



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10935.720587/2018-17
ACÓRDÃO	1202-002.199 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	28 de novembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FACCIN & LUCHTENBERG LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

RECURSO VOLUNTÁRIO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. REITERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A REFORMAR A DECISÃO. ART. 114, § 12 DO RICARF. CONCORDÂNCIA COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO.

A recorrente apenas reitera os argumentos ofertados na peça anterior, sem atacar pontos trazidos na decisão que ora se objurga, sendo ausentes, portanto, fundamentos capazes de infirmar a conclusão ali manifestada. Nesses casos o art. 114, § 12, I, do RICARF autoriza que a fundamentação da decisão que julga o Recurso Voluntário pode ser atendida mediante a declaração da concordância com os fundamentos da decisão recorrida, solução essa adotada neste caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Andre Luis Ulrich Pinto, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Jose Andre Wanderley Dantas de Oliveira, Liana Carine Fernandes de Queiroz, Mauricio Novaes Ferreira, Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP que, ao apreciar a manifestação de inconformidade apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la improcedente.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 949/970, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, constatou-se o seguinte:

DO HISTÓRICO E DA DESCRIÇÃO DAS IRREGULARIDADES

A contribuinte Faccin & Luchtenberg Ltda. efetuou sua inscrição no CNPJ sob o número 18.335.057/0001-07 em 17/06/2013, tendo como sócios David Marines Borille (CPF 019.377.039-32) e Clodoaldo Lopes Bosco (CPF 968.835.539-91). Em 01/11/2013 houve alteração do quadro societário, sendo excluídos os dois sócios citados e incluídos João Paulo Faccin (CPF 003.651.590-69) e Marcos Batista Luchtenberg (CPF 008.884.319-02).

David Marines Borille também era sócio da empresa Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda (CNPJ 03.878.872/0001-45), ingressando na sociedade em 23/04/2013 e sendo excluído em 26/08/2016. Clodoaldo Lopes Bosco, do mesmo modo, ingressou como sócio da Ferrocol em 23/04/2013, permanecendo no quadro societário até a presente data.

As duas empresas, Faccin & Luchtenberg e Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros, têm como ramos de atuação serviços de confecção de ferragens para construção e outros serviços e comércio correlatos de venda de material de construção, incluindo ferro e arame.

Foram analisadas as declarações de ajuste dos anos-calendário de 2013 a 2015 dos sócios de ambas as empresas (David Marines Borille, Clodoaldo Lopes Bosco, João Paulo Faccin e Marcos Batista Luchtenberg), detalhadas às fls. 949/950. Recurso voluntário na página 1473

Em 03/01/2017 a Faccin foi intimada a apresentar os seguintes elementos:

- 1) Cópia do Contrato Social e alterações;
- 2) Livro Caixa ou, se possuir, Livros Razão e Diário, Livro Registro de Inventário e Livro Registro de Entradas, todos referentes ao ano-calendário 2014;
- 3) Número de contas-corrente, agências e identificação de instituições financeiras onde possui conta;

4) Demonstrativos de consumo e cobrança emitidos pelas companhias de água, luz ou telefone em nome da pessoa jurídica relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2014.

A intimação foi enviada pelos Correios para o endereço cadastral da empresa, tendo sido a correspondência devolvida com a informação de ausente. Foi, então, emitido edital que foi afixado em 10/02/2017, cuja ciência da Faccin se deu em 02/03/2017.

Para o fim de averiguar a real existência da empresa fiscalizada no endereço cadastral constante nos sistemas da Receita Federal efetuou-se, em 03/03/2017, diligência no local onde supostamente funcionaria a pessoa jurídica, e verificou-se que na data da visita existia no local um salão de cabeleireiros fechado.

Foi solicitado junto à Prefeitura Municipal de Cascavel alvará de funcionamento da empresa para o ano de 2014. O órgão municipal informou que não foi localizada licença de funcionamento para a empresa.

Por meio dos sistemas da Receita Federal foi efetuado um levantamento das empresas que tiveram como endereço cadastral o mesmo informado pela fiscalizada. Foi encontrado o CNPJ 17.301.895/0001-05 pertencente a Celia da Costa Rodrigues, com data de abertura em 14/12/2012 e baixada em 18/07/2016, englobando, portanto, o período em que a Faccin teria supostamente funcionado no local.

Com base nos dados acima foi solicitada, junto à Prefeitura de Cascavel, informação acerca de alvará da empresa Celia da Costa Rodrigues. Em resposta, a municipalidade informa que foi emitido para a empresa citada alvará para o funcionamento no endereço indicado para o ano de 2014, o que vem a corroborar o fato de que a Faccin, na prática, não funcionava no endereço cadastral fornecido à Receita Federal.

Em 09/03/2017 foi intimada a instituição financeira Sicredi, onde a Faccin mantinha conta corrente. Foram solicitados dados cadastrais e eventuais procurações referentes às contas sob titularidade da empresa fiscalizada.

Por meio dos documentos apresentados verificou-se que houve abertura de conta corrente em 22/08/2013 em nome da empresa Bosco e Borille Ltda ME. Cabe esclarecer que a Bosco e Borille foi constituída em 09/05/2013 e que em 17/10/2013 houve alteração contratual modificando o nome para Faccin & Luchtenberg Ltda.

Nos documentos de abertura da conta corrente se apresentaram como representantes da empresa Clodoaldo Lopes Bosco e David Marines Borille. Dentre os documentos apresentados pela Sicredi, consta um denominado "encerramento de conta e desligamento PF/PJ" impresso em 20/08/2015. Entre a abertura e o encerramento da conta corrente junto à instituição financeira não houve, por parte dos sócios originais ou por parte dos sócios que supostamente assumiram a empresa em 01/11/2013, requerimento para alterar os representantes, mantendo-se Clodoaldo Lopes Bosco e David Marines Borille como responsáveis pela movimentação da conta corrente bancária durante todo o período em que aquela permaneceu ativa, levando à conclusão de que permaneceram efetivamente como os reais responsáveis pelos negócios da empresa (documentos apresentados pela instituição financeira às fls. 298/384)

Por meio de pesquisa realizada junto ao sistema de notas fiscais eletrônicas foram identificados alguns dos maiores clientes da Faccin em 2014, os quais foram intimados a informar dados de pagamentos das respectivas compras. Tais clientes são relacionados a seguir:

- Agrícola Andreis Ltda.
- Bigolin Materiais de Construção Ltda.
- Construcal Materiais de Construção Ltda.
- Construtora Cidade Bela Ltda.
- Edifício Residencial Madri
- Metalurgica Migfer Ltda.
- Oestepar Industria de Artefados de Cimento Ltda.

Analisando os documentos apresentados em resposta, verificou-se que os pagamentos eram feitos, em sua maioria, por boletos cujo beneficiário era a Faccin, indicando que a conta da empresa junto à Sicredi estava ativa. Tal informação também é confirmada pela DIMOF apresentada pela instituição financeira que indica créditos e débitos na conta corrente.

Dentre os documentos apresentados, merecem destaque os pagamentos relativos às notas fiscais 459, 471 e 504 emitidas pela Faccin em 13/10/2014, 21/10/2014 e 13/11/2014, respectivamente (fls. 235/243 e 261/266). Tais notas têm como destinatário a empresa Oestepar (CNPJ 00.882.802/0001-72), e, de acordo com os comprovantes, em todos os pagamentos o cedente, ou seja, o beneficiário dos valores a receber, é a empresa Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda., em que pese as notas terem sido emitidas pela Faccin.

Foram consultadas as GFIP com a relação de empregados da Faccin e da Ferrocol durante o ano de 2014 (fl. 904). A Faccin declarou 20 empregados registrados, enquanto a Ferrocol apenas os próprios sócios. Observou-se que alguns empregados da Faccin passaram a trabalhar para a Ferrocol no ano de 2015, os quais são relacionados a seguir:

- Celso Back
- Clarice Vieira da Costa
- Ejudson Roberto Flores de Carvalho
- Luiz Fernando Alves
- Marcio Ferreira de Oliveira
- Pedro Onofre Neto
- Reginaldo de Oliveira Rodrigues
- Valcionir Felini
- Valmor Felini

Foram contatados

Foram contatados dois dos empregados registrados pela Faccin durante 2014, Vanilso Felini, CPF 057.579.109-84 e Valcionir Felini, CPF 040.022.929-32, (este último foi registrado também pela Ferrocol em 2015) para prestar alguns

esclarecimentos. Ambos compareceram à Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Cascavel no dia 27/03/2017, onde foram questionados acerca de sua relação de trabalho com a Faccin e com a Ferrocol e cujas respostas foram reduzidas a termo e assinadas pelos depoentes (fls. 906/907).

Vanilso Felini (registrado durante 11 meses para a Faccin em 2014), ao ser questionado sobre o local onde prestava serviços, informou que era na R. Avaetés, Bairro Santo Onofre, Cascavel - PR e que deixou a empresa quando houve a troca de proprietários.

Valcionir Felini (registrado durante 12 meses para a Faccin em 2014) também respondeu que prestava serviços na R. Avaetés, Santo Onofre, e para a Ferrocol na R. União, Bairro 14 de Novembro, Cascavel - PR.

A empresa Ferrocol alterou seu endereço da R. Avaetés, 219, sala 01 para R. União, 201 em 03/04/2014. Já a Faccin alterou da R. Avaetés, 219, sala 02 para R. Espinílio, 911 em 04/11/2013. Conforme GFIP, tanto Vanilso Felini quanto Valcionir Felini eram funcionários da Faccin durante o ano de 2014, mas nos depoimentos os mesmos afirmaram que prestaram serviços para a referida empresa na R. Avaetés, e no caso de Valcionir, na R. União, quando passou para a Ferrocol. Em nenhum momento afirmaram trabalhar no endereço cadastral da Faccin, qual seja, na R. Espinílio.

Consultando as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Ferrocol em 2014, verifica-se que houve vendas no valor total de R\$ 1.324.509,10, com a emissão de 294 notas. Vale destacar que houve emissão de notas em todos os meses do ano de 2014.

