



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11020.001749/2010-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-009.851 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente NOVAPELLI INDÚSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2007

SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Apurado pela fiscalização que empréstimos formalmente escriturados e a contratação de serviços fictícios acobertam pagamentos a dirigentes e a terceiros não identificados, correto o lançamento das contribuições correspondentes ao valor efetivamente pago, nos termos da legislação.

PRAZO DECADENCIAL. COMPORTAMENTO DOLOSO.

Tratando-se de conduta dolosa caracterizada com base em prova documental acostada aos autos, o prazo decadencial passa a ser regido pelo art. 173, I do CTN.

NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A nulidade por cerceamento do direito de defesa não se aplica quando o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma minuciosa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. SÚMULA CARF Nº 163.

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

SIGILO BANCÁRIO. SÚMULA CARF Nº 35.

A legislação de regência autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos e não configura quebra ilegal de sigilo bancário.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Com o julgamento definitivo do RE 601.314 pelo STF, em 24/02/2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da

constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, bem como sua aplicação retroativa, não havendo que se falar em obtenção de prova ilícita na Requisição de Movimentação Financeira às instituições de crédito.

APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 35 DA LEI 8.212/1991.

Com a revogação da súmula nº 119, DOU 16/08/2021, o CARF alinhou seu entendimento ao consolidado pelo STJ. Deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época da ocorrência dos fatos com o regramento contido no atual artigo 35, da Lei 8.212/91, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar a aplicação da retroatividade benigna mediante a comparação das multas previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei 8.212/91.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de fls. 1146/1162, a qual julgou procedente o lançamento de Contribuição Social Previdenciária relacionados ao período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2007, acrescido de multa lançada e juros de mora.

Peço vênia para transcrever o relatório produzido na decisão recorrida:

Trata-se de Auto de Infração (**AI nº 37.286.392-2**) lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, no qual são exigidas contribuições previdenciárias relativas a contribuintes individuais, no período epigrafado.

2. De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 15/44, a pessoa jurídica efetuou pagamentos a seus sócios (Francisco Renan Oronoz Proença, sócio de fato) e Márcio Fasolo Proença (filho do primeiro e sócio indireto, através de empresa ficta) bem como outros cujos beneficiários não foram identificados. Todos esses aportes sofrem a incidência de contribuições previdenciárias, eis que os sócios e administradores são segurados obrigatórios, na qualidade de contribuintes individuais, e a presunção *juris tantum* de que os beneficiários não identificados são, na verdade, os mesmíssimos sócios não foi infirmada por prova em contrário, ônus que competia ao sujeito passivo, na forma do art. 33, §§ 3º e 6º da Lei 8.212/91.

3. Foram arrolados como contribuintes solidariamente obrigados as empresas FASOLO ARTEFATOS DE COURO LTDA, CNPJ 68.826.007/0001-09 e GUIFASA S/A — INDÚSTRIA E COMÉRCIO, CNPJ 87.547.519/0001-72, nos termos do art. 124, I do Código Tributário Nacional, conforme Termos de Sujeição Passiva de fls. 71/72, tendo em vista a comprovação fática e documental de que as duas últimas constituem um único empreendimento empresarial com a autuada. Outrossim, a análise contábil aponta para a existência de pagamentos efetuados pela FASOLO e pela NOVAPELLI a terceiras empresas, todas sediadas no endereço residencial do sr. Francisco, que teriam como principais sócios, além dele próprio, os seus filhos, srs. Márcio Fasolo e Carolina Fasolo Proença.

4. Ainda segundo o Auditor Fiscal autuante, a composição acionária da FASOLO é a seguinte: Sr. Francisco (76%) e a empresa GUIFASA (24%). Já esta última tem como sócios novamente o Sr. Francisco (86,93%) e sua esposa, sra. Yeda Fasolo (8,59%).

5. Quanto às empresas CF DESIGN, RYMCAP CONS PLANEJAMENTO e MARCIO FASOLO PROENÇA REPRESENTAÇÕES LTDA, o referido Relatório Fiscal demonstra exaustivamente a imprestabilidade de seus registros contábeis, e que as mesmas foram criadas com o intuito de fraude, consistente na escrituração de despesas inexistentes ou não comprovadas e na simulação de pagamentos, restando caracterizado o conluio entre as pessoas físicas e jurídicas citadas.

6. No que pertine ao presente lançamento, a fraude detectada consistiu precipuamente na simulação de operação de aquisição de serviços e recebimento de empréstimo fictício, supostamente prestados por empresas criadas para esse fim, geridas pelos mesmos dirigentes da fiscalizada, com o objetivo de acobertar pagamentos efetuados aos próprios dirigentes ou a terceiros não identificados e, desse modo, excluir ou modificar as características essenciais da obrigação tributária principal, reduzindo o montante do imposto devido.

7. O anexo "sujeição solidária passiva" de fls. 45/70 descreve os fatos e fundamentos que levaram a Auditoria Fiscal a concluir pela existência de solidariedade passiva entre as empresas arroladas, destacando-se a organização societária das empresas, a inexistência de separação física entre elas, os contratos simulados, a transferência de receitas e despesas e a confissão contábil e patrimonial constatadas.

Da Impugnação

O contribuinte e solidários foram intimados pessoalmente e impugnaram o auto de infração, e fazendo, em síntese, através das alegações a seguir descritas.

8. Às fls. 971/1006, 1044/1066 e 1069/1087, as empresas notificadas por via postal em 22/06/2010, apresentam suas defesas administrativas, postadas em 22/07/2010, com os argumentos a seguir sintetizados:

NOVATELLI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA

8.1. as competências janeiro de 2005 a junho de 2005 foram atingidas pela decadência, conforme art. 150 § 4º do CTN.

8.2. No presente Auto de Infração, foram tributadas operações realizadas nas contas correntes e poupanças dos fiscalizados, caracterizando manifesta ilegalidade e ofensa ao princípio do devido processo legal, eis que não foi autorizada a quebra do sigilo bancário. Aduz que foram intimados a apresentar extratos das referidas contas, sem qualquer justificativa para que abrissem mão dessa garantia constitucional fundamental. No entanto, revelou-se no curso do procedimento administrativo que a Fiscalização já tinha em seu poder as informações solicitadas.

8.3. Os valores utilizados como base de cálculo do imposto originam-se de serviços prestados com observância de todas as formalidades e materialidades decorrentes, inclusive o recolhimento dos tributos incidentes.

8.4. a aplicação de multa no percentual de 24% extrapola o limite imposto para aplicação de penalidade pela mora, que é, pela legislação tributária, de no máximo 20%.

Também não pode coexistir com a multa de ofício lavrada, sendo a sua manutenção uma penalização dupla pelo mesmo fato, configurando *bis in idem*.

8.5. a desconsideração da personalidade jurídica operada pelo Fisco não encontra amparo legal no sistema jurídico vigente, eis que o art. 116 parágrafo único do CTN não produz efeitos jurídicos válidos, na medida em que demanda, para a sua aplicação, a edição de lei ordinária, até hoje não publicada. Além disso, a fiscalização agiu em desacordo com o art. 50 do Código Civil, que exige manifestação judicial para tanto.

8.6. Em decorrência, a aplicação de multa de 150% sobre os valores pagos pela prestação de serviços à pessoa jurídica é confiscatória e não encontra guarida no ordenamento pátrio, até porque todas as receitas das empresas CF DESIGN, RYMCAP CONS PLANEJAMENTO e MARCIO FASOLO PROENÇA REPRESENTAÇÕES LTDA são decorrentes dos pagamentos efetuados pela impugnante e haviam sido levadas ao conhecimento do Fisco, não havendo qualquer omissão ou fraude nas operações.

8.7. Em desrespeito ao sistema constitucional vigente, que determina que a matéria sobre juros moratórios de obrigações tributárias seja tratada através de lei complementar, foi aplicada indevidamente a Taxa Selic como índice de correção.

8.8. Embora as empresas desconsideradas sejam compostas por familiares do Sr. Francisco Renan Proença, trata-se de pessoas jurídicas diversas, com objetivos sociais diferentes. Cada uma possui um propósito econômico e seus serviços são de suma importância para as atividades da impugnante.

8.9. O fato de a empresa CF DESIGN ter outorgado procuração a o Sr. Francisco Renan gerir suas finanças não retira a legitimidade das operações e do trabalho realizado no cumprimento de seu objetivo social e na percepção do lucro, eis que a outorga deu-se exclusivamente em função da atividade das sócias, as quais, pela necessidade de atualização nas pesquisas em design e moda precisam viajar com bastante frequência.

8.10. Quanto à suposta inexistência de materiais de escritório, seguem junto à presente as contas de internet em nome da sócia Caroline Fasolo e da nota fiscal do computador instalado naquela época na sede da pessoa jurídica.

8.11. Não há qualquer vedação ao procedimento de apresentar os projetos posteriormente à fabricação dos mesmos, eis que os produtos tinham todo o suporte das sócias da CF DESIGN, responsáveis pelos projetos, restando às mesmas tratar as questões formais no momento que entendessem conveniente.

8.12. Não se sustentam as alegações do Fisco de que o sr. Francisco Renan se confunde com o faturamento da CF DESIGN, pois o mesmo apenas possuía poderes para administrar a empresa quando os projetos elaborados (atividade fim) eram desenvolvidos pelas sócias.

8.13. a atividade desenvolvida pela empresa RYMCAP, de consultoria, administração e gestão, está plenamente de acordo com o conhecimento técnico de seus sócios, capacitando-a para a elaboração do trabalho realizado para a impugnante.

8.14. Todos os serviços prestados foram formalizados através da emissão de nota fiscal e tributados na forma da legislação vigente e aplicável para esse tipo jurídico.

8.15. A pessoa jurídica MÁRCIO FASOLO PROENÇA

REPRESENTAÇÕES LTDA consiste na consultoria em administração, marketing e modelagens de produtos à NOVAPELLI, consistindo em serviços essenciais à atividade da impugnante.

8.16. Não há qualquer impedimento para os depósitos nas contas do titular daquela pessoa jurídica, justamente por ser o responsável pela administração da mesma.

8.17. Não se nega que as empresas, por possuírem sede no mesmo local, sejam "familiares", contudo os objetivos de cada uma delas não se confundem com as atividades das empresas que contratam seus serviços.

8.18. Não existe previsão de obrigatoriedade de os sócios das empresas empregarem todos os seus familiares, visto que seus próprios filhos, irmãos, sobrinhos queiram gerenciar suas próprias atividades de forma independente.

8.19. No tocante aos registros contábeis das operações, equivocadas as premissas adotadas pela fiscalização, tendo-se em vista que os negócios realizados pelas Empresas observaram todas as formalidades necessárias, como registro em livros próprios, emissão de documentos fiscais, recibos e a própria movimentação financeira.

8.20. O transporte de quantias elevadas (R\$70.000 e R\$250.000) por outro meio que não a instituição financeira não é suficiente para desconstituir a personalidade jurídica para fins de cobrança de contribuições previdenciárias aos procuradores e administradores, bem como de supostos beneficiários não identificados.

8.21. A existência de uma conta Caixa de valor alto não é suficiente para desacreditar a contabilidade da CF DESIGN. Registre-se que as contas do representante da CF DESIGN (Sr. Francisco) eram também utilizadas para recebimento de faturas e empréstimos da impugnante.

8.22. A forma de movimentação dos recursos financeiros, se em espécie ou em cheque não afasta a atividade social exercida e não legitima uma atuação arbitrária com intuito exclusivamente arrecadatório.

8.23. Não procede a alegação de que os valores do depósito de R\$98.250,00 não teriam saído da conta da CF DESIGN, visto que determinados valores eram recebidos de terceiros e computados na conta Caixa para posterior utilização de pagamento ou até mesmo empréstimo.

8.24. Quanto às demais alegações de operações com dinheiro, não há maiores explicações na medida que a empresa operava com entradas e registros de valores consideráveis, como explicitado em sua escrita, sendo as presunções da fiscalização fatos criados para arrecadar valores já tributados por pessoas jurídicas regulares.

8.25. Os empréstimos foram devidamente registrados e movimentados financeiramente.

8.26. Todos os valores ditos como pagamentos a beneficiário não identificado foram devidamente apontados na escrita fiscal da impugnante e registrados na contabilidade das pessoas jurídicas, sendo as retiradas em outras unidades bancárias questões que não dizem respeito à regularidade das operações, pois os sócios e administradores são pessoas que, pela atualização na profissão, estão rotineiramente viajando para outras cidades.

8.27. Requer a realização de perícia, indicando assistente técnico e listando quesitos e protesta pela produção posterior de provas.

FASOLO ARTEFATOS DE COURO LTDA

8.28. Argúi preliminar de nulidade da sua sujeição passiva solidária por ausência de norma que autorize a desconsideração da pessoa jurídica.

8.32. Indica o mesmo Assistente Técnico nomeado pela NOVAPELLI, Perícia, formulando um único quesito para a perícia que solicita.

8.32. Requer que se considere indevida a sua sujeição passiva tributária.

GUIFASA S/A — INDÚSTRIA E COMÉRCIO

8.33. Reprisa os mesmos argumentos expendidos pela FASOLO ARTEFATOS DE COURO LTDA

9. A competência para julgamento do presente processo foi estabelecida pela Portaria RFB - SUTRI nº 2132/2010.

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento

Quando da apreciação do caso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou procedente a autuação, conforme ementa abaixo (e-fl. 1146):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2007

SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Constatado pela fiscalização que empréstimos formalmente escriturados e a contratação de serviços fictícios acobertam pagamentos a dirigentes e a terceiros não identificados, correto o lançamento das contribuições correspondentes ao valor efetivamente pago, com supedâneo no art. 33 §§ 3º e 6º da Lei 8.212/91.

PRAZO DECADENCIAL. COMPORTAMENTO DOLOSO.

Tratando-se de conduta dolosa caracterizada com base em prova documental acostada aos autos, o prazo decadencial passa a ser regido pelo art. 173, I do CTN.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

Os Recorrentes, devidamente intimados da decisão da DRJ em 03/05/2011 (fls. 1168 a 1170), apresentaram os recursos voluntários de fls. 1173/1195, 1200/1216, 1221/1237, alegando em síntese: Preliminares: (a) decadência dos valores lançados referentes às competências de 02/2005 até 05/2005 (b) cerceamento de defesa – produção de prova pericial – nulidade do auto de infração; (c) nulidade do procedimento fiscal sem observância do devido processo legal e quebra de sigilo bancário sem ordem judicial – STF; (d) nulidade da autuação por ausência de norma que autorize a desconsideração da pessoa jurídica; Mérito: (a) comprovação de origem das receitas – valores decorrentes dos serviços prestados pelas empresas CF Design, RYMCAP e Marcio Fasolo Proença Representações Ltda.; (b) impossibilidade de cominação de multas por descumprimento de obrigação acessória; (c) da desconsideração do dolo, fraude ou má fé; (d) do limite de 20% para aplicação de multa – impossibilidade de multa de mora e de ofício. Os solidários apresentaram ainda, os seguintes argumentos: (a) nulidade da decisão por ter englobado as discussões com a da autuada principal; (b) cerceamento de defesa – produção de prova pericial – nulidade do auto de infração; (c) nulidade do termo de sujeição passiva solidária por ausência de norma que autorize a desconsideração da pessoas jurídicas e quanto ao mérito: que não se sustenta a aplicação de solidariedade.

Este recurso compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya, Relator.

Do Recurso Voluntário

O presente Recurso Voluntário foi apresentado no prazo a que se refere o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72 e por isso, dele conheço em parte e passo a apreciá-lo.

Decadência dos valores lançados referentes às competências de 02/2005 até 05/2005

Da desconsideração do dolo, fraude ou má fé

Com relação a estes pontos do recurso, serão analisados de forma conjunta, uma vez que se complementam.

No caso em questão, a decisão recorrida trouxe elementos com os quais concordo e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

(...)

15. Assim, o prazo decadencial para o lançamento de ofício de contribuições sociais é de 5 anos, na forma dos arts. 150, §4º, e 173, inciso I, do CTN.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

.....

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

16. Há que se considerar o fato de que a contribuição previdenciária é um tributo sujeito a lançamento por homologação e, por conseguinte, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, caso exista pagamento parcial, o crédito é definitivamente extinto cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Portanto, nas competências em que exista pagamento parcial das contribuições, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é a ocorrência do fato gerador. Já naquelas competências em que não há o pagamento parcial, o prazo decadencial somente se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a contribuição poderia ser lançada.

17. Em consulta ao conta-corrente da empresa, verifica-se que houve recolhimento em todo o período de apuração.

18. Isso significa que, em princípio, todos os valores apurados na ação fiscal seriam regidos pelo art. 150, §4º do CTN.

19. Todavia, informa a Autoridade Fiscal, em relatório, a ocorrência de simulação de operação de aquisição de serviços e recebimento de empréstimo fictício, supostamente prestados por empresas criadas para esse fim, geridas pelos mesmos dirigentes da fiscalizada.

20. Nesse contexto, a Autoridade Fiscal reputa dolosa a conduta da empresa, eis que a operação simulada teria por escopo acobertar pagamentos efetuados aos próprios dirigentes ou a terceiros não identificados e, desse modo, excluir ou modificar as características essenciais da obrigação tributária principal, reduzindo o montante do imposto devido.

21. Por tais motivos, entendeu o AFRFB autuante que as empresas arroladas incorreram em fraude e conluio, conforme conceituados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, a seguir transcritos:

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 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 arts. 71 e 72.

22. A fraude fiscal pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública, um propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária. Na fraude sempre existe o dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública. Para ser enquadrado neste conceito, basta o contribuinte agir com dolo na desobediência da lei fiscal.

23. A sonegação impede a apuração da obrigação tributária principal diante da ocultação de bens ou de fatos jurídicos à incidência fiscal (fato gerador já realizado), enquanto na figura da fraude a ação ou omissão visa escamotear o pagamento do imposto devido - reduzi-lo, evitá-lo ou retardá-lo.

24. Tal controvérsia repercute diretamente na contagem do prazo decadencial, eis que, para aplicação do art. 173, I do CTN quando há pagamento parcial antecipado, deve restar comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

25. Em sua impugnação, o sujeito passivo rejeita a conduta dolosa a ele imputada alinhando argumentos que foram integralmente fulminados pelo Relator deste acórdão, conforme as razões expendidas em tópico específico, e cópias de documentos insuficientes para o fim de elidir o débito e as evidências de fraude.

26. Uma vez demonstrada a conduta dolosa através de prova documental acostada aos autos pela Fiscalização, aplica-se ao lançamento o disposto no art. 173, I do CTN, não havendo, portanto, nenhuma competência alcançada pela decadência.

Portanto, não há que se falar em decadência, uma vez que restou configurado o dolo entre o autuado principal com os solidários. Deste modo, não prospera a alegação do contribuinte quanto a estes pontos.

infração

Cerceamento de defesa – produção de prova pericial – nulidade do auto de

Alega cerceamento do direito de defesa, tendo em vista o indeferimento da produção de prova pericial.

No caso em questão, aplica-se o disposto na Súmula CARF nº 163:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (**Vinculante**, conforme [Portaria ME nº 12.975](#), de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

De acordo com a Recorrente, a autuação deveria ser declarada nula pelo cerceamento do direito de defesa e pelo indeferimento da produção da prova pericial.

São considerados nulos, no processo administrativo fiscal, os atos expedidos por pessoa incompetente ou com a falta de atenção ao direito de defesa, conforme preceitua o artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 1972:

"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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) "

Ou seja, para que uma decisão ou mesmo para que o auto de infração seja declarado nulo, deve ter sido proferido por pessoa incompetente ou mesmo violar a ampla defesa do contribuinte.

Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos existir fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte, o que não se verificou no caso concreto.

Não basta apontar alegações genéricas, sem demonstrar com efetividade qual a violação efetiva do direito de defesa restou configurado.

O simples fato de a decisão não ter sido proferida nos moldes requeridos pela recorrente, não implica em cerceamento do direito ou qualquer nulidade.

Por outro lado, considera-se não formulado o pedido de diligência ou perícia, nos termos do disposto no artigo 16, IV e § 1º, do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (....)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Deste modo, rejeito esta preliminar.

Nulidade do procedimento fiscal sem observância do devido processo legal e quebra de sigilo bancário sem ordem judicial – STF

Com relação à quebra de sigilo bancário, por considerar que: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”, tese defendida pelo fisco e que prevaleceu perante o Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em ofensa ao sigilo bancário, nem mesmo que a norma feriria a irretroatividade das normas.

Antes mesmo da manifestação do Supremo Tribunal Federal, este Egrégio CARF já havia editado a sua súmula:

Súmula CARF nº 35

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal – STF jogou uma pá de cal no assunto, ao julgar o RE nº 601.314 em acórdão proferido pelo Plenário, no julgamento do dia 24/02/2016, com acórdão publicado no dia 16/09/2016, cuja ementa transcrevo:

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Portanto, não prospera a alegação do contribuinte quanto a este ponto.

Nulidade da autuação por ausência de norma que autorize a desconsideração da pessoa jurídica

Com relação a este ponto do recurso, concordo com os termos da decisão recorrida e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

29. De acordo com a doutrina, desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio de função da pessoa jurídica, perpetrada pelos mesmos.

30. Embora as premissas da definição acima se adequem à conduta dos dirigentes das empresas envolvidas, não promoveu a Auditoria Fiscal a desconsideração das pessoas jurídicas correspondentes, tanto que os sujeitos passivos são a NOVAPELLI e as duas outras que formam com a mesma, não um grupo econômico, mas um único empreendimento empresarial, justificando a sujeição passiva solidária.

31. Foi constatada ainda, a imprestabilidade das escritas contábeis das empresas envolvidas, pelos fatos motivos elencados no Relatório Fiscal.

32. Não há que se falar, portanto, no art. 116 do CTN, que não fundamentou a autuação, e sim no art. 33 e seus §§ 1º, 3º e 6º da Lei 8.212/91, que assim dispõem:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

33. Incorrem, portanto, em manifesto equívoco os impugnantes, ao arguir preliminar de nulidade da sua sujeição passiva solidária por ausência de norma que autorize uma suposta desconsideração da pessoa jurídica.

Portanto, não procedem as alegações quanto a este ponto do recurso.

Comprovação de origem das receitas – valores decorrentes dos serviços prestados pelas empresas CF Design, RYMCAP e Marcio Fasolo Proença Representações Ltda.

Conforme se verifica dos recursos interpostos, não houve novas alegações ou apresentação de novos documentos a confrontar os termos da decisão recorrida.

Deste modo, peço vênica para transcrever trecho da decisão recorrida, com a qual concordo e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

DA UNICIDADE EMPRESARIAL

34. Verifica-se, pela sua composição societária, que as três empresas notificadas pertencem à família FASOLO PROENÇA, sendo comandadas pelo sr. RENAN ORONÓZ PROENÇA.

35. As empresas FASOLO e NOVAPELLI estão localizadas no mesmo endereço, sem qualquer separação física entre elas, ou entre as máquinas/equipamentos e funcionários de ambas.

36. No endereço da empresa GUIFASA existem máquinas e equipamentos das empresas FASOLO e NOVAPELLI, bem como funcionários da FASOLO.

37. As três empresas estão integralmente voltadas para a consecução do mesmo objetivo empresarial, qual seja a produção e venda de artigos de couro da marca FASOLO.

38. Há intenso trânsito de recursos entre as três empresas, principalmente a título de supostos adiantamentos ou empréstimos que têm a característica de jamais serem quitados.

39. As empresas NOVAPELLI e GUIFASA não têm corpo funcional condizente com as operações comerciais que declaram, restando claro que tais operações apenas são realizadas mediante utilização de recursos materiais e principalmente humanos da FASOLO.

40. Há notória confusão patrimonial e contábil entre as três empresas, de modo que uma recebe valores ou paga despesas que são de titularidade de outra, em clara afronta ao princípio contábil da entidade.

41. Consta o mesmo número de telefone no cabeçalho das Notas Fiscais emitidas por FASOLO e NOVAPELLI.

42. A energia elétrica faturada no endereço da FASOLO é contabilizada pela NOVAPELLI e vice-versa.

43. Eventuais recursos extraordinários recebidos pela GUIFASA (prêmio de seguro, valores decorrentes de ações judiciais, entre outros) são diretamente repassados à NOVAPELLI.

44. Estes são apenas alguns dos fatos indiciários relatados pela Auditoria Fiscal, mas já são suficientes para criar inequívoca convicção da unicidade empresarial das três empresas citadas, configurando a existência de interesse comum e ensejando a solidariedade passiva entre as mesmas, nos termos do art. 124 do CTN, *verbis*:

art. 124. São solidariamente obrigadas:

I — as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II — (...)

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

DA CONTABILIDADE DAS EMPRESAS

45. A fim de evitar a duplicidade de relatos, remeta-se ao item com esse título do Relatório Fiscal, que demonstra a inexistência dos serviços supostamente prestados pela CF DESIGN e RYMCAP à FASOLO e NOVAPELLI. Cite-se, apenas, a título de exemplo, que a primeira, cuja receita provém totalmente desses serviços, tinha, como saldo inicial na conta CAIXA, exatos R\$132.627,20, valor que só aumenta até maio de 2005, quando alcança o valor de R\$253.262,11, ocasião em que é feito um repasse a título de empréstimo à NOVAPELLI, no valor de R\$250.000,00. Em seguida, a conta volta a aumentar, até que, em julho de 2005, ultrapassa o valor de R\$70.000,00, quando registra um empréstimo à FASOLO nesse mesmo valor, zerando o saldo. Apesar disso, já no final de 2005, a conta CAIXA da CF DESIGN registra o inacreditável saldo de R\$597.037,94, enquanto a conta bancária, nos mesmos períodos, aponta saldos negativos. Ainda, a mesma conta CAIXA registra um dos mal explicados "empréstimos", no valor de R\$98.250,00, *em espécie*, e no mesmo dia, uma devolução de R\$24.874,63, *também em espécie*.

46. A impugnante NOVAPELLI não nega os fatos narrados, mas quer nos fazer crer que é normal e aceitável o transporte físico de quantias elevadas (R\$320.000,00!), ao invés de fazê-lo através de instituições financeiras. E que empresa mantém em CAIXA a quantia de R\$597.000,00? Mas, para a impugnante, esse fato "não é suficiente para desacreditar a contabilidade da CF DESIGN".

47. Por outro lado, a CF DESIGN, que não escritura despesas em relação à atividade supostamente desenvolvida (criação *e design* de produtos), registra a existência de nada menos que 7 veículos, fato que a impugnante nem tenta rebater, limitando-se a enfatizar a regularidade formal das supostas operações. Aduna ainda contas de internet e nota

fiscal de compra de um computador, como "prova" da materialidade dos serviços supostamente prestados.

48. Quanto à RYMCAP, cuja receita teria, na maior parte, origem em serviços prestados às autuadas, e o restante a outra empresa também pertencente à família FASOLO, sempre esteve sediada no mesmo endereço RESIDENCIAL do sr. Francisco Renan e de sua filha Carolina. Anexas ao Relatório Fiscal, estão fotos do local, demonstrando que nada indica ali a existência de estabelecimento comercial ou de serviços. Não tem despesas de água, luz, aluguel, telefone, e quanto a despesas de escritório, montam a R\$97,00 em 2006 e R\$9,90 em 2007. Não possui computadores, escrivadinhas, telefones. Já a conta CAIXA encerra o ano de 2006 com o absurdo valor de R\$170.512,56, que teriam origem em supostos recebimentos da NOVAPELLI, subindo esse valor para R\$464.051,71 em 2007 e R\$700.000, 00 em 2008, *tudo em espécie*, até que a conta é diminuída por uma suposta distribuição de lucros. Mesmo assim, encerra o ano com inacreditáveis R\$624.366,04, *em espécie*.

49. Já a contabilidade da empresa MARCIO FASOLO PROENÇA REPRESENTAÇÕES LTDA ostenta no Ativo apenas as contas CAIXA e DISTRIBUIÇÃO ANTECIPADA DE LUCROS. Inexistem patrimônio e despesas da atividade, ou mesmo contas bancárias.

50. Apesar de todo o conjunto probatório, acima apenas exemplificado, a empresa fiscalizada foi intimada a comprovar a efetividade e a necessidade dos serviços prestados pela MARCIO FASOLO LTDA, mas nenhuma documentação foi apresentada. Constatou-se ainda que os pagamentos pelos supostos serviços foram depositados na conta corrente do sr. MARCIO FASOLO PROENÇA, pessoa física, que justificou-se dizendo que "tal ocorreu por indicação do signatário, por ser o titular da empresa e por não haver impedimento legal para tanto".

51. Também em relação aos serviços supostamente prestados pela RYMCAP, nenhuma documentação comprobatória foi apresentada, sob a alegação de que, por sua natureza, tais serviços não estão materializados em pareceres ou contratos.

52. Fica hialinamente demonstrado que, sendo o sr. FRANCISCO RENAN o real proprietário e administrador da FASOLO e da NOVAPELLI, o mesmo presta a essas empresas seus serviços pessoais de administração e gestão, pelo que deve receber remuneração pessoalmente, através de salário, pró-labore e distribuição de lucros. O mesmo em relação ao sr. MARCIO FASOLO, eis que o mesmo é sócio indireto da NOVAPELLI, via participação na CF DESIGN.

53. Informa ainda o Relatório Fiscal que, quanto aos pagamentos dos supostos serviços prestados pela RYMCAP, escriturados, como visto, na conta CAIXA, alguns ingressaram diretamente na conta bancária do sr. FRANCISCO RENAN, no ano de 2006, não tendo sido possível comprovar essa mesma situação em 2007 e 2008, vez que a fiscalização não dispunha dos extratos bancários do sr. Francisco para esses períodos.

54. Também os serviços supostamente prestados pela CF DESIGN carecem de comprovação documental consistente. Foram apresentados projetos desenvolvidos em 2005 que teriam gerado a Nota Fiscal 095; na verdade desenhos bastante simplificados, sem quaisquer cálculo ou descrição pormenorizada. Tais projetos já ostentavam um código de venda, o que é de estranhar, pois tal código deveria ser dado pela empresa produtora e não pela que desenvolve o projeto. Posteriormente, verificou-se que vários destes códigos de venda foram encontrados em Notas Fiscais emitidas em datas ANTERIORES à do respectivo projeto. Além disso, não se registram vendas posteriores à apresentação dos projetos. Esses fatos estão detalhados, com valores e datas, no Relatório Fiscal.

55. Mas, quanto a isso, a impugnante declara impavidamente que não há qualquer vedação legal ao procedimento de apresentar os projetos posteriormente à fabricação dos mesmos.

56. O Relatório Fiscal continua, descrevendo com minúcias as inconsistências da contabilidade das empresas atuadas e das prestadoras, concluindo que não houve a prestação de serviços nem os empréstimos e adiantamentos concedidos.

57. As empresas que supostamente estariam recebendo esses valores têm como proprietários os filhos do proprietário da FASOLO, sr. Francisco, ou mesmo, no caso da RYMCAP, o próprio sr. Francisco, estão sediadas no endereço residencial do sr. Francisco, não restando dúvidas que se trata de empresas de fachada.

58. Em resumo, as saídas de valores das contas bancárias da NOVAPELLI efetivamente existiram, mas o real beneficiário das mesmas, em alguns casos foi o Sr. Francisco Renan Oronoz Proença, e em outros o seu filho, sr. Márcio Fasolo Proença. Houve também outras saídas, cujo real beneficiário não foi identificado.

59. Negando-se os responsáveis a apresentar os extratos bancários das contas por eles movimentadas, a Fiscalização, como já relatado, solicitou a emissão de Informação Sobre Movimentação Financeira.

60. Essas informações propiciaram a elaboração da planilha "Pagamentos Efetuados por Novapelli que Tiveram como Beneficiário o Sr. Francisco Renan" (fls. 73), eis que, embora o Bradesco não tenha informado o nº dos cheques depositados na conta corrente do indigitado administrador, a simples coincidência de datas e valores comprova que se trata dos mesmos cheques emitidos pela NOVAPELLI. O mesmo em relação ao sr. MARCIO FASOLO PROENÇA REPRESENTAÇÕES LTDA, conforme se verifica na planilha "Pagamentos Efetuados por NOVAPELLI que Tiveram por Beneficiários o sr. Márcio Fasolo Proença" (fls. 74).

61. Correto, portanto, o lançamento das contribuições incidentes sobre esses valores, considerados como pagamentos a contribuintes individuais, registrando-se que os mesmos valores foram considerados rendimentos de pessoa física para fins do IRPF.

62. Quanto aos pagamentos listados na planilha "Pagamentos a Beneficiários Não Identificados" (fls. 75), e que formalmente seriam destinados à empresa (de fachada) CF DESIGN, sediada na residência do sócio da FASOLO, sr. Francisco Renan, empresa esta que se confunde com a NOVAPELLI, e da qual o mesmo sócio detém ampla procuração, a Fiscalização, também corretamente, entendeu tratar-se de pagamentos efetuados aos responsáveis pela fraude, considerados contribuintes individuais, incidindo contribuição previdenciária e IRPF.

63. Esse procedimento coaduna-se com a previsão do art. 33, § 3º da Lei 8.212/91, que admite o lançamento das importâncias devidas, em caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente.

Do limite de 20% para aplicação de multa – impossibilidade de multa de mora e de ofício.

Cabe observar a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, alínea “c”, do CTN. Feita a comparação com a multa prevista na MP nº 449/2008 (Lei 11.941/2009), a Autoridade Fiscal demonstra quadro comparativo em tabela.

Todavia, com a revogação da Súmula CARF nº 119, DOU 16/08/2021, não há mais sentido em manter interpretação dissonante ao entendimento do STJ e do próprio posicionamento da PGFN. Deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época da ocorrência dos fatos com o regramento contido no atual artigo 35, da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício. É dizer: deve haver, para a aplicação da retroatividade benigna, a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei 8.212/91.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, rejeito as preliminares argúidas e dou-lhe parcial provimento para determinar a aplicação da retroatividade benigna mediante a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei 8.212/91.

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya