



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

Processo n° 11070.720556/2011-70
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1103-000.843 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de abril de 2013
Matéria IRPJ, CSLL, PIS, COFINS - EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL E DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente EMBUTIDOS BORELLA NEGRELLO LTDA. E ABATEDOURO E EMBUTIDOS DÖRWICH LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

PEREMPÇÃO

Recurso protocolizado a destempo interdita seu conhecimento. Consumada a perempção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NÃO conhecer do recurso, por precepto, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Sérgio Luiz Bezerra Presta, André Mendes de Moura, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

DO LANÇAMENTO

O presente processo tem origem nos Atos Declaratórios Executivos de nº 26 e 27, de 10/6/2011, expedidos pela DRF de Santo Ângelo, que excluiu a recorrente do regime do Simples Federal, referente ao período de 1º/1/2007 a 31/6/2007, que se deu em função da prática reiterada de infração à legislação tributária (falta de emissão de notas fiscais) e por embaraço à fiscalização (não apresentando livros fiscais), produzindo efeitos a partir de 1º/1/2007, na forma do art. 9º, XII, “f”, da Lei 9.317/96; e do Simples Nacional, referente ao período de 1º/7/2007 a 31/12/2009, que se deu em função da prática reiterada de infração à legislação tributária (ausência de escrituração do Livro Caixa) e falta de comunicação de exclusão obrigatória (faturamento acima do limite), na forma do art. 29, II, V, VIII e XI, da Lei Complementar 123/06.

O principal objeto da ação fiscal inicial foi a verificação de sua movimentação bancária, que demonstrava incompatibilidade de valores com aqueles declarados em suas Declarações de Ajuste Anual Simplificadas referentes aos anos-calendário de 2007 a 2009. Por essa razão, a recorrente foi intimada, em 2/6/2010, a apresentar extratos referentes as contas bancárias existentes em seu nome e em nome de seus dependentes, bem como a apresentar seu Livro Caixa ou Diário e Razão do período.

Em 1º/7/2010, a recorrente apresentou cópia de seu contrato social e livros de entradas e saídas de nº 5, 6 e 7, referentes a 2007, 2008 e 2009, respectivamente.

Em 6/7/2010, a recorrente tomou conhecimento pessoalmente do termo de intimação fiscal nº 1, em que foi solicitada a apresentação dos extratos bancários de 2007 a 2009 e, novamente, dos Livros Caixa ou Diário e Razão do mesmo período.

Em resposta à intimação, a recorrente apresentou declaração afirmando não ter realizado nenhuma escrituração contábil no período solicitado pelo fisco e alegou que os extratos bancários não teriam sido fornecidos pelo banco dentro do prazo estipulado.

Em 20/8/2010, o responsável da DRF formalizou pedido de RMF, de fls. 17 a 29, junto ao Banco Sincredi S.A., requisitando os dados financeiros da recorrente referente ao período fiscalizado.

Com base nos extratos apresentados pelo referido banco foram apurados os créditos líquidos nas contas-corrente mantidas pela recorrente. Os valores foram discriminados nas planilhas “Relação de Depósitos/Créditos Bancários a Comprovar”, que seguiram o Anexo I do TIF, em que a recorrente foi intimada pessoalmente a apresentar documentação hábil e idônea a comprovar a origem dos recursos em questão, na forma descrita no termo de intimação e planilha anexa. Foi, ainda, reintimada a apresentar os livros contábeis do período.

Em 6/4/2010, foi realizada visita ao domicílio fiscal da recorrente, momento em que se constatou que no local estava em pleno funcionamento a empresa Abatedouro e

embutidos Dowich Ltda.. Não foi encontrado nenhum dos sócios ou administradores da empresa Embutidos Borella Negrello Ltda..

O proprietário da empresa Dowich, Rainer Dowich, informou aos fiscais ter adquirido os ativos da empresa Borella entre abril e julho de 2010. Em seguida, facultou aos fiscais da RFB que acessassem os antigos escritórios da Borella, onde estavam abandonados diversos documentos relativos ao movimento da referida empresa.

