancários de origem não comprovada (de novo, formalmente atribuíveis à matriz de Jefferson Yoshio Kano ME, mas aqui imputados ao Contribuinte), assim conducente à tipificação da espécie também como omissão de receita à tributação, segundo os parâmetros do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; (c) insuficiência de recolhimento, antes feito no pressuposto de o Contribuinte disputar as benesses do Simples Nacional, mas então e agora exigido fora dessa sistemática. A multa de ofício qualificada (150%) foi atribuída às duas primeiras causas da corrente exigência.

5. Para o todo, assim se justificou a Fiscalização (fls. 346/356; destaques do original):

(...)

2) *Inicialmente, cabe registrar que o procedimento fiscal levado a efeito na empresa SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA. ME, iniciada na forma de diligência fiscal em 03/10/2014 e posteriormente transformada em fiscalização em 15/12/2014 (TDPF 0811.2014.00928-3), teve origem na constatação de ser essa empresa a real beneficiária e detentora da movimentação financeira da matriz da empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME, CNPJ 11.071.342/0001-19, a qual era fiscalizada com amparo no MPF 0811000.2013.00838-0, tendo esse procedimento sido encerrado sem resultado, ou melhor, tendo o resultado da matriz sido transferido para a empresa SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA. ME.*

3) *Assim, primeiramente faz-se o relato do procedimento fiscal desenvolvido na empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME (doravante também JEFFERSON YOSHIO), para posteriormente, adentrar na fiscalização da empresa SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA – ME., (doravante também SILVESTRE & RODRIGUES).*

4) *Em 09/12/2013 foi aberto procedimento de fiscalização na empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME, cuja matriz, CNPJ 11.071.342/0001-19,*

constava no cadastro desta RFB como estabelecida na Rua João Luiz Vieira Tavares nº 693, Jardim São Lourenço, e a filial, CNPJ 11.071.342/0002-08, como tendo sido estabelecida até 11/01/2013 na Avenida Vinícius de Moraes nº 1271, Parque São Bento, ambas em Sorocaba-SP.

5) A razão da abertura dessa fiscalização deu-se em virtude de ter sido constatada movimentação financeira incompatível para a receita declarada pela empresa nos anos de 2010 e 2011, posto que a empresa, optante do Simples Nacional, movimentou em diversos bancos e operadoras de cartões de crédito e débito vários milhões em cada ano e nada informou de receita nas DASN (Declaração do Simples Nacional).

6) A ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal deu-se via postal em 24/12/2013, tendo sido solicitado nesse Termo para que a empresa apresentasse, no prazo de 20 (vinte) dias, os extratos bancários da matriz e da filial dos anos de 2010 e 2011 de várias instituições bancárias e operadoras de cartões de crédito/débito; também foi solicitado o Livro Caixa ou Diário e Razão dos mesmos anos, e os documentos de constituição da empresa na JUCESP.

7) Após solicitar prorrogação de prazo de 30 (trinta) dias, o que foi deferido, em 19/02/2014 a empresa apresentou resposta, onde afirma: “A inexistência de documentos que comprovam as operações com operadoras de cartão de crédito/débito que deram origem a movimentação financeira efetuada nos referidos anos-calendários de 2010 e 2011 das operadoras ora constantes do termo;”, e ainda: “Inexistência de Livros Caixa dos referidos períodos.”. Apresentou apenas os documentos de constituição de empresa individual. Informou também que: “a empresa está sem movimento e com diversas dificuldades, inclusive econômico-financeiras, estando a mesma impossibilitada de atender algumas das exigências ora solicitadas.”

8) Diante desse fato, os extratos necessários foram solicitados aos bancos e operadoras de cartões, mediante procedimento específico de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF.

9) De posse dos extratos, procedemos a conciliação das diversas contas, excluindo créditos oriundos de transferências entre as contas do contribuinte, bem como excluindo todos créditos identificados como estorno, devolução, empréstimo ou outra situação que permitisse identificar como não ingresso de valor para a empresa.

10) Isso feito, em 12/08/2014 foi dada ciência pessoal do Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 001, onde, para ciência da empresa, constou os procedimentos citados no item 8 e 9 e a intimação para “1) comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-correntes, conforme relações em anexo, as quais passam a fazer parte integrante deste termo, gravadas em mídia – CD, o qual é entregue ao contribuinte, juntamente com uma das vias deste Termo de Constatação e Intimação”.

11) Constatou ainda desse Termo observações no sentido de que a não comprovação ensejaria lançamento de ofício de acordo com a característica de cada crédito não comprovado.

12) Em 09/10/2014 a empresa apresentou resposta nos seguintes termos: “vem através desta em cumprimento do referido termo DECLARAR e INFORMAR que: “1 – A Inexistência de documentos que comprovam a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-correntes, ora citados na referida intimação, tendo em vista a declaração anterior da qual já informado a inexistência de Livros Caixa dos referidos períodos.”

13) Diante desse fato, restaria a continuidade da fiscalização redundando na exigência dos respectivos créditos tributários devidos em virtude das movimentações financeiras não comprovadas para a empresa fiscalizada: JEFFERSON YOSHIO KANO ME.

14) Entretanto, diversos fatos levaram a conclusão diversa, qual seja: que o real proprietário da movimentação financeira no referente à matriz era a empresa SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA. ME, CNPJ 01.548.316/0001-85. Vejamos:

a) Quando da visita ao estabelecimento matriz da empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME para ciência do Termo citado no item 10, constatamos que ali funcionava uma unidade dos Supermercados Super José, que ganhou projeção e visibilidade em Sorocaba-SP., em razão de seu proprietário Vitor Francisco da Silva, CPF 149.799.448-92, ter sido eleito vereador na cidade com o slogan “Vitor do Super José”.

b) Também comparecemos no endereço da filial da empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME, no parque São Bento, e constatamos que lá também funcionava uma unidade dos Supermercados Super José.

