



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

Processo nº 10935.007945/2007-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-00.594 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2011
Matéria IRPJ
Recorrente E. NUNES DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Os fatos devem evidenciar que as pessoas físicas e jurídicas são responsáveis solidárias nos termos dos artigos 132, 133 e 135 do CTN.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente. Súmula CARF nº 2.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nereida de Miranda Finamore Horta - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Losso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando Jose Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrados contra a empresa E. Nunes de Souza e recebidos, em 12 de dezembro de 2007 (fls. 335/382), exigindo IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$548.407,60, e seus reflexos, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL no valor de R\$304.760,75, contribuição ao PIS no valor de R\$107.189,08; COFINS no valor de R\$162.631,47; acrescidos de multa de 150% e juros calculados com base na taxa SELIC.

A exigência, correspondente ao período do 1º Trimestre de 2003 ao 3º Trimestre de 2005, foi motivada pela constatação de omissão de receitas caracterizada pela diferença entre os valores registrados nos livros de Apuração do ICMS e Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica — DIPJ e Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF. Abrange o 1º trimestre de 2003 ao 3º trimestre de 2005.

O fundamento legal do lançamento de ofício é conforme abaixo:

- IRPJ – artigos 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3000/1999 – RIR/99.

- CSLL - artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689/1988; artigo 24 da Lei nº 9.249/1995; artigo 29 da Lei nº 9.430/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637/2002.

- Contribuição ao PIS - artigos 1º e 30 da Lei Complementar nº 7/1970; artigo 24, § 2º da Lei nº 9.249/1995; artigos 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/2002; artigo 9º da Lei nº 10.925/2004 c/c a Lei nº 11.051/2004.

- COFINS – artigos 2º, II, e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/2002; artigo 90 da Lei nº 10.925/2004 c/c a Lei nº 11.051/2004.

O termo de constatação fiscal (fls 315 e seguintes) que embasa o Auto de Infração, após análise de documentação referente aos anos de 2003, 2004 e 2005, encontrou irregularidades aqui expostas em breve síntese.

De início, cumpre informar que a empresa era optante da modalidade lucro presumido e, para verificar a regularidade de suas condutas, foi intimada a apresentar os Livros Diário e Razão, ou Livro Caixa (caso tivesse optado pela não contabilização de suas operações, conforme artigo 527 do RIR/99); Livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Apuração de ICMS; Extratos bancários das contas-correntes mantidas pela empresa; e, Declaração de Firma Individual e posteriores alterações.

No mesmo ato de ciência do Termo de Início, foram apresentados os livros fiscais (Registro de Entradas, Registro de Saídas e Apuração de ICMS) para os anos-calendários de 2003 e 2004 e a Declaração e alterações de Firma Individual.

Em 28 de junho do mesmo ano, protocolou uma declaração dizendo que não possuía nenhum extrato bancário solicitado.

Em 12 de julho de 2007, foi solicitado prorrogação do prazo por mais 45 dias para atender à intimação, que foi desconsiderada por ter sido enviada por e-mail por uma advogada e sem nenhuma assinatura ou procuração.

Em 20 de agosto de 2007, foi feita nova intimação para apresentar os documentos não entregues, bem como as notas fiscais emitidas a partir de agosto de 2004, em função da introdução, a partir daquele mês, da suspensão da contribuição ao PIS e da Cofins nas vendas de café em grão para empresas tributadas pelo regime do lucro real. Porém, ao término do prazo concedido foi apresentados livro Registro de Entradas, Registro de Saídas e Apuração de ICMS de 2005 e as notas fiscais solicitadas. Os Livros Diário ou Caixa não foram apresentados e não houve qualquer justificativa para tanto.

No cruzamento das informações contidas nos livros fiscais apresentados com as Declarações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, verificou-se a omissão regular da maior parte das receitas auferidas pela empresa, uma vez que, nos últimos 3 anos-calendários, o total de receitas registrados nos livros de Registros de Saídas e Apuração do ICMS era de R\$11.343.937,44, enquanto que as DIPJ apresentadas informaram receitas de apenas R\$1.780.582,49, pouco mais de 15% do valor anteriormente apontado.

Por esta razão, o agente fiscal observou o disposto no artigo 530, III, do RIR/99, a saber:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(.....)

III- o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;’

Assim para a apuração do IRPJ e CSLL, houve a alteração do regime do Lucro Presumido para o Lucro Arbitrado. Para as contribuições ao PIS e a COFINS, até julho de 2004, temos que calcular estas contribuições diretamente sobre as receitas não declaradas. A partir de agosto de 2004, passou a vigorar a Lei nº 10.925/2004, que estabeleceu:

“Art. 9º. A incidência da contribuição para o PIS/ PASEP e da COFINS fica suspensa na hipótese de venda dos produtos in natura de origem vegetal, classificados nas posições 09.01, 10.01 a 10.08, 12.01 e 18.01, todos da NCM, efetuada pelos cerealistas que exerçam cumulativamente as atividades de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar os referidos produtos, por pessoa jurídica e por cooperativa que exerçam atividades agropecuárias, para pessoa jurídica tributada com base no lucro real, nos termos e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal.”

A Lei 11.051/2004 introduziu algumas alterações na redação deste artigo, sem modificar a sua essência.

Foi solicitada a apresentação de notas fiscais para averiguar as vendas com suspensão, como anteriormente dito, tendo em vista que a empresa sob fiscalização:

- a) efetivamente exerce a atividade de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar produtos de origem vegetal;
- b) trabalha com café em grãos, produto classificado na posição 09.01 da NCM;
- c) tem a maioria dos clientes tributados pelo lucro real.

A empresa não atendeu a toda solicitação, apresentou apenas cópias das notas fiscais emitidas, assim, a autoridade lançadora elaborou uma planilha onde cruzou as informações de cada nota fiscal com a forma de tributação adotada por cada cliente e classificamos as vendas efetuadas a partir de agosto de 2004, em vendas com tributação normal e com direito à suspensão (anexo III ao Termo de Constatação – fls 329 a 334) .

Importante relatar que a autoridade fiscalizadora apurou que, como a empresa não levou em conta a suspensão, nos meses de agosto e setembro de 2004, o valor declarado e recolhido foi superior ao valor devido, assim sendo, procedeu à compensação nos meses seguintes.

Por último, o termo de constatação fiscal apurou a utilização de interposta pessoa para a constituição da empresa, no intuito de fraudar o Erário Público. Tomo a explicação constante no Termo de Constatação por ser bastante clara, que abaixo transcrevo:

“ O Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas indica a existência de três empresas com inscrição ativa no CNPJ, com sede em São Jorge do Patrocínio e usando a expressão "SANTA BRANCA" em seu nome de fantasia:

a) J J BRAGA & CIA LTDA, inscrita no CNPJ em 30/11/1987, sob número 80.338.494/0001-58, tendo como sócios JOAQUIM JURACI BRAGA e sua esposa, SIRLEI APARECIDA DE SOUZA BRAGA. Esta empresa tinha sede na Rua Marechal Floriano 403 e usava o nome de fantasia de CEREALISTA SANTA BRANCA e atuava no ramo de "comércio atacadista de café em grão"(CNAE 4621.4.00).

Embora ainda conste no CNPJ na condição de "ATIVA", esta empresa teve sua inscrição baixada na Receita Estadual, por encerramento de atividades, em 30/09/1999. E, na Receita Federal, o último mês em que informou algum movimento foi em maio de 1998. Depois disso, esteve omissa no ano-calendário de 1999, apresentou Declarações totalmente zeradas nos anos calendários de 2000 a 2002 e apresentou declaração de INATIVA nos anos-calendários de 2003 em diante.

É importante também destacar que, em 08/05/1995, foi lavrado, contra esta empresa, Autos de Infração que constituíram o processo 10935.000876/95-30 o qual, por falta de pagamento, foi enviado à Procuradoria da Fazenda Nacional em 04/09/2000.

b) E. NUNES DE SOUZA, a empresa sob fiscalização, inscrita no CNPJ em 08/04/1999 sob número 03.106.602/0001-16 e tendo como titular ENEDINO NUNES DE SOUZA.

Esta empresa tinha sede na Rua José H. Visconcini 403 e também usava o nome de fantasia de CEREALISTA SANTA BRANCA. Conforme informações obtidas junto ao contador da empresa e confirmadas na Prefeitura Municipal de São Jorge do Patrocínio, a Rua José H. Visconcini é a mesma Rua Marechal Floriano, que apenas mudou de nome. A atividade econômica informada no CNPJ também é o "comércio atacadista de café em grão" (CNAE 4621.4.00).

Da mesma forma que a J J BRAGA, esta empresa também está na situação "ATIVA" no CNPJ, mas teve sua inscrição estadual baixada, por encerramento de atividade, em 31/12/2006. E, desde outubro de 2005, não exerce mais nenhuma atividade, tendo apresentado a sua DIPJ do exercício 2007, ano-calendário 2006, totalmente zerada, exceto pelas informações de encerramento do exercício anterior, ou seja, 31/12/2005.

c) MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO LTDA, inscrita no CNPJ, em 18/07/2005 sob número 07.500.178/0001-40, tendo como sócios ENEDINO NUNES DOS SANTOS e sua esposa FRANCISCA DE SOUZA OLIVEIRA.

Esta empresa, que continua em operação normal e com inscrição estadual ativa, também tem sede na Rua Marechal Floriano 403 e usa o nome de fantasia de CAFEEIRA SANTA BRANCA. O seu ramo de econômica, informada no CNPJ também é o "comércio atacadista de café em grão" (CNAE 4621.4.00).

Pesquisas feitas no sistema CNPJ e no Sintegra, que forneceram as informações acima, são juntadas nas fls. 148/161 do processo.

3.2. Como se observa, existem alguns pontos em comum entre estas três empresas que são muito mais que meras coincidências:

a) Todas elas sempre tiveram a mesma sede, inicialmente informada como "Rua Mal. Floriano 403" e depois como "Rua José H. Visconcini 403", em decorrência da mudança de denominação da rua;

b) O imóvel localizado neste endereço é de propriedade de JURACI JOAQUIM BRAGA, conforme matrícula 2.056 do Cartório de Registro de Imóveis de Altônia.

c) Todas estas empresas sempre usaram o nome de fantasia de "SANTA BRANCA";

d) Todas estas empresas sempre tiveram o mesmo ramo de atividade, representada pelo CNAE O 4621.4.00 - Comércio Atacadista de Café em Grão;

e) A primeira empresa tinha JURACI JOAQUIM BRAGA como sócio-gerente. As outras duas, tem JURACI JOAQUIM BRAGA como seu procurador, com amplos poderes, conforme

instrumentos obtidos no Serviço Distrital de Registro Civil e Notarial de São Jorge do Patrocínio.

3.3. Antes disso, no mesmo endereço funcionara, entre 09/11/1981 e 31/03/1988 (data da baixa da inscrição na Receita Estadual), a firma individual JURACI JOAQUIM BRAGA, inscrita no CNPJ sob número 75.919.068/0001-78 e que também utilizava o nome de fantasia de CEREALISTA SANTA BRANCA. Esta empresa foi regularmente baixada no CNPJ em 06/05/1988.

3.4. No dia 26/07/2007, tomamos declaração a termo do suposto titular da empresa sob fiscalização, ENEDINO NUNES DE SOUZA o qual, entre outras coisas, declarou (fls. 136/137 do processo):

a) Que a E. NUNES DE SOUZA funcionou durante aproximadamente dois anos, encerrando suas atividades porque não agüentava pagar seus compromissos;

b) Que JURACI JOAQUIM BRAGA é seu sócio na MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO e encarregado da parte de vendas, pagamentos, bancos, enfim de toda a parte administrativa, sendo ele, ENEDINO, encarregado apenas das compras na roça, junto a produtores. Ao final da declaração, ENEDINO retificou esta informação, para dizer que JURACI é apenas procurador da empresa e seu sócio apenas nas compras de café;

c) Que a E. NUNES DE SOUZA vendia principalmente para empresas de Londrina e Maringá, sendo que o único cliente cujo nome sabia citar era a UNICAFÉ, de Londrina;

d) Que não sabe dizer o valor dos honorários que a E. NUNES DE SOUZA pagava ou que a MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO paga para o seu contador, Sr. FRANCISCO CANDIDO DA CRUZ;

e) Que não sabe o nome do proprietário do imóvel onde a empresa funcionou a E. NUNES DE SOUZA e onde funciona a MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO; que só sabe que o proprietário morava em Altônia e atualmente mora em São Jorge do Patrocínio, mas que o aluguel é pago para um sobrinho do proprietário, de nome PAULO de tal e que o valor do aluguel é de um salário mínimo mensal;

f) Que a empresa E. NUNES DE SOUZA movimentava conta bancária no Banco Itaú e quem controlava esta conta era o procurador, JURACI;

g) Que sua retirada mensal é em torno de R\$ 600,00; que mora em casa própria - uma "casinha popular" - e que não tem automóvel, mas apenas uma bicicleta.

3.5. Vamos confrontar estas declarações com alguns fatos levantados no curso da ação fiscal:

a) ENEDINO demonstrou desconhecer a "idade" de sua própria empresa, pois declarou que a E. NUNES DE SOUZA funcionou

por dois anos. No entanto, esta empresa foi criada em abril de 1999 e operou normalmente até setembro de 2005; portanto por mais de seis anos;

b) Depois de declarar que JURACI é seu sócio, ENEDINO retificou esta informação para dizer que ele é seu sócio "apenas nas compras de café". Só que JURACI não declara nenhuma atividade de compra de café, seja como pessoa física, seja como empresário (firma individual);

c) Embora fosse o único dono da E. NUNES DE SOUZA, ENEDINO soube nominar um único cliente desta empresa, a UNICAFÉ, alegando que este era seu principal cliente -No entanto, entre as notas fiscais emitidas no período de 01/08/2004 a 30/09/2005, listadas no Anexo III, encontramos uma única nota emitida para esta empresa, no valor de apenas R\$ 48.400,00;

d) Embora supostamente fosse o dono da empresa, ENEDINO não soube informar o valor dos honorários pagos para seu contador;

e) ENEDINO declarou desconhecer quem é o proprietário do imóvel onde funcionou a sua firma individual e onde funciona a empresa que mantém, atualmente, em sociedade com sua esposa.

Se estivéssemos falando de uma empresa localizada em cidades como São Paulo, ou Curitiba, este tipo de informação até seria possível de ser verdadeira. Mas estamos falando de um imóvel ocupado por duas empresas, supostamente do mesmo proprietário (ENEDINO) há mais de oito anos e localizado numa cidade cuja população estimada pelo IBGE para 2006 era de apenas 4.732 habitantes (isto mesmo: menos de cinco mil habitantes, em todo o município e não apenas em sua área urbana). Numa cidade deste porte, é absolutamente impossível acreditar que ENEDINO pudesse desconhecer o proprietário do imóvel ocupado por suas empresas. é uma hipótese absolutamente inadmissível;

f) ENEDINO disse que o valor do aluguel pago pelo imóvel seria de "um salário mínimo mensal", valor talvez dentro dos limites de sua humilde condição financeira. Mas, em suas Declarações de Ajuste Anual de 2007, JURACI e sua esposa SIRLEI declararam R\$ 2.000,00 mensais a título de aluguel recebida da MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO;

g) Enquanto ENEDINO informou ter uma retirada mensal "em torno de R\$ 600,00" e possuir apenas uma "casinha popular" e uma bicicleta, JURACI declarou, em sua Declaração de Ajuste Anual de 2007, bens no valor total de R\$ 504.968,03, constituídos por imóveis rurais e urbanos, vários veículos e participação societária na J J BRAGA & CIA LTDA.

3.6. Na mesma ocasião em que ENEDINO prestou as declarações comentadas acima, também o contador da empresa,

FRANCISCO CANDIDO DA CRUZ prestou declarações, onde informou (fl. 138 do processo):

a) Que era o contador da E. NUNES DE SOUZA desde sua constituição, assim é o contador atual da MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO LTDA;

b) Que nestas empresas, seus contatos sempre são com o procurador das mesmas, JURACI JOAQUIM-BRAGA,

c) Que também foi o contador da firma individual JURACI JOAQUIM BRAGA e da J J BRAGA & CIA LTDA e que esta encerrou suas atividades "por problemas de fiscalização da Receita Federal, pois ainda tem processo pendente".

3.7. Mas não apenas o imóvel onde funciona a empresa pertence a JURACI JOAQUIM BRAGA. Também o sobrado mencionado no item 5 do Termo de Informação Fiscal L-212/2007, localizado na praça próxima à empresa e apontado por vizinhos como sendo a residência "do proprietário da Santa Branca" é de propriedade de JURACI JOAQUIM BRAGA, conforme matrícula 7.075 do Cartório de Registro de Imóveis de Altônia (cópias de matrículas destes imóveis foram juntadas nas fls. 173/179 do processo), E é a sua residência, como comprova o fato de todas as intimações enviadas para JURACI e para sua esposa, terem sido regularmente recebidas.

3.8. Além disso, documentos obtidos através de RMF, junto ao Banco Bradesco (fls. 195/270), indicam:

a) A assinatura de ENEDINO NUNES DE SOUZA aparece apenas na abertura da conta. Os cartões de assinatura apresentados pelo Bradesco contém apenas a assinatura de JURACI JOAQUIM BRAGA.

*b) Solicitamos ao Bradesco a apresentação de cópias de cheques - cheques estes escolhidos ao acaso, pela expressividade de valor. **Todas as cópias apresentadas contém a assinatura de JURACI JOAQUIM BRAGA, Nem um único destes cheques foi assinado por ENEDINO.***

c) Portanto, fica demonstrado que JURACI JOAQUIM BRAGA efetivamente exercia o mandato de procurador outorgado pela E. NUNES DE SOUZA.

3.9. Finalmente, documentos obtidos através de RMF, junto ao Banco Itaú (fls. 181/191), demonstram:

a) A conta 03499-9 da agência 5225, em nome da E. NUNES DE SOUZA, tinha como procuradores JURACI JOAQUIM BRAGA e sua esposa, SIRLEI APARECIDA DE SOUZA BRAGA.

*b) Esta conta tinha apenas duas assinaturas, exatamente dos dois procuradores. ENEDINO NUNES DE SOUZA, embora fosse, supostamente, o único proprietário da empresa, **nem mesmo possuía cartão de assinatura para movimentar a conta.***

3.10. Portanto, os fatos aqui narrados e os documentos juntados ao processo deixam claro, sem margem para qualquer dúvida que:

a) Há mais de vinte e cinco anos, JURACI JOAQUIM BRAGA opera no ramo de comércio atacadista de café, sempre no mesmo endereço e utilizando o mesmo nome de fantasia de "SANTA BRANCA".

b) Até 1999, JURACI operou em seu próprio nome, com firma individual ou com sociedade limitada, tendo sua esposa como sócia. Depois de ter sido autuado pela Receita Federal e quando o processo decorrente da autuação estava na Fazenda Nacional para cobrança, JURACI passou a utilizar **interpostas pessoas**, ou "**laranjas**", para continuar operando.

c) ENEDINO NUNES DE SOUZA e sua esposa FRANCISCA DE SOUZA OLIVEIRA não passam de "**laranjas**" utilizados por JURACI JOAQUIM BRAGA, que é o verdadeiro proprietário, tanto da E.NUNES DE SOUZA quanto da MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO LTDA.

(...)

3.12. Portanto, conforme disposto nos arts. 129, 132 e 233 do Código Tributário Nacional, reproduzidos adiante, a **MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO LTDA** é responsável, como sucessora, pelos créditos tributários aqui constituídos contra a E. NUNES DE SOUZA.

3.13. E, como proprietários de fato, tanto da E. NUNES DE SOUZA quanto da MÁQUINA DE CAFÉ PATROCÍNIO LTDA, **JURACI JOAQUIM BRAGA** e sua esposa **SIRLEI APARECIDA DE SOUZA BRAGA** são pessoalmente responsável (sic) pelos créditos tributários aqui constituídos, conforme disposto nos arts. 134 e 135 do CTN, abaixo reproduzidos." (fl.318 a 322)" (grifamos).

Foram lavrados Termo de Responsabilização de Juraci Joaquim Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga (fl. 384); e, Termo de Responsabilização da Máquina de Café Patrocínio Ltda (fls 440 a 442). Ainda, foi lavrado Termo de Informação Fiscal relativo a procurações e cheques assinados por Juraci e Sirlei, em conta-corrente da E.Nunes Souza no Banco Itaú (fls 387), comprovando que estes efetivamente operaram as contas da empresa, termo este também cientificado aos interessados e a Enedino Nunes de Souza, CPF 738.707.499-20.

Por fim, entendeu que a verificação de tais práticas, especialmente ante a reiterada omissão de receitas e a utilização de ardis para fraudar, impunham a aplicação de multa qualificada nos termos do artigo 957 do RIR/99 ou artigo 44 da Lei nº 9430/1996.

Inconformada, a empresa apresentou impugnação, alegando, em síntese que:

- é irregular o regime de tributação adotado pelo fisco, eis que é optante pelo "Lucro Presumido", opção que é permitida pelo legislador, mesmo após o início do procedimento de fiscalização, não sendo, nesse passo, compatível com a imposição do regime

do “lucro Arbitrado”. Ainda, afirma que a adoção do regime do lucro arbitrado atenta contra o princípio da aplicação da norma mais favorável ao contribuinte, qual seja o artigo 112 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172/1966, segunda a qual interpreta-se a legislação tributária da forma mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida.

- a multa é exacerbada e tem caráter confiscatório;

- a taxa Selic é ilegal, motivo pelo qual requer sua exclusão dos cálculos;

- o agente fiscal quis imputar a existência de “laranja” no intuito de sonegar tributos, sem que haja prova de atuação dolosa que assim autorize multa no patamar de 150%. Em sua argumentação, explana que sequer houve omissão de receitas, havendo mera “inexatidão da Declaração de Rendimentos” (fl. 450).

- suas ações não tipificam dolo.

- não houve a existência de interposta pessoa na atuação da empresa, explicando e exemplificando a diferença entre procuradores e interposta pessoa, afirmando que a conduta da empresa é perfeitamente legal e não houve qualquer intuito de fraude.

- requer a observância do Princípio da Proporcionalidade quando da aplicação da multa no importe de 150%, alegando que somente se aplica se ficar evidente o intuito de fraude e, nos termos do artigo 137 do CTN, deve a penalidade ser aplicada somente contra a pessoa física do agente, ficando descartada que a responsabilidade recaia sobre a pessoa jurídica. Todavia, mesmo houver o intuito de dificultar a cobrança de créditos tributários, então, aplica-se o agravamento da multa de 75%, para 112,5% (§ 2º do artigo 44 em questão).

- o artigo 44 é inválido porque desobedece às três máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; reivindica que a multa seja reduzida a 20%.

- reclama sobre o arrolamento de bens.

- ao final, requer :

“1) Exoneração do arbitramento do IRPJ, recalculando o lançamento na forma do lucro presumido;

2) Exoneração da multa de 150% nos lançamentos do IRPJ, CSSL, PIS e COFINS, reduzindo-a ao percentual de 20%;

3) Exclusão da SELIC como indexador, concordando como a aplicação da TJLP.”

Em linhas gerais, a decisão da 2ª Turma da DRJ/CTBA, proferida no Acórdão nº 06-21.497, houve por bem julgar procedente o Auto de Infração, pelos argumentos a seguir sintetizados.

Inicialmente, a decisão salienta que não houve em momento algum a **impugnação da omissão de receitas apurada**.

Em seguida, esclarece que a interessada foi devidamente intimada para apresentar os documentos requisitados (livros obrigatórios), e que, se não o fizesse, poderia implicar em adoção do regime do lucro arbitrado.

A falta de apresentação da documentação solicitada não motiva a adoção de regime mais favorável ao contribuinte, mas o lançamento nos termos da lei, eis que o lançamento é ato administrativo vinculado. Com os elementos apresentados pela contribuinte em mãos, foram elaborados os autos de infração, no regime de lucro arbitrado, nos termos do artigo 530, III do RIR de 1999, acima transcrito, dado que a interessada não mantinha escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, nem demonstrações financeiras, nem documentos e livros auxiliares obrigatórios que permitissem ser a autuação no lucro real e, por outro lado, não manteve Livro Caixa no qual estivesse escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária (art. 527, parágrafo único do RIR/1999).

Em relação à interpretação da legislação tributária da forma mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida, consoante o artigo 112 do CTN, como não há dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, à autoria, à capitulação, à natureza ou graduação da penalidade aplicável, não se aplica o normativo invocado, uma vez que estamos diante de provas contidas nos autos, inexistem dúvidas quanto a prática de infração tributária e à penalidade aplicável ao caso.

No que tange à responsabilização, baseou-se em confrontar os fatos, as receitas apuradas e as inconsistências obtidas nos depoimentos colhidos no processo administrativo, que levaram o julgador a verificar a existência de “laranja”, interposta pessoa (Sr. Enedino Nunes de Souza) que constituiu empresa E Nunes de Souza, sob fiscalização, com o intuito de fraudar o fisco.

A interessada acusou a fiscalização de desqualificar a condição pública dos Srs. Juraci Joaquim Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga, que é de procuradores da empresa, uma vez que a gestão foi autorizada por procurações públicas, portanto seria descabida a imputação de interpostas pessoas ou que houve intenção de esconder os fatos. Confunde a interposição trazida pela fiscalização entendendo que teria caracterizado Juraci Joaquim Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga como interpostas pessoas na E. Nunes de Souza, quando, muito pelo contrário, a fiscalização identificou que a interposta pessoa é o titular oficial da mesma, Enedino Nunes de Souza CPF 738.707.499-20, fls. 6/10, 16, sendo é a *"pessoa que se interpõe em negócio de outrem para realizar em substituição da que tinha a incumbência de fazê-lo."*, e sendo os primeiros Srs. os responsáveis de fato pelas operações da empresa, tudo apoiado por farta documentação contida no processo.

Enfim, a DRJ julga procedente a autuação da empresa por omissão de receitas, o que não foi contestado, ficando, assim, responsabilizados os Srs. Joaquim Juraci Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga pelos créditos tributários, na qualidade de procuradores da empresa, bem como da empresa Máquina de Café Patrocínio Ltda., como sucessora da empresa sob fiscalização, consoante o artigo 132 e 133 do CTN.

A responsabilização da pessoa jurídica Máquina de Café Patrocínio Ltda, na qualidade de sucessora da E. Nunes de Souza também não foi contestada na impugnação que se limitou a questionar a aplicação da multa de 150%, no item intitulado “VI) - Do Princípio da Proporcionalidade na Aplicação da Penalidade Pecuniária”.

Diante da atuação com nítido dolo, entende que cabe a aplicação da multa de ofício no importe de 150%.

Em relação à multa ser inválida e com intuito de confisco, cita que já julgou pela procedência da multa e que não é órgão competente para tratar de ilegalidades ou inconstitucionalidades da lei.

Quanto à desproporcionalidade invocada com base no artigo 137 do CTN, limita-se a dizer que a identificação da sucessora não se deu com base no artigo 134 a 137 do CTN, portanto, não cabe tal alegação.

No mais, entende ser cabível a aplicação da taxa Selic e o arrolamento de bens, perfeitamente amparado pela lei 9.532/1997.

Ciente da decisão da DRJ em 16 de abril de 2009 (fls 480), a recorrente apresentou seu Recurso Voluntário em 18 de maio de 2009, reiterando as razões constantes de sua impugnação, e manifestando seu inconformismo ao aduzir que a responsabilização pessoal dos Joaquim Juraci Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga é impossível, já que eram somente antecessores do recorrente, motivo pelo qual não há de se falar em responsabilidade pessoal.

Discorre sobre a atribuição da sujeição passiva e da dificuldade em se especificar qual seria o sujeito passivo no caso concreto, citando vasta e abalizada doutrina, buscando comprovar o equívoco do fisco em imputar responsabilidade pessoal

Diz ainda ser necessário a revogação da multa de 150 %, que possui caráter confiscatório, sendo no caso apresentado, necessário a aplicação do princípio da razoabilidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta

O Recurso apresentado pela empresa E Nunes de Souza é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir IRPJ, a contribuição ao PIS, COFINS e à CSLL, para o período correspondente ao 1º Trimestre de 2003 ao 3º Trimestre de 2005, pela omissão de rendimentos constantes nos Livros de Registro de Saídas e Apuração do ICMS em confronto com a DIPJ e DCTF enviadas pela recorrente à autoridades fiscais competentes. Verificada a divergência, foi solicitada sua devida explicação, porém, não foi (documento assinado digitalmente) atendida. Ainda, durante a fiscalização ficou verificada a interposição de pessoas e lavrados Termos de Representação Fiscal aos Srs. Juraci Joaquim Braga e Sirlei Aparecida de Souza Braga, e à empresa Máquina de Café Patrocínio Ltda, sua sucessora.

Importante ressaltar que a recorrente não comprova a origem das divergências encontradas ou mesmo contesta os cálculos desenvolvidos pela autoridade lançadora propriamente ditos. Desse modo, considera-se definitiva, na esfera administrativa, a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

Primeiramente, a recorrente requer que sejam descaracterizadas a atribuição de sujeição passiva e a de responsabilizada tributária, entende que a responsabilidade é da empresa e, não, de terceiros estranhos ao contrato social.

A Decisão da DRJ não merece reparos ao manter as responsabilidades dos Srs. Juraci Joaquim Braga, CPF de nº 279.356.049-91, e Sirlei Aparecida de Souza Braga, CPF de nº 648.451.899-91, por serem proprietários de fato e procuradores da empresa, nos termos do art. 135 do CTN (fls. 383 e 440/441), e da empresa Máquina de Café Patrocínio Ltda, por ser sucessora da E. Nunes de Souza, nos termos dos artigos 132 e 133 do CTN (fls. 384 e 442).

Como vimos do excerto do Termo de Constatação, a empresa autuada E. Nunes de Souza deixou de registrar receitas a partir do 4º Trimestre de 2005 (fl. 459), quando a Máquina de Café Patrocínio Ltda. passou a declarar suas receitas; as contas bancárias de titularidade da E Nunes de Souza foi movimentada até setembro de 2005; a E. Nunes de Souza ficou com as atividades encerradas, mas com CNPJ ativo no cadastro da Secretaria da Receita Federal (fl 464) sendo dado a baixa somente em 31 de dezembro de 2006.

Em relação à empresa Máquina de Café Patrocínio Ltda, esses são atos que comprovam a sucessão nos termos dos normativos retromencionados, houve continuação da exploração da atividade da E Nunes de Souza por parte da Máquina de Café Patrocínio no mesmo local.

Quanto às pessoas físicas responsabilizadas, como bem demonstrou a DRJ, no quadro abaixo que copio, há relação entre os responsabilizados e a empresa sob fiscalização:

Fls	Empresa	Responsável no Contrato Social	Nome Fantasia	Data da abertura	Atividade até
148/150	Juraci Joaquim Braga	Juraci Joaquim Braga e esposa	Cer Sta Branca	8/11/1987	Maio/1998
151/154/494	J.J. Braga & Cia. Juraci	Juraci Joaquim Braga	Cer Sta Branca	11/11/1987	Maio/1998
155/159, 459, 464	E. Nunes de Souza	Enedino Nunes de Souza	Cer Sta Branca	8/4/1999	3º trim 2005, mas apresentou declarações zeradas até 2006; baixada junto Faz.

					Estadual em 2006
160/161, 459/460	Máq Café Patrocínio Ltda.	Enedino Nunes e Souza e esposa	Caf Sta Branca	18/7/2005 e declarou receitas a partir de set/2005	ativa

Fato importante para salientar é que a empresa J. J. Braga & Cia. Juraci foram autuadas em relação ao ano-calendário de 1995 - Processo 10935000.876/95-30, o qual já foi enviado à PFN em 9 de janeiro de 1996, portanto, já foi enviado e deve estar para cobrança da dívida.

Para mais evidência dos fatos e comprovação da responsabilidade das pessoas físicas, as empresas estavam sempre localizadas no mesmo imóvel à Rua Marechal Floriano Peixoto s/n, que passou a ser designada de Rua José Visconcini, 403, posteriormente.

O imóvel é de propriedade do Sr. Juraci Joaquim Braga, que recebia os aluguéis, consoante declarou em depoimento o Sr. Francisco Cândido de Souza, contador da empresa.

Ademais, como disposto no depoimento do Sr. Enedino Nunes de Souza, quem demonstrou pouco saber sobre a história da empresa de sua propriedade, sua retirada é de R\$600,00 mensais, mora em casa popular e seu único meio de transporte é uma bicicleta. Uma pessoa nessa situação não poderia ser proprietário de uma empresa do porte da recorrente.

No Termo de Constatação também foi evidente que quando se perguntava entre pessoas residentes na cidade onde morava o proprietário da “Santa Branca”, sempre se indicava a casa do Sr. Juraci Joaquim Braga.

Portanto, de fato, os Srs. Juraci Joaquim Braga e sua esposa não eram meros procuradores, mas, sim, proprietários de fato, e tiveram participação direta nas divergências encontradas para afastar do Fisco o conhecimento do fato gerador do tributo. Sr. Enedino Nunes de Souza, de acordo com os fatos narrados, claramente, não poderia ser responsável por atos de administração.

Logo, por esses motivos, concordo com a decisão da DRJ em manter a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas indicadas nos termos dos artigos 132, 133 e 135 do CTN.

No que concerne à imposição da multa qualificada, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, vejo que foi perfeitamente aplicada ao caso em voga, haja vista a conduta dolosa ao omitir receitas durante períodos consecutivos, declarando sistematicamente montantes de receitas inferiores aos efetivamente realizados, divergências importantes entre os livros entregues à autoridade fiscal estadual e às declarações enviadas à Secretaria da Receita Federal.

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 está assim redigido:

“Art. 44 – Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(Omissis)

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis”

A infração submetida à hipótese da multa do inciso II do artigo 44 é a ação ou omissão com intenção de retardar ou impedir o pagamento do tributo, cujo fato gerador tenha ocorrido.

Alberto Xavier traduz com clareza, apoiado em Rubens Gomes de Sousa, a noção deste instituto:

“Não cabe dúvida que a definição se inspirou nas lições de Rubens Gomes de Sousa, quando ensinava no seu ‘Compêndio de Legislação Tributária’ que a fraude fiscal – uma das infrações tributárias simples, por oposição aos crimes e contravenção em matéria tributária – podia ser definida como toda ação ou omissão destinada a evitar ou retardar o pagamento de um tributo devido, ou a pagar tributo menor que o devido. Em face desta noção desenhava-se bem simples a distinção entre a fraude fiscal e a evasão de imposto. Ambas seriam ações ou omissões destinadas a evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo, mas enquanto a fraude fiscal pressupõe a ocorrência do fato gerador, isto é, uma obrigação tributária já existente, constituindo uma infração, a evasão coloca-se em momento anterior ao da ocorrência do fato gerador, antes pois do nascimento da obrigação do imposto, pelo que não caberia no caso falar-se em ato ilícito.”

O artigo 72 da Lei nº 4.502/64 traz a definição de fraude citada no art. 44 da Lei nº 9.430/96:

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

Ao definir que fraude é a ação ou omissão dolosa para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do tributo, o legislador entendeu que tal procedimento seria motivado por artifício engendrado para impossibilitar a exteriorização completa de um fato que efetivamente aconteceu ou vai acontecer na hipótese de incidência tributária.

Novamente Alberto Xavier, com apoio em Galvão Teles, define assim o conceito do dolo no campo tributário:

“Ensina Galvão Teles – com a clareza que é de seu timbre – que dolo, na acepção com que lhe dá a linguagem dos juristas, é a intenção de provocar um evento ou resultado contrário ao Direito. O agente prevê e quer o resultado ilícito; este representa-se no espírito do sujeito que o elege como fim, e para

ele dirige a sua vontade através de uma conduta ativa ou passiva' (Dos Contratos em Geral, 2ª ed., 1962, pág. 45). Não pode falar-se em fraude à lei sem que exista dolo e não pode falar-se em dolo onde não ocorra uma especial direção subjetiva da consciência e vontade do agente que possa caracterizar-se como 'intenção fraudulenta.'

As irregularidades apuradas durante o processo de fiscalização apontam a interposição de pessoas e sucessão de responsabilidades o que resulta na imposição da multa qualificada, por ter a empresa omitido receitas que reduziram durante períodos consecutivos a receita sujeita ao IRPJ e seus reflexos. Assim, fica denotada a intenção de reduzir o pagamento do tributo por artifício doloso, sendo aplicável a multa qualificada de 150%.

Quanto à alegação do caráter confiscatório da multa e ao não atendimento do Princípio do Não-confisco, esse colegiado não é competente para analisá-las nos termos da Súmula do CARF nº 2:

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

A garantia de instância prevista no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 foi dispensada pelo Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 9/07(editado em consequência da declaração de inconstitucionalidade dessa exigência).

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário e atribuir de responsabilidade tributária a Juraci Joaquim Braga CPF 279.356.049-91, Sirlei Aparecida de Souza Braga CPF nº 648.453.899-91 e Máquina de Café Patrocínio Ltda CNPJ 07.500.178/0001-40.

(documento assinado digitalmente)

Nereida de Miranda Finamore Horta – Relatora