Foram encontradas duas caixas de papelão contendo o movimento financeiro de entradas e saídas de mercadorias, referente ao ano de 2009, bem como controle de compra e abate de bovinos e suínos do mesmo ano; notas fiscais de entrada e saída, referentes aos anos de 2009 e 2010; comprovantes de pagamento de despesas do ano de 2010 e folha de pagamento de pessoal do mês de novembro de 2009, conforme descrito no termo de representação fiscal, à fl. 614. Essa documentação foi retida pelos fiscais da RFB.

Após análise da documentação supramencionada verificou-se que a recorrente oferecia à tributação de 15 a 20% da receita auferida, conforme sugeriu também sua movimentação contábil, compatível com a apurada através da documentação retida pela fiscalização. À fl. 615 foi apresentado quadro com resumo das transações da recorrente junto aos valores por ela declarados à RFB.

A recorrente optou pela tributação de suas atividades, no período de 1º/1/2007 a 31/6/2007, pela sistemática do regime Simples Federal, regido pela Lei 9.317/96. Conforme apurado através da documentação retida pela fiscalização, muitas das operações de compra e venda de mercadorias não foram amparadas pela emissão de documento fiscal, de forma a enquadrar a recorrente no art. 14, V, da Lei 9.317/96.

Essa afirmação também pode ser verificada através da análise das notas fiscais de entrada e saída em nome da recorrente que não foram registradas nos livros de entrada e saída da empresa que, aliás, se encontram zerados nos meses em que foram emitidas as notas fiscais em questão. Acrescentou-se, por fim, que essas práticas foram realizadas comprovadamente de forma reiterada no período fiscalizado.

Ademais, a própria empresa afirmou não ter escriturado Livro Caixa no período fiscalizado e nem forneceu, quando intimada, dados sobre sua movimentação financeira, de modo a se enquadrar na hipótese de exclusão prevista no art. 14, II, da Lei 9.317/96.

Já quanto ao período de 1º/7/2007 a 31/12/2009, devido à alteração legislativa, a recorrente passou a efetuar a tributação de suas atividades de acordo com as regras do regime Simples Nacional, oferecendo à tributação apenas 15 a 20% da receita auferida no período.

Novamente, diversas operações de compra e venda de mercadorias realizadas pela recorrente não foram amparadas pela emissão de documento fiscal, conforme documentação apreendida pela fiscalização, enquadrando a empresa na hipótese de exclusão prevista pelo art. 29, XI, da LC 123.

Essa afirmação também pode ser verificada através da análise das notas fiscais de entrada e saída em nome da recorrente que não foram registradas nos livros de entrada e saída da empresa que, aliás, se encontram zerados nos meses em que foram emitidas

as notas fiscais em questão. Ainda, conforme afirmado pela própria recorrente, não houve escrituração do Livro Caixa, de modo a enquadrá-la na hipótese de exclusão prevista pelo art. 29, VIII, da LC 123. Acrescentou-se, por fim, que essas práticas foram realizadas comprovadamente, de forma reiterada, no período fiscalizado, enquadrando-a na hipótese de exclusão descrita no art. 29, V, da LC 123.

Pelo exposto, o AFRF propôs a exclusão da recorrente do regime de tributação do Simples Federal no período de 1º/7/2007 a 31/6/2007, e do Simples Nacional no período de 1º/7/2007 a 31/12/2009, mediante expedição de Ato Declaratório Executivo.

O lucro da recorrente foi arbitrado na forma do art. 530, III, do RIR/99. Foram lançados valores de principal, juros de mora e multa de ofício, totalizando o valor de R\$ 3.172.791,89, sendo: R\$ 959.974,36 de IRPJ; R\$ 506.818,21 de CSL; R\$ 308.932,30 de PIS e R\$ 1.427.067,02 de COFINS, acrescidos de multas de ofício com percentuais de 112,5 e 225% e juros de mora.

As multas supramencionadas foram agravadas em 50% devido ao fato de a recorrente ter deixado de prestar esclarecimentos em relação a fatos pertinentes aos períodos lançados. E, ainda, por ter deixado de apresentar documentação contábil obrigatória e extratos bancários, dificultando e/ou prejudicando o desenvolvimento da atividade fiscal.

Sobre os tributos advindos de omissões de receita decorrentes dos depósitos bancários não justificados foi aplicada multa de ofício com percentual de 75%, prevista pelo art. 44 da Lei 9.430/96. Sobre aqueles apurados em decorrência da receita operacional omitida foi aplicada a multa de 150%, devido à utilização de “caixa dois”, evidenciando a intenção em praticar conduta definida como sonegação, conforme previsão do art. 71 da Lei 4.502/64.

DA IMPUGNAÇÃO

Irresignadas, a empresa autuada, Embutidos Borella Negrello Ltda., e a empresa responsabilizada tributariamente por sucessão, Abatedouro e Embutidos Dowich Ltda., apresentaram de forma conjunta impugnação em 21/9/2011, de fls. 869 a 877, em que aduzem, em síntese, o que segue.

Em abril de 2010, através de instrumento de contrato de compra e venda entre as impugnantes, os sócios da empresa Abatedouro e Embutidos Dowich Ltda., Sr. Rainer Dowich e Sra. Terezinha Dowich adquiriram o prédio onde funcionava a empresa Embutidos Borella Negrello Ltda.. Em 2/6/2010, foi iniciado o procedimento de fiscalização no qual foram requeridos documentos e registros fiscais relativos à empresa Embutidos Borella Negrello Ltda., tais como seus Livros Caixa e extratos de movimentação bancária em conta corrente no Banco Sincredi. A referida documentação não pôde ser apresentada porque o Sr. Rainer Dowich não a possuía, tendo em vista não serem documentos pertencentes a sua empresa.

Alegou que sua movimentação financeira foi maior do que o valor declarado devido às tentativas de desenvolver capital de giro que possibilitasse a continuação de suas atividades, tendo em vista que a empresa estava passando por “sérias dificuldades financeiras”. Assim, o valor excedente não declarado à RFB não deveria sofrer tributação pelo fato de não se

tratar de auferimento de renda, mas sim de empréstimos que a empresa realizou e sequer chegou a saldar.

Esclareceu o método utilizado para captação de recursos afirmando que tomava cheques emprestados de terceiros, responsabilizando-se pelo provimento dos fundos, e os apresentava ao Banco Sincredi para troca, realizando operação de *factoring*. Contudo, em virtude de suas já mencionadas dificuldades financeiras, não foi possível pagar por esses créditos, passando a dever os referidos valores ao banco.

Em consequência, entendeu ser indevida a aplicação de multa, tendo em vista a não incidência de tributação. Da mesma forma indevida a aplicação de multa qualificada, uma vez que não houve comprovação de dolo por parte da recorrente por não ter havido auferimento de receita. Ainda se utilizou do mesmo argumento para impugnar a responsabilização dos sócios e administradores, nos termos do art. 135 do CTN.

Acerca da majoração das multas de ofício e da majoração em 50%, baseada no art. 44, § 2º, I, da Lei 9.430/96, afirmou não haver relação com a realidade dos fatos, porquanto foram apresentados os esclarecimentos solicitados pela autoridade fiscal na medida do que era possível. Ademais, tal cobrança possui caráter confiscatório, nos termos do art. 150, IV, da CF/88.

Com o fito de corroborar suas alegações, juntou às fls. 874 e 875, entendimento doutrinário e julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que tratam da matéria.

Acrescentou, ainda, que a sanção tributária não pode ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, um “verdadeiro tributo disfarçado”. Assim, não é qualquer atraso no tributo ou “suposta alegação de débito deste” que deve legitimar previsão de multa “no patamar de 150% quando a inflação anual gira em torno de 6%”. Nem mesmo a sonegação de tributo justificaria a aplicação de multa que exproprie o contribuinte de parcela de seu patrimônio desproporcional à infração que lhe foi imputada.

Pelo exposto, requereu o cancelamento do débito reclamado.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 24/11/2011, acordaram os julgadores da 5ª Turma da DRJ de Porto Alegre, por unanimidade de votos:

a) Julgar procedente em parte a impugnação aos lançamentos do IRPJ, CSL, PIS e COFINS para:

a1) Cancelar os seguintes valores originários (totais), conforme demonstrativo constante do voto do relator: IRPJ – R\$ 17.794,64; CSL – R\$ 8.007,59; PIS – R\$ 4.374,50 e COFINS – R\$ 20.190,00;

a2) Manter os demais valores lançados, incluindo-se as multas de ofício com percentuais de 112,5% e 225% e juros de mora.

- b) Ratificar a condição de sujeito passivo responsável da pessoa jurídica Abatedouro e Embutidos Dowich Ltda. e da pessoa física Humberto Borella Negrello.

Inicialmente foram estabelecidos os limites do litígio instaurado. Atentou-se ao fato de que a recorrente foi cientificada das exclusões do Simples Federal e do Simples Nacional, conforme os Atos Declaratórios 26 e 27, de fls. 620 e 621. Entretanto não apresentou manifestação tempestiva acerca do assunto, de forma que as exclusões se tornaram definitivas.

Acerca do arbitramento do lucro tributável da recorrente, afirmou estar correta a atuação da autoridade fiscal, com base no art. 530, III, do RIR/99.

A recorrente foi intimada a prestar esclarecimentos acerca de créditos líquidos apurados em sua conta corrente através da análise dos extratos bancários fornecidos pelo Banco Sincredi. Os referidos esclarecimentos não foram prestados; a recorrente apenas afirmou que não seria possível justificar individualmente os depósitos e movimentos solicitados em virtude do grande volume de lançamentos e pelo fato de o período solicitado se encontrar entre janeiro de 2007 e dezembro de 2009, de forma que não há possibilidade de emissão dos extratos bancários via internet.

Assim, sob a égide do art. 42 da Lei 9.430/96, os valores sem comprovação de sua origem foram considerados como receita omitida.

À fl. 1734 foi apresentada tabela com as conclusões obtidas através do confronto dos documentos apresentados pela recorrente em sede de impugnação e os valores relacionados no Anexo I, de fls. 239 a 291. À exceção dos documentos de fls. 880 a 885, todos os demais tiveram sua origem comprovada (fls. 887 a 916).

Com o fito de comprovar a origem dos créditos em sua conta corrente, que pretendeu justificar através de alegações de realização de operações de *factoring*, a recorrente juntou inúmeros borderôs de desconto de cheques e duplicatas. Contudo, a recorrente deixou de apresentar outros documentos, como contratos e comprovantes de aquisição de títulos, capazes de sustentar suas alegações.

Assim, afirmou-se que a recorrente não logrou comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em sua conta corrente, de modo a caracterizar omissão de receitas, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.

Sobre isso, apresentou-se a seguinte fundamentação:

“O depósito efetivado em conta bancária não constitui, por si só, fato gerador de imposto de renda, conforme definido pelo art. 43 do CTN, mas a omissão de rendimento representada pelos mesmos. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelo qual se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação.”

E continua.

“Depósitos bancários se apresentam, num primeiro momento, como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando o contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz

satisfatoriamente. Assim, a caracterização da omissão está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação.”

Em seguida, colacionou julgado no mesmo sentido, proferido pela 5ª Turma do antigo 1º Conselho de Contribuintes, à fl. 1736.

Dessa forma, não comprovada a origem de recursos, a autoridade fiscal tem o poder/dever de considerar os valores creditados como rendimentos tributáveis e omitidos em DIPJs, bem como efetuar o lançamento do tributo correspondente. Até mesmo pela vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a administração pública, de forma que ao agente público cabe somente a observância da lei vigente.

Sobre a omissão de receitas da atividade do ano-calendário de 2009, os valores tributáveis foram obtidos por meio de documentos retidos pela fiscalização e não foram impugnados.

Acerca das multas de ofício, foi colacionado, à fl. 1736, excerto do Parecer Normativo CST 61/79. Assim, após tecer comentários sobre a distinção entre a multa moratória e a multa punitiva, e traçar o paralelo com a previsão do art. 138 do CTN, afirmou-se que, iniciada a ação fiscal, o sujeito passivo será submetido às penalidades do procedimento, inclusive a multa de ofício.

No caso ora examinado, a multa de ofício aplicada sobre o imposto e as contribuições apurados é devida, tendo em vista ter restado comprovado que a recorrente efetivou escrituração paralela (caixa dois) no ano-calendário de 2009. Ademais, não houve sequer contestação do referido fato pela defesa. Assim restou evidenciada a ocorrência de conduta classificada como sonegação, nos termos do art. 71 da Lei 4.502/64, legitimando a exigência da multa de ofício de 150%.

Conforme se depreende da análise dos autos, a recorrente não atendeu satisfatoriamente às intimações do fisco; e, quanto às intimações de fls. 629 e 633, sequer houve apresentação de resposta. Também não houve preocupação de sua parte em dispor das informações necessárias concernentes à atividade de *factoring* alegada. De acordo com as previsões do art. 44, § 2º, da Lei 9.430/96, correto o agravamento das multas de 75 e 150% para 112,5 e 225%, respectivamente.

Para corroborar o entendimento acima mencionado, foram colacionados julgados proferidos pela 1ª Turma Especial, da 1ª Câmara, do antigo 2º Conselho de Contribuintes, bem como pela 8ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes.

Por fim, afirmou não ter ocorrido confisco, conforme alegado pela recorrente, tendo em vista que a vedação constitucional não se refere a multas aplicadas em virtude de atos ilícitos.

No que se refere à responsabilidade tributária, a defesa apresentada pela empresa Abatedouro e Embutidos Dowich Ltda. afirmou não ser possível que seus sócios fossem responsabilizados nos termos do art. 135 do CTN, tendo em vista não ter havido omissão de receitas e por não ter sido comprovado dolo de sua parte. Entretanto, na verdade, a acusação que lhe recaiu foi baseada no art. 133 do CTN, em virtude de ter continuado a exploração da atividade empresarial autuada.

Esta imputação, no entanto, não foi impugnada.

Sobre o sujeito passivo, responsável tributário solidariamente, Humberto Borella Negrello, após ser intimado, não apresentou manifestação de inconformidade, de modo que sua única contestação foi aquela presente na peça impugnatória apresentada pelas pessoas jurídicas autuadas. Contudo, conforme previsão do art. 16, II, do Decreto 70.235/72, é imprescindível a *qualificação do impugnante*, que não foi feita no presente caso, de maneira que a manifestação apresentada pelas pessoas jurídicas contra a imputação de responsabilidade de sócios e administradores foi considerada imprópria.

Ademais, em análise aos documentos anexos, é possível verificar que somente as pessoas jurídicas autuadas apresentaram procuração outorgada ao advogado que subscreve a defesa. Ausente, portanto, manifestação apresentada em nome da pessoa física dos responsabilizados solidariamente. Por essa razão, não foi conhecida a impugnação.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 16/2/2012, as recorrentes interpueram recurso voluntário de fls. 1753 a 1761, alegando, basicamente, o que alegado em sede de impugnação e acrescentando, em síntese, o que segue.

Afirmou que, diversamente do que afirmado na decisão retro, houve, sim, manifestação expressa contra a exclusão da empresa do regime simplificado de tributação, conforme fl. 3 de sua impugnação. Isso porque a suposta falta de declaração dos valores movimentados em sua conta corrente, que teria ensejado sua exclusão do regime simplificado, jamais ocorreu, devendo, por essa razão, ser restabelecida sua inscrição.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Shigueo Takata

A ciência do acórdão a quo se deu em 15/12/11, conforme fl. 1746 (numeração do e-processo). Por seu turno, o recurso da contribuinte (Embutidos Borella Negrello Ltda.) e da Abatedouro e Embutidos Dörwich Ltda. fora interposto em 16/2/2012 – fl. 1753 (numeração do e-processo).

Registro que não houve irresignação dos responsabilizados solidariamente srs. Humberto Borella Negrello e Roberta Borella Negrello.

De tal feito, o recurso manejado é intempestivo, não passando pelo juízo de admissibilidade.

Outrossim, não conheço do recurso, e decreto a perempção do feito.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 10 de abril de 2013

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator