



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11020.723015/2014-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.741 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2023
Recorrente A. P. FEDRIGO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2010, 2011

HIPÓTESES DE VEDAÇÕES À OPÇÃO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

Consoante o que dispõe a legislação tributária é cabível a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional quando verificadas a existência de hipóteses de vedações à opção por esse regime de tributação.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PRELIMINAR NULIDADE. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRÁTICA DE INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS. CONCORRÊNCIA DE SUJEITOS PASSIVOS. CARACTERIZAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ARROLAMENTO DOS RESPECTIVOS RESPONSÁVEIS.

Verificada a concorrência de outros sujeitos passivos na prática das infrações tributárias, caracterizando assim a sujeição passiva solidária de que trata a legislação, impõe o arrolamento dos respectivos responsáveis tributários.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONFIRMAÇÃO. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA.

Independente da confirmação do ato de exclusão da empresa do Simples Nacional para que se proceda de ofício o lançamento dos tributos devidos, seja por qualquer outra forma de tributação.

MULTAS DE OFÍCIO. PERCENTUAIS. PREVISÃO LEGAL.

Os percentuais das multas exigíveis em lançamento de ofício, inclusive as possibilidades de reduções, são determinados expressamente na legislação

tributária, portanto em normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO. SÚMULA CARF N. 2.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza considerar como receitas omitidas os montantes relativos a depósitos bancários cuja origem não foi comprovada com documentação hábil e idônea pelo contribuinte devidamente intimado para tanto.

LANÇAMENTO REFLEXO. DECORRENTE DO MESMO FATO.

Aplica-se a mesma decisão ao demais tributos lançados, por decorrer dos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Andre Severo Chaves e Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga e Andre Luis Ulrich Pinto.

Fl. 3 do Acórdão n.º 1401-006.741 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11020.723015/2014-31

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo contribuinte contra o Auto de Infração de fls. 819/920, lavrado com o objetivo de constituir crédito tributário referente a IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes ao ano-calendário de 2010 e 2011, no valor histórico de R\$ 1.126.295,07.

Segundo consta no termo de fiscalização, o presente Auto de Infração decorreu da exclusão do contribuinte do regime do simples nacional, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2010, tendo em vista o cometimento das seguintes infrações: (i) omissão de receitas de janeiro de 2010 até dezembro de 2011; (ii) falta de escrituração da integral movimentação financeira nos Livros Diário e Razão de janeiro de 2010 a dezembro de 2011; (iii) falta de emissão de documento fiscal de venda/prestação de serviço de janeiro de 2010 até dezembro de 2011; e (iv) existirem administradores comuns entre o contribuinte e a empresa MONITORA, que conjuntamente, ultrapassaram o sistema especial simplificado desde outubro de 2010.

Tendo em vista este último ponto, foram arrolados como responsáveis tributários, a Monitora Bento EIRELI – EPP, o Sr. Aldo Pedro Fedrigo e a Sra. Solange Maria Cima.

Tendo tomado ciência acerca do lançamento, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 1.039/1.055) pugnando preliminarmente pela nulidade da autuação, e no mérito pela sua improcedência integral, o que fez com base nas seguintes alegações:

- a) **Preliminarmente**, alega que sua exclusão retroativa do Simples Nacional, mediante ato unilateral da Autoridade Fiscal, fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos na Constituição Federal, de modo que o presente Auto de Infração padece de nulidade insanável, especialmente porque o contribuinte impugnou o ato de exclusão do regime, ainda pendente de julgamento;
- b) Que não é da competência da autoridade fiscal signatária do presente Auto de Infração examinar a impugnação do pedido de exclusão do contribuinte, de modo que a anulação do Auto de Infração é medida que se impõe;
- c) Que o Auto também padece de nulidade, por vício na intimação, posto que o artigo 23 do Decreto n.º 70735-1972 estabelece que as intimações sejam feitas pessoalmente pelo autor do procedimento (inciso I), com a assinatura do sujeito passivo, ou por via postal (inciso II), com prova de recebimento no domicílio do contribuinte; porém a legislação não permite que seja utilizada ora um meio de intimação e ora outro, conforme ocorreu no caso em concreto;
- d) Que de forma ainda mais grave, há nos autos intimação assinada pelo próprio contribuinte, intimação remetida por via postal, sem indicação de

quem recebeu, a intimação pessoal ou com assinatura de quem não representa legalmente o Impugnante;

- e) Que é absolutamente equivocada e ilegal a pretensão de somar nas receitas do Impugnante, as receitas da outra empresa, pois se o contribuinte cometeu alguma suposta infração, deve responder sozinho por tais fatos, de modo que pleiteia que toda a receita da empresa Monitora Bento Ltda deve ser excluída da combatida tributação;
- f) Que a circunstância do sócio do Impugnante ter uma filha em comum, com a Sra. Solange, sócia da Monitora Bento, não configura automaticamente a formação de um grupo econômico, de modo que não tem procedência a aplicação do inciso V do art. 3º da Lei Complementar n.º 123/2006;
- g) Que também acarreta na nulidade do lançamento, o fato de o MPF n. 1010600.2014.00161 não ter sido renovado no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme determina a legislação;
- h) **No mérito**, alega que durante a fiscalização, manifestou sua recusa com relação ao arbitramento do lucro, e que não se recusou à se manifestar sobre o TIF n.º 09, apenas deixou claro que somente optaria pelo regime tributário (lucro real ou presumido) acaso sua exclusão do Simples viesse a ser confirmada;
- i) Que todo o sistema tributário do contribuinte, incluindo sua permanência no Simples, permanece incólume enquanto não julgada a sua impugnação à exclusão, nos termos do §3º do art. 75 da Resolução CGSN n.º 94/2011;
- j) Que as supostas "omissões" de receitas foram obtidas pela quebra do sigilo bancário da impugnante, sem ordem judicial, com violação ao disposto no artigo 59, inciso XII, da Constituição Federal, bem como a precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 389.808/PR, de modo que os pretensos valores obtidos de contas bancárias do Impugnante não têm qualquer valor probatório;
- k) Que não é verdade que o ônus da prova é do Impugnante, posto que isto somente ocorreria se os dados bancários tivessem sido colhidos pelos meios adequados, qual seja mediante ordem judicial;
- l) Que a multa não pode ser confiscatória, tendo o STF se manifestado por diversas vezes, no sentido de que as multas punitivas não podem ultrapassar o valor do tributo, o que ocorreu no presente caso, posto que sobre as receitas supostamente omissas, foi aplicada penalidade no percentual de 150%;
- m) Que ainda que se pudesse falar em exclusão do Impugnante do regime simplificado, esta somente poderia retroagir até outubro de 2010, data em que o Fisco alega que a soma das receitas das duas empresas em comento teria ultrapassado o teto do Simples;

- n) Que a Fiscalização considerou que a totalidade das receitas supostamente omitidas seria decorrente da prestação de serviços, tributada sob a alíquota mais grave de 32%, sendo que o Impugnante também atua no comércio de mercadorias, cuja tributação é realizada com base na alíquota de 8%; por isso, alega que a tributação das receitas deve observar a proporcionalidade de referidas atividades (50% para cada);
- o) **Com relação à responsabilidade solidária**, alega que a Sra. Solange não possui qualquer vinculação com o Impugnante, e não exerce nenhuma função neste, muito menos qualquer função com poderes de administração, de modo que não seria aplicável o disposto no inciso III do art. 135 do CTN;
- p) Que o Sr. Aldo Fedrigo, apesar de ser sócio administrador do Impugnante, não praticou nenhum ato com infração à Lei ou ao contrato social, de modo que não é possível imputar-lhe a responsabilidade pelo recolhimento do crédito tributário em questão;
- q) Que no tocante à Monitora Bento Ltda, o enquadramento nos incisos I e II do art. 124 do CTN mostra-se equivocado, com relação ao inciso I porque não há nenhuma vinculação da mencionada empresa com fato gerador do Impugnante, e segundo, porque não há correspondência entre o disposto no inciso II e os fatos objeto da autuação;
- r) Por fim, alega que também não é aplicável o disposto no inciso IX do art. 30 da Lei n.º 8212/1991, pois não se trata na espécie de grupo econômico, e ainda, se aplicável, este dispositivo tem incidência apenas em relação as contribuições sociais de que trata.

Os responsáveis solidários, Sr. Aldo Pedro Fedrigo e a Sra. Solange Maria Cima, apresentarem impugnação apenas reiterando os termos da defesa apresentada pelo contribuinte (fl. 1.061 e fl. 1.063).

A Monitora Bento, por sua parte, apresentou petição (fls. 1.129/1.132) alegando que teria apresentado, espontaneamente, Declarações de DIPJ e DCTF's retificadoras do período de 2010 e 2011, tendo optado pelo Lucro Presumido para apuração dos impostos (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), o que gerou valores a recolher, acrescidos dos encargos moratórios. Dessa forma, requereu que os valores por ela mencionados fossem cancelados, já que exigidos no bojo do presente Auto de Infração.

A Agência da RFB em Bento Gonçalves (fls. 1.138/1.140) indeferiu a solicitação da Monitora Bento, sob o entendimento de que não há o alegado *bis in idem*, na medida em que não foram consideradas as receitas declaradas pela Monitora no presente lançamento.

Posteriormente, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília, proferiu o Acórdão n.º 03-69.274 (fls. 1.179/1.208) abaixo ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

HIPÓTESES DE VEDAÇÕES À OPÇÃO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

Consoante o que dispõe a legislação tributária é cabível a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional quando verificadas a existência de hipóteses de vedações à opção por esse regime de tributação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

MULTAS DE OFÍCIO. PERCENTUAIS. PREVISÃO LEGAL.

Os percentuais das multas exigíveis em lançamento de ofício, inclusive as possibilidades de reduções, são determinados expressamente na legislação tributária, portanto em normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

PRÁTICA DE INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS. CONCORRÊNCIA DE SUJEITOS PASSIVOS. CARACTERIZAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ARROLAMENTO DOS RESPECTIVOS RESPONSÁVEIS.

Verificada a concorrência de outros sujeitos passivos na prática das infrações tributárias, caracterizando assim a sujeição passiva solidária de que trata a legislação, impõe o arrolamento dos respectivos responsáveis tributários.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONFIRMAÇÃO. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA.

Independente da confirmação do ato de exclusão da empresa do Simples Nacional para que se proceda de ofício o lançamento dos tributos devidos, seja por qualquer outra forma de tributação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

FATO IMPONÍVEL. EVIDENCIAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Evidenciado na ação fiscal o fato imponível previsto na legislação tributária sujeito à tributação do IRPJ, cabível o lançamento de ofício do tributo pela autoridade fiscal.

PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Conforme disposição legal, caracteriza-se como uma omissão de receitas ou de rendimentos sujeito a lançamento de ofício os depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

FATO IMPONÍVEL. EVIDENCIAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Evidenciado na ação fiscal o fato imponible previsto na legislação tributária sujeito à tributação da CSLL, cabível o lançamento de ofício do tributo pela autoridade fiscal.

PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Conforme disposição legal, caracteriza-se como uma omissão de receitas ou de rendimentos sujeito a lançamento de ofício os depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2010, 2011

FATO IMPONÍVEL. EVIDENCIAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Evidenciado na ação fiscal o fato imponible previsto na legislação tributária sujeito à tributação da COFINS, cabível o lançamento de ofício do tributo pela autoridade fiscal.

PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Conforme disposição legal, caracteriza-se como uma omissão de receitas ou de rendimentos sujeito a lançamento de ofício os depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2010, 2011

FATO IMPONÍVEL. EVIDENCIAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Evidenciado na ação fiscal o fato imponible previsto na legislação tributária sujeito à tributação do PIS/PASEP, cabível o lançamento de ofício do tributo pela autoridade fiscal.

PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Conforme disposição legal, caracteriza-se como uma omissão de receitas ou de rendimentos sujeito a lançamento de ofício os depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Inicialmente a DRJ teceu comentários acerca da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, mencionando que tal ato se mostrou acertado tendo em vista que restou comprovado que o contribuinte (i) deixou de oferecer à tributação receitas, decorrentes de créditos/depósitos realizados na conta bancária nº 000013002705, mantida junto ao Banco Santander; (ii) deixou de escriturar integralmente a sua movimentação financeira no Livro Diário e no Livro Razão do período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011; (iii) deixou de emitir o documento fiscal de venda e de prestação de serviço do período de janeiro de 2010 até dezembro de 2011; e (iv) teve administradores comuns com a empresa Monitora, que conjuntamente ao impugnante, ultrapassaram o limite permitido da receita bruta do sistema especial simplificado desde outubro de 2010.

Afastou a nulidade do Auto de Infração, sob o entendimento de que o lançamento foi realizado por pessoa competente, bem como porque não houve preterição ao direito de defesa e ao amplo contraditório, uma vez que o contribuinte litigante foi regularmente cientificado da autuação fiscal a fim de que pudesse manifestar-se, o que, aliás, devidamente fez no presente processo.

No mérito verifica que diante da exclusão no simples nacional, o contribuinte foi intimado a se manifestar acerca da sua opção pela escolha do regime de tributação a ser aplicável a partir de janeiro de 2010, tendo o contribuinte se limitado a sustentar que a sua exclusão do Simples Nacional seria objeto de defesa, motivo pelo qual entendia que a escolha por um regime de tributação ficava prejudicada.

Desse modo, entendeu pela correção do arbitramento do lucro, até mesmo porque a Fiscalização verificou que a escrituração mantida pelo contribuinte era imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude da existência de erros e falhas.

No tocante à natureza das receitas, se decorrentes da prestação de serviços ou da comercialização de mercadorias, constatou que as receitas mensais da atividade do Impugnante conferem com os valores informados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica e nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN apresentadas pelo mesmo, referentes ao período de 01/2010 a 12/2011.

Afastou ainda a alegação de violação do sigilo bancário do contribuinte, já que a fiscalização, de posse dos extratos das contas bancárias de titularidade da empresa fiscalizada, documentos entregues pelo próprio contribuinte, constatou a existência de recursos depositados

sem a correspondente comprovação da origem, e que o contribuinte não havia regularmente oferecido à tributação esses valores depositados em conta bancária.

O Impugnante, intimado a comprovar a origem daqueles créditos, alegou que não teria condições de especificar sua origem e, que esses créditos teriam origem 50% decorrentes da receita da venda de equipamentos elétricos/eletrônicos e os outros 50% decorrentes da receita da locação de equipamentos/serviços de monitoramento de sistemas de segurança.

Como os esclarecimentos do contribuinte não foram conclusivos, a Fiscalização entendeu, corretamente, por proceder de ofício a constituição do crédito tributário por meio do lançamento fiscal da infração a título de “Omissão de Receita por Presunção Legal – Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada”, com base no que dispõe o artigo 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Consignou ainda que, mesmo ao longo do processo administrativo, nem o contribuinte nem os responsáveis lograram comprovar a origem dos créditos mencionados, de modo que não há como alterar o lançamento.

Afastou a alegação de violação do direito de imagem, em razão das fotos tiradas pela fiscalização e acostadas nos autos, por entender que tais elementos de prova serviram para garantir o devido processo legal e, inclusive, para assegurar o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Do mesmo modo, afastou a alegação de confiscatoriedade das multas, sob o fundamento de que as penalidades aplicadas são aquelas previstas na legislação para a conduta adotada pelo contribuinte, e que não cabe ao órgão administrativo afastar a aplicação da Lei, posto a vinculação da sua atividade.

Por fim, manteve a responsabilidade dos devedores arrolados no lançamento, tendo em vista que restou verificado que o contribuinte e a empresa Monitora Bento se organizaram em conluio de forma que as receitas auferidas por ambas as empresas fossem devidamente tributadas pela sistemática do Simples Nacional

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte, conjuntamente com o Sr. Aldo, interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.318/1.350), em que reitera os argumentos tecidos na defesa, sendo necessário evidenciar os seguintes argumentos:

- a) Alegou que o descumprimento do dever jurídico de motivar o ato administrativo, ou seja, a tentativa de responsabilização de terceiros sem prova contundente e cabal importa na declaração de nulidade do referido termo de responsabilidade;
- b) Que analisando os autos, é possível verificar que o Sr. Aldo não administra qualquer outra empresa senão o Recorrente, e que o fato dele ter tido filhos com a Sra. Solange não o condena a ser umbilicalmente unido a tudo que se refere a empresa da ex-companheira;

- c) Que a motivação do ato administrativo do lançamento somente alcança seus fins por intermédio de prova, não havendo campo para presunção;
- d) Que em nenhum momento do Auto ou do Acórdão recorrido, restou comprovado os atos que ensejaram a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas arroladas no lançamento;
- e) Que acerca do arbitramento do faturamento do contribuinte, pontuou que o Fisco apenas mencionou a "imprestabilidade da escrituração contábil", mas não motivou ou indicou onde estava o erro, qual lançamento não se prestou ao intuito da perfeição requerida, de modo que se opera a nulidade do Acórdão;
- f) Que há nulidade do julgamento, a partir do momento que olvidou motivar como chegou à conclusão de que o faturamento da empresa contribuinte era majoritariamente oriundo da prestação de serviços;
- g) Que a utilização de fotografias tiradas na empresa, sem mandado judicial ou autorização da mesma, inclusive de funcionários com crachás de identificação, que não autorizaram expressamente o uso de suas imagens em auto de infração tributário, violam o preceito constitucional da inviolabilidade da imagem, disposto no inciso X do art. 5º da CF/88;
- h) Que o Recorrente e a Monitora não estão localizada no mesmo endereço, e que o Recorrente tem sede própria, frente e fachada diversa das eventuais demais empresas do mesmo edifício;
- i) Que a utilização do mesmo edifício onde funcionam outras empresas não pode ser considerado como fundamento para a atribuição de um Grupo Econômico entre o Recorrente e a terceira noticiada nestes autos;
- j) Que o Recorrente possui outras contas bancárias, além daquela de nº 000013002705, mantida junto ao Banco Santander, as quais foram devidamente contabilizadas, e que se o Recorrente alegou não saber demonstrar a origem dos depósitos, isso se deveu apenas ao fato de que referida análise demandaria uma perícia contábil minuciosa, já que eram comuns as transferências de recursos entre as contas bancárias por depósito no caixa, o que não representa faturamento, mas "bis in idem" do mesmo recurso;
- k) Que pelo menos por amostragem, o contribuinte conseguiu verificar que, de fato, sacava no Santander para "cobrir" despesas em outros bancos, como no Banco do Brasil, por exemplo, conforme exemplo abaixo:

CONTA BANCÁRIA – BANCO DO BRASIL

01.10.2010	502-Depósito	em	Dinheiro	13036	29691303600056	103,00	C
16.09.2011	502-Depósito	em	Dinheiro	13037	29691303700434	500,00	C
08.11.2010	502-Depósito	em	Dinheiro	13037	29691303700671	3.900,00	C
13.12.2010	502-Depósito	em	Dinheiro	13035	29691303500616	6.000,00	C
06.04.2011	502-Depósito	em	Dinheiro	13010	29691301000067	7.500,00	C

- l) Que isso certamente se repetiu na demais contas, cuja contabilização se operou, demonstrando ausência de omissão de receitas, ou, pelo menos, de todas as receitas e, mais importante, inexistência de intenção de malferir a tributação;
- m) Por fim, questiona se acaso a intenção do Recorrente fosse omitir receitas, porque abriria, ou manteria, outra sociedade para "dividir faturamento" e permanecer dentro do SIMPLES?

Os responsáveis solidários Monitora Bento e a Sra. Solange também interpuseram Recurso Voluntário (fls. 1274/1.306), sendo este uma réplica daquele interposto pelo contribuinte.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Os recursos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, por isso deles conheço.

Conforme relatado, o contribuinte, conjuntamente com o Sr. Aldo, interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.318/1.350), em que reitera os argumentos tecidos na defesa e, por sua vez, os responsáveis solidários Monitora Bento e a Sra. Solange interpuseram Recurso Voluntário (fls. 1274/1.306) que se trata de uma réplica daquele do interposto pelo contribuinte.

Assim é que, basta analisar o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte para se enfrentar todas as razões recursais aduzidas por todos os solidários.

Da análise dos autos é fácil constatar que os Recursos Voluntários apresentados, com exceção de uma preliminar e poucos argumentos complementares que apenas reforçam os argumentos iniciais, constituem-se basicamente em reprodução da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Em sede Recursal o recorrente inova com uma alegação preliminar que se aplica ao responsável solidário de alegada nulidade do termo de sujeição passiva em razão de suposta ausência de motivação. Ora, nada mais absurdo.

O responsável pode até não concordar e contestar o contexto fático e probatório, mas jamais alegar ausência de motivação. Os fatos, provas e enredo que levaram a autoridade fiscal as suas conclusões são extensos e consistentes com a conclusão do procedimento fiscal.

Outrossim, trata-se de aplicação direta da norma tributária que prevê sim, de forma clara, hipótese de responsabilização solidária.

Ademais, sendo o ato devidamente fundamentado e tendo o contribuinte e responsável entendido a imputação e garantido o seu direito à ampla defesa, não há o que se falar em nulidade. Desta feita, não acolho a preliminar suscitada.

No mais, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, , desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida na parte que se aplica:

Voto

Em face da data de ciência pelo contribuinte, por via postal, em 11/10/2014 do 'Ato Declaratório Executivo N.º 170' de 09/10/2014 de fl. 743 e, da ciência, pela pessoa jurídica autuada, bem como pelos sujeitos passivos arrolados como solidários, por via postal, em 04/12/2014 do Auto de Infração, tem-se que as defesas apresentadas em 23/10/2014 e 05/01/2015, por todos os cientificados são tempestivas. Como atendem aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, delas toma-se conhecimento.

Do Ato de Exclusão

A empresa INVIOÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME se insurge contra o ‘Ato Declaratório Executivo N° 170’ de 09/10/2014 de fl. 743, expedido pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Caxias – RS e publicado no Diário Oficial da União de 10/10/2014 conforme fls. 744/745, que a exclui do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/01/2010 com base na ‘Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional’ de fls. 697/741, formalizada pela autoridade fiscal que executou o procedimento fiscal realizado em desfavor da manifestante.

Requer na sua defesa o cancelamento do pedido de exclusão da empresa do Simples Nacional e, alternativamente, que seja mantida nesse regime de tributação até que haja a decisão definitiva em relação a essa exclusão.

No entanto, não merece qualquer acolhida a pretensão requerida.

Com efeito, a redação do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006 traz hipóteses de vedações à opção pelo Simples Nacional no caso de: (a) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na própria lei; (b) houver falta de escrituração do livro-caixa ou esta escrituração não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; (c) houver descumprimento reiterado da obrigação de emitir documento fiscal de venda ou de prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor.

(...)

Conforme consta consignado na citada ‘Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional’, a Auditoria Fiscal responsável pela ação fiscal apurou que a empresa INVIOÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME, excluída do Simples Nacional:

- deixou de oferecer à tributação receitas, decorrentes de créditos/depósitos realizados na conta bancária nº 000013002705, mantida junto ao Banco Santander;

- deixou de escriturar integralmente a sua movimentação financeira no Livro Diário e no Livro Razão do período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011;

- deixou de emitir o documento fiscal de venda e de prestação de serviço do período de janeiro de 2010 até dezembro de 2011; e - teve administradores comuns na empresa INVIOÁVEL e na empresa MONITORA, que conjuntamente, ultrapassaram o limite permitido da receita bruta do sistema especial simplificado desde outubro de 2010.

Assim, fruto dessas constatações que evidenciam o descumprimento dos requisitos para permanência da pessoa jurídica INVIOÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME no Simples Nacional, tem-se como correto o ato da Administração Tributária que excluiu a empresa dessa sistemática de apuração de tributos a partir de janeiro de 2010, mês em que incorridas as hipóteses de exclusão, conforme dispõe o parágrafo 1º, do artigo 29, da Lei Complementar nº 123 de 2006.

Do Lançamento de Ofício a título de IRPJ, de CSLL, de PIS/PASEP e de COFINS

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS.

Nas impugnações apresentadas contra o lançamento de ofício efetuado ao final do procedimento fiscal, a empresa autuada (INVIOÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) e os responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal (a empresa MONITORA BENTO EIRELI – EPP e as pessoas físicas SOLANGE MARIA CIMA e ALDO PEDRO FEDRIGO) arguem, em sede de preliminares, nas respectivas peças de defesas, pela nulidade do lançamento com o argumento de que não houve o julgamento definitivo da defesa apresentada contra o ato administrativo que

excluiu a interessada do Simples Nacional e, com o argumento de que o MPF n.º 1010600.2014.00161 emitido contra a empresa não foi renovado no prazo de 60 (sessenta) dias.

Porém, não merecem acolhidas essas nulidades suscitadas.

Com efeito, em matéria de processo administrativo fiscal não ocorrem nulidades caso não se verifiquem as circunstâncias previstas no artigo 59, do Decreto n.º 70.235, de 1972, que trata do processo administrativo fiscal:

(...)

Assim, consoante ao art. 59, I, acima transcrito, só se poderia cogitar de declaração de nulidade do ato administrativo de lançamento tributário quando esse ato tiver sido lavrado por pessoas incompetentes (art. 59, I), o que absolutamente não é o caso. Por outro lado, a nulidade por preterição do direito de defesa, de que trata o art. 59, inciso II, supra, somente pode ser declarada quando o cerceamento ocorrer em uma fase posterior à lavratura do ato, o que também não é o caso uma vez que o contribuinte litigante foi regularmente cientificado da autuação fiscal a fim de que pudesse manifestar-se, o que, aliás, devidamente fez no presente processo.

Salienta-se, em face dos argumentos apresentados na defesa para requerer a nulidade da autuação, que o lançamento realizado de ofício, seja por qualquer forma de tributação, independe da confirmação da exclusão da empresa do Simples Nacional e, ainda, independe da renovação ou não do Mandado de Procedimento Fiscal, cuja regular ciência foi oportunizada ao contribuinte fiscalizado no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil (www.receita.fazenda.gov.br) por meio do código de acesso n.º 90402399, conforme consta do ‘Termo de Intimação Fiscal N.º 09’ de fls. 759/760.

DO MÉRITO.

No caso em exame, cuida-se a empresa autuada (INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) de um contribuinte que era optante pelo Simples Nacional e, inclusive apresentou, para os anos-calendário de 2010 e de 2011, declaração de ajuste anual com base nessa forma de tributação, conforme se verifica no ‘Extrato do Simples Nacional’ de fls. 625/672 e nas ‘Declarações Anuais do Simples Nacional’ (DASN) de fls. 766/786 (ano de 2010) e de fls. 787/810 (ano de 2011).

Na ação fiscal realizada contra a empresa INVIOLÁVEL, a Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela auditoria fiscal constatou, no entanto, que a respectiva pessoa jurídica fiscalizada estava indevidamente enquadrada na sistemática de apuração pelo Simples Nacional desde 01/01/2010.

Esse enquadramento indevido da empresa INVIOLÁVEL no Simples Nacional motivou a formalização em 08/10/2014 da ‘Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional’, já citada anteriormente nesse julgamento, e, a expedição em 09/10/2014, pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Caxias – RS, do ‘Ato Declaratório Executivo N.º 170’ de fl. 743 que trata da exclusão da referida empresa da sistemática de apuração pelo Simples Nacional, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2010.

Em virtude dessa exclusão da empresa INVIOLÁVEL do Simples Nacional, a empresa fiscalizada foi intimada, por via postal, em 11/10/2014 (‘Termo de Intimação Fiscal N.º 09’ de fls. 758/759 e AR de fls. 760/761) e re-intimada, também por via postal, em 22/10/2014 (‘Termo de Intimação Fiscal N.º 10’ de fls. 762/763 e AR de fls. 764/765) a fim de que manifestasse no prazo de 5 (cinco) dias úteis qual o regime de tributação a ser aplicado a partir de janeiro de 2010, mês dos efeitos da sua exclusão.

Em resposta a essas intimações (Justificativa de fls. 812/813), a empresa INVIOÁVEL não escolheu o regime de tributação a ser aplicado a partir de janeiro de 2010.

Ao contrário, limitou-se a sustentar que: a sua exclusão do Simples Nacional seria objeto de defesa, motivo pelo qual entendia que a escolha por um regime de tributação ficava prejudicada; em face de seu enquadramento no Simples Nacional até àquele momento não tinha e nem podia ser obrigada a produzir escrituração e; ao fazer a opção por lucro presumido desde 01/01/2010, estaria fazendo uma “confissão das acusadas irregularidades”, o que impediria a empresa de fazer “qualquer defesa plausível”.

Com efeito, em face da negativa de resposta apresentada pela empresa fiscalizada INVIOÁVEL aos citados ‘Termo de Intimação Fiscal Nº 09’ e ‘Termo de Intimação Fiscal Nº 10’, bem procedeu a autoridade fiscal em realizar o arbitramento do lucro.

Ademais porque, conforme consta do campo ‘Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais’ constante do Auto de Infração de fls. 817/922, esse arbitramento do lucro deu-se pelo fato da fiscalização verificar que a escrituração mantida pelo contribuinte era imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude da existência de erros e falhas constatadas pela autoridade fiscal.

No procedimento de fiscalização as infrações a seguir relacionadas foram apuradas com base nos valores creditados/depositados em contas bancárias e omitidos pela empresa INVIOÁVEL e, com base nas receitas mensais decorrentes da prestação de serviços percebidas pelo contribuinte e verificadas nas Notas Fiscais de Prestação de Serviços, cujos valores conferem com os informados nas ‘Declarações Anuais do Simples Nacional’ (DASN) de fls. 766/786 (ano de 2010) e de fls. 787/810 (ano de 2011):

- Receitas da Atividade – Receita Bruta na Revenda de Mercadorias;
- Receitas da Atividade – Receita Bruta na Prestação de Serviços em Geral;
- Receitas da Atividade – Receita Bruta Mensal na Prestação de Serviços de Administração, Locação ou Cessão de Bens, Imóveis, Móveis e Direitos de Qualquer Natureza;
- Omissão de Receita por Presunção Legal – Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada.

Nesse contexto fático, salienta-se que não merecem prosperar os protestos apresentados pela empresa atuada (INVIOÁVEL) e pelos responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal no sentido de: que é improcedente a acusação de que não houve manifestação e/ou resposta da empresa ao TIF nº 09; que “a pretensão fiscal consignada nos dois autos de infração restou produzida antes do devido tempo, pois não aguardou a decisão relativa à impugnação relacionada à citada exclusão”; que “todos os registros apontados nos itens 2.5, 2.5.1, 2.5.2 e 2.6” são improcedentes; que a “opção pelo regime tributário será tomada após a decisão sobre a exclusão do simples nacional, se julgada improcedente a medida”; que tem “o direito de permanecer no regime tributário que vinha adotando”; que não pode haver exclusão do Simples Nacional enquanto não houver decisão definitiva da impugnação contra essa exclusão.

Dos protestos contra as ‘Receitas das Atividades’ apuradas pela fiscalização.

A empresa atuada (INVIOÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) e os responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal equivocam-se ao rejeitar o cálculo do imposto apurado, afirmando que a fiscalização considerou integralmente os valores das receitas como “se fossem originários de prestação de serviços”.

Conforme assentou a autoridade fiscal no item 6 do ‘Relatório de Fiscalização’, o qual acompanha o ‘Auto de Infração’, as receitas mensais da atividade da empresa

INVIOLÁVEL conferem com os valores informados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica e nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN apresentadas pela interessada e referentes ao período de 01/2010 a 12/2011:

(...)

Nas peças de defesas apresentadas, a empresa autuada (INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) e os responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal reclamam que as receitas tidas como omissões “foram obtidas pela quebra de sigilo bancário, sem ordem judicial, com violação do disposto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal”; que “não tem qualquer valor probatório os pretensos valores obtidos de contas bancárias da Impugnante, pois advindos de flagrante violação de direitos constitucionais”; que “a ofensa a direito de sigilo da Empresa” ficou caracterizada no termo de Início de Fiscalização quando a autoridade fiscal intimou a impugnante a apresentar os extratos bancários; que a fiscalização “não pediu autorização para quebra do sigilo bancário”, mas sim determinou; que é improcedente a acusação de que não foi registrada toda movimentação financeira.

Igualmente não merecem prosperar essas reclamações apresentadas pelos impugnantes, em suas respectivas peças de defesas.

Como a própria a empresa INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME admite em sua defesa, a autoridade fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização, por meio do ‘Termo de Início de Procedimento Fiscal’ de fls. 02/03, intimou a empresa INVIOLÁVEL em 26/04/2014, regularmente por via postal (AR de fl. 4), para que no prazo de 10 (dez) dias apresentasse, em meio magnético e papel, os extratos bancários de contas correntes, de aplicações financeiras e de cadernetas de poupança do período de 01/2010 a 12/2011 de todas as Instituições Financeiras nas quais era correntista.

De posse dos extratos das contas bancárias de titularidade da empresa fiscalizada, e entregues, frise-se, pela mesma em atendimento ao mencionado ‘Termo de Início de Procedimento Fiscal’, a fiscalização passou então a fazer a sua análise, momento em que constatou a existência de recursos depositados sem a correspondente comprovação da origem (recursos esses que, conforme disposição legal, presumem-se tratar-se de omissão de receitas). A fiscalização constatou também que o contribuinte não havia regularmente oferecido à tributação esses valores depositados em conta bancária.

Com o fito de oportunizar ao contribuinte refutar a presunção legal de omissão de receitas verificada pela autoridade fiscal, foi solicitado à empresa INVIOLÁVEL, por meio do ‘Termo de Intimação Fiscal nº 02’ de fls. 08/14, do ‘Termo de Intimação Fiscal nº 04’ de fls. 18/19 e, do ‘Termo de Intimação Fiscal nº 07’ de fls. 22/40, a fiscalização regularmente intimou em 06/06/2014, re-intimou em 03/07/2014 e intimou em 29/07/2014, respectivamente, a empresa, mediante ciência pessoal do sócio administrador da empresa (Sr. ALDO PEDRO FEDRIGO, CPF 295.318.029-04) para que, no prazo de 20 (vinte) dias, 5 (cinco) dias e 20 (vinte) dias, respectivamente, comprovasse individualmente, mediante documentação hábil e idônea compatível em data e valores, a origem dos valores creditados/depositados no período de 01/2010 a 12/2011 em sua conta bancária nº 000013002705, mantida junto ao Banco Santander.

Por ocasião dessas intimações a autoridade fiscal inclusive alertou ao contribuinte intimado que a não comprovação da origem das operações de crédito ensejaria o lançamento de ofício a título de ‘Omissão de Rendimentos’, nos termos do artigo 849, do Decreto nº 3000, de 1999.

Em resposta a essas intimações (Justificativas de fls. 369 e 370), a empresa INVIOLÁVEL alegou que não teria condições de especificar a origem dos créditos/depósitos na conta bancária nº 000013002705 do Banco Santander e, que esses créditos teriam origem 50% decorrentes da receita da venda de equipamentos

elétricos/eletrônicos e os outros 50% decorrentes da receita da locação de equipamentos/serviços de monitoramento de sistemas de segurança.

Em virtude desse esclarecimento não conclusivo prestado pela empresa INVIOLÁVEL - e, sobretudo, desacompanhado de documentação efetiva, hábil e idônea, comprobatória da origem das operações de crédito em conta bancária da fiscalizada -, a fiscalização bem procedeu de ofício na constituição do crédito tributário devido por meio do lançamento fiscal da infração a título de “Omissão de Receita por Presunção Legal – Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada”, com base no que dispõe o artigo 42, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e alterações posteriores.

Salienta-se que, consoante esse dispositivo legal, o legislador pátrio estipulou ser uma omissão de receitas ou de rendimentos, sujeita à tributação, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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.

(...)

Na espécie, essa omissão de receitas ou de rendimentos por presunção legal trata-se de uma presunção juris tantum (presunção relativa) que sempre pode ser elidida pelo sujeito passivo com a apresentação de provas em contrário.

Na peça de defesa apresentada pela empresa autuada (INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) e pelos responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal, contra a autuação sofrida os impugnantes limitam-se a indignarem-se, sem, no entanto, apresentar quaisquer documentos que possam efetivamente esclarecer os valores lançados nos extratos bancários e, assim, afastar a tributação sofrida.

Frisa-se que, conforme o artigo 14 e seguintes, do Decreto n.º 70.235, de 1972, por ocasião da impugnação da exigência é que se dá a instauração do litígio; momento processual esse em que o contribuinte deve apresentar as provas, com vistas a refutar a exigência fiscal constituída contra si:

(...)

Com efeito, o conhecimento de afirmações relativas a fatos apresentados na defesa com intuito de contraditar elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua efetiva substanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis.

Como é cediço, a atividade administrativa do lançamento pela autoridade fiscal é uma atividade plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Além de vinculada, a atividade de lançamento é obrigatória (art. 142 do CTN). Por conseguinte, a verificação da ocorrência do fato gerador é condição de validade do próprio lançamento.

Observado que na ação fiscal ocorreu a correta subsunção do fato concreto (norma-fato) à norma legal tributária, geral e abstrata, em face da ausência de explicações hábeis e concretas do contribuinte no curso da ação fiscal, perfeito o procedimento da autoridade tributária em constituir o crédito tributário pelo lançamento de ofício em desfavor do contribuinte.

Salienta-se ainda que as ementas de acórdãos da jurisprudência administrativa e judicial trazidas à colação não constituem normas complementares da legislação tributária, tampouco vincula a administração tributária, pois inexistente lei que lhe confira a efetividade de caráter normativo.

Dos demais protestos apresentados pelos impugnantes.

Também não merecem prosperar os protestos apresentados pela empresa autuada (INVOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME) e pelos responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal no sentido de que a autoridade fiscal descumpriu determinação contida no Decreto nº 70.235 de 1972 ao utilizar ora a intimação pessoal, ora a intimação por via postal e, nesta última, sem observar o recebimento e a assinatura do sujeito passivo ou de quem legalmente o represente, quando “tinha amplo conhecimento de quem representa a empresa”.

Com efeito, nos termos do artigo 23, do Decreto 70.235, de 1992, a intimação do contribuinte no procedimento fiscal deve se dar ou pessoalmente, ou por via postal, ou por meio eletrônico, sem qualquer ordem de preferência:

(...)

E também não merecem prosperar as ponderações apresentadas nas defesas no sentido de que as imagens exibidas no “expediente impugnado” não tem valor probatório, em virtude de ter ocorrido violação ao direito de imagem diplomado no artigo 5º da Constituição Federal.

Com efeito, o conceito de prova é multívoco. Na seara processual, prova é o meio lícito para demonstrar a verdade ou não do fato, com o escopo de convencer o órgão julgador acerca de sua existência ou inexistência, segundo os procedimentos previstos em lei.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) não afirma o direito à prova de modo amplo e direto, tampouco existe garantia constitucional específica e formal do direito à prova. O direito à prova insere-se no conjunto de garantias que confere a todos os litigantes um processo justo, quer por garantir a observância do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF/1988), quer por assegurar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF/1988).

O Código de Processo Civil prevê que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a veracidade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Analisando especificamente o artigo 332 do Código de Processo Civil, percebe-se que os meios de prova, que são os instrumentos através dos quais se viabiliza a demonstração da verdade das alegações sobre a matéria fática controvertida, dividem-se em: típicos e atípicos.

Os meios de prova típicos são aqueles que se encontram elencados e definidos na lei processual. Já os meios de prova atípicos ou inominados são aqueles que não estão disciplinados na lei, mas que podem ser utilizados por não violarem a moral e os bons costumes (são moralmente legítimos).

Pelos meios inominados de prova se visa a obtenção de conhecimentos sobre os fatos ou coisas de forma diversa daquela prevista na lei processual para as chamadas provas típicas (ou nominadas).

Em tratando de provas típicas ou legais, o legislador prefixa um valor probatório, de caráter abstrato, que limita a liberdade do juiz na apreciação da prova. Em suma: o juiz é obrigado a aceitá-las, cabendo, tão somente, deferi-las ou não. De outra banda, nas provas atípicas, por não estarem previstas no Código de Processo Civil, o juiz pode não aceitá-las em virtude do seu livre convencimento motivado.

Da maneira como está posta no Código de Processo Civil, a fotografia, cuja característica consiste na captura dos elementos visuais e no registro das impressões sensíveis extraídas dos fatos ou coisas que pretende representar, é considerada como

meio de prova típica, documental, estando inserta na Seção V (Da prova documental), subseção I (da força probante dos documentos).

No caso em espécie, as fotografias trazidas à colação pela autoridade fiscal tiveram, tão somente, o condão de firmar um melhor conhecimento sobre a realidade dos fatos constatados na ação fiscal realizada; prestando-se, portanto, a confirmar a imputação consignada na 'Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional', como na autuação.

Dos protestos contra as Multas de Ofício de 75% e 150% aplicadas pela fiscalização.

Não procedem também as contestações apresentadas pela empresa autuada (INVOLÁVEL) e pelos responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal no sentido de que as multas aplicadas pela autoridade fiscal têm caráter de confisco.

As multas de ofício de 75% e 150% sempre acompanham os tributos exigidos mediante lançamento de ofício, sendo que sua previsão legal encontra-se disciplinada no art. 44, incisos I e II, da Lei nº 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

(...)

Por sua vez, o art. 6º, da Lei nº 8.218 de 1991, com a redação dada pela

Lei nº 11.941 de 2009, prevê a possibilidade de redução destas multas de ofício:

(...)

Assim, conforme previsão legal, os percentuais aplicados a título de multas de ofício, exigíveis em lançamentos efetuados pela autoridade fiscal, são exatamente os determinados expressamente na legislação tributária em vigor, portanto em normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico, a qual contempla inclusive as hipóteses de reduções.

Com efeito, as alegações de que as multas têm caráter de confisco deve ser dirigida a quem cumpre a feitura das leis (no Brasil, o legislador), sendo certo que as normas legais devem ser aprovadas nos estritos limites definidos pela Constituição da República. Às autoridades administrativas cabe cumprir as determinações legais previstas na norma tributária de regência e ao julgador administrativo examinar se os atos por elas praticados estão de acordo com essa norma legal.

Sendo a atividade fiscal vinculada e obrigatória, deve a autoridade administrativa e o julgador administrativo cumprir rigorosamente o que tiver sido determinado nos atos legais e normativos vigentes, não lhe sendo permitindo a utilização de discricionariedade.

No caso em espécie, conforme consta do 'Relatório de Fiscalização' de fls. 923/965, a autoridade fiscal apurou que a empresa fiscalizada (INVOLÁVEL) cometeu a prática de sonegação de que trata o artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, ao não registrar toda a sua movimentação financeira, motivo pelo qual fez a qualificação da multa a que alude o parágrafo 1º do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996:

(...)

Com efeito, o ato de sonegar é todo ato realizado pelo contribuinte visando suprimir ou reduzir tributo, mediante omissão, fraude, falsificação, alteração, adulteração ou ocultação. Na sonegação fiscal o sujeito passivo utiliza procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal. Na sonegação conscientemente age no intuito de beneficiar a si ou terceiros.

No caso exame, conforme relatou a Auditora Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização, a empresa INVIOLÁVEL deixou de registrar toda a sua movimentação financeira em sua escrituração contábil e também não declarou todas as receitas auferidas, além de não ter emitido o documento fiscal correspondente; motivo pelo qual aplicou a multa qualificada de acordo com que determina a legislação.

Portanto, estando as multas aplicadas de conformidade com a lei, corretas são as suas exigências.

Dos protestos contra a responsabilidade tributária apontada pela fiscalização.

Por fim, também não procedem as reclamações apresentadas pela empresa autuada (INVIOLÁVEL) e pelos responsáveis solidários arrolados pela autoridade fiscal de ser improcedente a caracterização da sujeição passiva solidária da Srª SOLANGE MARIA CIMA, do Sr. ALDO PEDRO FEDRIGO e da empresa MONITORA BENTO EIRELI – EPP.

O instituto da responsabilidade tributária encontra-se diplomado nos artigos 121, 124, 125, 128 a 138 do Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

(...)

Conforme consta do ‘Relatório de Fiscalização’ que faz parte da autuação, a autoridade fiscal apurou no curso do procedimento fiscal que as empresas INVIOLÁVEL e MONITORA se organizaram em conluio de forma que as receitas auferidas pelas mesmas fossem indevidamente tributadas pela sistemática do Simples Nacional:

(...)

Como nos ensina a ilustre doutrinadora em Direito Tributário, a Drª Maria Rita Ferragut, diferentemente da responsabilidade civil que, salvo no caso de exceções legais, surge da prática de ato ilícito culposo ou doloso, que resulte em dano a terceiro e que implica a obrigação de indenizar; a responsabilidade tributária, embora em alguns casos requeira a prática de atos ilícitos (artigos 134, 135 e 137 do CTN), por diversas vezes existe independentemente deles (artigos 129 ao 133 do CTN).

Em outros termos, é a efetiva ocorrência de um fato qualquer, lícito ou ilícito (morte, fusão, excesso de poderes, etc...), e não tipificado propriamente como fato jurídico tributário, que autoriza a constituição da relação jurídica entre o Estado-credor e o responsável.

Assim rejeitam-se completamente os protestos apresentados no sentido de que é equivocada as somas das receitas das empresas e, que toda receita da MONITORA BENTO LTDA deve ser excluída da tributação com o argumento de não se tratar de um Grupo Econômico como apontado pela fiscalização.

Por fim, essa instância julgadora deixa de se manifestar a respeito da petição de fls. 1129/1132, apresentada pela pessoa jurídica MONITORA BENTO EIRELI – EPP, e do Despacho Decisório de fls. 1138/1139, proferido em face dessa petição, uma vez se trata de matéria estranha (cancelamento de débitos em DCTF) ao motivos que levaram a formalização do presente processo:

(i) exclusão da empresa INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/01/2010, (ii) apuração das sujeições passivas solidárias, conforme consta consignado no ‘Relatório de Fiscalização’ de fls. 923/965 e dos ‘Demonstrativos de Responsáveis Tributários’ de fls. 821, 856, 890 e 907 constantes do Auto de Infração e, (iii) lançamento de ofício, com base no Lucro Arbitrado, de IRPJ, de CSLL, de PIS/PASEP e de COFINS, acrescidos de multas de ofício de 75% e 150% e, de juros de mora, em desfavor da empresa

INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME, no montante total de R\$ 1.126.295,07.

Da análise dos fatos vê-se que a questão é eminentemente fática e documental, e a recorrente permanece com alegações genéricas e não enfrenta concretamente o detalhado trabalho fiscal, bem como a análise perpassada pela DRJ que detalhou as razões para não acolhimento dos documento apresentados.

A defesa do contribuinte é absolutamente genérica e aparentemente protelatória.

A situação fática é absolutamente clara. Não existiam duas empresas, mas apenas uma. Fotos, depoimentos, provas documentais são fartas.

No que se refere à preliminar de nulidade por suposta quebra de sigilo bancário esta já é matéria assentada na jurisprudência deste Conselho, e o presente processo já foi devidamente sobrestado para aguardar posição definitiva do STF sobre a questão.

O Supremo Tribunal Federal proferiu no julgamento no âmbito das ADIs n.º 2390, n.º 2386, n.º 2397 e n.º 2859 e do RE n.º 601.314 (repercussão geral), em que consolidou a tese acerca da possibilidade de a Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes mesmo sem autorização judicial.

As alegações de ilegalidades das provas ou do “direito de imagem” dos funcionários é risível uma vez que não se buscou qualquer uso da imagem dos funcionários, mas tão somente reforçar o contexto fático de que uma das empresas era inexistente de fato e servia, tão somente, para evitar que se extrapolasse o limite do simples e garantir a aplicação de faixas de alíquotas mais vantajosas. Além de todos esses fatos, a fiscalização ainda se deparou com contas bancárias a margem da contabilidade.

As alegações de que as movimentações financeiras se deram para cobrir outras contas é desprovida de qualquer concatenação, conciliação ou comprovação.

Quanto ao coeficiente de presunção para fins de lançamento, diante da inexistência de comprovação da natureza da origem dos recursos omitidos (ônus que recaí ao contribuinte) deve-se aplicar a maior alíquota de presunção.

No caso exame, a Recorrente deixou de registrar toda a sua movimentação financeira em sua escrituração contábil e também não declarou todas as receitas auferidas, além de não ter emitido o documento fiscal correspondente; motivo pelo qual aplicou a multa qualificada de acordo com que determina a legislação. Outrossim, as alegações de confiscatoriedade da multa esbarram na Súmula CARF n. 02.

Foram responsabilizados solidariamente, com base nos arts. 124 e 135 do CTN:

- 1) Pessoa Jurídica MONITORA BENTO EIRELI – EPP, CNPJ 03.240.307/0001-58 (empresa com sócios, administração e endereço em comum com a empresa autuada, confusão patrimonial, atividades econômicas semelhantes, ramos empresariais de igual natureza, de forma a

caracterizar-se que, na verdade, tratam-se de um único empreendimento de fato),

- 2) Pessoa Física da Srª SOLANGE MARIA CIMA, CPF 575.642.990-53 (sócia administradora da empresa MONITORA BENTO EIRELI - EPP, CNPJ 03.240.307/0001-58) e,
- 3) Pessoa Física do Sr. ALDO PEDRO FEDRIGO, CPF 295.318.029- 04 (sócio administrador da empresa INVIOLÁVEL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA – ME, CNPJ 05.045.627/0001-82).

No que se refere à responsabilidade solidária, os fatos foram muito bem comprovados pela autoridade fiscal. Tratam-se de duas empresas que funcionam no mesmo endereço com uma mesma identidade e formalmente constituídas em nome das pessoas de uma mesma família e que trabalhavam conjuntamente. As provas são abundantes e escancaram o claro intuito de simular e sonegar tributos e a atuação direta dos responsáveis solidários para esse fim.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, adoto a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntários.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva