



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

Processo n° 10980.002743/2008-47
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° **1302-002.340 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de agosto de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente BSD COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA e Responsáveis tributários solidários: Rolando Rozemblum Elpern, Noemi Elpern Koliarevski Rozemblum, Isidoro Rozemblum Trosman e Karina Rozemblum Elpern.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. INTEMPESTIVIDADE.

Por intempestivo, não se conhece de recurso voluntário protocolizado após o prazo dos trinta dias seguintes à ciência da decisão de primeira instância, nos termos do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72

PRESUNÇÃO LEGAL - OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Caracterizam-se como omissão de receita ou de rendimento, por presunção legal - *juris tantum* - os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

NOVO LANÇAMENTO. LUCRO ARBITRADO. LUCRO REAL.

Em novo lançamento efetuado, não há que se falar em dedução da base de cálculo apurada com base no lucro arbitrado aquela anteriormente apurada com base no lucro real.

CONTRADITÓRIO. INÍCIO.

Somente com a impugnação inicia-se o litígio, quando devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Não logrando os recorrentes infirmar a imputação de sujeição passiva solidária, não há como afastá-los do pólo passivo.

REEXAME. MESMO EXERCÍCIO.

Em relação ao mesmo exercício, é possível um segundo exame mediante ordem escrita da autoridade competente.

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. PIS. Cofins.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado o evidente intuito da sonegação.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

JUROS DE MORA. SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. Cofins.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao IRPJ em face da estreita relação de causa e efeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário do contribuinte (pessoa jurídica) por intempestivo, e, NEGAR provimento ao recurso voluntário interposto pelos responsáveis tributários, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Rogério Aparecido Gil, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca e Julio Lima Souza Martins. Ausentes justificadamente os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado e Carlos Cesar Candal Moreira Filho.

Relatório

De início, registro que o colegiado da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento desse Conselho Administrativo - CARF, em sessão realizada no dia 12/06/2013 (e-fls.2.615/2627), por unanimidade de votos, proferiu o Acórdão nº 1101-000.905 no sentido de tornar nulo o Acórdão nº 14-20.391 - 3ª Turma da DRJ/RPO, de 11/09/2008 (fls. 2.489/2.507) que, sob o fundamento de incompetência do órgão administrativo de julgamento, deixou de apreciar impugnação contra vínculo de responsabilidade tributária.

Cientificados os interessados (contribuinte e coobrigados) da decisão do CARF, e, prosseguindo no feito, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Ribeirão Preto/SP) proferiu nova decisão mediante o Acórdão nº 14-54.160, de 16 de outubro de 2014 (e-fls.2.648/2666).

Por economia processual e bem descrever os fatos, adoto parte do relatório da nova decisão exarada (e-fls.2.648/2.666) que a seguir transcrevo:

Em ação fiscal procedida na empresa supra, doravante denominada BSD, segundo consta da descrição dos fatos, foi arbitrado o lucro dos períodos-base de 2003 e 2004, com base na no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999) – Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 –, art. 530, III, tendo em vista que ela, notificada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme termo de início de fiscalização e termo de intimação, deixou de apresentá-los.

Foi apurada, ainda, omissão de receitas, no mesmo período, decorrente de depósitos bancários não escriturados, cujos valores constam dos extratos das contas bancárias da empresa.

O crédito tributário lançado totalizou R\$ 20.650.019,44 (vinte milhões e seiscentos e cinqüenta mil e dezenove reais e quarenta e quatro centavos), conforme demonstrativo de fl. 2, tendo sido lavrados os seguintes autos de infração:

I – Imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) – fls. 1.795/1.804.

...

Enquadramento legal: Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, arts. 27, I, e 42; RIR/1999, arts. 532 e 537.

II – Contribuição para o PIS – fls. 1.805/1.813.

...

Enquadramento legal: Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970, arts. 1º e 3º; Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 24, § 2º; e Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, arts. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91.

III – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) – fls.1.814/1.823.

...

Enquadramento legal: Decreto nº 4.524, de 2002, arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91.

IV – Contribuição social (CSLL) – fls. 1.824/1.833

Enquadramento legal: Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º e §§; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24; Lei nº 9.430, de 1996, art. 29; Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, art. 37.

O termo de verificação fiscal de fls. 1.787/1.794 descreve em detalhes a ação fiscal, destacando, ainda, os seguintes fatos:

1. Interposição de pessoas: todos os elementos e documentos apontam na direção de que a fiscalizada foi mais uma das empresas constituídas para dar continuidade às operações de sonegação fiscal e importação fraudulenta do Grupo Sundown (posteriormente denominada Exteima), de propriedade e administrada pela família Rozenblum Trosman;

2. A família Ronzenblum Trosman, de nacionalidade uruguaia, nas pessoas de Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Ronzenblum Elpern, Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum e Karina Rozenblum, tinham como modus operandi a constituição de empresas com pessoas de poucos recursos financeiros, que geralmente possuíam uma pequena parte das quotas de capital, sendo que a sócia majoritária geralmente é uma empresa de fachada do Uruguai, sempre com o intuito de ocultar os verdadeiros donos do negócio, que administravam a empresa por intermédio de procurações;

3. Ficou caracterizada a sujeição passiva solidária dos Srs. Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Ronzenblum Elpern, Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum e Karina Rozenblum, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), art. 124, tendo em vista a ligação de interesse comercial entre a fiscalizada e as empresas do grupo Sundown, e as ligações pessoais entre os sócios da BSD e os proprietários e administradores das empresas do grupo Sundown, conforme documentos anexos (fls. 131/259);

4. Da análise dos extratos bancários, ficou constatado que os valores creditados nas contas da empresa, nos anos de 2003 e 2004 (R\$ 58.861.317,98 e R\$ 53.048.946,65, respectivamente), a título de depósitos, cobrança, descontos de duplicatas e outros créditos, é superior aos valores declarados pela empresa (R\$ 18.685.994,18 e R\$ 9.208.108,70), na Declaração de Informações Econômico- Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ);

5. Tendo em vista que a empresa fiscalizada é constituída por interposta pessoa, empresa off shore com sede no Uruguai, e pelo fato de que as irregularidades apontadas tratam de infrações continuadas, nos períodos de janeiro/2002 a dezembro/2004, operações bancárias não contabilizadas, fatos esses que evidenciam ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária principal, fica caracterizada a sonegação fiscal, prevista na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 71, caput e inciso I, ficando a contribuinte sujeita à multa

qualificada prevista no art. 44, II, e art. 80 da Lei nº 9.430, de 1996;

6. A fiscalização foi encerrada parcialmente, com referência ao ano calendário de 2002 por meio dos processos administrativos nº 10980.016004/2007-51 e 10980.016007/2007-95;

7. Foi elaborada Representação Fiscal para fins penais, cuja comunicação ao Poder Judiciário será formalizada, conforme determinação da Portaria SRF nº 326, de 15 de março de 2005, art.1o.

Notificada do lançamento em 29/02/2008, conforme autos de infração, a interessada, por intermédio de seu sócio Paulo Oscar Goldstein, ingressou, em 01/04/2008, com a impugnação de fls. 1.887/1.910, alegando, em suma:

- Ofensa ao artigo 149 do Código Tributário Nacional (CTN), tendo em vista que o auto impugnado é resultado de fiscalização de revisão de anterior procedimento, realizado nos autos do Processo nº 10980.014135/2005-32, e não houve motivação suficiente e idônea a autorizar essa fiscalização;*
- Cumpria aos autuantes demonstrar também a ocorrência de erro de fato ou erro de direito, hábil a justificar a necessidade e a legalidade da revisão;*
- Por força da ausência de manifestação quanto aos critérios e elementos utilizados na fiscalização realizada no Processo nº 10980.014135/2005- 32, objeto de revisão, devem ser corrigidos os equívocos constantes do auto de infração impugnado, especialmente no que tange à compensação dos valores encontrados com aqueles constituídos no auto de infração;*
- Embora a fiscalização informe que abateu do valor apurado como devido no auto de infração as quantias lançadas no auto de infração lavrado naquele processo, a metodologia de cálculo adotada está completamente equivocada, pois deveria proceder à compensação entre a base de cálculo encontrada na primeira fiscalização (apurada com base no lucro real) com a base de cálculo obtida na fiscalização de revisão, tanto para o IRPJ quanto para a CSLL;*
- Improcedência dos lançamentos relativos ao PIS e à Cofins, pois, no demonstrativo de reconstituição da base de cálculo dessas contribuições, a fiscalização desconsiderou valores pagos a maior e os valores lançados no auto de infração anterior, que se encontram reconhecidos como devidos e vêm sendo devidamente pagos, no parcelamento;*
- No que se refere à multa aplicada no auto de infração, a sanção imposta desobedeceu aos preceitos normativos, “ao não lhe possibilitar a ciência de no curso do procedimento de fiscalização poderia ocorrer não apenas a constituição de crédito tributário, mas também a imposição de grave sanção administrativa”, tendo em vista que se encontravam em poder da*

fiscalização desde o início dos trabalhos, em dezembro de 2006, que se decidiu autorizar o procedimento em questão;

- Aplicam-se ao presente caso as disposições contidas nos arts. 2º, X, 3º e 38, caput, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que asseguram aos interessados a ciência e tramitação e a apresentação de razões de fato e de direito que deverão ser consideradas pela Administração antes de ser proferida decisão administrativa que venha a afetar direitos ou interesses do particular;*
- Está caracterizada a ofensa aos dispositivos legais supracitados, às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), corolários do devido processo legal (art. 5º, LIV);*
- A imposição da multa prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, deverá ser invalidada pela inexistência de motivação idônea a demonstrar a ocorrência da conduta típica infracional;*
- A motivação exposta no auto de infração, quanto à presença de empresa off shore com sede no Uruguai nos seus atos constitutivos não reflete, minimamente, a prática de qualquer conduta 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, conduta essa prevista no tipo infracional indicado no auto de infração como tendo sido violado;*
- Nada há no ordenamento jurídico pátrio dispositivo que vede a possibilidade de empresa estrangeira integrar a constituição de uma empresa nacional;*
- A referência genérica a infrações continuadas nos períodos de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, operações bancárias não contabilizadas, é igualmente incapaz de sustentar a imposição de multa agravada;*
- A mera referência genérica a suposta ocorrência de dolo ou, ainda, a simples transcrição do dispositivo legal indicado não constitui motivação idônea à imposição de multa, especialmente quando se trata de sanção relacionada a possível intuito de sonegação e no patamar da que foi imposta à impugnante, uma vez que se trata de privação de direitos patrimoniais do particular;*
- O dolo deve ser devidamente provado, não bastando, para sua caracterização, a simples opinião do agente fiscal responsável pela lavratura do ato, como está ocorrendo, pois a fiscalização contestada se deu sob a modalidade de arbitramento, diante da impossibilidade da apresentação dos documentos contábeis, ou seja, a contabilidade não foi analisada, tendo eles afirmado a existência de operações bancárias não contabilizadas;*
- Tudo indica que os auditores-fiscais trabalharam com uma mera presunção, porém o dolo não se presume, não pode resultar de uma mera conjectura, cabendo à Administração o*

ônus da prova relativa ao dolo, entendimento pacificado no âmbito do Conselho de Contribuintes;

- *A conduta da empresa BSD, durante todo o curso da fiscalização, foi no sentido de atender, na medida do que lhe era possível, a todas as solicitações formalizadas pelos autuantes, dentro dos prazos que lhe foram assinalados, comportamento claramente oposto àquele que descrito pela fiscalização para justificar a imposição da multa agravada;*

- *Não havendo prova da efetiva ocorrência de dolo por parte da empresa impugnante, ou ainda havendo elementos concretos que demonstram justamente a não-caracterização desse tipo de comportamento, não pode prevalecer a imposição da multa qualificada.*

Requeru o provimento da impugnação, para o fim de proceder à invalidação do lançamento ou, subsidiariamente, a redução dos valores encontrados pelos autuantes.

Os responsáveis solidários também foram notificados, sendo que Karina Rozenblum, por meio do aviso de recebimento, em 10/03/2008, e Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Rozenblum Elpern e Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum, por meio dos editais de fls. 1.864/1.866, afixados em 05/03/2008, e ingressaram, representados pelo advogado Julio Assis Gehlen (procurações de fls. 1.935, 1.937, 1.939 e 1.941), em 07/04/2008, com as impugnações de fls. 1.911/1.932, 2.051/2.072, 2.191/2.211 e 2.327/2.348, alegando, em suma:

- *Preliminarmente, impossibilidade de prosseguimento do processo administrativo até a conclusão da Ação Penal Pública nº 2006.70.00012299-7, pois a questão relativa à possibilidade de inclusão dos impugnantes na condição de responsáveis tributários é oriunda do que está sendo debatido naquela ação proposta pelo Ministério Público Federal e em trâmite na 2ª Vara Criminal de Curitiba-PR;*

- *Nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa, pois os impugnantes não participaram das diligências realizadas anteriormente à lavratura do auto de infração;*

- *Erro na compensação do valor exigido no auto de infração, por erro na metodologia de abatimento dos valores lançados pela fiscalização quando da lavratura do auto de infração constante do processo nº 10980.01413/2005-32;*

- *Inaplicabilidade da multa majorada, pois não houve 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;*

- *A suposição de que a empresa fiscalizada é constituída por interposta pessoa, empresa off shore com sede no Uruguai, não é motivo determinante para configuração de sonegação fiscal;*

- *Não prospera também a afirmação de que houve infrações continuadas nos períodos de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, pois a autuação semente se refere a março de 2003 a dezembro de 2004;*
- *O arbitramento do lucro não é penalidade, sendo apenas mais uma forma de apuração dos resultados; sendo assim, a não apresentação da escrituração contábil é que motivou o arbitramento dos lucros, não se justificando o agravamento da penalidade;*
- *Ofensa ao princípio constitucional do não-confisco, implícito na CF, art. 5º, XXII, na aplicação da multa equivalente a 150%;*
- *Inaplicabilidade da taxa Selic como taxa de juros, pois essa taxa não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, seja porque carente de legislação que a institua (contrariando o disposto no art. 161, § 1º, do CTN) ou porque os valores acumulados de tal taxa em nada coadunam com o dispositivo constitucional (art. 192, § 3º); e ainda porque sua natureza é de juros remuneratórios, e não moratórios, contrariando mais uma vez o dispositivo do CTN, norma de hierarquia superior à que traz a taxa Selic como aplicável aos débitos de natureza fiscal (Lei nº 9.065, de 1995);*
- *Decadência do direito de lançar, para os fatos geradores ocorridos antes de março de 2003, nos termos do CTN, art. 150, § 4º, uma vez que a ciência do auto de infração ocorreu somente em 10/03/2008.*

Requereram: a determinação do sobrestamento do feito até que seja concluído o trâmite da Ação Penal Pública nº 2006.70.00012299-7, ou que o teor das alegações finais apresentadas ao juízo criminal e as razões de defesa eventualmente apresentadas pela empresa BSD sejam consideradas como parte de sua defesa; a declaração da improcedência da autuação ou, em caso negativo, que a multa aplicada não ultrapasse 20% dos tributos exigidos e que seja determinada a exclusão da taxa Selic; que as intimações sejam realizadas exclusivamente na pessoa do advogado subscritor.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Ribeirão Preto/SP) negou provimento às impugnações (da pessoa jurídica e dos responsáveis solidários) em nova decisão proferida no venerando, Acórdão nº **14-54.160**, de 16 de outubro de 2014, assim ementado (fl. 2.648):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

ANO-CALENDÁRIO: 2003, 2004

NOVO LANÇAMENTO. LUCRO ARBITRADO. LUCRO REAL.

Em novo lançamento efetuado, não há que se falar em dedução da base de cálculo apurada com base no lucro

arbitrado aquela anteriormente apurada com base no lucro real.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL ANO-CALENDÁRIO: 2003, 2004 CONTRADITÓRIO. INÍCIO.

Somente com a impugnação inicia-se o litígio, quando devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Não logrando os impugnantes infirmar a imputação de sujeição passiva solidária, não há como afastá-los do pólo passivo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO ANO-CALENDÁRIO: 2003, 2004

REEXAME. MESMO EXERCÍCIO.

Em relação ao mesmo exercício, é possível um segundo exame mediante ordem escrita da autoridade competente.

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. PIS. COFINS.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

SIMULAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Quando provado que o contrato social da pessoa jurídica contém falsidade ideológica, dada a utilização de interpostas pessoas, resta configurado o evidente intuito de fraude.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado o evidente intuito de fraude.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

JUROS DE MORA. LIMITE CONSTITUCIONAL.

A prescrição constitucional que limita os juros de mora é norma de eficácia contida e dependente de legislação complementar.

A pessoa jurídica tomou ciência da referida decisão de 1ª instância, mediante o Edital (e-fl.2672) afixado em 23/10/2014 e desafixado em **07/11/2014**; a responsável solidária - Karina Rozenblum, por meio do Aviso de Recebimento (AR), em **28/10/2014** (e-fl.2.683). Os demais reponsáveis solidários (Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Rozenblum Elpern e Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum) e seus procuradores legais (Valmir Schereiner Maran e Julio Assis Gehlen) foram cientificados da decisão também por Aviso de Recebimento (AR), em **28/10/2014** (e-fls.2.678/2.682 e 2.684).

A pessoa jurídica, **reconhecendo que foi intimada por Edital**, interpôs Recurso Voluntário, em **10/12/2014**, e-fls. 2.728/2.755, por intermédio de seu sócio Paulo Oscar Goldstein, apresentando, no essencial os mesmos argumentos despendidos na impugnação, portanto, desnecessário repeti-los.

Os responsáveis solidários Karina Rozenblum, Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Rozenblum Elpern e Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum) apresentaram em **27/11/2014**, Recurso Voluntário único, representados pelo novo advogado Anderson Borcat Barberi - OAB/PR nº 38689 (procurações com substabelecimento, e-fls. 2.160, 2.161, 2.162/2.163, 2.164/2.165, 2.166/2.167, constantes do Processo nº 10980.002741/2008-58, conexo, dos mesmos sujeitos passivos, julgado nessa mesma sessão também de relatoria desta conselheira).

O Recurso Voluntário dos responsáveis repisam, no essencial, os mesmos argumentos seus e da pessoa jurídica, despendidos nas impugnações, portanto, desnecessário repeti-los.

Especificamente quanto ao pleito para excluir as pessoas físicas do polo passivo da autuação (responsabilidade solidária), o patrono dos recorrentes aduz:

DA RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

Na decisão ora atacada, quanto à responsabilização dos ora recorrentes não houve qualquer pronunciamento. Há apenas referência de que a análise dos fatos relatados caberá à Procuradoria da Fazenda Nacional. Veja-se: (fls. 2.498 dos autos)

Assim sendo, fácil é de concluir que caberá à Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão incumbido da inscrição da dívida ativa, a análise das circunstâncias relatadas pela fiscalização e, entendendo que aqueles senhores realmente se encontram na condição prevista no CTN, art.124, I, fazer constar seus nomes como responsáveis. Em hipótese contrária, proceder de forma diversa.

Com a devida vênia, a análise dos elementos existentes nos autos se faz indispensável na fase administrativa, sob pena de impossibilitar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Cumprе esclarecer que em casos similares houve a análise dos documentos carreados nos autos, visando à definição quanto à responsabilidade pelo crédito tributário. Alguns exemplos, colhidos do Egrégio Conselho de Contribuintes, podem ser citados:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 1999, 2000, 2001, 2002 Ementa:
RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO -
EXCLUSÃO - Há que se excluir a responsabilidade pelo crédito tributário, atribuída com fulcro nos arts. 124 e 135 do CTN, quando não restam comprovados nos autos os pressupostos que embasaram essa imputação.*

*OMISSÃO DE RECEITAS - SAÍDAS NÃO TRIBUTÁVEIS -
Devem ser excluídos das omissões de receitas apuradas pelo Fisco os valores comprovadamente correspondentes a saídas não tributáveis.*

ERRO DE PREENCHIMENTO DA DIPJ - LANÇAMENTO IMPROCEDENTE - Constatado que o Fisco se valeu, para o lançamento, de informações resultantes de preenchimento incorreto da DIPJ, o lançamento deve ser exonerado.

(1º Conselho de Contribuintes - Processo nº 13603.002274/2005-17 - Recurso nº 155147 - 5ª Câmara - Relator Waldir Veiga Rocha - Julgamento em 27/05/2008)

*IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ -
EXERCÍCIO: 2000 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA -
Sujeição passiva indireta que se afasta eis que não foram reunidos nos autos elementos capazes de aferir, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, que o integrante do quadro societário da empresa à época da ocorrência dos fatos agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*

(1º Conselho de Contribuintes - Processo nº 10508.000642/2005-74 - Recurso nº 155688 - 5ª Câmara - Relator Wilson Fernandes Guimarães - Julgamento em 23/05/2007)

Não caracterizada a responsabilidade pessoal de terceiros nos termos do art. 135 do CTN, rejeita-se a arguição de ilegitimidade passiva.

Recurso a que se nega provimento. Excluída, de ofício, a multa ao art. 526, IX do R.A., por não ter ocorrido infração ao controle administrativo das importações.

(3º Conselho de Contribuintes - Processo nº 10983.001455/93-34 - Recurso nº 116493 - 3ª Câmara - Relator Sandra Maria Faroni)

É o relatório.

Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa - Relatora

1. Do Recurso Voluntário do contribuinte

Conforme relatado, o contribuinte reconhece que teve ciência do acórdão de 1ª instância, ora recorrido, mediante o edital (e-fl.2.672), afixado em **23 de outubro de 2014** (quinta feira) e desafixado em **07/11/2014** (sexta feira), considerando-se cientificado *15 (quinze) dias após a publicação do edital*, nos termos do art.23 (inciso IV, § 2º) do Decreto nº 70.235/1972, portanto, após o 15º (décimo quinto) dia da data de afixação do Edital. Entretanto, sendo o dia 8 de novembro de 2014 um sábado, deve-se contar o prazo a partir do primeiro dia útil subsequente, ao dia **07/11/2014**, ou seja, **10 de novembro de 2014** (segunda-feira).

Tendo em vista o trintídio legal previsto no art. 33 do Decreto 70.235/72, afigura-se o dia **9 de dezembro de 2014**, quarta-feira, como prazo fatal para a entrega do recurso voluntário. Portanto, o presente recurso apresentado pelo contribuinte, é manifestamente intempestivo, pois, somente protocolizado em 10/12/2014.

Assim, diante da intempestividade acima explicitada, dele **não** conheço.

2. Do Recurso Voluntário dos Responsáveis

2.1 - Da tempestividade

Quanto aos responsáveis solidários, foram cientificados da nova decisão de 1ª instância, conforme Avisos de Recebimento, em 28/10/2014, e, apresentaram Recurso Voluntário único em 27/11/20014, portanto, é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Dele conheço.

Observo que, com o Recurso Voluntário único dos coobrigados, representados pelo novo advogado Anderson Borcat Barberi - OAB/PR nº 38689, não localizei o documento de representação legal, todavia, por economia processual, acolho as procurações com substabelecimento, que menciona o presente processo, e-fls. 2.160, 2.161, 2.162/2.163, 2.164/2.165, 2.166/2.167, do Processo nº 10980.002741/2008-58, conexo, relativo aos mesmos sujeitos passivos, julgado nessa mesma sessão também de relatoria desta conselheira).

2.2 - Preliminares

2.2.1 - Cerceamento de defesa

Aduzem os COBRIGADOS a nulidade dos autos de infração, sob argumento de que não teriam participado das diligências realizadas anteriormente à lavratura do auto de infração.

Não assiste razão aos recorrentes. Nesse ponto concordo com a decisão recorrida, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, transcrevendo seus termos conforme faculta o art.50, § 1º, da Lei nº 9.784/99:

Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, 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.

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

Ademais, prescreve o citado Decreto que:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo. Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

Ademais, no presente caso, todas as intimações foram recebidas pelo sócio que consta do contrato social como responsável pela administração da empresa (fls. 359/394), a qual, como visto, é o sujeito passivo da obrigação tributária. O art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata das intimações, assim estabelece:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

*I – pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, **provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto**, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997)*

II – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997)

Após a ciência do lançamento, o contribuinte tem o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no órgão preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os

documentos em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

2.2.2 - Nulidade

Os Recorrentes arguem a nulidade do lançamento por suposta ofensa ao artigo 149 do CTN, na medida em que se trataria de fiscalização de revisão de procedimento anterior, realizado nos autos do Processo nº 10980.014135/200532, sem que houvesse motivação suficiente e idônea a autorizar essa fiscalização.

Sobre a autorização para o reexame consta o seguinte no Termo de Verificação Fiscal (fl.1930):

No exercício de nossas funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0910100.2006 -01013 -3, efetuamos a fiscalização do estabelecimento acima identificado, no que tange às obrigações tributárias previstas no Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados - RIPI, Decreto nº 4.544 de 26/12/2002 e Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3000 de 29/03/1999 e atualizações, especificamente as operações determinadas no MPF, no período de janeiro/2002 a dezembro/2004, tendo sido constatado o seguinte:

O Contribuinte foi notificado do procedimento fiscal mediante recebimento do Mandado de Procedimento Fiscal em 16/11/2006, tendo nesta data também recebido Termo de Início de Fiscalização, doc. fls.10 e 11. Foi entregue nesta mesma data, cópia de autorização para reexame de período já fiscalizado, doc. fl. 09.

(GRIFEI)

A alegação dos recorrentes não tem substância, visto que, no caso sob análise, verifica-se ter sido atendido o dispositivo legal que trata da possibilidade de segundo exame relativo a exercício já anteriormente fiscalizado, ou seja, o art. 906 do RIR/1999, transcrito abaixo:

Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art.34).

Como se vê, a previsão legal acima é no sentido de que haja uma ordem escrita autorizando o reexame de exercício já fiscalizado, ordem essa presente desde o início da ação fiscal (fl. 9).

Vale exaltar, que não houve revisão de ofício, ou ainda, alteração em critério jurídico do lançamento. O que se detectou é que havia parcela de omissão de receita não lançada inicialmente.

Preliminar rejeitada.

2.2.3 - Decadência

Os Recorrentes alegam que o Auto de Infração exige a Cofins e o PIS devidos pela empresa BSD no período de 01/2003 a 12/2004, porém, decaído o direito do Fisco de efetuar o lançamento das contribuições cujos fatos geradores ocorreram antes de março de 2003, já que os recorrentes tomaram ciência do presente auto de infração somente em 10/03/2008.

Conforme relatado, nos autos de infração fora aplicada a multa por infração qualificada sob o entendimento de que restou comprovado o evidente intuito de fraude.

Tal matéria será tratada em ponto específico deste voto que se discorrerá adiante. Assim, a decadência será analisada após a análise das razões que ensejaram o lançamento com a multa qualificada.

2.3 - Mérito

2.3.1 - Da inexigibilidade do IRPJ e CSLL

Os Recorrentes alegam *Erro na compensação do valor exigido no auto de infração*, por erro na metodologia de abatimento dos valores lançados pela fiscalização quando da lavratura do auto de infração constante do processo nº 10980.01413/2005-32.

O presente processo trata de autos de infração relativos ao IRPJ e reflexos dos anos calendário de 2003 e 2004, em que se arbitrou o lucro da empresa, com base no RIR/1999, art.530, III, tendo em vista que ela, notificada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme termo de início de fiscalização e termo de intimação, deixou de apresentá-los, bem como se apurou omissão de receitas decorrente de depósitos bancários não escriturados, cujos valores constam dos extratos das contas bancárias da empresa.

Conforme descritos nos autos de infração a omissão de receita, restou caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A mesma infração fora cometida pela autuada, objeto do Processo nº 10980.016004/2007-51, relativo ao ano calendário 2002, cujos excertos do Acórdão nº **1402-002.120** de 1/03/2016, da 4a. Câmara/2ª Tuma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento do CARF, a seguir transcrevo, e que também adoto como razão de decidir em relação ao art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

...

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta

bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (fl.2.228) a pessoa jurídica, foi regularmente intimada (fls.15 a 265 e 268) a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente, não o fazendo durante o procedimento fiscal, e tampouco em sede de impugnação ou recurso voluntário.

Assim sendo, confirma-se a omissão de receita apontada pelo Fisco.

No tocante aos argumentos trazidos pelos Recorrentes a respeito das bases de cálculos exigidas, perfeitas as considerações da decisão recorrida, e, à míngua de qualquer nova consideração por parte dos Recorrentes solidários, em relação à matéria, tal decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos:

A impugnante não questiona a situação fática que originou o lançamento combatido (arbitramento do lucro e apuração de omissão de receitas com base em depósitos bancários). Seus protestos voltaram-se apenas contra o cálculo dos tributos devidos, por entender que houve equívocos no que tange à compensação dos valores apurados no Processo nº 10980.014135/2005-32.

No entender da interessada, a fiscalização deveria ter procedido à compensação entre a base de cálculo encontrada na primeira fiscalização (apurada com base no lucro real) com a base de cálculo obtida na “fiscalização de revisão”, tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, o que resultaria em um menor valor devido desses tributos.

Ora, nada mais incorreto do que o entendimento da fiscalizada. Isso porque, uma vez arbitrado o lucro, todo o resultado da empresa se submete a essa forma de tributação. Por isso, como os valores dos créditos bancários no ano-calendário de 2003 (R\$ 58.861.317,98), cuja origem não foi comprovada pela fiscalizada, são muito superiores à receita declarada (R\$ 18.685.994,18) e à omissão de receitas apurada naquele processo (R\$ 986.218,92), o entendimento que se denota do lançamento é de que estes valores estão incluídos naquele que foi considerado a receita bruta, sobre a qual se arbitrou o lucro, descontando, contudo, dos tributos assim apurados, aqueles apurados no lançamento anterior.

No meu entender, no lançamento poderia ter sido arbitrado o lucro também sobre a receita declarada, uma vez que a

fiscalizada não comprovou que nenhum dos valores creditados em sua conta-corrente tem origem naquelas receitas. É o que se depreende da leitura do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que deu base ao lançamento:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Portanto, o procedimento adotado no lançamento ainda foi mais benéfico à autuada.

Com relação aos autos de infração reflexos (PIS, Cofins e CSLL), sendo decorrentes das mesmas infrações tributárias que motivaram a autuação relativa ao IRPJ (lançamento principal), deverá ser aplicada idêntica solução, em face da estreita relação de causa e efeito, analisando-se os argumentos específicos apresentados para cada um.

2.3.2 - Da inaplicabilidade da multa majorada

Sobre tal matéria consta o seguinte no Termo de Verificação Fiscal (fl.2.230)

Qualificação da Multa — Tendo em vista que a empresa fiscalizada é constituída por interposta pessoa com poucos recursos financeiros e ainda tem como sócia majoritária uma empresa de fachada (off shore) com sede no Uruguai, e também, pelo fato de que as irregularidades apontadas se tratam de infrações continuadas nos períodos de janeiro/2002 a dezembro/2004, 0110 operações bancárias não contabilizadas, fatos estes que evidenciam ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária principal, fica caracterizada a sonegação fiscal, prevista no artigo 71 caput e inciso I da Lei 4.502 de 1964. Assim fica o contribuinte sujeito à multa qualificada prevista no artigo 44, inciso II e artigo 80 inciso II da Lei 9.430/96.

A decisão recorrida para a manutenção da multa qualificada de 150%, adotou como fundamento os seguintes fatos:

...

No presente caso o dolo resta caracterizado ao se concluir que o contrato social da pessoa jurídica contém falsidade ideológica, porquanto figuram neste “interpostas pessoas”, com o intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais do contribuinte, fugindo do pagamento do imposto, uma vez que os sócios que constam do quadro societário não têm disponibilidade financeira para cumprir com essa obrigação. Assim, descabidas as alegações de que o dolo teria sido presumido.

Quanto à referência feita pelo autuante para a aplicação da multa qualificada, de infrações continuadas, também restou

comprovada essa ocorrência no processo, pois foram apuradas omissões de receitas nos anos-calendário de 2002 (Processo nº 10980.016004/2007-), 2003 e 2004.

Dessa forma, restando comprovado o evidente intuito de fraude, é de ser aplicada a multa qualificada no percentual de 150%.

Para melhor entendimento, transcreve-se, a seguir, o art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

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

I de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

[...]

Conforme se observa, nos termos do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, como previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Desse modo, a multa de 150% de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

Nesse ponto, entendo que, ainda que configurada fraude ao contrato social da pessoa jurídica, em virtude de a empresa fiscalizada ser constituída por interposta pessoa com poucos recursos financeiros e ainda ter como sócia majoritária uma empresa de fachada (off shore) com sede no Uruguai, são fatos que repercutem na responsabilidade tributária mas por si só não configura fraude e sonegação de tributos, mormente quando se verificou que tais fatos não tiveram o efeito de impedir o lançamento de ofício, e sua tributação se deu por presunção legal de omissão de receitas, em virtude de receitas apuradas pelo Fisco decorrentes dos depósitos bancários de origem não comprovada em nome da pessoa jurídica e, não em nome de interposta pessoa.

De outra banda, conforme o Termo de Verificação Fiscal, as irregularidades apontadas, que motivaram a autuação, *se tratam de infrações continuadas nos períodos de janeiro/2002 a dezembro/2004, 0110 operações bancárias não contabilizadas*, fatos estes que evidenciam ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária principal, pelo que fica caracterizada a sonegação fiscal, prevista no artigo 71 caput e inciso I da Lei 4.502 de 1964. Assim fica o contribuinte sujeito à multa qualificada prevista no artigo 44, inciso II e artigo 80 inciso II da Lei 9.430/96.

As conclusões deste voto são de que a empresa sonegou receitas, ou seja, ao declarar a menor que a receita bruta realmente auferida, sistematicamente, em períodos repetidos, não contabilizando os depósitos bancários, o que evidencia a intenção dolosa da litigante de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. O dolo é elemento específico da sonegação, que a diferencia da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos na declaração de ajuste, seja ela pelos mais variados motivos que se aleguem.

Assim, constatada a sonegação e dolo, correto o lançamento da multa qualificada de 150%

Os Recorrentes também alegam que, *a multa aplicada, como se depreende do demonstrativo de multa e juros de mora, foi equivalente a 150%, em manifesta ofensa ao princípio constitucional do não-confisco, consagrado implicitamente pela Constituição, em seu artigo 5º, XXII.*

No que tange ao aspecto confiscatório da multa, alegado pelos recorrentes, a exigência decorre de expressa disposição legal, não cabendo a esse órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 desse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, verbis:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Decadência

Os Recorrentes alegam ter ocorrido decadência em relação ao PIS e a Cofins referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2003.

Em relação à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, assim como a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observa na ementa do REsp 973.733/SC, 1ª Seção, DJe 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN.

IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel.

Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, antea configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Conforme demonstrado acima, na análise da multa qualificada, restou mantida a aplicação da multa de 150%, porque caracterizada a sonegação e dolo no caso dos presentes autos, o que de plano afasta a aplicação do prazo à homologação, de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, e, conseqüentemente a contagem do prazo decadencial deve-se dar com amparo na regra geral do art. 173, I, do CTN, iniciando a sua contagem no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Com efeito, com relação aos fatos geradores ocorridos até março de 2003, que poderiam ser exigidos dentro do próprio ano-calendário, o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2004 e teria seu termo final em 31/12/2008. Tendo a ciência do auto de infração ocorrido em 29/02/2008, conforme autos de infração, deve ser afastada a preliminar de decadência do direito de lançar os tributos ora exigidos e refutados pelos Recorrentes.

2.4 - Responsabilidade tributária

Os Recorrentes repisam que, *a análise dos elementos existentes nos autos se faz indispensável na fase administrativa, sob pena de impossibilitar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa*. E que, *em casos similares houve a análise dos documentos carreados nos autos, visando à definição quanto à responsabilidade pelo crédito tributário. Alguns exemplos, colhidos do Egrégio Conselho de Contribuintes, podem ser citados*:

Ora, havia substância em tal argumentação, antes do Acórdão nº 1101-000.905, de 12/06/2013 (e-fls.2.615/2627) exarado pelo colegiado da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento desse Conselho Administrativo - CARF que, anulou o Acórdão nº 14-20.391 - 3ª Turma da DRJ/RPO, de 11/09/2008 (fls. 2.489/2.507) que, sob o fundamento de incompetência do órgão administrativo de julgamento, deixou de apreciar impugnação contra vínculo de responsabilidade tributária.

Cientificados, os coobrigados, da decisão do CARF, e, havendo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Ribeirão Preto/SP) proferido nova decisão mediante o Acórdão nº 14-54.160, de 16 de outubro de 2014 (e-fls.2.648/2666) na qual analisa a sujeição passiva solidária dos Srs. Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Rozenblum Elpern, Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum e Karina Rozenblum, nos termos do CTN, art. 124, não há falar em falta de pronunciamento pela DRJ quanto à responsabilização dos ora recorrentes.

Os Recorrentes, iniciando o Recurso voluntário, alegam impossibilidade de prosseguimento do processo administrativo até a conclusão pena pública nº 2006.70.00012299-7, pois, a questão relativa à possibilidade de inclusão dos impugnantes na condição de

responsáveis tributários é oriunda do que está sendo debatido naquela ação proposta pelo Ministério Público Federal e em trâmite na 2ª Vara Criminal de Curitiba-PR. Por concordar integralmente com a decisão recorrida a respeito da matéria, adoto-a como razões de decidir:

Responsabilidade tributária

Segundo apurado na fiscalização, teria ficado caracterizada a sujeição passiva solidária dos Srs. Isidoro Rozenblum Trosman, Rolando Rozenblum Elpern, Noemi Elpern Kotliarevski de Rozenblum e Karina Rozenblum, nos termos do CTN, art. 124, tendo em vista a ligação de interesse comercial entre a fiscalizada e as empresas do grupo Sundown, e as ligações pessoais entre os sócios da BSD e os proprietários e administradores das empresas do grupo Sundown.

Notificados dos termos de sujeição passiva solidária, referidas pessoas apresentaram impugnação requerendo o sobrestamento do presente processo até que seja concluído o trâmite da Ação Penal Pública nº 2006.70.00012299-7, na qual estaria sendo debatida a questão relativa à possibilidade de sua inclusão na condição de responsáveis tributários, ou que o teor das alegações finais apresentadas ao juízo criminal sejam consideradas como parte de sua defesa.

Como visto anteriormente, a caracterização da sujeição passiva solidária deu-se em função da constatação de interesse comum entre a fiscalizada e seus sócios e as empresas do grupo Sundown e seus proprietários e administradores. Segundo o autuante, os elementos que comprovam o comprometimento entre a BSD e o Grupo Sundown são:

a) o Sr. Paulo Oscar Goldstein, além de sócio da fiscalizada, foi sócio da empresa Kenton do Brasil Comercial Ltda. no ano de 2002 e recebeu rendimentos da empresa SV Assessoria Empresarial Ltda., ambas com ligações com o grupo Sundown;

b) o Sr. Michael Domingues, além de sócio fundador da fiscalizada, recebeu rendimentos, nos anos-calendário de 2001 a 2003, das empresas Exteima Empreendimentos Ltda. (antiga Sundown), Companhia Brasileira de Bicycletas e W54 – Artigos de Viagem, ambas pertencentes à família Rozenblum Trosman;

c) a empresa BSD é uma continuação dos negócios da empresa W54 – Artigos de Viagem, de propriedade do Sr. Isidoro Rozenblum Trosman, inclusive houve transferência dos estoques de uma para outra empresa no ano de 2002, sem que, contudo, ela apresentasse a documentação contábil das referidas transações comerciais;

d) a fiscalizada firmou contrato de licença de uso de marcas com a empresa Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos, de propriedade e administrada pela família Rozenblum Trosman, mediante pagamentos de percentuais do faturamento dos produtos vendidos;

e) a empresa BSD esteve instalada nos mesmos endereços das empresas do Grupo Sundown;

f) o Sr. Rolando Rozenblum foi interlocutor em conversa telefônica gravada para tratar de assuntos da fiscalizada;

g) a empresa BSD substabeleceu poderes para o Sr. Isidoro Rozenblum Trosman, inclusive para movimentação de contas bancárias.

Já na Ação Penal Pública citada pelos impugnantes, conforme consta de suas alegações finais (fls. 1988/2036), a acusação é de prática de crimes descritos no Código Penal (CP), arts. 288 (formação de quadrilha), 299 (falsidade ideológica) e 334 (descaminho), e na Lei nº 7.492, de 1986, arts. 21 e 22 (evasão de divisas). Portanto, diferentemente do alegado pelos impugnantes, não se discute naquela ação a sujeição passiva solidária ora a eles imputada. Assim, não há que se falar em sobrestamento do presente processo até o trâmite daquela.

Também, pela mesma razão, não há como se acatar no presente processo a solicitação para que o teor das alegações finais apresentadas ao juízo criminal sejam consideradas como parte de sua defesa. Tais alegações versam sobre nulidades daquele processo (totalmente distinto deste, que tem rito próprio) e, no mérito, sobre rejeição do critério de “um mês” para a continuidade delitiva, conflito aparente entre os arts. 299 do CP e art. 22 da Lei nº 7.492, de 1986, com o art. 34 do CP, e a ausência de autoria e materialidade quanto ao art. 334 do CP, matérias totalmente estranhas ao presente processo e à imputação de sujeição passiva solidária ora em debate.

Ademais, o PAF, art. 16, III, com redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1º, e § 4º, introduzido pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 67, estabelece:

Art. 16 – A impugnação mencionará :

(...)

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. (redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).

(...)

Nesse passo, é oportuno destacar as palavras de Fabiana Del Padre Tomé (*A Prova no Direito Tributário*, Editora Noesis, 2005):

Provar algo não significa simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar, fazendo-o com o animus de convencimento.

Ou seja, a prova não se confunde com os elementos probatórios, ela é constituída a partir deles. Uma nota fiscal, um contrato,

uma página da escrituração contábil não são prova, mas sim elementos de prova. A prova corresponde à articulação linguística que relacione os documentos apresentados com o objeto da refrega jurídica no sentido de confirmar o que se alega. Alegar genericamente e juntar papéis não é provar.

Assim, não basta aos impugnantes anexar o documento correspondente a suas alegações finais naquela ação penal, sem indicar quais as razões se aplicam ao presente caso. Repito: provar não é juntar documentos; é articulá-los; e isso não foi realizado pela recorrente.

Dessa forma, não há como se afastar a imputação de sujeição passiva solidária.

2.5 - Inaplicabilidade da taxa Selic como juros de mora

Melhor sorte também não tem a alegação dos Recorrentes de que os juros de mora com base na taxa selic tem natureza remuneratória e a sua aplicação é ilegal e inconstitucional. Pois, de acordo com a *Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*

Ademais, o entendimento dos juros de mora com base na taxa selic encontra-se pacificado no âmbito desse Conselho Administrativo Fiscais, sendo objeto da *Súmula CARF nº 4, verbis:*

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. Cofins. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao IRPJ em face da estreita relação de causa e efeito.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário apresentado pela pessoa jurídica, por intempestivo, e, NEGAR provimento ao recurso voluntário dos responsáveis tributários.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa.