c) Fizemos uma compra em cada unidade e na nota fiscal da Matriz constava a denominação SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA., CNPJ 01.548.316/0001-85, na nota fiscal da filial constava MARCELO FRANCISCO DA SILVA SOROCABA – EPP, CNPJ 03.592.415/0001-90 (doravante também MARCELO FRANCISCO).

d) Pegamos no balcão da matriz material promocional de vendas impresso e observamos que no folheto constava o endereço das duas lojas, portanto, matriz e filial da empresa JEFFERSON YOSHIO HANO, fazendo propaganda em conjunto dos dois Supermercados Super José. Aqui cabe uma observação: o endereço da empresa JEFFERSON YOSHIO: Rua João Luiz Vieira Tavares nº 693, e o endereço da empresa SILVESTRE & RODRIGUES: Rua Rubião de Almeida, 706, tratam-se do mesmo prédio que ocupa frente e fundo e lateral de uma parte do quarteirão.

e) Portanto, enquanto fiscalizávamos uma empresa individual, com matriz e filial, com movimentação financeira de milhões e que declarou receita “zero” nas DASN

dos anos de 2010 e 2011, nos locais declarados para a RFB como endereço das lojas funcionavam outras empresas. Cabia, então, descobrir quem realmente explorava as atividades nos locais, e, por consequência, seria a “dona” da movimentação financeira especulada.

f) Nesse sentido, verificamos que a empresa JEFFERSON YOSHIO: i) foi constituída somente em 17/08/2009, enquanto os Supermercados em questão funcionam nos endereços a mais de uma década; ii) nunca teve empregado registrado; iii) nunca declarou receita de vendas nas DASN; e, além disso, o Sr. Jefferson Yoshio Kano, CPF 322.518.108-03, é registrado como empregado da empresa MARCELO FRANCISCO DA SILVA – EPP, na função de conferente, nos anos de 2010 e 2011.

g) As empresas SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA. ME e MARCELO FRANCISCO DA SILVA SOROCABA – EPP, tiveram em média cerca de 30 funcionários cada uma, em todos os meses dos anos de 2010 e 2011.

h) A empresa SILVESTRE & RODRIGUES está estabelecida no local desde o início de suas atividades em 1996. A empresa “MARCELO” foi constituída em 14/01/2000 e está estabelecida no local desde 27/02/2009, sendo que manteve nesse endereço uma filial de 21/05/2004 a 11/01/2013.

i) O Sr. Marcelo Francisco da Silva é primo do Sr. Vitor Francisco da Silva, o “Vitor do Super José”.

j) Além das informações acima, colhemos na “internet” material onde se trata o perfil do então vereador Vitor do Super José, onde se pode observar que ele e a família são os fundadores dos Supermercados Super José.

k) Também encontramos matéria publicada em 14/08/2014, no Jornal Cruzeiro do Sul, de Sorocaba, onde é relatada uma condenação transitada em julgado por fato praticado no supermercado, quando o juiz considerou o Sr. Vítor responsável pelo estabelecimento.

15) Diante dos fatos relatados, praticamente foi paralisada a fiscalização na empresa JEFFERSON YOSHIO e dado início a procedimentos de diligências fiscal nas empresas “SILVESTRE & RODRIGUES” e “MARCELO FRANCISCO”, objeto, respectivamente dos MPF 0811000-2014-00742-6 e 0811000-2014-00743-4, o que passamos a relatar.

16) Cada uma das empresas recebeu seu Termo de Início de Diligência Fiscal, cuja ciência postal deu-se para a SILVESTRE & RODRIGUES em 09/10/2014 e para a MARCELO FRANCISCO em 13/10/2014, tendo constado dos termos, de forma idêntica, o relato da situação acima descrita na forma de constatações e a seguinte intimação, no referente a empresa SILVESTRE & RODRIGUES:

a) Esclarecer por escrito a situação de existirem duas empresas no mesmo local com a mesma atividade, sendo que a empresa que demonstra não ter capacidade alguma para existir tem uma movimentação financeira compatível com a atividade comercial desenvolvida no local, não tem empregados e declara zero de faturamento nos anos de 2010 e 2011,

enquanto a empresa ora diligenciada, com média de 35 (trinta e cinco) funcionários registrados, tem um faturamento e movimentação financeira pífios para o desenvolvimento da atividade em estabelecimento do porte que foi constatado.

b) Vitor do Super José é o Sr. Vitor Francisco da Silva, CPF 149.799.448-92? A denominação eleitoral do vereador diz respeito ao SUPERMERCADOS SUPER JOSÉ em questão?

c) Essa empresa assume como de sua propriedade a movimentação financeira desenvolvida pelo sujeito passivo JEFFERSON YOSHIO KANO, ficando responsável pelo crédito tributário que supostamente vier a ser constituído, tanto na matriz quanto na filial localizada no Parque São Bento?

d) Qual a relação dessa empresa com a de MARCELO FRANCISCO DA SILVA SOROCABA – EPP, CNPJ 03.592.415/0001-90, supermercado estabelecido na Avenida Vinícius de Moraes, 1273, Parque São Bento, Sorocaba/SP, também com a denominação de “SUPERMERCADOS SUPER JOSÉ”?

e) Informar quem é o proprietário do Imóvel localizado na Rua Rubião de Almeida nº 706, onde funciona esse estabelecimento. Caso seja o proprietário, apresentar o documento que comprove a propriedade, caso o imóvel seja alugado, apresentar o respectivo contrato de locação.

f) Informar quem é o proprietário do Imóvel localizado na Avenida Vinícius de Moraes, 1273, Parque São Bento, Sorocaba/SP, onde funciona uma unidade do Supermercados Super José. Caso seja o proprietário, apresentar o documento que comprove a propriedade, caso o imóvel seja alugado, apresentar o respectivo contrato de locação.

g) Apresentar o Livro Caixa ou Diário e Razão da empresa Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME, dos anos de 2010 e 2011.

17) Em 27/10/2014, as empresas “SILVESTRE & RODRIGUES” e “MARCELO FRANCISCO” apresentaram resposta em conjunto onde afirmam que ambas empresas estão em recuperação judicial, com possível iminente decretação de falência, que mantêm em dia as folhas de pagamentos e encargos e que inexistem processos trabalhistas. As empresas não apresentaram qualquer livro fiscal ou contábil e ainda declararam:

a) (item 5) “Por questão de sobrevivência, não havendo no que se falar em fraude, diante das mazelas decorrentes dos pedidos de RJ, houve a necessidade de constituição de outras empresas, por sugestão de fornecedores, para que tivessem acessos a novas compras de mercadorias e serviços, mesmo porque, sem tal mecanismo, repita-se, não haveria continuidade das atividades.”

b) (item 6) “Da mesma forma, tais empresas são necessárias para as vendas através de moeda de plástico (cartões de crédito), vez que compras em dinheiro e com cheques estão mais raras, pois empresa em RJ não consegue as máquinas sem vinculação com banco.”

c) (item 7) “O denominado SUPERMERCADO SÃO JOSÉ é nome fantasia e meio de publicidade, vez que no local de atuação das empresas, esse nome de fantasia é de conhecimento público há mais de 20 (vinte) anos.”

d) (item 8) “A empresa Marcelo Francisco da Silva Sorocaba – EPP, tem como titular a pessoa natural de Marcelo Francisco da Silva que é primo de Vitor do São José, como é conhecido o ex-vereador.”

e) (item 9) “Jefferson Yoshio é cunhado e empregado de Marcelo Francisco.”

f) (item 10) “Referidas empresas através de seus representantes legais, não têm como rotina deixar de prestar informações ao fisco, tanto é verdade, que as informações obtidas foram suficientes para a elaboração do termo de início de fiscalização.”

g) (item 11) “Todas as pessoas envolvidas, têm grau de parentescos, com endereço certo, podendo serem localizados a qualquer momento, o que demonstra a inexistência de “terceiros” no quadro social de referidas empresas, não havendo no que se falar em fraude.”

h) (item 12) “A empresa Silvestre & Rodrigues, têm como sócios o ex-vereador Vitor e sua esposa Carmem.”

i) (item 13) “O imóvel localizado no Parque São Bento é alugado e, o imóvel, na Rua Rubião de Almeida era de propriedade do genitor de Vitor que doou diretamente aos netos.”

18) Diante de contundentes respostas, em 13/11/2014, demos ciência pessoal à empresa SILVESTRE & RODRIGUES do Termo de Intimação Fiscal 001, onde deixamos constatado que em razão dos fatos e da resposta encaminhada pela empresa, concluímos que essa empresa era a real titular e beneficiária de toda a movimentação bancária e com operadoras de cartões de crédito/débitos, referentes as operações de débito e crédito realizadas pela empresa Jefferson Yoshio Kano ME., CNPJ 11.071.342/0001-19 (matriz), com endereço cadastral na Rua João Luiz Vieira Tavares, 693, durante o ano de 2010 e 2011. Também intimamos a empresa a:

1) Apresentar o livro caixa (ou diário e razão) da empresa Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME, dos anos-calendário de 2010 e 2011.

2) Comprovar a origem dos valores creditados/depositados na contas-correntes da empresa Jefferson Yoshio Kano, CNPJ 11.071.342/0001-19 (matriz), conforme relações em anexo, as quais passam a fazer parte integrante deste termo, gravadas em mídia – CD, o qual é entregue ao contribuinte, juntamente com uma via deste Termo de Intimação Fiscal.

Constam desse CD, 12 (doze) arquivos, sendo 06 em PDF e os mesmos 06 em OpenOffice.Calc, contendo relações denominadas “Relação dos Valores lançados a crédito em conta corrente, para justificação e comprovação da origem por parte da empresa fiscalizada – Anos-calendários de 2010 e 2011”, das seguintes contas bancárias:

Bradesco: conta corrente 306622

Brasil: conta corrente 368253

Caixa Econômica Federal: contas correntes 3000010100 e 3000011289

Itaú: conta corrente 421549

Santander: conta corrente 130067159

Esse CD foi submetido ao Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais – SVA, cujo recibo também é entregue uma via ao contribuinte, tendo recebido o código de identificação geral: 0c72103d-1a478987-ebf98934- 952b83b7 3) Informar, por escrito, o motivo de Marcelo Francisco da Silva, CPF 128.386.148-86, estar registrado nessa empresa como empregado desde 01/03/2012, exercendo a função de gerente, enquanto ele também é proprietário de um Supermercado São José localizado no Parque São Bento.

4) Informar, por escrito, se a empresa do Sr. Marcelo Francisco da Silva, CNPJ 03.592.415/0001-90, localizada no Parque São Bento, também denominada Supermercado São José, também é de propriedade da empresa Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME, como filial, ou se é de propriedade exclusiva do Sr. Vitor Francisco da Silva, CPF 149.799.448-92, ou, até mesmo, se o Sr. Vitor é sócio do Sr. Marcelo Francisco da Silva na exploração dos negócios, ou ainda, se são empresa independentes.

19) Constaram ainda desse Termo de Intimação Fiscal 001 as seguintes observações:

I) Para conhecimento, também constam do CD citado no item 2 acima, dois arquivos contendo extratos de movimentação das operadoras de cartões de crédito/débito CIELO e REDECARD dos anos calendários de 2010 e 2011, relativos à movimentação realizada pela empresa Jefferson Yoshio Kano, CNPJ 11.071.372/0001-19 (matriz), sendo que as vendas realizadas através dessas operadoras de cartões serão atribuídas à empresa Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME., CNPJ 01.548.316/0001-85, na condição de omissão de receita da atividade da empresa.

II) Informamos que para os créditos constantes dos extratos bancários (item 2 acima) oriundos de repasse de valores referentes a vendas com cartões de crédito, débito, vale-refeição, vale-alimentação ou outro similar, constantes das relações que integram o já referido “CD”, onde se pode identificar a origem, caso não questionada e/ou não comprovada outra origem pelo diligenciado, tais ingressos serão considerados como omissão de vendas decorrentes da atividade comercial da empresa.

III) Para os créditos sem identificação de origem nas relações anexas, ou cuja origem não se possa vincular às operações de comércio da empresa, caso não justificada a origem por parte do diligenciado, ensejará lançamento de ofício a título de omissão de receita, nos termos do artigo 849, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99.

IV) Os esclarecimentos deverão ser feitos por escrito e comprovados mediante documentação hábil e idônea, identificando a origem dos recursos utilizados nessas operações de crédito. A não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos constantes das relações anexas (item 2 acima), ensejará lançamento de ofício, conforme citado nos itens I, II e III acima.

V) Esclarecemos que de posse dos extratos das contas movimentadas em nome da empresa Jefferson Yoshio Kano, ora atribuídas à empresa intimada, procedemos a conciliação das diversas contas, excluindo créditos oriundos de transferências entre as contas, bem como excluindo todos créditos identificados como estorno, devolução, empréstimo ou outra situação que permitisse identificar como não ingresso de valor para a empresa.

VI) Registramos, que o Livro Caixa (ou diário e razão) já solicitado no Termo de Início de Diligência Fiscal, é de escrituração obrigatória para as empresas optantes pelo SIMPLES Nacional e sua não apresentação acarreta a exclusão desse sistema diferenciado de tributação, nos termos dos artigos 26 e 29 da Lei Complementar 123/2006.

[...]

VII) Por consequência, a exclusão do Simples Nacional acarretará a tributação pelo lucro arbitrado, nos termos do artigo 530 do Regulamento do Imposto de Renda / RIR/99, decreto 3.000/99, a saber:

[...]

20) Em 02/12/2014, as empresas apresentam a resposta, novamente em conjunto, quando repetem o que já informaram anteriormente quanto a inexistência de Livros Caixa para o período solicitado, e afirmam a ausência de comprovação das origens dos valores creditados/depositados nas contas-correntes da empresa Jefferson Yoshio kano. Respondem ainda:

a) “O motivo pelo qual o Sr. Marcelo Francisco da Silva, conta como empregado das Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda., é pelo trabalho em que exerce na mesma, sendo assim percebendo salário e benefícios da mesma.”

b) “São empresas independentes em questões jurídicas, porém forma grupo econômico, tendo em vista as necessidades das mesmas ora completamente parecidas em suas relações comerciais. Conforme descrito anteriormente, a impossibilidades de gestão individual de cada uma delas devido a Recuperação Judicial em apresentam em sua atualidade.”

c) “Porém, o Sr. Vitor, além de sócio da empresa Silvestre, também figura como sócio de fato da empresa Marcelo Francisco da Silva, como já dito anteriormente, caracteriza-se como grupo econômico.

DAS CONCLUSÕES:

21) Diante do exposto, concluímos que a firma individual JEFFERSON YOSHIO KANO. ME, CNPJ 11.071.342/0001-19 (MATRIZ) e 11.071.342/0002-08 (FILIAL), somente foi constituída com o propósito de servir como instrumento que possibilitasse aos estabelecimentos que têm por nome fantasia Supermercados Super José realizar suas operações de vendas com cartões de crédito/débito, tickets alimentação e refeição e correlatos, bem como para amparar a movimentação bancária das duas lojas.

22) Considerando a existência de duas empresas juridicamente distintas, cada uma estabelecida em um dos endereços da JEFFERSON YOSHIO, tem-se que a empresa SILVESTRE & RODRIGUES estabelecida no endereço onde está registrada a MATRIZ da empresa JEFFERSON é a responsável pela movimentação realizada com o CNPJ dessa matriz, enquanto a empresa MARCELO FRANCISCO estabelecida no endereço onde foi registrada a filial da empresa JEFFERSON é a responsável pela movimentação realizada com o CNPJ dessa filial.

23) Assim, sendo a empresa SILVESTRE & RODRIGUES SOROCABA LTDA. ME, CNPJ 01.548.316/0001-85, a real proprietária e responsável pela movimentação financeira da MATRIZ da empresa JEFFERSON YOSHIO KANO ME, realizada junto à instituições bancárias e operadoras de cartão, ticket e vale alimentação e

refeição, deve ser a ela atribuída o crédito tributário decorrente dessa movimentação, cuja exigência se dará via autos de infração.

24) Pela não apresentação do Livro Caixa, foi formalizada Representação Fiscal visando a exclusão da empresa do Simples Nacional com efeitos retroativos a 01 de janeiro de 2010, o que foi efetivado, tendo sido expedido o Ato Declaratório Executivo nº 108, de 10 de dezembro de 2014, o qual foi publicado no D.O.U, seção 1, de 11/12/2014. Feito tratado no processo administrativo nº 10855.724.661/2014-31, o mesmo que cuidará dos autos de infração a serem lavrados.

25) Pela não apresentação dos livros solicitados (Caixa ou Diário e Razão) a tributação se dará pelo lucro arbitrado, nos termos do artigo 530 do Regulamento do Imposto De Renda – RIR/99, Decreto 3.000/99. (artigo já reproduzido no item 19 acima).

26) A receita declarada pela empresa nas DASN, relativas ao Simples Nacional, também sofrerá a tributação pelo lucro arbitrado, sendo que será deduzido do valor apurado o que já foi pago em DAS no relativo ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS.

27) Para quantificação das infrações relativas às operações financeiras, elaborei 04 (quatro) planilhas que estão juntadas aos autos e fazem parte integrante deste Relatório Fiscal.

DA MULTA QUALIFICADA

28) Considerando que a conduta do contribuinte, quanto a movimentar recursos financeiros em nome de terceiro e não oferecer à tributação o resultado alcançado com essa movimentação, enquadra-se nas hipóteses de crimes previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, bem como no artigo 1º da Lei 8.137/90, a multa aplicada ao crédito decorrente será de 150%, nos termos do artigo 44 da lei 9.430/96. Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, feito que será tratado no processo administrativo nº 10855.724822/2014- 96. Abaixo transcrevo os dispositivos legais citados.

[...]

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

29) Considerando os fatos relatados e principalmente as respostas apresentadas conjuntamente pelas duas empresas SILVESTRE & RODRIGUES e MARCELO FRANCISCO, onde afirmam, inclusive, que formam um grupo econômico, não se pode afastar o interesse comum da ambas na exploração em conjunto dos negócios, importando em solidariedade de uma para com outra e vice-versa, ficando neste presente caso de lançamento do crédito tributário no sujeito passivo SILVESTRE & RODRIGUES, consignado como sujeito passivo solidário a empresa MARCELO FRANCISCO.

30) Os sócios da empresa *SILVESTRE & RODRIGUES*, também devem constar como sujeito passivo solidário, uma vez que a conduta assumida caracteriza abuso de poder na administração dos negócios, com evidente desrespeito à lei. Registro que o Sr. Vitor Francisco da Silva embora não constando como administrador da sociedade no contrato social, assim é enquadrado, uma vez ser notória a sua participação na administração dos negócios.

31) Este Relatório Fiscal é parte integrante dos autos de infração lavrados.

32) E, para constar e surtir os efeitos legais, lavra-se o presente termo, assinado digitalmente por mim, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, cuja ciência pelo sujeito passivo dar-se-á via postal, mediante aviso de recebimento (AR).

6. Contribuinte (Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME) e imputados Responsáveis Tributários Solidários (o Sr. Vitor Francisco da Silva, inscrito no CPF sob nº 149.799.448/92, a Sra. Carmem Luzia Silvestre da Silva, inscrita no CPF sob nº 162.014.408- 52, e Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP, inscrito no CNPJ sob nº 03.592.415/0001-90), ao ensejo dos arts. 124, inciso I, e 135, inciso III, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional - CTN, tomaram ciência do todo (ato que exclui o Contribuinte do Simples Nacional e mais exigência fiscal que sobre ele pesa) em 24/12/2014 (fls. 449/452) e tornaram aos autos em 21/01/2015 (em uníssono) para argumentar o seguinte (fls. 454/470):

a) Certa a distinção de personalidades jurídicas, a exigência feita contra o Contribuinte não poderia ser imputada às "*pessoas naturais de Vitor Francisco da Silva e Carmem Luzia da Silva Silvestre*" (fl. 455). Senão isso, deixara-se de "*destacar os dispositivos legais que pudessem dar sustentação à inserção de entes jurídicos outros*" (fl. 455).

b) O caráter confiscatório das multas de ofício aos patamares de 75% e de 150%. Ainda nesse tópico, nega "*o mínimo indício de fraude, dolo ou simulação, tanto é que foi possível para a fiscalização apurar as supostas 'bases de cálculos' e a partir delas apurar os impostos*" (fl. 460; destaques do original).

c) A ilegalidade da incidência de juros computados segundo a variação da taxa Selic. Senão isso, "*não enxerga-se em nenhum momento o necessário demonstrativo de cálculo demonstrando a aplicação de referida taxa*" (fl. 463)

d) Configuraria-se verdadeiro "*acinte ao devido processo legal*" (fl. 465) a formulação e o encaminhamento de Representação Fiscal para Fins Penais diretamente ao órgão competente do Ministério Público Federal. O relato fiscal seria deficiente para efeito de tipificação da conduta imputada.

e) Se "*créditos encontrados em contas correntes do contribuinte*" foram reputados como receita, então, "*como medida de justiça fiscal*" dever-se-ia considerar como despesas "*todos [...] débitos contidos em mesmos extratos*" (fl. 469). Nesse passo e para efeito de conciliação de pontos de vista, reclama a realização de diligência/perícia.

f) Finaliza e pede o cancelamento da exigência fiscal, bem que a manutenção do Contribuinte no Simples Nacional. Ainda, *"que todas as intimações e/ou notificações com relação ao presente recurso sejam dirigidas ao advogado subscritor desta [...]"* (fl. 470; destaques do original).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo – DRJ/SPO, na decisão ora combatida (v. e-fls. 526/542), indeferiu o recurso da Contribuinte. A decisão da DRJ/SPO foi plasmada no Acórdão nº 16-70.789 - 1ª Turma, cuja ementa reproduzo abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

ANO-CALENDÁRIO: 2010, 2011

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Rende ensejo à tipificação do interesse comum, como causa a instigar a atribuição de responsabilidade tributária solidária, a formação d'um núcleo comum de negócios (encabeçado pelo Contribuinte e terceiro), bem que a figura do sócio/administrador de fato no Contribuinte, que fica, assim, também conduzido (o sócio/administrador de fato) à posição de garante do crédito tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. EXCESSO DE PODER.

Rende ensejo à tipificação de excesso de poder por parte de administrador de pessoa jurídica o patrocínio de confusão patrimonial, com o que fica ele, administrador, elevado à posição de garante do crédito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

Cumprе à Administração Tributária aplicar a Lei de ofício. Por outra, em nível administrativo, não se afasta a aplicação de Lei, não se declara a sua inconstitucionalidade. Entendimento já consolidado, inclusive, no enunciado nº 02 da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

JUROS DE MORA. 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" (enunciado nº 04 da Súmula do CARF).

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. APRECIÇÃO DE SEUS TERMOS E CONDIÇÕES.

"O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais" (enunciado nº 28 da Súmula do CARF)

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

Identifica-se o dolo civil-tributário, esse tendente a impedir, retardar, excluir ou modificar o preciso conhecimento de matéria tributável por parte do Fisco, na conduta do Contribuinte que interpõe terceira pessoa e a essa atribui riqueza

econômica originalmente sua, além de não ofertá-la à tributação por meio algum (escritural ou via obrigações acessórias).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA

A existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados em tais operações, caracteriza a hipótese de omissão de receita. Presunção elevada à categoria legal.

DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE.

Não cabe conversão do julgamento em diligência quando o ponto de discórdia versa matéria de direito ou, ainda, mesmo que toque matéria de fato, esta já se encontre suficientemente esclarecida nos autos.

INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO. ADVOGADO DO CONTRIBUINTE.

Compete à autoridade preparadora do feito e não à julgadora praticar o ato de intimação do Acórdão resultante de julgamento. Demais disso, dita intimação é feita ao sujeito passivo e assim direcionada ao domicílio tributário por ele eleito junto à RFB, segundo disposições do Decreto nº 70.235, de 1972.

Impugnação Improcedente Crédito

Tributário Mantido

Inconformada com a decisão retro, a Contribuinte apresentou o recurso voluntário de e-fls. 562/574, em que reitera os termos da defesa exordial, acrescentando os seguintes pontos:

- 1) **Da responsabilidade solidária** – discorre extensivamente sobre o Instituto da responsabilidade solidária, abordando os conceitos a ele inerentes;
- 2) **Do caráter confiscatório da multa** – propugna pelo reconhecimento do caráter confiscatório das multas lançadas, requerendo que, acaso mantidas, sejam reduzidas para valores abaixo de 25%;
- 3) **Dos juros SELIC** – propugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da incidência dos juros de mora com base na taxa SELIC;
- 4) **Da representação criminal** – Aduz que a Administração Tributária não teria qualquer privilégio ou liberdade para aplicar multas e imputar ilícitos aos particulares sem a observância dos limites constitucionais, dadas as responsabilidades que vinculariam qualquer agente de fiscalização ou julgador ao devido processo legal, como a presunção de inocência, o dever de provar o que se alega, a publicidade e a motivação dos atos, bem assim o respeito à ampla defesa;
- 5) **Do pedido de perícia denegado** – Neste ponto limitou-se a afirmar que o auto de infração teria sido elaborado pela metodologia da amostragem, como forma exclusiva de constituição do crédito tributário, considerando tão somente as receitas e descartando as despesas dedutíveis. Assim, apesar de o título do ponto referir-se a pedido de perícia, que não foi objeto de nenhum traço lavrado no recurso, propugna pela nulidade do auto de infração, que padeceria de legitimidade e legalidade, dizendo-o imprestável.

Afinal, vieram os autos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e sua matéria se enquadra na competência deste Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

O recurso voluntário beira à inépcia, pois além de tratar as mesmas questões trazidas quando da impugnação de uma forma absolutamente diversa, com argumentos substantivamente diferentes daqueles trazidos quando do primeiro recurso, em nenhum momento confrontou os fundamentos adotados pela decisão recorrida para negar provimento à sua irresignação. Por esses motivos, mantenho *in totum* a decisão recorrida, lavrada com brilhantismo pela DRJ/SPO, que adoto como minhas razões de decidir neste voto. Abaixo reproduzo os principais pontos abrangidos pela decisão recorrida e que albergam as razões do recurso apresentado pela Recorrente:

PRÓLOGO: DA INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

8. Desde logo é bom que se diga que o Contribuinte não ataca a tese central da Fiscalização, qual seja, a de que ele, Contribuinte, é o verdadeiro titular de valores creditados em conta de depósito e/ou de investimento, além de créditos oriundos de operadoras de cartões de crédito/débito e/ou administradoras de vale/ticket refeição, formalmente atribuíveis, em primeiro lance, a Jefferson Yoshio Kano ME, isso por sua matriz inscrita no CNPJ sob nº 11.071.342/0001-19. Leia-se, então, que a interposta pessoa (Yoshio Kano ME), assim qualificada pela Fiscalização, foi como tal reconhecida pelo Contribuinte (interponente). Não bastasse a ausência de impugnação específica no ponto, é luminar a confissão vinda a 27/10/2014 e 02/12/2014, subscrita não só pelo Contribuinte, mas também por Marcelo Francisco da Silva Sorocaba - EPP (fls. 271/274, 332/335; texto entre colchetes acrescido):

4- Como cediço, todas as empresas em procedimento de recuperação judicial, sofrem fortes restrições ao crédito, seja através das instituições financeiras, seja de fornecedores de bens e serviços, o que a rigor inviabilizaria a continuidade das atividades empresárias.

5- Por questões de sobrevivência, não havendo no que se falar em fraude, diante das mazelas decorrentes dos pedidos de RJ [recuperação judicial], houve a necessidade de constituição de outras empresas [a dizer, a constituição da interposta pessoa Yoshio Kano ME], por sugestão de fornecedores, para que

tivessem acessos a novas compras de mercadorias e serviços, mesmo porque, sem tal mecanismo, repita-se, não haveria continuidade das atividades.

6- Da mesma forma, tais empresas são necessárias para as vendas através de moeda de plástico (cartões de crédito), vez que compras em dinheiro e com cheques estão mais raras, pois empresa em RJ não consegue as máquinas sem vinculação com banco. [Sim, a interposta pessoa Yoshio Kano ME viria para viabilizar negócio com as operadoras de cartões de débito/crédito e administradoras de vale/ticket refeição. Observe-se que após o esclarecimento prestado em 27/10/2014, foi especificamente pontuado ao Contribuinte - fls. 275/279 - que uma tal explicação verteria para ele próprio a titularidade da movimentação financeira então identificada a nome de Yoshio Kano ME, mas, no entanto e ainda assim, o conteúdo do esclarecimento primeiro repetiu-se em 02/12/2014].

ITEM 01: DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

9. Ao contrário do que aduz o Contribuinte, especificou sim, a Fiscalização, o quadro normativo em que insere a imputação de responsabilidade tributária solidária atribuída ao Sr. Vitor Francisco da Silva, inscrito no CPF sob nº 149.799.448/92, à Sra. Carmem Luzia Silvestre da Silva, inscrita no CPF sob nº 162.014.408-52, e a Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP, inscrito no CNPJ sob nº 03.592.415/0001-90: art. 124, inciso I, e 135, inciso III, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional - CTN. Está às fls. 356 (com referência imediata ao núcleo do tipo previsto no art. 135, inciso III, do CTN: "*abuso de poder na administração dos negócios, com evidente desrespeito à lei*"), 359, 388, 412, 427. Tais dispositivos legais autorizam trazer à condição de garante do crédito tributário todos aqueles (terceiros) que "*tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*", ou que tenham atuado, na condição de "*diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*", com "*excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*".

10. Ora, é a pessoa jurídica Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP, subscrevendo junto ao Contribuinte, que vem de esclarecer, em 02/12/2014 (fls. 332/335), que ambos formam "*grupo econômico*" e que o "*Sr. Vitor [Vitor Francisco da Silva] além de sócio da empresa Silvestre [Contribuinte ora autuado], também figura como sócio de fato da empresa Marcelo Francisco da Silva*". Reitere-se, a ver as respostas prestadas às fls. 271/274 e 332/335, subscritas pelo Contribuinte e por Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP, a pessoa jurídica Yoshio Kano ME foi constituída para figurar - e apenas figurar - como titular de transações financeiras dos primeiros. Essa movimentação financeira (depósitos bancários e operações de venda concretizadas por meio cartões magnéticos e/ou vales refeição), que não constou de livro contábil algum (seja em Yoshio Kano ME, seja no Contribuinte, como admitido às fls. 46, 241, 272, 332), nem foi declarada a título de receita auferida (seja a nome de Yoshio Kano ME, o qual, como dito pela Fiscalização à fl. 243, apresenta DASN "*sem movimento*" para 2010 e 2011, seja a nome do Contribuinte, que para os mesmos instrumentos declaratórios, informa valores muito aquém do monte financeiro colhido

junto a instituições bancárias e perante a operadoras de cartão de crédito/débito e/ou administradoras de vale/ticket refeição - fls. 16/37), está à base do fato gerador de parte da obrigação tributária ora constituída. É, pois, presente o interesse comum vinculado ao preciso fato gerador aqui identificado/autuado.

11. Relembrar, outrossim, que o empreendimento todo, sob o epíteto *Supermercados Super José*, conglobante das operações engendradas a nome das pessoas jurídicas Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP e Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. ME, ora interponentes da pessoa jurídica Jefferson Yoshio Kano ME, mas, como se dizia, o expediente todo é atualizado e somente poderia ser atualizado com a anuência dos administradores de um e outro. No caso, a Sra. Carmem Luzia Silvestre da Silva é sócia administradora no Contribuinte (fls. 13/15) e responde nessa exata medida pelo excesso de poder, aqui conducente à confusão patrimonial como antes exposta.

12. Que não se escape, também, o papel desempenhado pelo Sr. Vitor Francisco da Silva por sobre o empreendimento global. Como levantado pela Fiscalização e sem discussão por parte do Contribuinte, *"o comerciante Vitor Francisco da Silva [...]. Conhecido como Vitor do Super José, [...], iniciou no segmento do comércio em 1986, [...], inaugurar [...] a quitanda e mercearia Super José [...], fundou o Supermercado Super José que hoje, conta com mais duas lojas: uma na Vila Nova Sorocaba e outra no Parque São Bento"* (conforme extração de informativo eletrônico colacionada às fls. 259/261) e, além disso, o ainda Sr. Vitor Francisco da Silva, em defesa nos autos da ação criminal sob nº 0037718- 93.2008.8.26.0602 (4ª Vara Criminal do Foro de Sorocaba), apresentou-se como gerente do empreendimento *Supermercados São José* (fl. 264). É assim e nessa qualidade sócio e administrador de fato nas pessoas jurídicas conglobadas. Responde também pelo excesso de poder no manuseio do patrimônio de Marcelo Francisco da Silva Sorocaba EPP e Silvestre & Rodrigues Sorocaba Ltda. Cabe, pois, o Sr. Vitor Francisco da Silva no figurino do art. 135, inciso III, do CTN.

ITEM 02: DAS MULTAS, SUA QUALIFICAÇÃO, DOS JUROS E DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

13. Sobre a alegação de efeito confiscatório da multa de ofício ou mesmo sobre a suposta ilegalidade do juro moratórios então consignados, diga-se que a instância administrativa não está autorizada a afastar a aplicação de qualquer Lei (no caso, art. 44, inciso I, c/c §1º, art. 61, § 3º, todos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996). Ao contrário, à Administração Pública (a Tributária aí incluída) cumpre aplicar a Lei de ofício. Assim está anotado no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. A tal propósito e no mesmo sentido está o enunciado nº 02 da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

14. E, com respeito aos juros de mora (imediatamente calculados *"a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do*

pagamento e de um por cento no mês de pagamento" - art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996), junte-se ainda o enunciado nº 04 da Súmula do CARF:

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.

15. Agora, sobre a qualificação da multa de ofício (elevada ao patamar de 150%), como já visto, a Fiscalização identificou e o Contribuinte confirmou: Yoshio Kano ME é interposta pessoa que apenas formalmente titulariza recursos financeiros que, em verdade, pertencem a esse último, sendo certo ainda que tal expressão de riqueza não passa por qualquer contabilidade (do Contribuinte ou de Yoshio Kano ME), nem é objeto de informe à RFB (via DASN, por exemplo). Tudo está a caracterizar, pois, uma conduta tendente a impedir, retardar, excluir ou modificar o preciso conhecimento de matéria tributável por parte do Fisco. É o que predizem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

16. E, para encerrar esse tópico, diga-se que não é competência das instâncias administrativas de julgamento se pronunciarem sobre pressupostos, condições ou mérito de eventual Representação Fiscal para Fins Penais (é a espécie que acompanha os autos sob nº 10855.724825/2014-20). Vide, a propósito, o enunciado nº 28 da Súmula do CARF:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ITEM 03: DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS E DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

17. No ponto, diga-se que tendo em vista o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, basta ao Fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do Contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao Fisco comprovar apenas o fato definido em Lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos, transferindo-se ao Contribuinte o ônus probante para desconstituir a presunção legal.

18. Assim, compete ao Contribuinte e não ao Fisco, o ônus de provar a origem de cada um dos depósitos questionados se quiser eximir-se da exação. Neste sentido caminha a jurisprudência administrativa, a exemplo:

*PRESUNÇÕES LEGAIS - A constatação no mundo factual de infrações capituladas como presunções legais juris tantum, tem o condão de **transferir o dever ou ônus probante da autoridade fiscal para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária**, devendo esse, para elidir a respectiva imputação, produzir **provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração**. (1º Conselho de*

Contribuintes/3ª Câmara/ACÓRDÃO 103-20.949 em 19.06.2002. Publicado no DOU em: 30.12.2002; destacou-se)

19. Aduz também o Contribuinte sobre a conveniência, se vencidos seus argumentos (como até aqui se os têm por superados), de conversão do presente julgado em diligência. Não é o caso, porquanto presentemente, como se viu, não se está sob o pálio da dúvida de compreensão sobre o que produzido e trazido aos autos a título de matéria fática e/ou técnica. Por outra, não se tem aqui dúvida sobre matéria de fato ou assunto de natureza técnica, [...] *cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos, quer pelo volume de papéis envolvidos na verificação, quer pela impossibilidade de deslocar os elementos materiais examináveis (v.g. máquinas, veículos, construções, exame do processo de produção), quer pela localização da prova (v.g. escrituração, documentos ou informações em poder de terceiros, outros processos fiscais existentes, documentos de órgãos públicos), quer pela espécie de exame necessário (v.g. análise grafotécnica, análise química).*

Por conseguinte, revelar-se-á prescindível a diligência ou perícia sobre aspecto que poderia ser comodamente trazido à colação com a inicial, ou sobre matéria de natureza puramente jurídica. (BARROS DE ARRUDA, Luiz Henrique. “Processo Administrativo Fiscal”, 2a edição, Editora Resenha Tribuária, SP, 1994 - pg. 60).

ITEM 04: DA INTIMAÇÃO DOS PATRONOS.

20. Já quanto ao pedido de que as intimações futuras sejam dirigidas ao patrono do Contribuinte, duas observações: primeiro, o ato (intimação do Acórdão que ora se forma) é de competência da autoridade preparadora do feito e não desta autoridade julgadora; e, segundo, assim se fará ao sujeito passivo e/ou no domicílio tributário por ele eleito junto à RFB. D’outra, no processo administrativo fiscal não há espaço para que intimações sejam dirigidas ao domicílio dos patronos do Contribuinte e em nome deles. Tal é o que se percebe dos art. 23 e 31, parágrafo único, ambos do Decreto nº 70.235, de 1972:

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 ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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)

[...]

§ 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)

Art. 31 A decisão [reporta-se aos Acórdãos proferidos em primeira instância administrativa] conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Parágrafo único. O órgão preparador dará ciência da decisão ao sujeito passivo, intimando-o, quando for o caso, a cumpri-la, no prazo de 30 (trinta) dias, ressalvado o disposto no art. 33. (destacou-se)

ITEM 06: EPÍLOGO.

21. O Contribuinte, bem que os imputados Responsáveis Tributários, não formam questão explícita/particular sobre o ponto atinente à exclusão do primeiro deles do Simples Nacional. Demais disso, a base material que fundamenta a exclusão do regime favorecido permanece: o Contribuinte (nem mesmo Yoshio Kano ME) não apresentou a escrituração do livro-caixa (art. 29, inciso VIII, c/c seu § 1º, da LC nº 123, de 2006).

ITEM 07: DA CONCLUSÃO.

22. Posto isto, e tudo o mais que dos autos consta, este voto dá por **IMPROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO EM IMPUGNAÇÃO**, mantendo-se,

pois, nos termos em que formulados: o ato de exclusão do Simples Nacional, a imputação de responsabilidade tributária solidária e a exigência fiscal.

Como dito alhures, a decisão recorrida foi muito feliz na análise dos autos, rebatendo cada um dos pontos arguidos quando da impugnação. Referida decisão pode ser aplicada de igual forma ao recurso voluntário. E nem precisaríamos ir muito longe, haja vista que muitos dos pontos objeto do recurso tratam de matérias sumuladas pelo CARF, como por exemplo, o caráter confiscatório da multa de ofício (Súmula CARF nº 02), a incidência dos juros SELIC (Súmula CARF nº 04) e a representação fiscal para fins penais (Súmula CARF nº 28).

Em relação à nulidade do auto de infração, arguida pela Recorrente em função da suposta adoção de metodologia da amostragem, como forma exclusiva de constituição do crédito tributário, considerando tão somente as receitas e descartando as despesas dedutíveis, igualmente não merece maiores digressões.

A par do que já foi esposado na decisão recorrida, já a muito tempo, tanto em sede administrativa quanto judicial, a discussão a respeito da utilização dos extratos bancários como ferramenta ou método de apuração da base tributável restou superada.

Em recente julgamento (24/02/2016), o STF manifestou-se em repercussão geral pela constitucionalidade das normas que autorizam a disponibilização pelas instituições financeiras de informações bancárias ao Fisco.

A própria Lei nº 10.174/01 deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.311/96, de forma a permitir que as informações bancárias fossem utilizadas na constituição de crédito tributário relativo a outros tributos administrados pela Receita Federal, além da CPMF:

Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 11.....

....."

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 4.300, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores." (NR)

(grifo acrescido)

O art. 42 da Lei nº 9.430/96, mencionado no texto normativo supra transcrito, estabeleceu a presunção legal de que caracterizam omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito junto a instituição financeira em relação aos quais o sujeito

passivo, regularmente intimado, não comprove com documentação hábil e idônea a origem dos recursos. Assim, a Lei transferiu ao sujeito passivo o ônus da prova quanto à origem dos recursos movimentados.

Revela-se perfeita a condução da Autoridade Fiscal durante a auditoria, oportunizando à Recorrente justificar os depósitos bancários efetuados em suas contas-correntes e realizando a conciliação das diversas contas, excluindo créditos oriundos de transferências entre as contas do contribuinte, bem como excluindo todos créditos identificados como estorno, devolução, empréstimo ou outra situação que permitisse identificar como não ingresso de valor para a empresa. Tais procedimentos estão espelhados no Relatório deste voto.

Portanto, sem razão a alegação de nulidade do auto de infração, bem assim a insistência da Recorrente ao requerer seja feita perícia contábil com o fito de apurar o exato valor do crédito tributário, sem ao menos indicar um quesito sequer ou arrolar perito para fazê-lo, como exige a legislação de regência, mormente o Decreto nº 70.235/72 (PAF), em seu art. 16, inc. IV e § 1º.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte e dos apontados como responsáveis solidários.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves