



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

Processo nº 10932.720125/2014-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.458 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2017
Matéria CUSTOS NÃO COMPROVADOS
Recorrente TRANSFORME INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE METAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A solicitação de prova pericial só tem fundamento quando existem nos autos elementos sobre os quais o julgador não consegue firmar entendimento e constata a necessidade de pronunciamento específico.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 135, DO CTN.

O artigo 135 só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade. Caso não o seja, a responsabilidade tributária será da pessoa jurídica. Isto porque, se o ato do administrador não contrariar as normas societárias, contrato social ou estatuto, quem está praticando o ato será a sociedade, e não o sócio, devendo a pessoa jurídica responder pelo pagamento do tributo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**Ano-calendário: 2009****CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUÇÃO.**

Os custos e despesas operacionais são dedutíveis na apuração do resultado da pessoa jurídica apenas se devidamente comprovada com documentação hábil e idônea a realização das operações que lhes deram origem.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. FORNECIMENTO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (STF, RE 601314/SP, Sessão de 24/02/2016 - Repercussão Geral)

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, é cabível a imputação da multa de ofício na lavratura de auto de infração, quando inexistente qualquer das hipóteses de suspensão de exigibilidade previstas na legislação.

MULTA DE OFÍCIO, NATUREZA CONFISCATÓRIA.

A arguição da natureza confiscatória dos percentuais de multa envolve matéria de caráter constitucional. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

CUSTOS OU DESPESAS INEXISTENTES. MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Correta a imputação da multa qualificada quando o sujeito passivo deduz, na base de cálculo dos tributos, custos ou despesas referentes a operações inexistentes.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**Ano-calendário: 2009****CSLL. AUTUAÇÃO REFLEXA.**

Por se tratar de lançamento reflexo, aplica-se a ele o resultado do julgamento da autuação tida como principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: i) não conhecer do recurso voluntário da pessoa jurídica autuada no que se refere à natureza confiscatória do percentual da multa de ofício; ii) rejeitar o pedido de perícia e a arguição de decadência; iii) declarar a definitividade da responsabilidade tributária imputada aos coobrigados João Natal Cerqueira e Paulo Henrique Escobar Cerqueira; iv) dar provimento aos recursos voluntários dos coobrigados João André Escobar Cerqueira, Paulo César Verly da Cruz e Rafael Escobar Cerqueira e: v) negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada.

Processo nº 10932.720125/2014-04
Acórdão n.º **1402-002.458**

S1-C4T2
Fl. 6.144

(assinado digitalmente)
Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Caio Cesar Nader Quintella, Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto. Ausentes momentaneamente o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone e justificadamente o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

Relatório

O auto de infração de fls. 3.036-3.070 exige R\$7.065.717,39 a título de imposto de renda pessoa jurídica e, R\$2.548.112,58 de contribuição social sobre o lucro líquido, acrescido de multa qualificada de 150% e juros moratórios, perfazendo até 12/2014 o crédito de R\$28.793.495,32. A infração imputada é a contabilização de custos com base em documentos inidôneos, tendo em vista não ter sido demonstrada a realização das operações a que se referem conforme minuciosamente descrito no Termo de Verificação e Constatação de Ação Fiscal que instrui os autos. O presente lançamento abrange fatos geradores ocorridos ao longo do ano calendário de 2009.

O auto de infração indica como responsáveis solidários pelo crédito tributário em discussão, as seguintes pessoas: JOÃO NATAL CERQUEIRA, CPF 652.867.828-68, RAFAEL ESCOBAR CERQUEIRA, CPF 070.444.786-03, PAULO HENRIQUE ESCOBAR CERQUEIRA, CPF 060.046.146-70, JOÃO ANDRÉ ESCOBAR CERQUEIRA, CPF 078.463.276-66, PAULO CÉSAR VERLY DA CRUZ, CPF 496.131.207- 00, ANDRÉ ATTIVO, CPF 112.127.488-91. A responsabilidade solidária foi imputada com base no disposto no inciso I do artigo 124, c/c inciso III do art. 135, do CTN . A justificativa está detalhada no Termo de Verificação e Constatação de Ação Fiscal, fls 2.981-3.035.

Com exceção de André Attivo, os coobrigados apresentaram impugnação específica mas com várias reivindicações em comum assim resumidas:

(I) declarar vício insanável ante a impossibilidade de imputar responsabilidade com base no art. 124, inciso I e 135, III por serem situações que não se confundem,

(II) declarar a ilegitimidade do reclamante, e determinada a sua exclusão do pólo passivo do Auto de Infração, considerando que os fundamentos apresentados pelo Fisco para justificar que a sua responsabilidade solidária não se amolda à hipótese do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, pois não configuram - em hipótese alguma, prova do interesse comum na realização do fato gerador da obrigação principal, tendo a fiscalização se baseado em frágeis presunções;

(III) declarar a ilegitimidade do Impugnante, e determinada a sua exclusão do pólo passivo do Auto de Infração, por força do disposto no art. 112, Código Tributário Nacional, aplicando-se o benefício da dúvida em relação ao Impugnante;

(IV) determinar a desconstituição dos lançamentos fiscais de IRPJ e CSLL, com a extinção ex tunc dos respectivos créditos tributários, face ao equívoco do trabalho fiscal ao não se adotar o arbitramento, determinado pelo artigo 530 do RIR;

(V) aplicar o Princípio da Insignificância, no que se refere aos eventuais recursos auferidos por pessoa jurídica em relação a qual o Impugnante já teve participação societária, seja diretamente ou na sociedade integrante do quadro societário daquela.

Como alegações específicas, cada um dos coobrigados apresenta razões para demonstrar que não fariam parte de qualquer esquema fraudulento.

A pessoa jurídica autuada apresentou impugnação suscitando em primeiro lugar a inexistência de irregularidade da abertura das consta na mesma agência bancária. Afirma que realizou as operações questionadas e por esse motivo não pode ser responsabilizada por irregularidades nos fornecedores, conforme jurisprudência do STJ.

Questiona a utilização da presunção estabelecida no art. 42, da Lei nº 9.430/96 a alega ofensa ao contraditório e à ampla defesa pela ausência de relatório final conclusivo.

Sustenta o caráter confiscatório da multa aplicada e a impossibilidade de aplicar multa de 75% tendo em vista disposições da Lei nº 11.488/2007. Discorre sobre o ônus da prova e o princípio da verdade material.

Ataca a imputação de responsabilidade solidária ao sócio André Attivo, sustentando que não se aplica ao caso o inciso III, do art. 135, do CTN se não for claramente comprovado que a obrigação tributária decorre de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei.

Sustenta que a empresa mantém e manteve relações comerciais com as empresas de João Natal Cerqueira e que é absurda e ilegítima a alegação de que este seria o mentor intelectual das tidas operações fraudulentas.

Em petição complementar reclama contra o que seria a ilegítima quebra de sigilo bancário e contra a desconsideração de sua escrita.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba – PR prolatou o Acórdão 06-52.905 considerando improcedentes as impugnações com manutenção integral da exigência e da responsabilidade dos coobrigados. A decisão consubstanciou-se na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009

Ementa: NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. GLOSA DE CUSTOS/DESPESAS.

Cabe à contribuinte apresentar à fiscalização a documentação, hábil e idônea, apta a comprovar o pagamento das aquisições de mercadorias, e que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido, e em assim não o fazendo, é de se concluir, aliado a outras evidências, que as supostas aquisições não foram efetivamente recebidas/adquiridas. Assim, correto o procedimento fiscal em glosar os custos/despesas, relativos às citadas aquisições, contabilizadas pelo contribuinte.

REGIME DE TRIBUTAÇÃO. ARBITRAMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

Rejeita-se o pleito para que se declare nulo o lançamento efetuado com base no Lucro Real, rechaçando-se a alegação de que toda a contabilidade teria sido desconsiderada, quando resta comprovado que a autoridade fiscal considerou as

informações prestadas na DIPJ retificadora, apresentada no curso da ação fiscal, aceitando a dedução dos custos e despesas ali informados, sendo de se destacar que a glosa efetivada corresponde apenas a uma parcela dos custos reconhecidos pela declarante.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009

Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo havido, por parte do contribuinte, conhecimento e ciência de todos os requisitos que compuseram a autuação; contendo o auto de infração suficiente descrição dos fatos e correto enquadramento legal, sanadas as irregularidades, dada ciência e oportunizada a manifestação do autuado, ou seja, atendida integralmente a legislação de regência, não se verifica cerceamento do direito de defesa.

EXAME MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

SIGILO BANCÁRIO.

Inexistindo decisão do Supremo Tribunal Federal estabelecendo efeito vinculante em relação a julgado que considerou inconstitucional a quebra do sigilo bancário, deve a Autoridade Administrativa, em obediência ao princípio da legalidade, seguir os ditames da legislação vigente.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação, ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses definidas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

PEDIDO DE REDUÇÃO DA MULTA.

Constatada infração à legislação tributária, a imposição de penalidades pelo fisco obedece ao princípio da estrita legalidade, nos termos do art. 97, inciso V, do CTN, sendo inerente ao lançamento de ofício, não cabendo à autoridade tributária reduzir os percentuais aplicados segundo a legislação tributária, nem afastar sua exigência, exceto quando há previsão legal.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INSTITUTOS DE DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE AO DIREITO TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE VINCULADA E OBRIGATÓRIA.

A lei não confere discricionariedade à autoridade julgadora administrativa para aplicar, no âmbito do Direito Tributário, institutos próprios do Direito Penal, face tratar-se de atividade vinculada e obrigatória, estando subordinado aos comandos que estiverem expressamente previstos em lei.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009

Ementa: DECADÊNCIA. REGRA GERAL. INAPLICABILIDADE Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadência de cinco anos conta-se a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Esta regra é excepcionada nas hipóteses em que for constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, situações em que o prazo de cinco anos é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prescreve o art. 173, I, do CTN.

NULIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não se cogita acerca de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PROPRIETÁRIO DE FATO E ADMINISTRADOR A pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e que, comprovadamente agiu com infração a dispositivo de lei, é solidariamente responsável pelo crédito tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS DE FATO.

Está correta a caracterização dos impugnantes como sujeitos passivos solidários, na forma do art. 124, I, e 135 do CTN, visto que as provas trazidas aos autos demonstram à evidência que, embora não integrassem formalmente o

quadro societário da empresa autuada, eles não só a controlavam de fato, como também tinham interesse comum na situação que veio a constituir o fato gerador da obrigação tributária.

Devidamente cientificados, a pessoa jurídica autuada e os coobrigados João André Escobar Cerqueira, Paulo César Verly da Cruz e Rafael Escobar Cerqueira apresentaram recurso voluntário a esta Corte ratificando em essências as razões expedidas na peça impugnatória. Não constam do autos recursos voluntários em nome dos coobrigados João Natal Cerqueira e Paulo Henrique Escobar Cerqueira.

Nos moldes da impugnação, as razões de defesa do coobrigado André Attivo foram explicitadas no recurso voluntário da pessoa jurídica autuada.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto - Relator

Os coobrigados João Natal Cerqueira e Paulo Henrique Escobar Cerqueira não apresentaram recurso voluntário. Sendo assim, em relação a eles torna-se definitiva a responsabilidade que lhes foi imputada.

Os recursos voluntários dos coobrigados e da pessoa jurídica autuada foram tempestivos e interpostos por signatários devidamente legitimados, motivo pelo qual deles conheço. As razões de defesa do coobrigado André Attivo, ainda que colocadas junto ao recurso da pessoa jurídica autuada, serão analisadas em conjunto com as defesas dos demais coobrigados que recorreram.

A arguição de nulidade pela não disponibilização do Relatório Final Conclusivo não merece prosperar. Em primeiro lugar porque o Termo de Verificação Fiscal entregue junto com o auto de infração contém as informações mais relevantes do Relatório. Em segundo lugar porque o Relatório pode ser obtido por cópia antes do prazo final de impugnação. Em terceiro lugar porque, levando-se em consideração o tempo decorrido desde a ciência até a apresentação do recurso voluntário, não há qualquer indicativo de que ao menos na peça recursal alguma razão de defesa deixou de ser apresentada por desconhecimento do conteúdo do Relatório.

A solicitação de prova pericial só tem fundamento quando existem nos autos elementos sobre os quais o julgador não consegue firmar entendimento e constata a necessidade de pronunciamento específico. Isso não ocorreu no presente caso.

No que se refere à arguição de nulidade do lançamento por um suposto enquadramento equivocado da imputação de responsabilidade solidária importa registrar que, mesmo se tal enquadramento fosse considerado equivocado, esse fato poderia **em tese** atingir a responsabilização mas não afetaria o lançamento.

RECURSO VOLUNTÁRIO DA PESSOA JURÍDICA AUTUADA

1) Comprovação da efetiva realização das operações:

De imediato, importa ressaltar que, ao contrário do registrado na defesa, em nenhum momento o Fisco admitiu que as operações questionadas teriam sido realizadas. Na verdade o entendimento pela inexistência foi justamente o cerne do procedimento fiscal.

Saliente-se também que as conclusões do Fisco quanto à inexistência das operações de aquisição de mercadorias tiveram como base um conjunto fático probatório e não apenas uma circunstância isolada referente a irregularidades dos fornecedores.

O indicativo da inexistência dos fornecedores foi embasado não apenas em informações cadastrais, mas em diligências nos pretensos domicílios onde nenhuma delas foi localizada, presença no quadro social de pessoas físicas de nível social incompatível com os recursos movimentados e depoimentos dos supostos sócios registrando a indevida utilização dos cadastros pessoais na formalização de empresas que desconheciam.

Em defesa, a recorrente tece longo arrazoado para justificar que não poderia ser responsabilizada por irregularidades nos seus fornecedores e mais ainda sustenta que, ao contrário do afirmado pelo Fisco, em alguns casos as empresas existiam de fato.

Importa ressaltar que as circunstâncias supra relatadas representam um forte indício de irregularidade nas operações sob exame. Entretanto, admite-se, não seriam isoladamente um fator decisivo para a desconsideração das aquisições **DESDE QUE** o sujeito passivo demonstrasse por outros meios que as operações foram realizadas.

Tal demonstração mostrou-se impossível por dois motivos: o primeiro deles foi o total desinteresse da recorrente em demonstrar o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento. A partir do momento em que as operações são questionadas com base em fortes indícios de irregularidades não cabe simplesmente alegar, sem qualquer suporte probatório, o exercício da atividade de intermediação pelo qual a mercadoria não circularia pelo estabelecimento.

O segundo, de caráter insofismável quanto à demonstrar a correção do entendimento fiscal, caracterizou-se a partir do momento em que, através de circularização bancária, o Fisco constatou que os valores supostamente utilizados para pagamento dos fornecedores tidos como inidôneos foram utilizados para outros fins. Quitaram obrigações com outras empresas sem vínculo com a interessada, beneficiaram pessoas físicas ligadas a outras empresas também inidôneas e, em alguns casos, foram transferidos para outras contas correntes da interessada sem contabilização. Quanto a esse fato, não houve qualquer argumento de defesa.

2) Verdade material e ônus da prova:

Em relação aos documentos trazidos aos autos pelo sujeito passivo em diversos momentos processuais inclusive de forma intempestiva, cabe um registro no que se refere à questão do princípio da verdade material e do ônus da prova suscitados pela recorrente.

É ilustrativo o trecho do Termo de Verificação que trata do histórico das intimações dirigidas à interessada durante o procedimento, solicitando documentos e/ou esclarecimentos em relação aos valores questionados:

Em 11 de outubro de 2011, intimamos o contribuinte a apresentar um Demonstrativo Analítico que relacionem todos os comprovantes dos pagamentos apresentados, quais foram registros nos livros contábeis, em 06 de outubro de 2011 com as notas fiscais de entrada entregues.

O contribuinte não atendeu a intimação.

Em 22 de fevereiro de 2012, intimamos o contribuinte a apresentar documentação hábil e idônea – documentos bancários: cópia de cheques, transferência bancária, DOC, TED etc. – que comprove a efetiva transferência de recursos financeiros aos fornecedores das notas fiscais de entrada selecionadas e relacionadas em anexo a intimação.

O contribuinte não atendeu a intimação.

Em 16 de março de 2011, re-intimamos o contribuinte a apresentar documentação hábil e idônea – documentos bancários: cópia de cheques, transferência bancária, DOC, TED etc. – que comprove a efetiva transferência de recursos financeiros aos fornecedores das notas fiscais de entrada selecionadas e relacionadas em anexo a intimação.

Em 21 de março de 2011, o contribuinte apresenta expediente de “Solicitação de Prorrogação de Prazo” de dez dias.

O contribuinte não atendeu a intimação.

Em 09 de abril de 2012, intimamos o contribuinte a comprovar com documentação hábil e idônea – documentos bancários: cópia de cheques, transferência bancária, DOC, TED etc. – que comprove a efetiva transferência de recursos financeiros aos fornecedores das notas fiscais de entrada selecionadas e relacionadas em anexo a intimação e a relacionar a documentação à efetiva transferência de recursos – pagamentos dos fornecedores e as Notas Fiscais relacionadas no Anexo desta intimação. O contribuinte retirou nesta data os livros fiscais relativos a 2008 e 2009.

O contribuinte não atendeu a Intimação Fiscal.

Percebe-se o desinteresse do sujeito passivo em esclarecer fatos relevantes que influenciariam diretamente no entendimento da Fiscalização. Naquele momento a agora suscitada busca da verdade material não parecia tão importante à recorrente.

Após procedimentos de circularização em instituições financeiras e terceiros, o Fisco chegou a várias conclusões, dentre elas a abaixo transcrita:

Em análise a contabilidade da contribuinte TRANSFORME, constatamos que as pretensas transações de compras de mercadorias com as empresas fornecedoras estavam todas devidamente contabilizadas, bem como respaldadas pela emissão de cheques e duplicatas, que simulavam a efetividade da operação comercial e o devido pagamento dos títulos contraídos. A aparente legalidade das operações visava esconder do controle dos Fiscos Estaduais e Federal as reais operações financeiras que ocorriam.

Mediante os exames minuciosos das transações bancárias, em nível de análises das fitas detalhes dos caixas operadores, as fraudes foram descobertas. As transações registradas nas fitas de caixa foram cuidadosamente comparadas aos documentos que respaldavam as operações comerciais de compras e revelaram que os recursos destinados, aparentemente à liquidação das obrigações oriundas das notas “frias”, eram na verdade direcionados à destinatários diferentes dos constantes nas obrigações contraídas.

Fica nítida a preocupação do Fisco em descrever os procedimentos adotados e os exames realizados nos elementos de prova que embasaram as conclusões pela ocorrência das irregularidades. Não há ressalvas no que se refere ao ônus probante da Fiscalização

Por outro lado, vê-se que houve uma preocupação da interessada em tentar legitimar as operações tidas como inidôneas através do registro contábil, cheques e duplicatas e, em sede recursal, com indicativos das mercadorias e dos valores pagos, informações essas descartadas pela Fiscalização pelos motivos já expostos. Portanto é infrutífero nesse momento requerer com base na verdade material o exame de documentos que, em sentido diverso ao desejado pela recorrente, são elementos de prova da fraude perpetrada.

Além do mais, um exame perfunctório indica que boa parte dos documentos anexados não tem qualquer ligação com os valores autuados.

3) Presunção. Informações Bancárias. Sigilo fiscal:

Não há que se falar na utilização de presunção no presente lançamento. Caberia à fiscalizada, devidamente intimada, apresentar documentos idôneos que atestassem os custos questionados. Não o fazendo, entende-se como valores não comprovados e, portanto, indedutíveis.

Os questionamentos quanto à impossibilidade de utilização do art. 42, da Lei nº 9.430/96 não serão objeto de análise, simplesmente porque a autuação refere-se à glosa de custos, e não à tributação de depósitos bancários não comprovados.

Todo o vasto arcabouço teórico apresentado pela recorrente questionando o fornecimento das informações bancárias ao Fisco pelas instituições financeiras caiu por terra com o pronunciamento definitivo do STF sobre o tema, entendendo pela constitucionalidade das normas que regulamentam o tema (RE 601314/SP – Sessão de 24/02/2016 – Repercussão Geral):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisicão de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o

direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal". 7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN". 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento

4) Multa de Ofício. Qualificação. Confisco:

A inobservância da norma jurídica tendo como consequência o não pagamento do tributo importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é consequente. Assim, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, cabe a aplicação da multa de ofício.

Não vislumbrei a alegada impossibilidade de aplicação da multa de 75%. O art. 14, da Lei nº 11.488/2007 traz apenas alterações na numeração dos incisos e alíneas do art. 44, da Lei nº 9.430/96.

Quanto à multa qualificada, estabelecida no § 1º, do dispositivo supra mencionado, a imputação parece-me justificada. O sujeito passivo beneficiou-se da redução na base de cálculo dos tributos pela dedução de um custo decorrente de operações que se mostraram inexistentes. Não há como negar a intenção de fraudar a administração tributária.

No que se refere à suposta natureza de confisco do percentual de multa, trata-se de arguição de inconstitucionalidade das normas que estabelecem a incidência dessa penalidade, tema esse ao qual falece competência a esta Corte para apreciação, nos termos da Súmula CARF nº 2:

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

Assim, enquanto não houver manifestação definitiva do STF ou STJ em sentido contrário, é impossível negar-se aplicação a dispositivos legais plenamente inseridos no ordenamento jurídico pátrio o que joga por terra todo o vasto arcabouço teórico apresentado pela interessada.

5) Decadência:

Nos termos da legislação de regência, mantida a imputação da multa qualificada, a contagem do prazo decadencial deve ocorrer com base no inciso I, do art. 173, do CTN, ou seja, com termo inicial no primeiro dia seguinte do exercício em que o lançamento poderia ser realizado.

Em relação ao IRPJ e à CSLL, com apuração trimestral, considera-se ocorrido o fato gerador em 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009 e 31/12/2009. Para os três primeiros trimestres o termo inicial para contagem do prazo decadencial seria **02/01/2010** e o termo final seria **02/01/2015 o que, por óbvio**. Com ciência da autuação em data anterior (**05/12/2014**) não ocorreu a caducidade o que, por óbvio, aplica-se também ao 4º trimestre.

6) Apuração do resultado por arbitramento:

A argüição quanto à necessidade de apuração do resultado por arbitramento foi bem enfrentada pela decisão recorrida não cabendo qualquer acréscimo ou ressalva, motivo pelo qual permito-me fazer minhas as razões lá expostas:

[...]

403. Lembre-se que no início do Termo de Verificação Fiscal restou consignado que, muito embora as DIPJ originais tivessem sido apresentadas com os campos totalmente zerados, no curso da ação fiscal a interessada apresentou uma DIPJ retificadora onde reconheceu ter no ano calendário de 2009, auferido lucro. A informação também está consignada no histórico que se traçou da ação fiscal.

404. A DIPJ retificadora apresentada, recebeu o número de recibo 19.62.87.55.95-49 e foi transmitida via internet em 07/06/2011 e está ativa nos sistemas da Receita Federal.

405. Na Ficha 06A –Demonstração do Resultado - foram informadas as receitas, os custos, as despesas incorridas no período, bem como o Lucro auferido ao final de cada período trimestral. Na Ficha 09A – Demonstração do Lucro Real, na alínea 74 – Lucro Real após a compensação dos prejuízos do próprio período de apuração foram informados os seguintes valores: R\$ 35.806,18 (1º Trim.), R\$ 34.177,42 (2º Trim.), R\$ 48.227,50 (3º Trim.) e, R\$ 47.815,64 (4º Trim.), os mesmos valores dos quais partiu a autoridade fiscal para efetuar o lançamento (vide fl. 3.042 e seguintes do auto de infração). Também foram considerados os valores declarados a título de prejuízo de períodos anteriores a serem compensados, conforme os demonstrativos de cálculo do imposto que consta do auto de infração.

406. Assim, como foram considerados todos os custos e despesas incorridas no período, não há que se falar em erro na tributação pelo Lucro Real uma vez que foram utilizadas as informações prestadas pela própria interessada. Como custos das atividades em geral e despesas operacionais, Fichas 04A e 05A, foram informados os seguintes valores:

	1º Trimestre	2º Trimestre	3º Trimestre	4º Trimestre
	R\$ 14.313.928,72	R\$ 10.724.424,97	R\$ 12.164.359,91	R\$ 10.113.210,66
	R\$ 564.368,85	R\$ 591.669,80	R\$ 776.931,73	R\$ 710.405,31
	R\$ 14.878.297,57	R\$ 11.316.094,77	R\$12.941.291,64	R\$10.823.615,97

407. Quanto aos valores glosados tem-se: 1º Trimestre R\$ 6.754.564,44, 2º Trimestre R\$ 8.630.699,13, 3º Trimestre R\$ 5.921.147,90 e 4º Trimestre R\$ 7.005.950,53, o que afasta a alegação de que toda a contabilidade da empresa teria sido desconsiderada.

408. Assim, demonstra-se que a tributação pelo Lucro Real não merece reparos, posto que todos os custos e despesas foram corretamente considerados.

[...]

7) Resumo:

Em resumo do exposto, conduzo meu voto no sentido de rejeitar a arguição de nulidade e de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso da pessoa jurídica autuada.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as disposições aqui explanadas referentes ao IRPJ.

RECURSO VOLUNTÁRIO DOS COOBRIGADOS

Será analisada a defesa apresentada pelos coobrigados João André Escobar Cerqueira, Rafael Escobar Cerqueira, Paulo César Verly da Cruz e André Attivo.

No que se refere à imputação da responsabilidade importa preliminarmente definir o alcance dos dispositivos que regem a matéria.

Sob esse prisma, esclareça-se que a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.¹

Tanto é assim, que o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador.

Por outro lado, definida a responsabilidade com base no enquadramento em alguns dos dispositivos do art. 135, do CTN (normalmente o inciso III) é cabível a aplicação em conjunto com o art. 124, II do mesmo diploma legal, para definir que essa responsabilidade é solidária ainda que, reconheço, o tema não é pacífico na doutrina.

Assim, rejeita-se a preliminar de nulidade da imputação de responsabilidade solidária.

Entretanto, conforme entendimento sobre o qual não há qualquer divergência na doutrina ou na jurisprudência, o inciso III, do Art. 135 é direcionado àquelas pessoas que

¹ Derzi, Misabel Abreu. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729

exercem de fato a administração da pessoa jurídica e nesse exercício praticam o ato infracional previsto do dispositivo em comento.

Não basta ter sido beneficiado pela infração cometida. Tal circunstância pode, em tese, até gerar conseqüências na esfera penal mas, sem a prova do poder de gerência e da prática do ato, não pode haver o enquadramento no inciso III, do art. 135, do CTN.

No caso sob exame, a autoridade lançadora fez elogiável procedimento de auditoria para analisar a real destinação dos valores correspondentes às operações de compra que restaram não comprovadas.

Relativamente aos coobrigados João André Escobar Cerqueira, Rafael Escobar Cerqueira e Paulo César Verly da Cruz, a ação fiscal demonstrou que os recursos foram em alguns casos direcionados a eles ou a outras pessoas jurídicas por eles administradas.

Entretanto, nenhum deles exercia cargo com poder de decisão na pessoa jurídica autuada nem tampouco foi indicada contra eles a prática da conduta infracional enquadável no mencionado dispositivo.

Daí porque entendo que não há como manter a responsabilidade que lhes foi imputada, motivo pelo qual voto por dar provimento ao recurso dos coobrigados João André Escobar Cerqueira, Rafael Escobar Cerqueira e Paulo César Verly da Cruz) e excluí-los da relação jurídico-tributária.

Fica prejudicada a análise das demais razões de defesa concernente à imputação da responsabilidade a esses coobrigados.

No que se refere ao coobrigado André Attivo, por ser sócio administrador da pessoa jurídica autuada, em tese pode ser enquadrado no inciso III, do art. 135, do CTN.

Quanto à análise da conduta, parece-me clara a prática de atos infracionais subsumidos no dispositivo em referência, a partir do momento em que o fato tributável foi decorrente do desvio de recursos da pessoa jurídica para operações fora do objeto social da empresa e beneficiando terceiros estranhos a ela, em violação ao contrato social.

Sendo assim, voto por manter a responsabilidade tributária do coobrigado André Attivo.

(assinado digitalmente)
Leonardo de Andrade Couto - Relator