



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10976.720046/2017-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.403 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de junho de 2021
Recorrente NUTRIMIX INDÚSTRIA & COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013

SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÕES. AUSÊNCIA DE ECD. DCTF SEM VALORES.

A contribuinte não escriturou ECD, apesar de obrigada, não confessou débitos em DCTF e, apesar de intimada em mais de uma ocasião, não esclareceu a diferença milionária apurada pela Fiscalização entre os valores de Notas Fiscais emitidas por ela (descontadas as devoluções) e os valores declarados em DIPJ. A omissão sistemática combinada com a diferença vultosa indicam prática de sonegação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, deixando de apreciar os protestos da Nutrimix pela suposta ilegitimidade da responsabilidade dos sócios Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Moreira. Quanto à matéria conhecida, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Lucas Esteves Borges, Rafael Taranto Malheiros, Marcelo Jose Luz de Macedo, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocado(a)), Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Bianca Felicia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão da DRJ que julgou por não acolher as alegações de nulidade, por manter integralmente, no mérito, os Autos de Infração

impugnados e manter integralmente a imputação de responsabilidade passiva solidária aos sócios da sociedade empresária, senhores: Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Morara. Por bem resumir o litígio peço vênia para reproduzir o relatório da decisão de primeira instância (e-fls.):

Retornam para julgamento os Autos de Infração, às fls. 2-70, lavrados para exigir de NUTRIMIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., pessoa jurídica tributada pelo regime do Lucro Real, crédito tributário de IRPJ e tributos constituídos reflexamente no montante de R\$ 40.567.209,92 relativo ao ano-calendário de 2013, apurado por arbitramento com base na receita obtida no SPED - NOTA FISCAL ELETRÔNICA (SPED-NFe), cf. demonstrativo consolidado abaixo, em virtude de haver sido verificada omissão de receitas e de prestação de informações.

Tributo		Juros de Mora (até 10/2017)	Multa qualificada e agravada (225%)	Total por Tributo
IRPJ	3.644.993,21	1.735.929,72	8.201.234,70	13.582.157,63
CSLL	1.651.046,95	786.291,62	3.714.855,62	6.152.194,19
PIS	993.685,63	480.482,62	2.235.792,62	3.709.960,87
COFINS	4.586.241,51	2.217.612,38	10.319.043,34	17.122.897,23
		Total Geral		40.567.209,92

2. Em 19/02/2018, esta 1ª Turma de Julgamento da DRJ/Curitiba-PR proferiu o Acórdão nº 06-61.707, juntado às fls. 931-952, cujo teor se reproduz a seguir.

2. Segundo o Termo de Verificação Fiscal - TVF, às fls. 71-92, a Ação Fiscal se iniciou em 30/03/2017. A Fiscalização constatou, de pronto, que a contribuinte se encontrava omissa quanto à apresentação de sua escrituração contábil digital nos termos da legislação em vigor - Decreto nº 6.022 de 22/01/2007 e Instrução Normativa nº 787, de 19/11/2007. Foi intimada, então, a regularizar a situação das obrigações acessórias e a apresentar documentos societários, demonstrativos de cálculo dos tributos devidos, extratos bancários de suas contas correntes e eventuais ações judiciais existentes contra a União.

3. Somente em 15/05/2017, Nutrimix apresentou informações precárias, limitadas ao seu contrato social (e alterações) e plano de contas.

4. A contribuinte foi alertada de que o não atendimento das demandas da Fiscalização, na forma e prazo estabelecidos, ensejaria lançamento de ofício com base nos dados disponíveis, incluindo o seu enquadramento no Lucro Arbitrado nos termos dos arts. 529 e 530 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 e agravamento da multa de ofício, cf. art. 44 da Lei n. 9430, de 27/12/1996.

5. O TVF destaca, em seguida, a divergência entre os valores informados na DIPJ do período que somaram R\$ 83.277.503,67, e o total de Nfe (Notas Fiscais Eletrônicas), já excluídas as notas canceladas e de devolução próprias ou de terceiros, que alcançou R\$ 152.874.719,20, cf. se verifica na tabela à fl. 78, reproduzida abaixo.

INFORMAÇÃO SPED-NFe			DIRF TERCEIROS	SPED NFe-e	DIPJ AC 2013	DIFERENÇA ENTRE
NF VENDAS (-) CANCELADAS	NF EMISSÃO PRÓPRIA DEVOLUÇÃO	NF EMISSÃO TERCEIROS DEVOLUÇÃO	RENDIMENTO ATIVIDADE DA EMPRESA	RECEITA BRUTA	RECEITA BRUTA	NFe X DIPJ AC 2013
156.416.877,39	313.746,69	3.228.411,50	0,00	152.874.719,20	83.277.503,67	69.597.215,53

6. A Autoridade Fiscal a quo destaca que a contribuinte informou prejuízos operacional e fiscal na DIPJ referente ao ano-calendário de 2013, mas não logrou comprová-los, por ausência de escrituração regular na forma das leis comerciais e fiscais; ademais, naquele ano-calendário, apresentou DCTF apenas no mês de dezembro informando ausência de débitos para o período entre janeiro e dezembro.

7. Acrescenta que, durante todo o período fiscalizado, a contribuinte apresentou SPED CONTRIBUIÇÕES, juntadas aos autos às fls. 768-812; nessas declarações, informou estar inteiramente isenta de PIS e de COFINS nos meses de janeiro, fevereiro, março,

maio, julho e outubro; enquanto nos meses de abril, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro apurou valores irrisórios dessas contribuições, calculados sobre uma pequena parcela da receita. Ademais, os valores assim apurados foram compensados com valores a crédito não restando saldo a pagar. Em resumo, conclui a Fiscalização, quase a totalidade da receita auferida no ano de 2013 foi declarada isenta de PIS e de COFINS.

8. As tabelas à fl. 81, reproduzidas abaixo, consolidam as informações constantes no SPED CONTRIBUIÇÕES.

SPED CONTRIBUIÇÕES		SPED CONTRIBUIÇÕES	
PA	TOTAL RECEITAS	PA	TOTAL RECEITAS
01/2013	12.480.838,99	07/2013	16.642.193,01
02/2013	12.135.086,27	08/2013	13.154.151,03
03/2013	13.063.283,49	09/2013	11.431.658,76
04/2013	15.736.601,25	10/2013	10.611.111,37
05/2013	18.266.712,94	11/2013	9.278.606,08
06/2013	17.842.688,79	12/2013	9.294.415,14
		TOTAL	R\$ 159.937.347,12

9. Segundos os dados constantes na DIMOF juntadas às fls. 699-706, continua a Fiscalização, Nutrimix movimentou, no ano-calendário de 2013, a quantia de R\$ 143.531.397,63, valor superior à receita anual declarada na DIPJ 2014 que limitou-se a R\$ 85.148.512,33. A diferença apurada, R\$ 58.382.885,30, configuraria, assim, omissão de receita. A Autoridade Fiscal a quo acrescenta que o valor total movimentado à crédito da interessada nas instituições financeiras com que opera se aproxima do montante apurado a título de receita bruta no SPED NF-e: R\$ 152.874.719,20. A tabela a seguir foi retirada da fl. 82 dos autos.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	INFORMAÇÃO DIMOF 2013 VALORES MOVIMENTADOS A CRÉDITO
BANCO DO BRASIL S/A	R\$ 95.495.192,85
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	R\$ 16.355.751,44
HSBC BANK BRASIL AS BANCO MULTIPLO	R\$ 7.316.248,64
ITAU UNIBANCO S/A	R\$ 22.198.395,56
BANCO SANTANDER BRASIL AS	R\$ 2.165.809,14
TOTAL MOVIMENTAÇÃO A CRÉDITO NO ANO DE 2013	R\$ 143.531.397,63
VALOR INFORMADO NA DIPJ A TÍTULO DE RECEITA ANUAL	R\$ 85.148.512,33
DIFERENÇA ENTRE TOTAL DIMOF E TOTAL DIPJ	R\$ 58.382.885,30

10. Diante dos fatos expostos, a Fiscalização sintetiza, em seguida, as irregularidades cometidas pela contribuinte:

- Ausência de envio de ECD nos anos-calendário de 2011 a 2015;
- Ausência de apresentação de LALUR;
- apresentação de DCTF apenas no mês de dezembro nos anos-calendário de 2011 a 2013, com informação de ausência de débitos para o período de janeiro a dezembro; omissão de DCTF nos anos-calendário de 2014 e 2015 e no ano-calendário de 2016, apresentação de DCTF com atraso, depois de iniciado o procedimento fiscal, com todos os campos iguais a zero, isso significa dizer, conclui, que, entre 2011 e 2015, a contribuinte não declarou, nem recolheu qualquer valor a título de tributos;
- omissão de entrega de ECF nos anos-calendário de 2014 e 2015;
- omissão de receita por meio de prestação de informação incorreta de receita bruta: R\$ 83.277.503,67 (DIPJ A/C 2013) vs. R\$ 156.597.047,57 (SPED FISCAL) e R\$ 156.416.877,39 (SPED NF); tais diferenças demonstraria a intenção da contribuinte de omitir receita, uma vez que o valor da receita informada na declaração DIPJ é "consideravelmente inferior" ao apurado nos dois sistemas referidos;

• omissão de receita constatada ainda por meio da DIMOF que apontou valores movimentados a crédito pela fiscalizada da ordem de R\$ 143.531.397,63, no ano-calendário de 2013.

11. Tais prática reiteradas, entende a Fiscalização, consistiriam "artifícios dolosos" voltados à sonegação de tributos por meio de omissão de informação - inclusive durante a Ação Fiscal - adotados com o propósito de impedir ou retardar o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência dos fatos geradores de obrigações tributárias.

12. O porcentual de arbitramento adotado pela Autoridade Lançadora, tendo em vista a descrição das notas fiscais emitidas pela sociedade empresária, bem assim o objeto de seu contrato social, foi de 9,6% (8% acrescido de 20%), nos termos do art. 532 c/c art. 519 do RIR de 1999.

13. No que diz respeito ao PIS e à COFINS a Autoridade Fiscal informa:

(...)apesar de a empresa ter apresentado a SPED CONTRIBUIÇÕES no regime não cumulativo, informe-se que, conforme determina a Lei 10.637/2002, artigo 8º, inciso II, combinado com o artigo 8º, inciso I, da Lei 9.715/1998 e a Lei 10.833/2003, artigo 10, inciso II, combinado com o artigo 8º da Lei 9.718/1998, empresas com tributação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica apurado pelo lucro arbitrado estarão sujeitas ao regime cumulativo, com alíquotas de 0,65% e 3,00%, respectivamente, aplicados sobre o total das receitas auferidas, ou seja, com alíquotas menores que as alíquotas do regime não cumulativo (1,65% e 7,6%), porém sem aproveitamento dos créditos. [Grifou-se]

14. O valor da receita adotado como parâmetro pela Fiscalização foi obtido por meio das notas fiscais obtidas no sistema SPED no montante de R\$ 156.416.877,39. Esse valor já leva em conta as notas fiscais canceladas e as referentes a devoluções emitidas por terceiros ou de emissão do próprio contribuinte.

15. Acrescenta a Autoridade Fiscal a quo:

Importante destacar que o valor de R\$ 156.416.877,39 considerado pela fiscalização se aproxima do valor de R\$156.597.047,57 apurado com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte no SPED FISCAL. A diferença de R\$179.876,64, refere-se aos descontos em nota que não apareceram no SPED FISCAL, sendo considerados pela FISCALIZAÇÃO os valores apurados com base no SPED NF-e.

16. A tabela, à fl. 87, sintetiza o entendimento da Fiscalização sobre os montantes de receita bruta empregados no lançamento.

PA	RECEITA DE VENDAS	DEVOLUÇÃO PRÓPRIA	DEVOLUÇÃO DE TERCEIROS	RECEITA A LANÇAR
jan/13	12.428.977,71	-	738.298,22	11.690.679,49
fev/13	11.370.054,27	6.968,00	221.920,11	11.141.166,16
mar/13	12.466.559,18	97.125,80	327.674,06	12.041.759,32
abr/13	14.671.930,95	-	297.696,86	14.374.234,09
mai/13	17.758.602,46	209.652,89	182.668,30	17.366.281,27
jun/13	17.304.983,62	-	375.908,01	16.929.075,61
jul/13	16.049.683,43	-	455.386,91	15.594.296,52
ago/13	12.775.068,17	-	133.415,05	12.641.653,12
set/13	11.103.214,79	-	135.772,77	10.967.442,02
out/13	9.918.110,65	-	294.358,29	9.623.752,36
nov/13	11.640.368,84	-	41.985,18	11.598.383,66
dez/13	8.929.323,32	-	23.327,74	8.905.995,58
	156.416.877,39	313.746,69	3.228.411,50	152.874.719,20

Qualificação e agravamento da multa de ofício

17. Por entender que restou caracterizado o dolo na conduta do sujeito passivo de retardar deliberadamente a prestação de informações que indicavam a ocorrência de fatos geradores de tributos, a multa de ofício foi qualificada pela Autoridade Fiscal nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, 1996 c/c art. 71, I, da Lei nº 4.502, de 1964.

18. Além do mais, a ausência de prestação de informações quanto ao objeto da fiscalização, levaram a Autoridade Fiscal a quo a agravar a multa de ofício em 50% nos termos do art. 44, §2º, da mesma Lei nº 9.430, de 1996.

Responsabilidade solidária

19. Foi imputada responsabilidade passiva solidária aos sócios da pessoa jurídica, senhores ADEMACIO DE OLIVEIRA SILVA (CPF nº 954.991.995-15) e MARIO USTCH MORARA (CPF. nº 220.431.366-15), nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/1966, pelos créditos tributários resultantes dos atos praticados por eles com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Representação Fiscal para Fins Penais

20. Face aos eventos descritos, foi providenciada Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos da Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/2010, objeto do Processo Administrativo nº 13603.722.115/2017-68

.

Ciência e Impugnação

21. A contribuinte tomou ciência dos Autos de Infração em 30/10/2017, cf. documento às fls. 288-293, enquanto os responsáveis solidários foram notificados na mesma data: 13/11/2017, cf. documentos 294-305.

22. A contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram impugnação comum, em 29/11/2017, a qual foi juntada às fls. 825-852 dos autos. A peça impugnatória encontra-se subscrita por representante com poderes conferidos por procuração, documentos pessoais e societário às fls. 897-890.

Impugnação comum da Contribuinte e dos responsáveis

23. O representante dos impugnantes questiona, em primeiro lugar, o acesso supostamente ilegal por parte da Fiscalização, a dados protegidos por sigilo bancário sem a necessária e prévia autorização judicial e considera "um absurdo incommensurável" presumir-se que toda movimentação financeira da contribuinte constitui receita omitida. Não teria havido, ademais, a seu juízo, a comprovação de intuito de fraude que justificasse a qualificação da multa no percentual de 150%.

24. Sobre a quebra indevida do sigilo bancário, alega que os valores lançados nos autos de infração teriam sido apurados por meio de extratos de movimentação financeira, obtidos mediante a quebra ilícita do sigilo bancário da contribuinte, tais lançamentos seriam, assim, nulos por ofenderem a ordem constitucional vigente.

25. Argumenta o representante dos contribuintes, depois de juntar ao feito notável jurisprudência:

(...) o entendimento da Jurisprudência dominante, faz-se no sentido de que apenas o órgão jurisdicional pode romper o véu das instituições financeiras, sendo que não pode a Lei Complementar nº 105/01 alterar tal entendimento.

Com efeito, os precedentes das altas cortes não podem ser ignorados por esta instância Administrativa e, à luz deste balizamento, conclui-se que imprescindível a prévia autorização da autoridade judicial competente para que sejam franqueadas ao poder tributante as informações bancárias atinentes aos contribuintes.

26. Em seguida, afirma que o julgamento também é nulo porque teria ocorrido violação ao direito de defesa dos impugnantes.

27. Segundo a peça impugnatória, foram entregues tempestivamente à Fiscalização todos os livros que a sociedade empresária estava obrigada a manter e foram enumerados aqueles que, por não ser obrigada, não possuía. Sobre os documentos bancários solicitados, acrescenta, deixou de apresentar os que ela não estava em condições de obter sem auxílio das instituições financeiras. Teria agido, pois, sempre com clareza e boa-fé no cumprimento das solicitações do Fisco, entregando o que tinha à sua disposição e prestando as informações requeridas.

28. Aduz que mesmo assim:

(...) cerceando o seu direito de apresentação ampla de provas e, ainda, contrariando o princípio da moralidade pública que vai além da legalidade dos atos administrativos, o

ilustre auditor fiscal, ao invés de aguardar a entrega da documentação, que dependia do fornecimento de informações do Banco, preferiu lavrar imediatamente o auto de infração e arbitrar o lucro.

29. Insiste que tomou todas as providências necessárias para colaborar com a Fiscalização, esta, ao contrário, ao não aguardar o fornecimento dos documentos pela contribuinte, teria impedido o exercício da ampla defesa, preferindo adotar a cômoda posição de autuar, lançando um crédito tributário sabidamente indevido.

30. Argumenta ainda que não teve acesso aos documentos manejados pelo Fisco que lhe foram informados diretamente pelas Instituições Financeiras, não podendo, assim, justificá-los e, por esse motivo, a sua defesa foi prejudicada, posto que foi tolhido à contribuinte o seu direito de participar da fase de investigação.

31. Por todas essas razões seriam nulos os Autos de Infração.

32. Alega, em seguida, que não estavam presentes no caso concreto os requisitos para o arbitramento do lucro. Argumenta que a legislação tributária é taxativa sobre as hipóteses em que a Autoridade Fiscal pode desconsiderar os valores oferecidos à tributação pelo sujeito passivo em seus livros fiscais ou contábeis e calcular o montante dos tributos com base em outros elementos distintos desses.

33. Repisa que não apresentou todos os documentos à Fiscalização porque não os possuía, mas respondeu tempestivamente às demais solicitações. De posse dos livros apresentados, alega, seria possível apurar o lucro presumido.

34. Aduz que parte da movimentação bancária - obtida pela Fiscalização por meio da quebra irregular de seu sigilo bancário - não foi escriturada em sua contabilidade, porque, na verdade, não constituía receita da impugnante, mas tão-somente cheques de terceiros, que apenas transitaram por suas contas bancárias. Toda receita própria, conclui, teria sido corretamente contabilizada, não pode, assim, ser considerada inexata.

35. Ocorre que o arbitramento do lucro - salienta - é medida extrema, não discricionária, que exige motivação apropriada e que, sob pena de nulidade, somente pode ser adotada quando da ausência completa de outros elementos que permitam a apuração do lucro real ou presumido. No caso concreto, continua, a Fiscalização não buscou os dados necessários para apurar o lucro presumido, preferindo a opção mais onerosa para a contribuinte de arbitramento do lucro.

36. Refere a seu favor notáveis doutrina e jurisprudência.

37. Insurge-se igualmente contra a qualificação da multa aplicada, porque imposta sem nenhum fundamento fático ou jurídico, exceto a suposta ausência de informações prestadas à Autoridade Fiscal ou prestadas de modo insatisfatório. Entretanto, todas as vezes em que foi intimada a prestar esclarecimentos, insiste que se manifestou apropriadamente e que o próprio relatório fiscal refere as respostas apresentadas.

38. Reclama contra a sanção nos seguintes termos:

Se o fisco entendeu que não eram satisfatórias, isso o levou a tributar todos os depósitos bancários como se fosse acréscimo patrimonial. Ou seja, a consequência pelos esclarecimentos não prestados a contento, levou o Impugnante a ter sobre si uma tributação exacerbada. Mas se o fisco entendeu que não eram satisfatórios seus esclarecimentos, não pode qualificar a multa. Pode tão-somente levar os fatos à tributação.

39. A qualificação da multa, exige a demonstração de evidente intuito de fraude, cf. definido nos art. 71 a 73 da Lei n.º 4.502, de 1964. A comprovação do dolo obrigatória para a caracterização da sonegação, da fraude ou do conluio; de tal incumbência, contudo, não se desvencilhou Fiscalização.

40. Considera ser "estorrecedor, abominável, inexplicável, dantesco e grotesco" o fato de se impor sanção tão gravosa simplesmente por ausência de apresentação de alguns documentos fiscais, tal ato corresponderia, indubitavelmente, a confisco dos bens da

contribuinte. O simples arbitramento de todo depósito bancário como omissão de receita não pode levar a multa de 150%.

41. Refere a Súmula CARF nº 14 segundo a qual a apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Petitório

42. Arremata pedindo, em caráter preliminar, que seja declarada a nulidade dos lançamentos pelos motivos expostos, e quanto ao mérito que seja declarada improcedente a exação fiscal face à insubsistência dos tributos constituídos.

43. É o que importa relatar

Voto

44. Conhece-se da impugnação dado que é tempestiva e atende aos requisitos de admissibilidade estatuídos pelos art. 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

(....)

Conclusão

98. De todo exposto, voto pelo não acolhimento das alegações de nulidade e, no mérito, por manter integralmente os Autos de Infração impugnados.

99. Dada a ausência de argumentação em contrário torna-se definitiva em sede administrativa a imputação de responsabilidade passiva solidária aos sócios da sociedade empresária, senhores: Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Morara.

Ciência do Acórdão de 1º grau e Recurso Voluntário

3. Devidamente cientificada dessa decisão em 22/02/2018, cf. documentos às fls. 961-962, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 14/03/2018, juntado às fls. 963-986.

Julgamento no CARF

4. Eis que, em 20/11/2018, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais proferiu o Acórdão nº 1301-003.611, que anulou a decisão de 1º grau com base nos fundamentos reproduzidos abaixo.

Antes de adentrar em qualquer questão ou matéria que envolve o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, entendo que há uma questão prejudicial que merece ser suscitada de ofício, a qual redundará na anulação da decisão da DRJ.

Em que pese a DRJ ter consignado, em seu decisum, a definitividade da imputação de responsabilidade passiva solidária aos sócios da pessoa jurídica atuada, senhores ADEMACIO DE OLIVEIRA SILVA (CPF nº 954.991.99515) e MARIO UTSCH MORARA (CPF. nº 220.431.36615), por ausência de impugnação específica, não foi isso o que de fato ocorreu.

Conforme se vê às fls. 895 a 929 dos autos, os referidos senhores apresentaram, em 05/12/2017 (fl.893), separadamente da empresa atuada, impugnação ao lançamento, inclusive se insurgiram contra a imputação da responsabilidade que lhes foram atribuídas. Sendo notificados em 13/11/2017 (fl. 296 e 302), esta impugnação é tempestiva e apta a produzir os efeitos que lhe são próprios, e, nesse contexto, as razões consignadas na referida peça processual devem ser enfrentadas pela DRJ.

A decisão recorrida considerou de forma equivocada que o contribuinte e os responsáveis apresentaram impugnação comum, em 29/11/2017, a qual foi juntada às fls. 825/852, e não enfrentou os argumentos então deduzidos, declarando,

equivocadamente, que a imputação de responsabilidade se tornaria definitiva, por ausência de impugnação.

Diante disso, entendo pela anulação integral da decisão da DRJ, remetendo os autos à referida instância administrativa para novo julgamento, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Conclusão

Diante de todo o exposto, de ofício voto para anular a decisão da DRJ e remeter os autos à referida instância administrativa para novo julgamento, analisando as impugnações tempestivamente apresentadas pelos coobrigados

Responsabilidade passiva solidária

5. Com efeito, às fls. 895-929, os senhores Ademácio de Oliveira Silva e Mário Utsch Moreira apresentam argumentos específicos contra a imputação de responsabilidade solidária, além de repetirem a argumentação da pessoa jurídica contra os Autos de Infração em tela.

6. Alegam, em primeiro lugar, que não foram notificados dos lançamentos. Em seguida, sustentam que o fundamento da atuação das pessoas físicas dos sócios seria, a qualificação da multa em virtude de fraude nos termos do art. 135, III, do CTN, sem que houvesse sido demonstrada a atuação com excesso de poder ou infração à lei por parte dos imputados.

7. Insistem ser pacífico o entendimento de que o simples descumprimento da obrigação tributária principal não implica responsabilidade pessoal a sócios de pessoa jurídica; ao contrário, argumentam, é dever da Fiscalização comprovar que os administradores tenham se "*beneficiado pessoalmente com a inadimplência ou tenha dissolvido irregularmente a sociedade*". E concluem que, no caso em tela, não teria havido qualquer motivação por parte da Autoridade Fiscal *a quo* para a imputação da responsabilidade.

8. Argumentam ainda que não seria possível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária sem provas e citam respeitável doutrina no sentido de que é necessário comprovar a ocorrência de fato jurídico tributário, distinto da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, antes de incluir administradores no pólo passivo da relação jurídica tributária. Insistem que não teria ficado demonstrado abuso de personalidade jurídica.

9. Alegam que a imputação de responsabilidade solidária não pode se assentar indistintamente nos art. 124 ou 135 do CTN, dado que o primeiro "*versa sobre a sujeição passiva simultânea e o segundo sobre a transferência da responsabilidade do contribuinte para terceiro*". Desse modo, conclui, a aplicação simultânea de ambos os dispositivos demonstraria "*o constante equívoco que tem ocorrido com as lavraturas de certos termos de sujeição passiva*".

10. Afirmam os impugnantes:

Ademais, o artigo 135 do CTN trata de responsabilidade pessoal e exclusiva, de modo que, ao ser invocado para justificar a exigência do crédito tributário perante o terceiro, não mais poderia subsistir a exigência fiscal em face do contribuinte.

É dizer, não há como se exigir a satisfação do crédito tributário perante a empresa e ao mesmo tempo de seu administrador invocando o artigo 135, inciso III, do CTN. Esse dispositivo tem aplicação nos casos em que o dirigente atua em benefício próprio, contra os interesses da pessoa jurídica que representa.

11. Sustenta o raciocínio no fato de que na execução fiscal a penhora do patrimônio dos sócios-gerentes somente se dá depois de se constatar a insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica executada. Traz ao conhecimento notável jurisprudência.

12. Requerem a exclusão dos sócios do polo passivo da obrigação tributária.

13. É o que importa relatar.

A decisão de primeira instância (e-fls. 1008 e ss) julgou pelo não acolhimento das alegações de nulidade e, no mérito, por manter integralmente os Autos de Infração impugnados, e igualmente por manter integralmente a imputação de responsabilidade passiva solidária aos sócios da sociedade empresária, senhores: Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Morara.

Cientificada da decisão de primeira instância em 03/01/2019 e 04/02/2019 (e-fls. 1052 e 1064) a sociedade empresária interpôs recurso voluntário, protocolado em 09/06/2014 (e-fl. 843), em que repete os argumentos já apresentados na impugnação. Solicita seja acatada a preliminar suscitada para reconhecer a ilegitimidade dos sócios Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Moreira para figurar no pólo passivo da presente demanda, pelo que deve ser desconsiderado os mesmos como responsáveis solidários no feito tributário.

Cientificado da decisão de primeira instância em 02/01/2019 (e-fls. 1049), o responsável passivo solidário e sócio da sociedade empresária, senhor Ademacio de Oliveira Silva não interpôs recurso voluntário.

Em atendimento ao Despacho de Saneamento- CARF (e-fls. 1107 e 1108), foi realizada a ciência por edital do sujeito passivo solidário e sócio Mário Utsch Moreira referente ao Acórdão de fls. 1008 a 1044, e este não interpôs recurso voluntário.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso da sociedade empresária Nutrimix é tempestivo e dele tomo conhecimento parcialmente.

Isto porque não conheço da parte do recurso voluntário (e-fls. 1070 e ss) em que a Nutrimix requer que este CARF reconheça a ilegitimidade dos sócios ADEMACIO DE OLIVEIRA SILVA e MÁRIO UTSCH MOREIRA para figurar no pólo passivo da presente demanda, pelo que a Nutrimix requer serem desconsiderados os mesmos como responsáveis solidários no feito tributário.

Isto porque as pessoas físicas e jurídicas não se confundem, e o gravame específico de cada um, se houver, deverá ser impugnado pelo, e somente pelo, agravado. A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais, pois o gravame é comum a todos: o pagamento do tributo. Mas, tal disposição não se aplica na hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante. Em outras palavras, só o responsável solidário poderá recorrer da imputação de responsabilidade respectiva. Tal entendimento pode ser inferido do disposto na Súmula CARF nº 71 e do disposto, no art. 58, da Lei 9.784/99,

Súmula CARF nº 71:

Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. (**Vinculante**, conforme [Portaria MF nº 277](#), de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 1402-00.423, de 28/01/2011 Acórdão nº 1201-00.267, de 20/05/2010
Acórdão nº 1402-00.093, de 26/01/2010 Acórdão nº 1103-00.043, de 01/10/2009
Acórdão nº 1401-00.047, de 13/05/2009 Acórdão nº 101-97.107, de 04/02/2009
Acórdão nº 103-23.649, de 18/12/2008 Acórdão nº 103-23.364, de 24/01/2008

Nesse sentido cite-se o Acórdão de No. 120100.267, de 20/05/2010, que é um dos que deram base à Súmula citada:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, COBRIGAÇÃO. TERCEIRO QUE SE UTILIZA DE 'INTERPOSTA PESSOA' PARA ADMINISTRAR SOCIEDADE. LAVRATURA DE TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. DIREITO DE DEFESA, IMPUGNAÇÃO. NULIDADE. ART. 59 DO DECRETO 70.235/72, ART. 9º, INC. II C/C ART. 58, DA LEI 9.784/99,

Terceiro contra quem a Receita Federal lavra Termo de Sujeição Passiva no curso do processo administrativo fiscal, é chamado a integrar a lide administrativa e, nessa qualidade, tem direito de resistir à pretensão estatal nos próprios autos, por meio de interposição de impugnação, podendo impugnar tanto a imposição de coobrigação quanto a legalidade da imposição fiscal, como qualquer elemento de fato ou de direito constante do auto de infração.

Dispõe o inc, II, do art. 9º c/c art 58, da Lei n. 9.784/99, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, serem legitimados para defesa no processo administrativo todos "aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada", sendo facultado o direito de interpor os recursos competentes, "aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida".

Observe que não se deu no recurso à segunda instância o mesmo que se verificou nas impugnações direcionadas à primeira instância, em que tanto a sociedade empresária como os responsáveis tributários apresentaram recursos em documentos separados.

Isto porque só a Nutrimix apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 1070 e ss), e neste documento só ela é identificada como a recorrente e só ela assina no seu final, por procurador (procuração e-fl. 887), com nova identificação da sociedade empresária recorrente.

Desta forma, e tendo em vista o disposto no art. 17 do Decreto 70235/72, considero definitiva a responsabilidade não impugnada pelos respectivos senhores Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Moreira.

Passo a apreciar os demais argumentos da Recorrente.

Quanto às alegações de nulidade, cabe registrar que, conforme o disposto no art. 59 do PAF, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, assim como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente, o que aqui não se verificou. A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, somente ocorre nas decisões de primeira e segunda instância, quando são aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O procedimento fiscal é inquisitório e aos particulares cabe colaborar com a autoridade administrativa, pois nessa fase não se formou ainda a relação jurídica processual e os particulares não atuam como parte. Isto somente acontece com o ato de lançamento ou de imposição de penalidades e a respectiva impugnação.

Deve-se acrescentar, ainda, que não se verificou qualquer nulidade formal no lançamento ocasionada pela inobservância do que dispõe o art. 10 da mesma norma. Os autos de infração foram lavrados cumprindo-se as formalidades legais essenciais, tal como determinado no art. 142 do CTN, descrevendo os fatos dados como infringidos, a multa aplicada e correspondente fundamento legal.

Conforme bem registrado pela autoridade julgadora de primeira instância, a Nutrimix, tendo optado pelo lucro real para o ano calendário 2013, estava obrigada a apresentar a documentação contábil exigida pela Autoridade Fiscal *a quo*, mas não cumpriu com suas obrigações acessórias nem durante o procedimento fiscal, nem, tampouco, no interregno entre a conclusão da ação fiscal e a apresentação da impugnação ora em julgamento. Desta forma justifica-se o arbitramento, com base no art. 530 do RIR/99.

Logo, não há de se cogitar em cerceamento de direito de defesa, quando é o contribuinte que, mesmo depois de intimado em mais de uma ocasião, abstém-se de produzir os elementos que poderiam ser empregados em seu favor.

Não procedem as alegações da impugnante de que o sujeito passivo da obrigação tributária teria cumpridos com todas as suas obrigações acessórias. Adicione-se que o mesmo sujeito passivo não manteve ou providenciou os documentos necessários requeridos de forma idônea e clara pela Fiscalização e não esclareceu a natureza de seus negócios, seja durante a Ação Fiscal, seja em sede de impugnação. Os valores que deram base ao arbitramento só foram acessados através de consulta aos sistemas públicos de escrituração digital (SPED).

Alega ainda a recorrente:

Foi autuada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base em quebra de sigilo bancário SEM ORDEM JUDICIAL, referente ao ano-base 2013, que exige imposto de renda pessoa jurídica pelo lucro arbitrado e seus reflexos (IRPJ PIS, COFINS e CSLL), sob o fundamento de que houve omissão de receitas presumida por depósitos bancários.

Não cabe reparos à decisão recorrida a respeito desta matéria. Isto porque a autuação não foi baseada em depósitos bancários. A receita base para o arbitramento corresponde ao somatório das saídas da pessoa jurídica, registradas em notas fiscais via SPED, diminuídas pela exclusões permitidas na legislação, conforme bem descrito no TVF (e-fls. 71 e ss):

Diante de todos os fatos mencionados acima, não sendo possível conhecer a receita bruta devido ausência de contabilidade, só restou ao FISCO o ARBITRAMENTO com base na receita apurada via SPED-NFe (SPED – NOTA FISCAL ELETRÔNICA).

Adicione-se que o art. 6º da LC 105/2001 deixa claro a possibilidade de as Autoridades Fiscais examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, desde que existente processo administrativo instaurado ou Procedimento Fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela Autoridade Administrativa competente. Constata-se que havia um procedimento fiscal em curso, consubstanciado pelo Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização - TDPF-F nº 06.1.10.00-2017-00028-8, e os exames da movimentação bancária se restringiram à consulta à DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira), a qual é apresentada pelas instituições financeiras. Logo, não houve quebra ilegal de sigilo bancário.

Adiciona a Recorrente:

O fundamento do arbitramento do lucro é dúbio. No Termo de Verificação Fiscal alega que o arbitramento tem fundamento no art. 530, III do RIR e, no corpo do auto de

infração, alega que o Livro Caixa não tinha toda a movimentação financeira. Portanto, não se sabe ao certo o porquê do arbitramento do lucro, o que dificulta até mesmo a defesa. De qualquer forma é nulo o arbitramento, além de totalmente irregular.

Não há ilegalidade no arbitramento do lucro, e as razões para o arbitramento foram claramente dispostas no citado TVF (e-fls. 71 e ss).

A FISCALIZADA informou prejuízo operacional e prejuízo fiscal na DIPJ referente ao ano-calendário de 2013 sem reunir condições materiais de comprová-los, por AUSÊNCIA de escrituração na forma das leis comerciais e fiscais.

Para o ano-calendário de 2013, apresentou DCTF apenas no mês de dezembro informando ausência de débitos para o período de janeiro a dezembro, ou seja, não declarou ou pagou qualquer tributo no ano-calendário de 2013.

Durante o ano calendário de 2013, o contribuinte apresentou SPED CONTRIBUIÇÕES (anexa aos autos) para todo os meses do ano. Para os meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho e outubro informou a totalidade das receitas com isenção de PIS e COFINS; já para os meses de abril, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro apurou valores irrisórios a título de PIS e COFINS incidente sobre pequena parcela da receita, os valores apurados foram compensados com valores a crédito não restando valor a pagar. Conclui-se que a quase totalidade da receita auferida no ano de 2013 foi declarada isenta a título de PIS e COFINS. O total da receita no valor de R\$159.937.347,12 informada no SPED CONTRIBUIÇÕES é bem superior ao valor de R\$83.277.503,67 informado na DIPJ.

(...)

Segundo informação prestada pelas instituições financeiras, via DIMOF (anexo aos autos) os valores movimentados a crédito pela FISCALIZADA no ano de 2013 foram da ordem de R\$ 143.531.397,63, o que é superior à receita anual declarada na DIPJ 2014 (ano-calendário 2013) no valor de R\$ 85.148.512,33, tratando-se de uma diferença aproximada na ordem de R\$ 58.382.885,30.

É substancial a diferença entre o valor informado a título de receita anual na DIPJ e a entrada de recursos nas contas movimentadas junto às instituições financeiras indicando OMISSÃO DE RECEITA. O valor total movimentado à crédito junto às instituições R\$ 143.531.397,63 se aproxima do valor apurado a título de receita bruta baseado nas informações constantes do SPED NF-e no valor de R\$152.874.719,20.

(...)

Na análise do histórico do contribuinte observamos uma série de irregularidades que seguem abaixo:

- Ausência de ECD para os anos calendários de 2011 a 2015. Em função de sua natureza jurídica, atividade econômica, receitas e apuração do IRPJ pelo Lucro Real o contribuinte é obrigado a entregar a ECD – Escrituração Contábil Digital referente ao período da FISCALIZAÇÃO em curso, ano-calendário 2013, de acordo com o Decreto 6022 de 22/01/2007 e Instrução Normativa 787 de 19/11/2007. Em todas as intimações encaminhadas ao contribuinte, o mesmo foi alertado para o fato de que caso não regularizasse a situação poderia ocasionar lançamento de ofício com base nos dados disponíveis, incluindo o seu enquadramento no LUCRO ARBITRADO de acordo com as hipóteses dos arts. 529 e 530 do

Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/1999), sem prejuízo de outras sanções

legais que couberem, art. 538 RIR;

- Ausência de LALUR;

- Para os anos-calendário de 2011 a 2013, apresentou DCTF apenas no mês de dezembro informando ausência de débitos para o período de janeiro a dezembro; já para

os anos-calendário de 2014 e 2015 a FISCALIZADA encontra-se omissa quanto a entrega de DCTF; para o ano-calendário de 2016 apresentou DCTF com atraso apenas após início do procedimento fiscal sendo que todas as declarações se encontram zeradas, tendo o contribuinte cumprido apenas com a obrigação acessória. Para todo o período mencionado de 2011 a 2015 o contribuinte não declarou, bem como não recolheu qualquer valor a título de tributos.

- Encontra-se omissa quanto a entrega de ECF para o ano de 2014 e 2015;
- O contribuinte informou na DIPJ referente ao ano-calendário de 2013 uma receita bruta no valor de R\$83.277.503,67, embora tenha sido apurado no SPED FISCAL no registro de saídas uma receita bruta no valor total de R\$156.597.047,57; bem como a FISCALIZAÇÃO tenha apurado com base no SPED NF-e uma receita bruta no valor de R\$156.416.877,39. Tal fato demonstra de forma clara ato intencional do contribuinte em omitir receita frente ao FISCO FEDERAL, uma vez que o valor da receita informado na declaração DIPJ é consideravelmente inferior ao valor apurado no SPED NF-e e no SPED FISCAL.
- Conforme informação prestada pelas instituições financeiras via DIMOF os valores movimentados a crédito pela FISCALIZADA no ano de 2013 foram da ordem de R\$ 143.531.397,63, o que é superior à receita anual declarada na DIPJ 2014 (ano-calendário 2013) no valor de R\$ 85.148.512,33, tratando-se de uma diferença aproximada na ordem de R\$ 58.382.885,30. É substancial a diferença entre o valor informado a título de receita anual na DIPJ e a entrada de recursos nas contas movimentadas junto às instituições financeiras indicando OMISSÃO DE RECEITA. O valor total movimentado à crédito junto às instituições

R\$ 143.531.397,63 se aproxima do valor apurado a título de receita bruta baseado nas informações constantes do SPED NF-e no valor de R\$152.874.719,20.

Resta claro, com as reiteradas práticas descritas, o intuito doloso de sonegação fiscal, tendo-se em vista que o contribuinte omitiu dolosamente informação para impedir ou retardar o conhecimento da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal. Além de não apresentar as declarações mencionadas acima, também não declarou, bem como não efetuou o pagamento de qualquer tributo no ano calendário 2013, bem como em outros períodos de forma reiterada, razão por que resta justificada a qualificação da multa de ofício aplicada.

Já o agravamento decorreu do fato de a contribuinte não haver atendido às exigências formuladas pela Autoridade Lançadora, como consta do relatório. Na impugnação interposta, a contribuinte limita-se a alegar, genericamente, que sempre atendeu a todas as determinações advindas da fiscalização, entretanto, ao analisar os fatos, constata-se a improcedência dessa alegação.

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente o recurso voluntário, deixando de apreciar os protestos da Nutrimix pela suposta ilegitimidade da responsabilidade dos sócios Ademacio de Oliveira Silva e Mário Utsch Moreira, afastar as preliminares de nulidade e no mérito negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

Fl. 14 do Acórdão n.º 1301-005.403 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10976.720046/2017-21