Em resumo, as situações que se apresentam são as seguintes:

- A empresa Faccin & Luchtenberg foi constituída em 17/06/2013 tendo como sócios David Marines Borille (CPF 019.377.039-32) e Clodoaldo Lopes Bosco (CPF 968.835.539-91). Em 01/11/2013 ambos os sócios foram excluídos e incluídos João Paulo Faccin (CPF 003.651.590-69) e Marcos Batista Luchtenberg (CPF 008.884.31902);
- Clodoaldo Lopes Bosco também é sócio da Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda e David Marines Borille foi sócio de 24/04/2013 até 26/08/2016;
- Em 22/08/2013 houve abertura de conta corrente em nome da Faccin na instituição financeira Sicredi, onde constaram como responsáveis pela conta os sócios fundadores. Em 20/08/2015 a conta corrente foi encerrada sem que tenha havido qualquer alteração nos responsáveis perante a Sicredi, indicando que os fundadores continuaram a movimentar a referida conta durante todo o período. A conta permaneceu ativa recebendo valores de pagamentos de clientes;
- O endereço da Faccin foi alterado em 04/11/2013 de R. Avaetés, 219 para R. Espinílio, 911, onde se verificou, conforme documentação obtida junto à prefeitura e diligência no local, que nunca funcionou de fato;
- Em alguns dos documentos obtidos junto à empresa Oestepar, compradora dos produtos da Faccin, consta como beneficiário dos pagamentos a empresa Ferrocol, ainda que as notas tenham sido emitidas pela Faccin;
- Duas pessoas ouvidas pela fiscalização que eram funcionários da Faccin em 2014 afirmaram que somente prestaram serviço para a empresa na R. Avaetés, apesar da mudança de endereço cadastral ter se dado em 11/2013;

· A empresa Ferrocol, apesar de não ter nenhum funcionário registrado em GFIP no ano de 2014, realizou vendas acima de R\$ 1.300.000,00 no período.

Observa-se, portanto, claras evidências de que a empresa Faccin continuou de fato sendo administrada pelos sócios fundadores, mesmo após a alteração contratual, e que as movimentações financeiras da Faccin e da Ferrocol por vezes se confundem, como atestam os pagamentos efetuados pela Oestepar. Ainda, há firme indício de que os funcionários registrados em nome da Faccin na realidade prestavam serviços para a Ferrocol, uma vez que esta última apresentou considerável volume de vendas em 2014 tendo apenas os dois sócios (Clodoaldo Lopes Bosco e David Marines Borille) informados em GFIP.

Tendo em vista o que foi apurado, em 24/04/2017 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal para o sr. Clodoaldo Lopes Bosco expondo a situação apresentada e intimando-o a apresentar, caso houvesse interesse, os elementos e esclarecimentos a seguir:

- 1) Indicar por escrito novo endereço válido para recebimento de intimações e demais documentos emitidos pela Receita Federal em decorrência da presente fiscalização para a pessoa jurídica Faccin & Luchtenberg Ltda, uma vez que em diligência verificou-se que a empresa não se encontra no endereço cadastral constante nos sistemas deste órgão;
- 2) Livro Caixa ou, se possuir, Livros Razão e Diário, Livro Registro de Inventário e Livro Registro de Entradas, todos referentes ao ano-calendário 2014;
- 3) Documentos hábeis e idôneos indicando a origem dos recursos utilizados para pagamento das compras efetuadas pela Faccin & Luchtenberg Ltda durante o ano de 2014.

A intimação foi recebida em 26/04/2017. Em 11/05/2017 foi protocolado pedido de fornecimentos de "cópia integral do procedimento fiscal instaurado contra a pessoa jurídica Faccin & Luchtenberg Ltda", bem como pedido de prorrogação de prazo de 20 dias após entrega das cópias solicitadas para apresentação dos esclarecimentos.

Em 16/05/2017 foi entregue ao procurador do sujeito passivo cópia em meio digital dos documentos obtidos e produzidos no curso da ação fiscal. Não houve, a partir de então, nenhuma outra manifestação do Sr. Clodoaldo ou de seu procurador, da fiscalizada ou dos demais ora responsabilizados.

Faz-se, a partir de agora, apuração dos montantes de compras e vendas efetuadas pela Faccin durante 2014, em confronto com as informações declaradas em PGDAS (Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional).

Da apuração dos valores declarados, de vendas e de compras

Na tabela a seguir (valores em reais) são demonstrados (1) os valores de receita bruta declarados pela Faccin em PGDAS durante o ano de 2014; (2) as vendas realizadas (consulta ao sistema de notas fiscais eletrônicas) e (3) as compras da empresa durante 2014 (demonstradas no Anexo Único):

Período	PGDAS	Vendas NF-e	Compras
jan/2014			511.729,40
fev/2014	173.912,71	169.567,45	702.644,63
mar/2014	250.972,56	225.352,56	1.011.965,58
abr/2014	196.368,94	190.408,96	942.993,70
mai/2014	148.848,47	151.086,15	818.761,98
jun/2014	69.322,86	72.867,43	556.254,14
jul/2014	233.831,97	233.831,97	586.823,61
ago/2014	220.731,33	218.469,14	940.642,71
set/2014	156.193,09	159.695,73	727.247,84
out/2014	274.996,25	271.704,26	835.345,87
nov/2014	116.111,90	116.030,76	827.621,05
dez/2014	159.222,12	98.460,27	330.073,64
Total	2.000.512,20	1.907.474,68	8.792.104,15

Foram consolidados os fornecedores da fiscalizada, os quais são relacionados a seguir com os valores das respectivas compras efetuadas durante 2014.

Fornecedor	Valor (R\$)
AJZ Eletromecânica Ltda.	127,60
Arcelormittal Brasil S.A.	367,83
Beltran & Nazari Ltda.	5.616,01
BWT Com Import e Export Ltda.	68.747,40
Codime – Comércio e Distribuição de Mercadorias Ltda.	7.643.369,04
Hercules Componentes Elétricos Ltda.	4.407,72
Lindomar Rosa da Silva	2.509,00
Mauro Heiss e Cia Ltda.	2.800,00
Melcor Distribuidora Eireli	469.922,84
Mineração Fiorese Ltda.	1.673,75
MLX Distribuidora Ltda.	369.441,30
Poly Exportação e Importação Ltda.	3.223,20
R2 Distribuidora Ltda.	209.355,72
Rema Materiais de Segurança Ltda.	10.542,74

Dos fornecedores acima, foram intimados os cinco maiores para informar a data de pagamento das vendas realizadas para a Faccin, bem como apresentar elementos relativos a estes pagamentos corroborados por documentos comprobatórios. Os intimados foram:

- BWT Com. Import. e Export. Ltda.;
- Codime - Com. e Distribuição de Mercadorias Ltda.;
- Melcor Distribuidora Eireli;
- MLX Distribuidora Ltda.; E
- R2 Distribuidora Ltda..

Destes, apenas a MLX (Timbro Distribuidora) não pode ser localizada. As demais apresentaram os documentos solicitados, os quais foram objeto de análise pela fiscalização, conforme detalhado às fls. 958/960.

Considerando os valores cujos pagamentos foram confirmados pelos fornecedores, elaborou-se a compilação mensal abaixo:

Período	Valor (R\$)
jan/2014	555.000,00
fev/2014	786.300,00
mar/2014	919.000,00
abr/2014	1.095.192,00
mai/2014	579.000,00
jun/2014	940.000,00
jul/2014	293.981,80
ago/2014	977.872,57
set/2014	973.041,98
out/2014	161.762,00
nov/2014	248.911,34
dez/2014	462.134,91

Comparando os valores declarados como receita em PGDAS e os pagamentos efetuados pela Faccin nos períodos em questão, encontram-se as diferenças a seguir (valores em reais):

Período	PGDAS	Pagamentos	Diferença
jan/2014	0,00	555.000,00	555.000,00
fev/2014	173.912,71	786.300,00	612.387,29
mar/2014	250.972,56	919.000,00	668.027,44
abr/2014	196.368,94	1.095.192,00	898.823,06
mai/2014	148.848,47	579.000,00	430.151,53
jun/2014	69.322,86	940.000,00	870.677,14
jul/2014	233.831,97	293.981,80	60.149,83
ago/2014	220.731,33	977.872,57	757.141,24
set/2014	156.193,09	973.041,98	816.848,89
out/2014	274.996,25	161.762,00	
nov/2014	116.111,90	248.911,34	132.799,44
dez/2014	159.222,12	462.134,91	302.912,79
Total	2.000.512,20	7.992.196,60	

Apenas no mês de outubro as receitas informadas em PGDAS foram maiores que os valores dos pagamentos das compras; nos demais períodos as receitas não suportam tais pagamentos, indicando existência de receitas não declaradas.

Ressalte-se que aqui estão se considerando apenas as compras que foram efetivamente pagas em 2014. Na DEFIS (Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais) apresentada referente ao ano-calendário 2014 consta informação de compras no valor de R\$ 2.104.274,33, valor este que está bem aquém do que foi apurado pela fiscalização.

Em decorrência do apurado, cabe a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, conforme se detalha no item a seguir.

Da exclusão do Simples

O inciso X do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 determina a exclusão de ofício das empresas do regime do Simples Nacional quando " *for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade*".

Por sua vez, o § 1º do mesmo artigo estabelece que " *Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes*".

Conforme demonstrado acima, já no mês de janeiro houve aquisições em valores que extrapolam o percentual definido em lei, uma vez que para aquele período nem sequer houve receita declarada.

Cabe, desse modo, a exclusão da empresa do Simples Nacional já a partir do mês de janeiro de 2014.

Foi emitido, em 11/09/2017, Termo de Exclusão do Simples Nacional, enviado pelos Correios para o endereço cadastral atual da empresa (fls. 813/818). Embora válido como meio de intimação, pois é de responsabilidade do sujeito passivo manter seu cadastro atualizado junto à Receita Federal, a empresa não foi encontrada no referido endereço conforme já relatado no presente Termo, razão pela qual foi também encaminhado para os endereços cadastrais de Clodoaldo Lopes Bosco (fls. 823/831), David Marines Borille (fls. 833/841), Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda. (fls. 843/851), João Paulo Faccin (fls. 853/861) e Marcos Batista Luchtenberg (fls. 865/873), isso porque todos são arrolados como responsáveis, conforme se expõe no item acerca da responsabilidade tributária, logo a seguir.

Do mesmo modo e nos termos da legislação pertinente, foi lavrado em 11/09/2017 Termo de Intimação Fiscal para que o sujeito passivo fizesse a escolha pelo novo regime de tributação, qual seja, lucro real anual, lucro real trimestral ou lucro presumido (fls. 820/821). Ressalta-se que, na falta de opção ou apresentação de documentos de forma incompleta ou insuficiente, far-se-á o arbitramento do lucro. Assim como o Termo de Exclusão, a intimação foi enviada tanto para o endereço cadastral da Faccin, como para os demais responsáveis.

Em 13/09/2017 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal solicitando identificação da origem dos recursos utilizados para pagamento das compras (fls. 877/878), encaminhada para o endereço da Faccin e para os demais responsáveis (fls. 880/882, 884/886, 888/890, 892/894 e 898/900).

Ocorre que desta feita as correspondências enviadas para o endereço da Faccin foram recebidas no endereço cadastral onde, conforme já bem relatado no presente Termo, a empresa nunca funcionou. O Termo de Exclusão e o Termo de Intimação Fiscal lavrado em 11/09/2017 foram recebidos em 13/09/2017 por Diego Silva (fls. 819/822) e o Termo de Intimação lavrado em 13/09/2017 foi recebido em 15/09/2017 por alguém cujo nome não foi possível identificar (fl. 879).

Para esclarecer o ocorrido, foram efetuadas novas diligências ao local em 03/10/2017 e em 27/10/2017 para verificar se houve alguma alteração desde a diligência anterior, assim como para tentar contato com as pessoas que receberam os documentos. Em ambas as ocasiões foi encontrada exatamente a mesma situação, com a existência de um salão de cabeleireiros fechado e uma residência nos fundos. No local não foi encontrada nenhuma pessoa.

Até a presente data não houve apresentação de documentos ou qualquer manifestação do sujeito passivo nem dos demais intimados.

Considerando todo o exposto, cabe a responsabilização solidária da empresa Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda., de Clodoaldo Lopes Bosco, de David Marines Borille, de João Paulo Faccin e de Marcos Batista Luchtenberg conforme se fundamenta e se detalha a seguir.

Da responsabilidade tributária

O CTN, em seu artigo 124, inciso I, afirma que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. No caso em tela, os sócios fundadores da Faccin, e que eram também sócios da Ferrocol, se mantiveram no controle financeiro da empresa mesmo após, supostamente, terem transferido sua titularidade, indicando uma relação de dependência entre ambas.

Essa interdependência fica ainda mais evidente quando se verifica que os empregados registrados em nome da Faccin em 2014 estavam, na realidade, prestando serviços para a Ferrocol. Ainda que se admita, apenas para fim de argumentação, que a Faccin e a Ferrocol funcionavam de fato no mesmo endereço, sendo o domicílio cadastral apenas um formalismo e, portanto, os funcionários poderiam sim estar prestando serviços à Faccin, ainda assim não há como não se reconhecer a simbiose entre as empresas, pois como a Ferrocol não possuía empregados registrados, apesar de ter realizado operações mercantis, os mesmos funcionários seriam utilizados pelas duas pessoas jurídicas.

Não bastasse a situação dos empregados, ressaltem-se mais uma vez as operações de venda realizadas pela Faccin à empresa Oestepar, onde o beneficiário dos pagamentos das notas fiscais 459, 471 e 504 foi a Ferrocol. Isso que foram intimados apenas alguns dos clientes da Faccin, podendo essa situação ter se repetido em outras operações de venda, embora se entenda que a situação aqui demonstrada já sirva de suficiente elemento de prova da interdependência entre as empresas.

Ainda, a empresa Codime, fornecedora da Faccin, juntou documentos demonstrando que recebeu valores para pagamento de compras da Faccin diretamente da Ferrocol.

Não há, desse modo, como deixar de apontar o interesse da Ferrocol nos negócios realizados pela Faccin, caracterizando a solidariedade prevista no artigo 124, inciso I, do CTN, cabendo a inclusão da pessoa jurídica Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda no pólo passivo da obrigação tributária na qualidade de responsável solidário.

Tem-se, ainda, a situação dos sócios fundadores, que se mantiveram efetivamente com o controle financeiro da Faccin, mesmo depois da alteração contratual onde, supostamente, transferiram o controle para terceiros.

O artigo 135 do CTN contém a seguinte disposição:

"Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Clodoaldo Lopes Bosco e David Marins Borille, embora não constassem formalmente como sócios da Faccin, eram os administradores de fato da empresa, como faz prova a situação de terem se mantido como responsáveis pela movimentação financeira. Sendo ambos as pessoas que efetivamente detinham o poder de emissão de cheques, contratação de empréstimos e quaisquer outras operações que disponham sobre valores movimentados pela Faccin, não há como

deixar de incluí-los também no pólo passivo da obrigação, pois, além do fato de se utilizarem desses poderes para deixar de recolher tributos que ora são cobrados, ainda buscaram agir de forma oculta, tentando fazer transparecer que os verdadeiros administradores da empresa eram João Paulo Faccin e Marcos Batista Luchtenberg que constavam no contrato social.

Ainda que as pessoas constantes no contrato social como sócios formais tivessem alguma gerência e poder de administração sobre a Faccin, não há como negar que os sócios fundadores se mantiveram, no mínimo, com o controle financeiro, caracterizando influência sobre as operações.

Mais um elemento de prova a demonstrar a real participação de Clodoaldo Lopes Bosco na administração da Faccin, mesmo após formalmente deixar de constar como sócio, é fornecido pela R2 Distribuidora Ltda. Quando intimada a informar os pagamentos de compras feitos pela Faccin, da qual era fornecedora, apresentou documentos dentre os quais estão cópias de mensagens eletrônicas trocadas entre Clodoaldo Lopes Bosco e a empresa R2 acerca de informações sobre as referidas compras.

É certo que a falta de recolhimento de tributos devidos, seja em decorrência de omissão de receitas ou de quaisquer outras situações, não autoriza, por si só, a responsabilização pessoal de administradores ou sócios, mas no caso em tela estão claras as infrações praticadas por Clodoaldo Lopes Bosco e David Marines Borille quando, mesmo ausentes do quadro societário da Faccin & Luchtenberg, mantiveram-se no controle de fato da empresa como amplamente demonstrado.

Assim também João Paulo Faccin e Marcos Batista Luchtenberg agiram com intenção de manterem ocultos os reais administradores (ou os também administradores, admitindo-se algum poder para os sócios formais), devendo ser, do mesmo modo, responsabilizados.

Da apuração dos tributos

· IRPJ

Em decorrência da exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, foi emitido Termo de Intimação em 11/09/2017 solicitando da empresa fiscalizada e de todos os demais responsáveis solidários que fizessem a opção pela tributação pelo lucro presumido ou apresentassem livros e demais elementos que permitissem a apuração do tributo pelo lucro real. Não houve manifestação de nenhum dos intimados. Cabe, desse modo, o arbitramento do lucro nos termos do artigo 530, inciso III, do RIR/99.

No caso, a atividade desenvolvida pela fiscalizada é o comércio e preparação de ferragens para construção e correlatos para o qual o percentual a ser aplicado para a apuração do lucro é de 8%. Esse percentual acrescido de 20% conforme previsto no artigo 16 da Lei nº 9.249/95 totaliza 9,6%.

Considerando a exclusão do Simples Nacional, sobre as receitas já declaradas em PGDAS também devem ser feitos novos cálculos para apurar o valor do IRPJ devido pelo lucro arbitrado, deduzindo-se os valores já informados na declaração. Desse modo, foi calculado a seguir o IRPJ devido a cada período (demonstrativo abaixo, apuração trimestral, em reais).

Destaque-se que no mês de outubro de 2014 não foi apurado pagamento de compras em valor acima do montante de receita declarada em PGDAS. Naquele

mês, portanto, a base de cálculo considerada para lançamento foi a informada no PGDAS pela fiscalizada, qual seja, R\$ 274.996,25.

Período	Receita Bruta	Lucro arbitrado	IRPJ	Adicional	Total
1º trim 2014	2.260.300,00	216.988,80	32.548,32	15.698,88	48.247,20
2º trim 2014	2.614.192,00	250.962,43	37.644,36	19.096,24	56.740,61
3º trim 2014	2.244.896,35	215.510,05	32.326,51	15.551,00	47.877,51
4º trim 2014	986.042,50	94.660,08	14.199,01	3.466,01	17.665,02

Descontando-se os valores de IRPJ declarados em PGDAS encontram-se os valores devidos (em reais):

Período	IRPJ apurado	IRPJ PGDAS	Saldo
1º trim 2014	48.247,20	0,00	48.247,20
2º trim 2014	56.740,61	1.293,78	55.446,83
3º trim 2014	47.877,51	2.266,33	45.611,18
4º trim 2014	17.665,02	2.375,01	15.290,01

· CSLL

Em relação à CSLL, aplica-se o disposto no artigo 20 da Lei nº 9.249/95, o qual dispõe que a base de cálculo da contribuição devida pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro arbitrado será de 12% sobre a receita bruta, também em períodos trimestrais.

Considerando a exclusão do Simples Nacional, sobre as receitas já declaradas em PGDAS também devem ser feitos novos cálculos para apurar o valor da CSLL devida pelo lucro arbitrado, deduzindo-se os valores já informados na declaração.

Desse modo, foi calculada a seguir a CSLL devida a cada período (em reais). Destaque-se que no mês de outubro de 2014 não foi apurado pagamento de compras em valor acima do montante de receita declarada em PGDAS. Naquele mês, portanto, a base de cálculo considerada para lançamento foi a informada no PGDAS pela fiscalizada, qual seja, R\$ 274.996,25.

Período	Receita Bruta	Lucro arbitrado	CSLL
1º trim 2014	2.260.300,00	271.236,00	24.411,24
2º trim 2014	2.614.192,00	313.703,04	28.233,27
3º trim 2014	2.244.896,35	269.387,56	24.244,88
4º trim 2014	986.042,50	118.325,10	10.649,26

Descontando-se os valores de CSLL declarados em PGDAS encontram-se os valores devidos (em reais):

Período	CSLL apurada	CSLL PGDAS	Saldo
1º trim 2014	24.411,24	0,00	24.411,24
2º trim 2014	28.233,27	1.372,33	26.860,94
3º trim 2014	24.244,88	2.266,33	21.978,55
4º trim 2014	10.649,26	2.375,06	8.274,20

· PIS/COFINS A alíquota do PIS, no caso do lucro arbitrado, é de 0,65%, conforme artigo 8º da Lei nº 10.637/02, o qual determina que permanecem no regime cumulativo as pessoas jurídicas tributadas com base naquela sistemática. O mesmo se dá para a COFINS, cuja alíquota é de 3% e cujo dispositivo legal que

determina a manutenção no regime cumulativo para tributação com base no lucro arbitrado é o artigo 10 da Lei nº 10.833/2003.

Considerando a exclusão do Simples Nacional, sobre as receitas já declaradas em PGDAS também devem ser feitos novos cálculos para apurar o valor do PIS e da COFINS devidos, deduzindo-se os valores já informados na declaração.

Desse modo, foram calculados a seguir o PIS e a COFINS devidos a cada mês. Destaque-se que no mês de outubro de 2014 não foi apurado pagamento de compras em valor acima do montante de receita declarada em PGDAS. Naquele mês, portanto, a base de cálculo considerada para lançamento foi a informada no PGDAS pela fiscalizada, qual seja, R\$ 274.996,25. Do mesmo modo que para os demais tributos, fez-se a exclusão dos valores já informados em PGDAS (valores em reais):

Período	Diferença	PIS devido	PIS PGDAS	Saldo
jan/2014	555.000,00	3.607,50		3.607,50
fev/2014	786.300,00	5.110,95		5.110,95
mar/2014	919.000,00	5.973,50		5.973,50
abr/2014	1.095.192,00	7.118,75	451,64	6.667,11
mai/2014	579.000,00	3.763,50	372,12	3.391,38
jun/2014	940.000,00	6.110,00	173,30	5.936,70
jul/2014	293.981,80	1.910,88	584,57	1.326,31
ago/2014	977.872,57	6.356,17	595,97	5.760,20
set/2014	973.041,98	6.324,77	437,34	5.887,43
out/2014	274.996,25	1.787,48	824,98	962,50
nov/2014	248.911,34	1.617,92	348,32	1.269,60
dez/2014	462.134,91	3.003,88	525,43	2.478,45

Período	Diferença	COFINS devida	COFINS PGDAS	Saldo
jan/2014	555.000,00	16.650,00		16.650,00
fev/2014	786.300,00	23.589,00		23.589,00
mar/2014	919.000,00	27.570,00	1.008,30	26.561,70
abr/2014	1.095.192,00	32.855,76	1.865,50	30.990,26
mai/2014	579.000,00	17.370,00	1.548,02	15.821,98
jun/2014	940.000,00	28.200,00	727,89	27.472,11
jul/2014	293.981,80	8.819,45	2.455,23	6.364,22
ago/2014	977.872,57	29.336,18	2.538,41	26.797,77
set/2014	973.041,98	29.191,26	1.827,45	27.363,81
out/2014	274.996,25	8.249,89	3.437,44	4.812,45
nov/2014	248.911,34	7.467,34	1.463,00	6.004,34
dez/2014	462.134,91	13.864,05	2.197,26	11.666,79

Da multa qualificada

Cabe a aplicação da multa qualificada prevista no artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007 e se aplica nos casos de sonegação, fraude ou conluio definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O artigo 71 define sonegação como "*toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais*". No caso em tela o sujeito

passivo informou valores de receitas em PGDAS aquém dos que foram apurados pela fiscalização a partir das notas fiscais de compras, ficando evidente o intuito de ocultar da administração tributária o auferimento de tais receitas.

Já o artigo 73 conceitua conluio como "*o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72*".

Está cabalmente demonstrado, por meio dos elementos carreados ao presente processo, o interesse comum de todos os ora responsabilizados na sonegação apurada, evidenciando-se o conluio conforme definição legal.

A multa a ser aplicada, portanto, é de 150% do tributo apurado, nos termos do já citado artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/ 96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

DOS LANÇAMENTOS E DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos ao ano-calendário de 2014 (valores em reais):

	IRPJ	CSLL	PIS	COFINS	TOTAL
Tributo	164.595,19	81.524,89	48.371,60	224.094,39	518.586,07
Multa	246.892,76	122.287,32	72.557,38	336.141,58	777.879,04
Juros	67.301,61	33.326,80	20.151,22	93.289,36	214.068,99
TOTAL	478.789,56	237.139,01	141.080,20	653.525,33	1.510.534,10

Obs:

- Lucro arbitrado;
- Multa de 150%;
- Juros de mora calculados até 02/2018;
- Fundamento legal constante dos respectivos Autos de Infração.

E formalizado o processo nº 10935.720806/2018-68 (em apenso) de Representação Fiscal para Fins Penais.

DA IMPUGNAÇÃO

A contribuinte (Faccin & Luchtenberg Ltda.) e as pessoas físicas e jurídica consideradas responsáveis tributários solidários foram cientificadas dos lançamentos conforme tabela a seguir:

Contribuinte / responsável	Data da ciência	Fls.	
Faccin & Luchtenberg Ltda. – ME	14/03/2018	1190	*
Ferropol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda. – ME	19/02/2018	1184	
Clodoaldo Lopes Bosco	16/02/2018	1183	
David Marines Borille	14/03/2018	1187	*
João Paulo Faccin	16/03/2018	1193	*
Marcos Batista Luchtenberg	23/03/2018	1195	*

Obs: * Intimados por edital.

A contribuinte (Faccin & Luchtenberg Ltda.) e as pessoas físicas se abstiveram de apresentar impugnações (vide Termos de Revelia de fls. 1260/1264).

Apenas a empresa Ferropol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda. – ME (considerada responsável tributário), por meio de seu advogado, regularmente constituído, apresentou, 20/03/2018, a impugnação de fls. 1199/1249, alegando, em síntese, o seguinte:

DAS NULIDADES INSANÁVEIS CONSTANTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

As disposições sobre nulidade do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 não são exaustivas, mas sim, enumerativas, pois não abordam vícios formais referentes a elementos que compõe o Auto de Infração.

Nesse sentido, em casos onde o lançamento apresente vícios para seu processo de produção trata-se de caso de anulação do mesmo, visto serem insanáveis, conforme se passa a demonstrar.

Da nulidade do Auto de Infração pela desconconsideração da documentação apresentada durante o transcurso da fiscalização

Asseverou a fiscalização que existe, no caso concreto, a ocorrência de confusão patrimonial, o que revelaria a existência de grupo econômico.

A partir daí, a fiscalização apresenta inúmeras ilações genéricas, sem qualquer comprovação do alegado, o que se traduz em meras afirmações sem o condão de comprová-las, fato que não espelha a realidade dos fatos.

Até porque muitos dos valores tributados não podem ser considerados fatos geradores tributários, como é o caso das verbas isentas e de terceiros que tão somente transitaram por contas bancárias das autuadas e que não foram considerados pela fiscalização.

Ora, necessário seria a discriminação "item por item" das verbas pagas, a fim de se aferir, se, são ou não, fatos geradores tributários.

Imprescindível a realização de uma perícia. Diante o exposto, não se verifica apenas mera irregularidade prevista no artigo 60 do Decreto nº 70.235/72, mas fato que decorre em prejuízo para impugnante.

Da nulidade do Auto de Infração em razão da flagrante ilegitimidade passiva da impugnante

A infração tributária, porventura praticada por uma sociedade, não pode ter sua sanção validamente imposta a outras, pela simples existência de presunções, das quais não restou comprovada a ligação entre as mesmas.

Percebe-se que, de maneira equivocada, as autoridades fazendárias, com o intuito de dar efetividade à arrecadação tributária, no momento da lavratura do Auto de Infração contra a pessoa jurídica em questão, ao mesmo tempo, atribuem responsabilidade por solidariedade, imputando a terceiros, o dever de responder pelo crédito tributário da sociedade.

A fiscalização buscou nesse lançamento, ampliar o alcance do termo "interesse comum", previsto no artigo 124, inciso I, do CTN, que impõe regra de solidariedade para empresas que participam de grupo econômico, para responsabilizar a impugnante, bem como os sócios pessoas físicas das sociedades, que não exerceram centralização decisória no desenvolvimento das atividades empresariais ou atividades que conduziram contrariedade à lei ou ao contrato social.

Nesse sentido, com fulcro no disposto no artigo 135 do CTN, não restou comprovada tal hipótese, para que houvesse a responsabilização pessoal dos sócios das empresas envolvidas.

Da nulidade da autuação fiscal pela inexistência de fundamentação legal

Com no artigo 110 do CTN, é inaceitável que a autoridade administrativa possa simplesmente desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados, pautados na estrita legalidade formal e material, com o fito de arrecadar tributos.

As ponderações realizadas pela fiscalização, que em última análise atestam a realização de manobras para a diminuição da arrecadação tributária, sem a devida fundamentação legal, não avalizam ao Fisco ingressar nas decisões sociais e de caráter negocial realizadas pela impugnante, em acordo com as disposições vigentes no ordenamento jurídico pátrio, em especial as previsões do artigo 187 do Código Civil de 2002, e desconstruir vontades válidas e eficazes, sob o argumento de tratar-se de grupo econômico entre a impugnante e outras empresas.

Da nulidade da autuação por preterimento do direito de defesa em vista da inaplicabilidade dos dispositivos legais utilizados em sua fundamentação

Através de uma simples análise da autuação indevidamente imposta, conclui-se que a mesma também é nula de pleno direito, pois é inequívoco que a legislação tida como suporte legal para constituição do crédito tributário é insuficiente para legitimar a atitude tomada pela fiscalização.

Ao não se oportunizar que a impugnante exerça de maneira satisfatória sua defesa, resta caracterizado o cerceamento ao direito constitucionalmente garantido à ampla defesa, na exata medida em que os dispositivos legais utilizados na fundamentação de referida exclusão, mostram-se inaplicáveis ao presente caso.

Como exemplos, tem-se os seguintes dispositivos legais:

- Artigos 530, inciso III, 537, 904 e 926 do RIR/99;
- Artigos 3º e 24 da Lei nº. 9.249/95;
- Artigo 40 da Lei nº 9.430/96, e
- Artigos 28, 29, 30, 31 e 32 da Lei Complementar nº 123/2006.

O artigo 530 do RIR/99 tão somente estabelece que o IRPJ será determinado com base nos critério do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de atender a intimações fiscais, em especial no que tange quanto ao cumprimento de obrigações acessórias.

Tal previsão não guarda nenhuma pertinência com a impugnante, que em momento algum se furtou em responder as intimações fiscais recebidas.

Quanto ao artigo 537 do RIR/99, incabível a sua aplicação em desfavor da impugnante, que em momento algum perpetrou qualquer tipo de omissão de receita.

Quanto aos artigos 28, 29, 30, 31 e 32 da Lei Complementar nº 123/2006, apenas prescrevem regras quanto a exclusão do Simples Nacional.

Quanto às demais normas, trata-se de regras genéricas, sem pertinência específica com o caso em tela.

A impugnante sequer tem condições de exercer sua defesa, visto inexistir qualquer tipo de menção ou informação quanto à ocorrência de "irregularidades" no presente processo administrativo.

Inexistindo pertinência lógica entre os fatos afirmados e a legislação tida como suporte legal, resta evidente que o princípio do devido processo legal e da ampla defesa restam prejudicados, pois além de se excluir a impugnante do Simples Nacional de maneira incorreta, sendo-lhe indevidamente exigidos tributos, esta nem sabe ao certo do que se defender ante a omissão de referida exclusão à realidade dos fatos.

Da nulidade da autuação por inobservância da forma prescrita em lei para sua válida constituição, bem como pelo preterimento ao direito de defesa

Como decorrência lógica da primeira preliminar invocada, tem-se que além das diretrizes normativas estabelecidas pela legislação infraconstitucional tributária, a lavratura de um Auto de Infração, bem como todo o procedimento fiscalizatório, utiliza-se primordialmente das diretrizes normativas estabelecidas pelo Decreto nº 70.235/72, que rege o Processo Administrativo Fiscal Federal.

A forma prescrita em lei é necessária para válida constituição do Auto de Infração, que no caso do Processo Administrativo é regulado pelo Decreto nº 70.235/72. Referido diploma legal, através do artigo 10 regula os chamados "requisitos específicos" do ato administrativo/jurídico denominado de "Auto de Infração", em especial "d) a disposição legal infringida".

Inexistindo a mínima condição de vincular o procedimento adotado pela fiscalização em sua forma de constituir o crédito tributário aos artigos tidos como infringidos e que dão suporte ao seu enquadramento legal - exigido obrigatoriamente para sua validade - deve ser reconhecida e decretada a nulidade do presente feito por inobservância da forma prescrita em lei para sua válida constituição.

Da nulidade da autuação pelo de cerceamento de defesa

Conforme já demonstrado, a fiscalização apenas emite apreciações subjetivas, sem nenhuma base legal, sacrificando a precisão do levantamento fiscal, optando por arbitrar valores que nem o relatório fiscal consegue explicar de forma clara e objetiva, tentando justificar a sua atuação com termo subjetivo, como, "evidências" da existência de grupo econômico irregular.

O simplório procedimento de imputar em desfavor da impugnante toda a suposta receita de "empresas interpostas" e que eram optantes do SIMPLES por si só demonstra a fragilidade do procedimento administrativo fiscal que está maculado de erros insanáveis.

A autoridade lançadora, utilizando-se do artifício do arbitramento, imputou estratosféricos valores supostamente fatos geradores tributários, sem identificá-los.

DA LEGALIDADE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Antes de se impugnar especificamente cada alegação apresentada pela respeitável fiscalização, cumpre esclarecer a legalidade do planejamento tributário contestado pelo Fisco.

A evasão fiscal refere-se a práticas ardilosas do contribuinte ao tentar eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos (ação dolosa), inclusive passível de desconsideração por parte da autoridade administrativa, conforme elencado no artigo 116 do CTN, o que não se constata nas ações praticadas pela impugnante e pelas "supostas empresas interpostas".

De outro lado, se alinham, a fim de caracterizar modalidade de validade para evitar o surgimento da obrigação tributária, a denominada elisão fiscal, do qual sugere a balizada doutrina, como prática anterior a incidência tributária, por meio do qual, é possível obter legítima economia tributária.

Preceitua a CF/88 diversos princípios constitucionais tributários, do qual, destacamos como imprescindíveis os seguintes:

- Vedação do tributo confiscatório;
- Estrita legalidade tributária;
- Livre iniciativa.

Além desses princípios, verificam-se atualmente, com o intuito de conferir validade ao planejamento tributário e as práticas elisivas, dois importantes critérios, os quais foram atendidos em plenitude pela impugnante:

- Propósito negocial: Qualquer negócio jurídico deve perseguir uma finalidade econômica, objetivando principalmente a otimização dos negócios empresariais;
- Substância sobre a forma: Diante de qualquer negócio jurídico, deve-se observar a realidade econômica subjacente, ou seja, a carga tributária incide sobre o evento econômico de fato praticado, em detrimento aos acordos e tratados formais.

Diante do exposto, passa-se a demonstrar a legalidade e licitude das operações desencadeadas, em especial impugnando-se as alegações da fiscalização.

DAS IMPUGNAÇÕES ESPECÍFICAS ÀS ALEGAÇÕES DA FISCALIZAÇÃO

Do "Histórico e descrição das irregularidades"

No item I do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fazendária apresenta inúmeras ilações quanto à realidade da impugnante e em especial da empresa Faccin & Luchtenberg e seus respectivos sócios.

O fato de as empresas atuarem no mesmo segmento não se traduz em irregularidade alguma, em especial porque a impugnante também tinha outros fornecedores e porque a suposta empresa "interposta" também fornecia para outras empresas, além de concorrer diretamente no mercado com a impugnante.

Efetivamente, a impugnante contratou funcionários que trabalhou para a nominada empresa, fato corriqueiro e usual no mercado de móveis, em especial ante a escassez de mão-de-obra qualificada.

Ora, a impugnante, tomando conhecimento de que a nominada empresa tida como "interposta" estava com dificuldade financeira e provavelmente encerraria suas atividades (como efetivamente aconteceu), não teve dúvidas em absorver a qualificada mão-de-obra que se mostrou disponível, em especial em um momento de aumento de produção.

Porém, tal absorção pontual de mão-de-obra não pode ser interpretada como "prova de ocorrência de grupo econômico", mas sim realidade mercadológica.

O fato de esse aproveitamento de mão-de-obra ter ocorrido próximo ao momento da "desoneração da folha" foi mera obra do acaso, e não de um "arquitetado plano mirabolante de lesão ao Fisco".

A impugnante fica estarecida diante da capacidade imaginativa da fiscalização, onde "situações do acaso" se transformam em "atos odiosos para lesar o Fisco".

Finalmente, muito se alega quanto ao fato de as empresas possuírem em seus quadros societários pessoas da mesma família.

Indaga-se: desde quando isso é irregular? Desde quando isso é "prova" da existência de grupo econômico?

Tais composições dos quadros societários de referidas empresas sob hipótese alguma podem ser utilizadas como justificativas para a existência de um irregular grupo econômico.

Da "Apuração dos valores declarados, de vendas e compras"

No item I.a do Termo de Verificação Fiscal, denominado de "Apuração dos valores declarados, de vendas e de compras", a autoridade fazendária alega que *"apenas no mês de outubro as receitas informadas em PGDAS foram maiores que os valores dos pagamentos das compras, nos demais períodos as receitas não suportam tais pagamentos, indicando receitas não declaradas"*.

Em razão de tal fato, a empresa Faccin foi excluída do Simples Nacional.

Nada mais equivocado!

Pior ainda é imputar tal suposta omissão de receitas em detrimento da impugnante, que sequer tem como providenciar documentos ou informações de uma terceira empresa.

Da "Exclusão do Simples"

No item I.b do Termo de Verificação Fiscal, denominado de "Exclusão do Simples", alega a fiscalização que *"já no mês de janeiro houve aquisições em valores que extrapolam o percentual definido em lei, uma vez que para aquele período nem sequer houve receita declarada"*.

Sob a ótica fazendária, tal realidade faria incidir o disposto no artigo 29, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelecem causas de exclusão do Simples Nacional quando *"for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, for superior a 80% dos ingressos de recursos no mesmo período"*.

Porém, deve ser lembrado que os mesmos dispositivos legais estabelecem a ressalva de que não haverá dita exclusão nas "hipóteses justificadas de aumento de estoque".

Ora, nada impede que tal incongruência entre "aquisições e receitas" tenha se dado por aumento de estoque. Porém, a impugnante, por não possuir qualquer ingerência quanto à empresa originariamente fiscalizada, sequer dispõe de elementos que possam corroborar sua afirmativa.

O relatório fiscal tão somente lança afirmações sem qualquer prova. Não existe um levantamento mínimo das origens das receitas de referidas empresas, imputando-se em desfavor da impugnante a afirmação de que todas as receitas advieram desta.

Cabe a quem alega comprovar, o que não ocorreu.

Diante da simplicidade da questão deixa-se de apresentar outras considerações, restando devidamente impugnadas as alegações fazendárias quanto a tanto.

Da "Responsabilidade tributária"

No item I.c do Termo de Verificação Fiscal, denominado de "Responsabilidade Tributária", alega a fiscalização que: 3

- os sócios da impugnante eram os mesmos da Faccin;
- os empregados da Faccin estavam prestando serviços para a impugnante;
- os pagamentos da empresa Oestepar por vendas realizadas pela Faccin tiveram como beneficiária a impugnante;
- a empresa Codime, fornecedora da Faccin, demonstrou que recebeu valores para pagamento de compras desta, diretamente da impugnante;
- é inegável o interesse da impugnante nos negócios realizados pela Faccin, motivo pelo qual deve ser aplicado o disposto no artigo 124, inciso I do CTN, sendo a impugnante qualificada como "responsável solidária tributária" das dívidas fiscais da Faccin.

Ora, conforme já explicitado, a impugnante e a empresa Faccin tiveram efetivamente quadro societário parecido. Porém tal fato não pode de forma alguma caracterizar a impugnante como responsável solidária da Faccin.

De igual modo, em situações pontuais a impugnante utilizou-se de serviços prestados pela empresa Faccin, o que não ocorreu de modo regular, tão somente em 2 únicas situações.

Dessa forma, diferentemente do que quer fazer crer a fiscalização, em momento algum a impugnante "absorveu a mão de obra" da empresa Faccin.

Quando ao fato de a empresa Oestepar ter pago diretamente para a impugnante vendas realizadas pela Faccin, tal fato se explica pelo simples motivo de que, em virtude alguns arranjos comerciais, a Faccin devia à impugnante, e o recebimento direto da Oestepar auxiliou na quitação do débito, mediante compensação.

O mesmo se diga em relação ao pagamento feito pela impugnante para empresa Codime, em razão de compras feitas pela Faccin, pois em outro momento, já era a impugnante que possuía saldo devedor junto a esta em razão de negócios realizados.

Diante do exposto é a presente para impugnar especificamente tudo quanto alegado no item I.c do Termo de Verificação Fiscal, ratificando-se inclusive tudo quanto já comprovado nesta peça impugnatória, a fim de que seja anulada a autuação fiscal que indevidamente imputou em desfavor da impugnante a responsabilidade tributária solidária por débitos da empresa Faccin, inexistindo fundamentação para tanto.

Da "Apuração dos tributos"

No item I.d do Termo de Verificação Fiscal, denominado de "Apuração dos Tributos", alega a fiscalização que fez o lançamento de todos os tributos com base no arbitramento previsto no artigo 530 do RIR/99, visto que a devedora originária não exerceu seu direito de opção pela tributação pelo lucro presumido ou real quando foi excluída do Simples Nacional.

Uma vez mais a impugnante está sendo penalizada com a forma mais agressiva de tributação, qual seja o "lucro arbitrado" em razão de um fato que não tem qualquer controle.

A impugnante sequer teria condições de atender à intimação fiscal, visto não ter qualquer ingerência sobre a realidade financeira, comercial, mercadológica, contábil e fiscal/tributária da empresa Faccin.

Quem não apresentou a escrita fiscal foi a empresa Faccin e não a impugnante.

Dos "Acréscimos legais"

A fiscalização alegou que aplicou a multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, em vista da ocorrência de sonegação, fraude e conluio.

Ocorre que, ainda que a impugnante tivesse praticado algum tipo de irregularidade tributária, não se poderia manter a cobrança da multa em tais dimensões, uma vez que a mesma é inconstitucional, por reiteradas decisões da Suprema Corte.

A evidência da intenção dolosa, exigida para a multa ser majorada, conforme enuncia o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal.

No caso em tela, inexistem as situações acima descritas, vale dizer, os tributos devidos pela impugnante foram efetivamente recolhidos, a tempo e modo, sendo ilegítima a exigência de recolhimento da multa majorada lançada no Auto de Infração.

No caso em análise, a multa qualificada é totalmente improcedente.

Primeiro, por absoluta ausência de "*falta de pagamento ou recolhimento, declaração ou declaração inexata*" (conforme inciso I do artigo 44).

Segundo, porque inexistem quaisquer das situações descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

No caso em tela, indevida se mostra a sua cobrança, haja vista que:

- nenhuma falta foi cometida pela impugnante, tendo em vista que o procedimento por ela adotado, como já esclarecido, foi realizado ao amparo da legislação de regência, e
- sendo a multa acessória, ilegal se torna a sua exigência, já que nenhum tributo (principal) há de ser recolhido ("*Accessorium sequitur principale*").

Também inaplicável o aumento da multa previsto com fundamento no § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, pois a impugnante atendeu às intimações.

Ademais, independentemente da existência de dolo, fraude ou falta de atendimento a intimações fiscais, a aplicação de multas em percentual superior a 100% do valor do tributo mostra-se inconstitucional, pois confiscatória.

Quanto aos juros de mora, destaque-se que a exigência da Taxa SELIC já fora declarada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, dada à ausência de indícios probatórios exaustivos quanto ao intuito doloso do contribuinte, é inafastável a aplicação do artigo 112 do CTN, que prevê a aplicação favorável ao acusado da lei tributária que define infrações, ou comine penalidades.

DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE MULTA EM DESFAVOR DA IMPUGNANTE

Ainda que não bastasse todo o alegado, percebe-se que a impugnante está sendo responsabilizada através de multas, cuja origem, se verdade, são de responsabilidade da empresa Faccin.

Ora, ainda que a autoridade fazendária entenda pela ocorrência de "responsabilidade solidária" e procure responsabilizar a impugnante pelas supostas obrigações tributárias devidas por outra empresa, sob hipótese alguma tal responsabilidade subsiste na seara das infrações.

Como se sabe o CTN adotou a "responsabilidade objetiva" por infrações, não podendo a impugnante ser responsabilizada por atos subjetivos praticados por outras empresas.

DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS QUE EMBASAM O ENTENDIMENTO DA IMPUGNANTE

Apresentadas as provas, o reconhecimento de planejamento tributário lícito - pautado na estrita legalidade, do qual se enquadra a impugnante - é medida que se impõe.

Diversas são as manifestações favoráveis do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) nesse sentido (fls. 1247/1248), motivo pelo qual uma vez mais deve ser extinto o presente Auto de Infração.

DOS PEDIDOS

Diante de tudo quanto foi dito, afirmado e comprovado, requer a impugnante a extinção do presente feito, julgando improcedentes todos os Autos de Infrações, desconstituindo-se o lançamento indevidamente realizado, seja pelas razões constantes em preliminares, ou, por cautela, pelas razões meritórias.

Requer-se ainda que todas as intimações deste processo sejam remetidas no domicílio fiscal desta impugnante.

Finalmente, requer-se a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a realização de prova pericial a fim de se individualizar os valores pagos a título de salários e outros.

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, que julgou improcedente a impugnação. O Acórdão possui a seguinte ementa (fls. 1267/1268):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais incabível falar em nulidade do Auto de Infração.

CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO DE FATO. INTERESSE COMUM. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA.

A confusão patrimonial e a sucessão de fato caracterizam o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, implicando a responsabilização tributária solidária.

BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS. PRESUNÇÃO RELATIVA.

A apuração feita pela fiscalização (através de informações da própria contribuinte, na PGDAS, dos sistemas da RFB, como a NF-e, e as obtidas em intimações a terceiros) presume-se verdadeira, até prova em contrário (presunção relativa), cujo ônus cabe ao sujeito passivo.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONDIÇÃO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade. Exclusão mantida.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. ARBITRAMENTO.

A empresa excluída do Simples Nacional poderá optar pelo recolhimento do IRPJ e da CSLL na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual. A falta de manifestação ou a não-apresentação dos elementos solicitados pode implicar a adoção da forma de tributação pelo lucro arbitrado

ARBITRAMENTO DO LUCRO. CONDIÇÃO.

O lucro da empresa será arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa (se optante pelo lucro presumido).

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Restando caracterizados a sonegação e o conluio, correta a qualificação da multa de ofício.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da legalidade ou constitucionalidade de normas jurídicas.

DEMAIS TRIBUTOS (CSLL, PIS e COFINS). DECORRÊNCIA DOS MESMOS FATOS E ELEMENTOS DE PROVA.

Os lançamentos relativos à CSLL, ao PIS e à COFINS decorrem dos mesmos fatos e elementos de prova relativos ao lançamento do IRPJ e, desse modo, a decisão relativa ao IRPJ se estende, *mutatis mutandis*, a esses tributos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário de fls. 1345/1397 reiterando basicamente as mesmas alegações apresentadas na impugnação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Fellipe Honório Rodrigues da Costa**, Relator

ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 1634/2023.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

MÉRITO

No que diz respeito ao mérito, trata-se de Recurso interposto contra Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP que, ao apreciar a impugnação apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, manter o entendimento da autoridade fiscal no sentido de que as empresas fiscalizadas constituem grupo econômico e devem ser excluídas do Simples Nacional. Consequentemente, também manteve os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS no valor consolidado de R\$ 1.510.534,10, bem como a multa qualificada aplicada.

Após analisar os fundamentos de defesa e cotejar as provas dos autos, entendo que a recorrente não logrou êxito em rechaçar os pontos que culminaram na autuação, bem como, conforme já exposto apenas repisou os argumentos já insertos na oportunidade da impugnação.

Nesse contexto, importante consignar que nos termos do art. 114, § 12, I, do RICARF, a fundamentação da decisão pode ser atendida mediante a declaração da concordância com os fundamentos da decisão recorrida. Nesse sentido e considerando que o recurso voluntário não impugna de forma específica a decisão recorrida e por concordar com os termos da decisão de primeira instância, adoto a fundamentação *per relationem*, no que diz respeito as matérias tratadas pela decisão recorrida, razão pela qual transcrevo os seguintes trechos que passam a fazer parte do presente julgado, *in verbis*:

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Em sua impugnação, a Ferropol alegou, preliminarmente, a nulidade dos Autos de Infração pelos motivos a seguir sintetizados:

- 1) Inexistência de fundamentação legal e conseqüente preterimento do direito de defesa;
- 2) Ilegitimidade passiva; e
- 3) Desconsideração da documentação apresentada durante o transcurso da fiscalização.

Com relação ao item (1), há que se observar o disposto nos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, in verbis:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”.

O exame dos dispositivos supra mostra que, no tocante ao lançamento, só pode haver nulidade se o ato for praticado por agente incompetente (o que não é o caso), posto que a hipótese do inciso II, relativa ao cerceamento do direito de defesa, alcança apenas os despachos e decisões.

Eventual erro no enquadramento legal, por si só, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, sendo esse o entendimento da jurisprudência administrativa, conforme podemos observar, por exemplo, pelos acórdãos a seguir transcritos:

“AUTO DE INFRAÇÃO – DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA - O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judicosa descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que incorreu preterição do direito de defesa”. (Acórdão n.º 103- 13.567, DOU de 28/05/1995).

“IRPJ – CSLL - ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado”. (Acórdão n.º 107-06998, sessão de 27/02/2003)

Quanto aos os itens (2) e (3), estes serão analisados, respectivamente, nos tópicos "DA RELAÇÃO ENTRE A FACCIN E A FERROCOL E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA FERROCOL" e "DA BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS".

Improcede, assim, a alegação de nulidade dos Autos de Infração, cabendo, no entanto, na análise do mérito da autuação, a verificação da subsunção dos fatos às normas tributárias aplicáveis ao caso, nos termos do artigo 60 do Decreto nº 70.235/72.

DA RELAÇÃO ENTRE A FACCIN E A FERROCOL E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA FERROCOL

Conforme sintetizado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal (fls. 954/955):

"Em resumo, as situações que se apresentam são as seguintes:

o A empresa Faccin & Luchtenberg foi constituída em 17/06/2013 tendo como sócios David Marines Borille, CPF 019.377.039-32, e Clodoaldo Lopes Bosco, CPF 968.835.539-91. Em 01/11/2013 ambos os sócios foram excluídos e incluídos João Paulo Faccin, CPF 003.651.590-69, e Marcos Batista Luchtenberg, CPF 008.884.31902;

o Clodoaldo Lopes Bosco também é sócio da Ferrocol Indústria e Distribuidora de Ferros Ltda e David Marines Borille foi sócio de 24/04/2013 até 26/08/2016;

o Em 22/08/2013 houve abertura de conta corrente em nome da Faccin na instituição financeira Sicredi, onde constaram como responsáveis pela conta os sócios fundadores. Em 20/08/2015 a conta corrente foi encerrada sem que tenha havido qualquer alteração nos responsáveis perante a Sicredi, indicando que os fundadores continuaram a movimentar a referida conta durante todo o período. A conta permaneceu ativa recebendo valores de pagamentos de clientes;

o O endereço da Faccin foi alterado em 04/11/2013 de R. Avaetés, 219 para R. Espinélio, 911, onde se verificou, conforme documentação obtida junto à prefeitura e diligência no local, que nunca funcionou de fato;

o Em alguns dos documentos obtidos junto à empresa Oestepar, compradora dos produtos da Faccin, consta como beneficiário dos pagamentos a empresa Ferrocol, ainda que as notas tenham sido emitidas pela Faccin;

o Duas pessoas ouvidas pela fiscalização que eram funcionários da Faccin em 2014 afirmaram que somente prestaram serviço para a empresa na R. Avaetés, apesar da mudança de endereço cadastral ter se dado em 11/2013;

o A empresa Ferrocol, apesar de não ter nenhum funcionário registrado em GFIP no ano de 2014, realizou vendas acima de R\$ 1.300.000,00 no período.

Observa-se, portanto, claras evidências de que a empresa Faccin & Luchtenberg Ltda – ME continuou de fato sendo administrada pelos sócios fundadores, mesmo após a alteração contratual, e que as movimentações financeiras da Faccin e da Ferrocol por vezes se confundem, como atestam os pagamentos efetuados pela Oestepar. Ainda, há firme indício de que os funcionários registrados em nome da Faccin na realidade prestavam serviços para a Ferrocol, uma vez que esta última apresentou considerável volume de vendas em 2014 tendo apenas os dois sócios (Clodoaldo Lopes Bosco e David Marines Borille) informados em GFIP".

Como consequência, a Ferrocol foi considerada responsável tributário solidário, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, in verbis:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; (...)" (grifei).

A Ferrocol alega em sua impugnação que a fiscalização afirma a ocorrência de confusão patrimonial, sem qualquer comprovação do alegado, pois:

(1) É legal o planejamento tributário que visa obter legítima economia tributária;

(2) Tomando conhecimento de que a Faccin estava com dificuldade financeira e provavelmente encerraria suas atividades (como efetivamente aconteceu), absorveu a qualificada mão-de-obra que se mostrou disponível, em especial em um momento de aumento de produção;

(3) Não há nenhuma irregularidade no fato de as empresas possuírem em seus quadros societários pessoas da mesma família;

(4) Quando ao fato de a empresa Oestepar ter pago diretamente para a impugnante vendas realizadas pela Faccin, tal fato se explica pelo simples motivo de que, em virtude alguns arranjos comerciais, a Faccin devia à impugnante, e o recebimento direto da Oestepar auxiliou na quitação do débito, mediante compensação. O mesmo se diga em relação ao pagamento feito pela impugnante para empresa Codime, em razão de compras feitas pela Faccin, pois em outro momento, já era a impugnante que possuía saldo devedor junto a esta em razão de negócios realizados.

Quanto ao item (1) há que se observar que em nenhum momento tratou-se, no presente processo, da ocorrência de planejamento tributário – lícito ou ilícito. Trata-se de uma afirmação genérica da impugnante, sem qualquer relação com o caso em tela.

Quanto ao item (2), há se destacar que a fiscalização, conforme demonstrado, apurou a irregular utilização, pela Ferrocol, de empregados da Faccin. Trata-se de uma afirmação equivocada da impugnante, que se contradiz, ao afirmar, expressamente, em sua impugnação (fl. 1233), que "diferentemente do que quer fazer crer a fiscalização, em momento algum a Impugnante "absorveu a mão de obra" da empresa Faccin".

Quanto ao item (3), realmente não há, por si só, nenhuma irregularidade no fato de as empresas possuírem em seus quadros societários pessoas da mesma família. Trata-se, no entanto, de mais um indício, que, em conjunto com os demais elementos de prova, leva-nos a concluir pela confusão patrimonial.

Quanto ao item (4), percebe-se, claramente, que trata-se de argumentos contraditórios, sendo muito conveniente apresentar a Faccin ora como devedora da Ferrocol, ora como credora. E tudo isso sem trazer aos autos nenhum elemento de prova.

Em síntese, resta evidente a confusão patrimonial entre a Faccin e a Ferrocol e que a Ferrocol é sucessora de fato da Faccin.

Assim, correta a responsabilização tributária solidária da Ferrocol, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, por ter "*interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*".

Conseqüentemente, improcede a alegação de ilegitimidade passiva feita pela Ferrocol em sua impugnação (item "*Da nulidade do Auto de Infração em razão da flagrante ilegitimidade passiva da impugnante*"), pois, nos termos do artigo 121 do CTN, sujeito passivo é tanto o contribuinte, quanto o responsável.

DA BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS

Na apuração da base de cálculo dos tributos, a fiscalização considerou, mês a mês, o maior valor entre a receita bruta declarada pela Faccin em PGDAS durante o ano de 2014 e os pagamentos por ela efetuados nos períodos em questão, conforme a seguir demonstrado (valores em reais):

Período	PGDAS	Pagamentos	Base de cálculo
jan/2014	0,00	555.000,00	555.000,00
fev/2014	173.912,71	786.300,00	786.300,00
mar/2014	250.972,56	919.000,00	919.000,00
1º trimestre de 2014			2.260.300,00
abr/2014	196.368,94	1.095.192,00	1.095.192,00
mai/2014	148.848,47	579.000,00	579.000,00
jun/2014	69.322,86	940.000,00	940.000,00
2º trimestre de 2014			2.614.192,00
jul/2014	233.831,97	293.981,80	293.981,80
ago/2014	220.731,33	977.872,57	977.872,57
set/2014	156.193,09	973.041,98	973.041,98
3º trimestre de 2014			2.244.896,35
out/2014	274.996,25	161.762,00	274.996,25
nov/2014	116.111,90	248.911,34	248.911,34
dez/2014	159.222,12	462.134,91	462.134,91
4º trimestre de 2014			986.042,50

Obs:

a) Apenas em outubro de 2014 a fiscalização considerou como receita o valor declarado no PGDAS;

b) Alguns pagamentos da Faccin foram efetuados pela Ferropol.

A Ferropol argumenta em sua impugnação (item "Da nulidade do Auto de Infração pela desconsideração da documentação apresentada durante o transcurso da fiscalização"), que:

(1) "muitos dos valores tributados não podem ser considerados fatos geradores tributários, como é o caso das verbas isentas e de terceiros que tão somente transitaram por contas bancárias das atuadas e que não foram considerados pela fiscalização";

(2) "necessário seria a discriminação "item por item" das verbas pagas, a fim de se aferir, se, são ou não, fatos geradores tributários"; e

(3) "Imprescindível a realização de uma perícia".

Ocorre que a apuração feita pela fiscalização (através de informações da própria contribuinte, na PGDAS, dos sistemas da RFB, como a NF-e, e as obtidas em intimações a terceiros) presume-se verdadeira, até prova em contrário (presunção relativa), cujo ônus cabe ao sujeito passivo.

Não há que se falar em perícia, pois caberia à contribuinte e/ou à impugnante trazer aos autos prova de que ao menos parte dos valores tributados não representam fatos geradores tributários.

Assim, indefiro o pedido de perícia formulado pela impugnante, e considero correta a apuração, pela fiscalização, da base de cálculo dos tributos.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A Faccin foi excluída do Simples Nacional, já a partir do mês de janeiro de 2014, com base no artigo 29, inciso X e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

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

(...)

X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)".

Isto porque, como bem salienta a fiscalização, já no mês de janeiro houve aquisições em valores que extrapolam o percentual definido em lei, uma vez que para aquele período nem sequer houve receita declarada.

Em sua impugnação, a Ferrocol destaca que o inciso X do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 prevê uma exceção ("*ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque*"), e cogita a possibilidade de ela ter ocorrido, apesar de "*não possuir qualquer ingerência quanto à empresa originariamente fiscalizada*" e, conseqüentemente "*sequer dispõe de elementos que possam corroborar sua afirmativa*".

Ou seja, a Ferrocol procura escapar do enquadramento legal de exclusão do Simples Nacional apenas analisando a norma jurídica *in abstracto*, sem apresentar fatos que se subsumam a essa exceção nela prevista. Trata-se de mera suposição.

Ocorre que, conforme já mencionado, a apuração feita pela fiscalização (através de informações da própria contribuinte, na PGDAS, dos sistemas da RFB, como a NF-e, e as obtidas em intimações a terceiros) presume-se verdadeira, até prova em contrário (presunção relativa), cujo ônus cabe ao sujeito passivo.

Não se vislumbra, portanto, a mencionada exceção, pois caberia à Ferrocol trazer aos autos prova do que alega.

Por fim, destaque-se que no Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 813), datado de 11/09/2017, consta o seguinte:

"A caracterização dos fatos que geraram a presente exclusão está documentada no Processo Administrativo Fiscal nº 10 935.723727/2017-28.

O contribuinte poderá, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência deste ato, apresentar impugnação à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), assegurando-se assim o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Fica o sujeito passivo informado desde já que não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva".

E que a contribuinte não se manifestou o referido prazo. Assim, há que se manter a Faccin excluída do Simples Nacional, a partir do mês de janeiro de 2014.

DO ARBITRAMENTO

Em face da exclusão da Faccin do Simples Nacional, a fiscalização intimou-a para que fizesse a escolha pelo novo regime de tributação, nos termos do artigo 32, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, in verbis:

"Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

(...)".

Na referida intimação (fls. 820/821) consta foram solicitados os seguintes elementos/esclarecimentos:

"1. Caso a opção seja pelo lucro real apresentar:

a) Livros Diário e Razão de 2014 contendo a nova escrituração considerando os valores de Receita Bruta apurados pela fiscalização conforme tabela constante no Anexo Único ao presente Termo. Observar que deverão ser apurados resultados trimestrais, compreendendo balanço e demonstrativo de resultados, se a opção for pelo lucro real trimestral, ou balanço e demonstrativo de resultado anual, se a opção for pelo lucro real anual. Esses elementos deverão ser encadernados no Diário ou apresentados à parte com as assinaturas do contador e contribuinte;

b) Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) ou demonstrativo datado e assinado pelo contador e representante legal da empresa;

c) Demonstrativo mensal da apuração do PIS e COFINS não- cumulativos;

d) Todos os documentos que deram suporte à nova escrituração.

2. Caso a opção seja pelo lucro presumido, apresentar Livro Caixa contendo toda movimentação financeira, inclusive bancária.

A falta de manifestação ou a não-apresentação dos elementos solicitados implicará a adoção da forma de tributação pelo lucro arbitrado".

Como a referida intimação não foi respondida, a fiscalização, corretamente, procedeu ao arbitramento do lucro, nos termos do artigo 530, inciso III - c/c artigos 527 e 532 - do RIR/99 (para o IRPJ) e no artigo 29, inciso I, da Lei nº 9.430/96 (para a CSLL), in verbis:

IRPJ

(RIR/99)

“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;

(...)”.

“Art. 527. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45):

I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário;

III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal. Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único)”.

“Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I)”.

Obs: no supracitado artigo 519 constam os percentuais para apuração do lucro presumido para o IRPJ.

CSLL

(Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 10.684/2003)

“Art. 29. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e pelas demais empresas dispensadas de escrituração contábil, corresponderá à soma dos valores:

I - de que trata o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; (...)”.

Obs: no supracitado artigo 20 da Lei nº 9.249/95 constam os percentuais para apuração do lucro presumido para a CSLL.

Quanto ao PIS e à COFINS, em face da apuração do IRPJ pelo lucro arbitrado, apurou-os com base no regime de incidência cumulativa (com alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente), nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 10.637/2002 (PIS) e artigo 10, inciso II, da Lei nº 10.833/2003 (COFINS), in verbis:

(Lei nº 10.637/2002)

"Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º :

(...)

II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base na lucro presumido ou arbitrado;

(...)".

(Lei nº 10.833/2003)

"Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1o a 8o:

(...) II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

(...)".

Em sua impugnação, a Ferropol argumenta que foi a Faccin que não apresentou a escrita fiscal e não exerceu seu direito de opção, que está sendo penalizada em razão de um fato que não tem qualquer controle e que sequer teria condições de atender à intimação fiscal.

Ocorre que o que a legislação prevê é apenas a intimação do contribuinte – no caso, a Faccin -, e não dos eventuais responsáveis.

Os responsáveis, como a Ferropol (condição já analisada), participam da relação jurídica com o Fisco apenas após a constituição do crédito tributário.

Por todo o exposto correta a apuração dos tributos (IRPJ e CSLL com base no lucro arbitrado; e PIS e COFINS com base no regime de incidência cumulativa)

DA MULTA DE OFÍCIO E DOS JUROS DE MORA

Primeiramente, cumpre observar que a aplicação da multa de ofício e o cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC têm previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da legalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas, competência exclusiva do Poder Judiciário.

No entanto, diante do disposto no § único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, que estabelece que "... devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal" (grifei), resta-nos salientar que não há manifestação do Supremo Tribunal Federal considerando inconstitucionais tais acréscimos legais.

Especificamente quanto à multa de ofício deve-se verificar se:

- 1) A Ferropol, como responsável solidário tributário, deve arcar com essa penalização; e
- 2) Cabe a sua qualificação.

Quanto ao item (1), há que se observar que a responsabilidade tributária da Ferropol é solidária, e, portanto, ela deve responder, junto com a contribuinte, pelo crédito tributário como um todo (tributos, multas de ofício e juros de mora).

Ademais, considerando que a Ferropol é sucessora de fato da Faccin, há que se observar, no caso, o disposto no artigo 129 do CTN (inserido no Capítulo V – Responsabilidade Tributária; na Seção II – Responsabilidade dos Sucessores), in verbis:

"Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data".

Quanto ao item (2), há que se observar que a multa de ofício foi qualificada conforme artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, c/c artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502/64, in verbis:

(Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 11.488/2007)

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

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

(...)

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

(...)"

(Lei nº 4.502/64)

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

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

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.". Em sua impugnação, a Ferropol argumenta que:

a) Não cometeu nenhuma falta;

b) Não houve "falta de pagamento ou recolhimento, declaração ou declaração inexata" (conforme inciso I do artigo 44);

c) Inexistem quaisquer das situações descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64;

d) Inaplicável o aumento da multa previsto com fundamento no § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96; e) Há que se aplicar ao caso o artigo 112 do CTN, que prevê a aplicação favorável ao acusado da lei tributária que define infrações, ou comine penalidades.

Em relação ao argumento "a", há que se observar que a "falta" foi cometida pela Faccin (contribuinte), ficando a Ferrocol também responsável, conforme esclarecido no item (1).

Quanto ao argumento "b", cumpre observar que houve, sim, *"falta de pagamento ou recolhimento"* de tributos por parte da Faccin.

Quanto ao argumento "c", há que se observar que, como bem argumenta a fiscalização, resta caracterizada a sonegação (artigo 71 da Lei nº 4.502/64), pois *"No caso em tela o sujeito passivo informou valores de receitas em PGDAS aquém dos que foram apurados pela fiscalização a partir das notas fiscais de compras, ficando evidente o intuito de ocultar da administração tributária o auferimento de tais receitas"*. Assim como o conluio (artigo 73 da Lei nº 4.502/64), pois *"Está cabalmente demonstrado, por meio dos elementos carreados ao presente processo, o interesse comum de todos os ora responsabilizados na sonegação apurada, evidenciando-se o conluio conforme definição legal"*.

Em relação ao argumento "d", há que se destacar que não houve, no caso em tela, o agravamento da multa de ofício com base no § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 (que dispõe que *"Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1o deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação"*).

Por fim, quanto ao argumento "e", há que se esclarecer a inaplicabilidade do artigo 112 do CTN, pois não há nenhuma dúvida quanto (I) à capitulação legal do fato; (II) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; (III) à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; (IV) à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Assim, *por* todo o exposto, há que se manter a multa qualificada, de 150%, inclusive para a Ferrocol.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS PESSOAS FÍSICAS

Também foram considerados responsáveis tributários solidários, nos termos do artigo 135 do CTN, as seguintes pessoas físicas:

- Clodoaldo Lopes Bosco
- João Paulo Faccin
- Marcos Batista Luchtenberg

Embora intimadas a se manifestar (fls. 1183, 1187, 1193 e 1195), as supracitadas pessoas físicas se abstiveram de apresentar impugnações (vide Termos de Revelia de fls. 1260/1264).

Apenas a Ferrocol mencionou em sua impugnação, e apenas *en passant*, que *"(...) com fulcro no disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional, não restou comprovada tal hipótese, para que houvesse a responsabilização pessoal dos sócios das empresas envolvidas"*

Ocorre que, mesmo assim, não há que se considerar impugnada a responsabilização das pessoas físicas, pois, nos termos do artigo 16, inciso III, do Decreto nº 70.235/72 (com redação dada pela Lei nº 8.748/93), haveria que se mencionar *"os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir"*, o que não foi feito.

Tratando-se de impugnação genérica, não produz os efeitos que lhes são próprios.

Dessa forma, não cabe a esta DRJ se manifestar a respeito da responsabilidade tributária solidária das pessoas físicas.

DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de se considerar **IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO**, mantendo-se integralmente o crédito tributário lançado e a responsabilidade tributária solidária da Ferropol.

Dessa forma, pelos mesmos fundamentos acima, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar as preliminares de nulidade, e, no mérito, nego-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Fellipe Honório Rodrigues da Costa