



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

Processo nº 11516.007294/2008-72
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.404 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2015
Matéria IRPJ.
Recorrente R & N INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e JUCELINO ROMANA GRASSO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004, 2005

INOCORRÊNCIA DE NULIDADES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa antes de iniciado o prazo para a impugnação do lançamento, haja vista que, no decurso da ação fiscal, inexiste litígio ou contraditório, por força do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES.

Créditos bancários sem origem justificada caracteriza omissão de receita, por força de presunção legal, e se constitui em prática reiterada de infração à legislação tributária se tal situação se verificou por dois anos calendário, ensejando situação passível de excluir empresa do Simples.

ESCRITURAÇÃO. DEFICIÊNCIAS. LUCRO ARBITRADO

Constatado que a escrituração contábil continha vícios e deficiências que a tornam imprestável para a determinação do lucro real, correto o arbitramento de lucro, com base na receita bruta conhecida. Excluída do Simples, os lucros foram arbitrados e os impostos e contribuições sociais foram apurados sob esta forma de tributação, deduzindo-se os valores recolhidos pelo Simples. A ciência destes lançamentos e do ato de exclusão do Simples podem se dar na mesma data, não havendo assim qualquer preterição de direito de defesa, pois tanto a exclusão como os lançamentos tributários são objeto do mesmo processo administrativo, julgados, portanto, de forma simultânea.

IRPJ, CSLL - ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A APURAÇÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL.

O arbitramento do lucro não é uma penalidade ou sanção tributária. É uma modalidade de lançamento necessária à apuração do lucro tributável, obrigatória quando o contribuinte deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 527 do RIR.

OMISSÃO DE RECEITAS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO FINANCEIRA. INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. QUEBRA DE SIGILO. A Administração Tributária pode requisitar informações bancárias do contribuinte às Instituições Financeiras quando este, após regular intimação, deixa de apresentá-las espontaneamente. A requisição de informações bancárias do contribuinte não configura quebra de sigilo financeiro, posto que as informações arrecadadas estão protegidas pelo sigilo fiscal.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE. Os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis solidários pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, ou, ainda, se houve dissolução irregular da sociedade.

MULTA QUALIFICADA. DEVIDA

Configurada a conduta proativa da Recorrente, bem como em face da utilização de interpostas pessoas no quadro societário, entendo correta a aplicação da multa qualificada de 150% sobre os tributos apurados em decorrência da infração à lei.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação de IRPJ, em função da relação de causa e efeito que os une, com exceção do que foi tratado no corpo do voto em relação à decadência parcial do crédito tributário.

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718/98.

Reputa-se correto o lançamento relativo à Cofins quando inexiste qualquer vínculo entre o feito fiscal e a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessa contribuição.

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718/98. Reputa-se correto o lançamento relativo à contribuição para o PIS quando inexiste qualquer vínculo entre o feito fiscal e a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessa contribuição

ADICIONAL DE IRPJ- FALTA DE INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL ESPECÍFICO - Quanto ao lançamento de adicional do IRPJ, quando fundamentada a exigência do IRPJ, a falta de indicação do dispositivo legal que especificamente autoriza sua exigência não a compromete.

JUROS À TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa

referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, REJEITARAM a preliminar e, no mérito, NEGARAM provimento aos Recursos Voluntários interpostos.

(assinado digitalmente)

Antônio Bezerra Neto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Antonio Bezerra Neto (Presidente Em Exercício), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Carlos Mozart Barreto Vianna (Suplente Convocado), Mauricio Pereira Faro e Sérgio Luiz Bezerra Presta. Ausente justificadamente a Conselheira Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS como consequência da exclusão da Recorrente do Simples com efeitos desde 01/01/2004, por meio do qual a Autoridade Fiscal identificou omissão de receitas a partir de extratos bancários, aplicando-se a presunção do art. 42 da lei nº 9.430/96, lançados por arbitramento, acrescido de multas qualificadas de 150% ou 75%, a depender do caso.

Por bem detalhar o trabalho fiscal que embasa a presente autuação, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida, *in verbis*:

Por meio dos Autos de Infração acostados às folhas 313 a 379, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as importâncias de R\$ 12.556,70, a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, de R\$ 118.516,77 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ, de R\$ 43.275,55 a título de Contribuição para o PIS/Pasep, de R\$ 182.795,84 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS e de R\$ 70.372,17, a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, acrescidas de multa de ofício de 150% e/ou de 75% e encargos legais devidos à época do pagamento, referentes aos fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos calendário de 2004 e 2005.

Considerado também no pólo passivo dos autos, o Sr. Jucelino Romagna Grasso, conforme TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA, acostados às fls.309 a 310, nos termos do art.124 do Código Tributário Nacional (CTN).

Em consulta à "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)", às folhas 335, e ao "Termo de Verificação, Constatação e de Encerramento da Ação Fiscal" às folhas 385, verifica-se que a autuação se deu em razão de:

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte apresentava a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica — SIMPLES e foi excluído deste sistema pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 59, de 24 de outubro de 2008, com efeitos desde 01/01/2004. Enquadramento Legal: Art.530, inciso I do RIR/99.

2.4. ARBITRAMENTO

A fiscalizada omitiu as informações sobre a movimentação financeira, não as registrando nos livros obrigatórios (caixa). Deste modo foi excluída do Simples e sua contabilidade tendo sido considerada imprestável para a tributação pelo lucro real, resta a tributação pelo arbitramento.

O arbitramento teve como base a receita bruta conhecida, sendo apurado, ainda, omissão de receita por conta de

depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96 (art.849 do RIR/99) consignado no Auto (fl.337) e detalhadamente descrito no Termo Fiscal, item 3.2.

Os Fatos: Os Créditos Bancários Não Contabilizados São Parte da Movimentação Financeira Paralela — "Caixa 2".

Do Termo de Verificação, Constatação e de Encerramento da Ação Fiscal" às folhas 383 a 407, extrai-se, em resumo:

2.3. EXCLUSÃO DO SIMPLES

Em 20/10/2008, foi proposta (fls.01/02) a exclusão do SIMPLES, a partir de 01/01/04, conforme o inciso V do artigo 196 do RIR/99, da contribuinte fiscalizada, por:

a) O Livro Caixa, não registrar toda movimentação financeira, inclusive bancária, conforme determina o art. 7º, §1º, alínea "a" da Lei nº 9.317/96 ou art. 190, parágrafo único, inciso I, do RIR/99.

b) PRÁTICA REITERADA da infração à legislação tributária denominada de OMISSÃO DE RECEITA, pois no ano-calendário de 2004 declarou uma receita de R\$ 222.073,83 enquanto sua movimentação financeira em créditos bancários foi de R\$ 2.162.489,42 e no ano-calendário de 2005 declarou uma receita de R\$ 342.537,77 enquanto sua movimentação financeira de foi R\$ 4.637.844,66, conforme o "QUADRO 01 — R & N — MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA EM 2004 E 2005" (fls.02), portanto, enquadrando-se no inciso V, do artigo 195, do RIR/99.

Pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 59, de 24 de outubro de 2008, o Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis, SC declarou o contribuinte R & N INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., CNPJ 04.609.689/0001-07, excluído do [...] — SIMPLES (fls.302 — Volume 2).

2.4. ARBITRAMENTO

A fiscalizada omitiu as informações sobre a movimentação financeira, não as registrando nos livros obrigatórios (caixa). Deste modo foi excluída do SIMPLES e sua contabilidade tendo sido considerada imprestável para a tributação pelo lucro real, resta a tributação pelo arbitramento.

2.5. QUALIFICAÇÃO DA MULTA *A fiscalizada omitiu receita conforme está provado neste termo. Não registrou a sua real movimentação financeira.*

Também é importante registrar que a empresa admitiu que forneceu informações falsas (fls.230) ao BANCO SUDAMERIS/REAL com o objetivo de conseguir um financiamento.

Assim, a sua conduta denota o elemento subjetivo da prática dolosa de enganar o fisco, portanto enseja a

aplicação da MULTA QUALIFICADA, conforme o artigo 44, inciso fie §1º da Lei 9.430/96.

2.6 SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA •

Nos termos dos artigos 124 da Lei nº 5.172, de 1996 (Código Tributário Nacional) ficou caracterizada a sujeição passiva solidária do Sr. JUCELINO ROMAGNA GRASSO CPF 552.312.099-53, assim exposto:

Art.124. São solidariamente obrigadas:

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

—

OS PASSOS PARA CARACTERIZAR O SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO

2.6.1 — A HISTÓRIA DA EMPRESA

Os sete quadros a seguir mostram a história oficial da contribuinte, através dos seus registros na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina — JUCESC.

2.6.2 — FALTA DE REGISTRO CONTÁBIL DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fis.24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (fls.26/32).

Ao receber as informações, o Banco do Brasil encaminhou cópias de procurações (fls.110/113) em que a empresa conferia amplos poderes para administrar todos os seus negócios, bens, assuntos e interesses sem eles de que natureza forem, a JUCELINO ROMAGNA GRASSO.

2.6.3 - EMPREGADOS DE SI MESMO

Vislumbando a possibilidade de que os sócios poderiam ser interpostas pessoas e considerando a possibilidade de que o Sr. JUCELINO ROMAGNA GRASSO fosse o verdadeiro proprietário da R & N, foi solicitado ao Ministério da Previdência informações sociais dos sócios constantes no contrato social e nas suas alterações (lis. 33/34).

2.6.4 — EXPLICAÇÕES MAL FEITAS

2.6.5 — JUCELINO É O ÚNICO EMPRESÁRIO QUE ACUMULA CAPITAL

Pelas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos sócios das duas empresas — R & N e BOCCONE — o único empresário com evolução patrimonial é o Sr. Jucelino Romagno Grasso.

3. OMISSÃO DE RECEITA — FATOS CARACTERIZADORES

• 3.1. OS FATOS: CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS; TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 01/2008, Nº 02/2008 e Nº 03/2008.

Pelo Termo de Início de Fiscalização (fls.03/04), em 18/02/2008, a fiscalizada foi intimada, entre outros, a apresentar os extratos bancários e os livros e documentos.

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fls.24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (lis. 26/32).

Em 03/06/2008, pelo TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 01/2008 — TIF 01/2008 (fls.64/225) foi solicitado "Comprovar com documentos hábeis e idôneos, coincidentes em data e valor, a origem dos recebimentos dos valores correspondentes aos créditos e/ou depósitos realizados nas suas contas correntes, conforme os quadros:

(...)

Em 14/07/2008 a fiscalizada respondeu ao Termo de Intimação Fiscal 01/2008 (fls.229/252).

3.2. OS FATOS: OS CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS SÃO PARTE DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA PARALELA — "CAIXA 2"

Considerando que a empresa fiscalizada teve todas as oportunidades de comprovar a origem dos depósitos/créditos em sua conta-corrente bancária e não o fez com quaisquer documentos hábeis e idôneos;

Considerando que cabe ao contribuinte comprovar a origem, com documentos hábeis e idôneos, de depósitos relacionados pela fiscalização, sob pena de serem considerados tais valores omissão de receita, por expressa presunção legal (art.42 da Lei 9.430/96);

Deste modo, não é ônus da fiscalização promover cruzamento de depósitos bancários e operações que não estejam reportadas nos livros contábeis e fiscais ; e

Os depósitos/créditos bancários cujas origens não foram comprovadas, por presunção legal, é sua receita.

4. OMISSÃO DE RECEITA — VALORES APURADOS

O QUADRO 01— RESUMO DOS CRÉDITOS EM 2004 E 2005, a seguir mostra os créditos/depósitos bancários não contabilizados e sem comprovação da sua origem, dos anos-calendário de 2004 e 2005 (...)

4.1. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS COMO SIMPLES

Os valores recolhidos pela fiscalizada, como SIMPLES, serão compensados, conforme os percentuais atribuídos pela Lei do SIMPLES, para cada tributo ou contribuição.

A contribuinte R & N Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. apresentou sua impugnação às folhas 415 a 441, nas quais expõe suas razões de irresignação que a seguir se resume:

- DAS PREMISSAS BÁSICAS DE ANÁLISE JURÍDICA

II— PRELIMINARMENTE

- apesar de ter tido ciência do presente processo, não teve vista do mesmo, pois este não se encontra no domicílio fiscal da impugnante, mas em andamento, cuja última movimentação ocorreu em 17/10/2008; para apresentar sua defesa de forma eficiente e efetiva, necessário que tenha vista de todos os documentos carreados no processo, em cumprimento do princípio da ampla defesa e contraditório; assim, desde já requer seja dada vista dos autos dos processos acima epigrafados à impugnante, deferindo-se novo prazo para manifestação ou apresentação de aditamento à presente impugnação;

- II. Da invalidade da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal e da nulidade dos autos de infração/lançamentos de ofício;

- que não há qualquer hipótese de prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal, e mesmo que houvesse só poderia ser prorrogado pelo Delegado;

- que o Mandado de Procedimento Fiscal foi prorrogado quatro vezes sem qualquer justificativa do fisco e sem proceder a necessária notificação ao sujeito passivo da prorrogação;

- observa-se, assim, a invalidade na alteração e prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal e a nulidade da ação fiscal, tendo em vista que esta se deu após o término do prazo previsto no Mandado de Procedimento Fiscal originário;

- portanto, inexistindo alteração válida do Mandado de Procedimento Fiscal para inclusão dos tributos PIS e COFINS e, inexistindo, outrossim, prorrogação válida desse mandado fiscalizatório, é nula a ação fiscal dela decorrente, e, por corolário, nulos os autos de infração/lançamento de ofício do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL;

- ressalta que, quanto à CSLL, não houve Mandado de Procedimento Fiscal, sendo assim nulo o respectivo auto de infração;

- quanto à exclusão da Impugnante do SIMPLES, cabe apontar que esta não recebeu qualquer informação de que o procedimento fiscal abrange tal hipótese, o que denota a invalidade do ato declaratório que a excluiu do SIMPLES;

- 11.2 Da ilegalidade do procedimento fiscalizatório e dos atos decorrentes por violação ao sigilo bancário da contribuinte;

- que o agente fiscal requisitou diretamente a movimentação financeira da contribuinte, sem proceder a intimação da impugnante da RMF, violando o §2º, artigo 4º do Decreto 3.724/2001;

- além disso, o agente fiscal não fundamentou, na forma dos §§ 5º e 6º, art.4º do Decreto 3.724/2001, pois não houve nenhum relatório circunstanciado elaborado pelo auditor demonstrando com precisão e clareza a motivação da aludida requisição para quebra do sigilo bancário, o qual só pode ser quebrado com autorização judicial;

- deste modo, o artigo 6º da LC 105/2001 e o Decreto 3.724/2001 são incompatíveis com a Carta Magna, pois não há fundamento constitucional para quebra do sigilo bancário pelo fisco sem autorização judicial;

- 11.3 Da ausência do enquadramento legal para fiscalização e lançamento das Contribuições;

- que todo o procedimento de fiscalização se referiu apenas ao IRPJ, tanto que o termo de verificação refere a auto de infração — IRPJ e seus Reflexos, que nenhum tributo pode ser considerado reflexo do outro, todos são regulados por legislação própria e possuem diferentes hipóteses de incidência;

- deste modo, vê-se, ante a ausência da ciência da contribuinte do procedimento fiscalizatório sobre a CSLL; ante a invalidade de possível alteração do MPF inicial para incluir COFINS e PIS, e, ante a ausência do enquadramento legal dessas contribuições, os autos de infração restam ilegais;

- 11.4 Da invalidade dos autos de infração do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL;

- os autos de infração foram lavrados sob o pressuposto de que a impugnante foi excluída do Simples através do Ato Declaratório Executivo DRFB/FNS nº 59, de 24/10/2008;

- apesar deste ato, é de se notar que a impugnante somente tomou ciência deste ato juntamente com a ciência do presente processo; não foi oportunizado defender-se primeiro da exclusão do SIMPLES, para, então, se mantida a exclusão, após o devido processo legal, efetivar-se o auto de infração;

- portanto, até que seja julgada definitivamente a exclusão do SIMPLES, não pode o fisco considerar a impugnante fora deste sistema de tributação com data retroativa.

- III — DO MÉRITO

- III.1 DA INDEVIDA EXCLUSÃO DO SIMPLES

- III.1.1 Ausência de devido processo legal;

- ainda, que a exclusão é indevida também porque foi proposta com base em presunção de infração à legislação tributária; presunção porque ainda depende de julgamento, se for confirmado pela instância administrativa superior;

- diante disso, até que seja julgado o auto de infração atribuído à Impugnante, ela não deve ser considerada devedora do fisco e tão pouco (sic) ser considerada como praticante de reiteradas infrações à legislação tributária;

- 111.1.2 Da Ausência de justificativa válida para exclusão do SIMPLES

- que a alegada ausência de registro de movimentação financeira não é causa para exclusão do SIMPLES, consoante regra prevista no art.14 da Lei 9.317/96;

- além disso, o inciso V do art.195 do RIR/99 não prevê a hipótese de exclusão do SIMPLES, somente a legislação pertinente a este sistema de tributação é que pode veicular tal hipótese;

- também não serve de argumentação para a exclusão a alegada prática reiterada à legislação tributária; data vênua, não se vê qualquer documento que comprove a alegada prática reiterada da impugnante em infração à legislação tributária; essa prática somente poderia ser comprovada se o fisco juntasse no processo em exame, cópias de notificações de vários outros autos de infração; a única vez que a impugnante foi notificada de alegada prática à legislação tributária é a presente; a alegada omissão de receita não denota reiterada prática de infração à legislação tributária, quando muito, apenas uma; destarte, não merece a impugnante ser excluída do SIMPLES com data retroativa, na forma posta;

- 111.2 DA INDEVIDA APLICAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO

- que não há qualquer justificativa para considerar a contabilidade da impugnante imprestável; se era optante pelo SIMPLES, não tinha qualquer obrigação de manter a contabilidade como se estivesse no Lucro Real;

- que mesmo que não houvesse a devida escrituração contábil, como dito pelo agente fiscal, ainda assim, não se poderia aplicar o regime de tributação pelo Lucro Arbitrado ao presente caso, porquanto, notando que não houvesse escrituração, deveria o auditor intimar a contribuinte e conceder, por escrito, prazo razoável para que a mesma assim procedesse;

- que não se pode olvidar ainda, que, mesmo se fosse possível o arbitramento do lucro, este não poderia ser em razão dos valores devidamente apresentados e declarados pela contribuinte; não havendo qualquer razão que dê ensejo para tal situação, pois se a receita considerada "omissa" não o fosse, o regime de tributação seria o mesmo; se os valores já foram devidamente recolhidos, razão não há para aplicar o Lucro Arbitrado, somente sendo possível sobre os valores hipoteticamente desconhecidos;

- Ademais, o agente fiscal não menciona o período do arbitramento do Lucro, não podendo o mesmo ser presumido;

- 111.3 APLICAÇÃO INDEVIDA DA MULTA NA FORMA QUALIFICADA

- que o argumento do fisco para aplicação da multa qualificada não procede, pois trata-se de alegada omissão de receita e ausência de registro, e, quando muito, apenas falta de declaração ou de declaração inexata, onde é cabível a multa simples e não a qualificada;

- que o inciso II do art.44 da Lei 9.430/96 prevê multa de 50% e o auditor aplicou multa de 150%, de efeito confiscatório;

- ainda, que não se vê razão legal e jurídica para aplicar-se multa de 75% sobre os valores declarados pela contribuinte e já tributados;

111.4 — ELEIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO

• 111.4.1 Quebra do sigilo fiscal

- destaca que as demonstrações de renda apresentadas pelo agente fiscal dos sócios da impugnante e do alegado sujeito passivo, denota quebra do sigilo fiscal, pois traz à tona informações confidenciais que não podem ser relevadas (sic) a terceiros; no caso em exame, a fiscalizada foi a empresa, não seus sócios e terceiro estranho à sociedade; os sócios da impugnante não tem direito de saber da situação patrimonial particular dos demais sócios, e essas informações não podem ser relevadas (sic) a ninguém, a não ser que houvesse ordem judicial devidamente fundamentada, e, ainda assim, de forma sigilosa;

- destarte, vê-se in casu, quebra ilegal do sigilo fiscal dos sócios da impugnante e de terceiro estranho à sociedade, o que vicia todo o procedimento fiscalizatório, invalidando-o;

111.4.2 Indevida eleição do sujeito passivo

- que o agente fiscal, sob o argumento da subsunção da regra capitulada no artigo 124, I, do CTN, considerou como sujeito passivo solidário da impugnante Jucelino Romagna Grasso;

- porém, tem-se a destacar que o caso em apreço não denota a hipótese normativa do mencionado preceptivo legal; não há nos autos demonstração de que haja interesse comum da pessoa apontada na constituição do fato gerador da obrigação principal;

- Jucelino Romagna Grasso não é e nunca foi sócio da empresa impugnante; o próprio quadro explicativo elaborado pelo auditor fiscal demonstra esse fato;

está devidamente demonstrado que a impugnante é administrada pelo sócio Márcio Machado;

- quanto à procuração outorgada a Jucelino Romagna Grasso, consoante já devidamente explicado anteriormente, ocorreu em razão da relação comercial havida entre a empresa deste e a empresa impugnante; a procuração foi outorgada pelo sócio administrador da impugnante à Jucelino; como bem demonstrou o agente fiscal, o administrador da impugnante não possui elevada experiência na condução administrativa dos negócios e ao invés de contratar um administrador para essa função, preferiu a ajuda do representante da empresa a que mantém relação comercial; não há nenhuma objeção legal para que isso ocorresse e não pode por isso, ser eleito como sujeito passivo solidário quem nunca sequer foi sócio da empresa impugnante;

- em relação às declarações de renda dos sócios da impugnante e do terceiro, Jucelino, tem-se a destacar que não prova o fato alegado pelo agente fiscal; ora, vê-se nessas declarações que Márcio possui rendimento maior ainda de que Jucelino e não há nenhuma irregularidade nisso; quanto ao capital, é cediço que esse não é formado apenas de rendimentos, mas de outros ganhos, como doações, heranças, etc;

- o fato de ter um capital maior que o do outro não demonstra o fato apontado pelo agente fiscal como ensejador de solidariedade passiva solidária, mas a quebra ilegal de sigilo fiscal;

- que todo o quadro social da impugnante não demonstra nenhuma irregularidade; é comum na história dos grandes empresários começarem sua vida profissional como empregados e a partir daí adquirir conhecimentos e coragem para constituir o próprio negócio;

- deste modo deve ser afastada a sujeição passiva solidária apontada pelo agente fiscal;

111.5 DA ALEGADA OMISSÃO DE RECEITA

- o que há é apenas presunção de omissão de receita; se realmente houvesse omissão de receita, a receita dita "omissa", por óbvio, deveria aparecer em algum lugar;

- que receita é mera entrada, não é renda; da receita serão deduzidos os custos e as despesas; se realmente a impugnante tivesse auferido receita, haveria, após as deduções com despesas e custos, um aumento patrimonial, signo de riqueza nova; no entanto, o agente fiscal não demonstrou nenhum sinal de riqueza nova da impugnante; movimentação financeira, extratos bancários etc, não denotam sinal de riqueza;

DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E LANÇAMENTO EM ESPÉCIE

111.6 DO AUTO DE INFRAÇÃO PARA LANÇAMENTO DO IRPJ

- 111.6.1 Da indevida incidência do IRPJ sobre presunção de receita - que foi considerado como receita os valores encontrados em informações colhidas diretamente nas instituições financeiras, através de mera presunção; e

assim, penalizando a contribuinte com o regime do Lucro Arbitrado, aplicou o coeficiente de 9,6% sobre a presunção de receita da contribuinte, para alcançar a base de cálculo arbitrada;

- no entanto, tem-se a considerar que a hipótese de incidência (fato gerador) do Imposto de Renda não é a receita, mas a renda, assim considerada nos termos do artigo 153, III, da CF/88 e do art.43 do CTN; deste modo, a incidência do IRPJ sobre a presunção de receita viola os mencionados dispositivos, constitucional e legal;

- 111.6.2 Da indevida aplicação da base de cálculo - que mesmo que se considerasse correta a tributação pelo Lucro Arbitrado, ainda assim, a base de cálculo não foi corretamente aplicada, consoante artigo 27 da Lei 9.430/96 (que transcreve às fls.427); que deveriam ser observados os coeficientes de que tratam os incisos II, III e IV do art.51 da Lei 9.981/95, o que não se fez;

- 111.6.3 Da ausência de fundamentação legal para a cobrança do adicional do IRPJ

- que nos termos do art.10, inciso IV do Decreto 70.235/72, deve o auto de infração conter a disposição legal infringida e penalidade aplicável e, sendo ausente a fundamentação legal para cobrança do adicional do IRPJ, é nulo o lançamento;

- 111.6.4 Da multa indevida (fls.428 a 429, são os mesmos já relatorizados);

- 111.6.5 Dos juros ilegais

- os juros de mora no presente caso foram aplicados com base na Taxa SELIC, do art.61, §3º da Lei 9.430/96; mas que deve ser aplicado o percentual previsto no art.161 do CTN; demais, somente poderá incidir juros a partir da constituição definitiva do

crédito tributário, não neste momento;

111.7 DO AUTO DE INFRAÇÃO PARA LANÇAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

- 111.7.1 Da invalidade do auto de infração

- reitera que não teve ciência de que o procedimento fiscalizatório abrangeria também a CSLL, portanto é nulo o auto de infração;

- 111.7.2 Da não incidência da CSLL

- que por ser o lançamento de IRPJ inválido, então também é inválido o lançamento da CSLL; não obstante, tem-se a notar que a CSLL tem incidência apenas sobre o lucro obtido em determinada atividade; lucro esse efetivamente auferido após dedução de todos os custos e prejuízos fiscais;

- que a hipótese de incidência do IRPJ é diferente da hipótese de incidência da CSLL; enquanto aquele tem

como critério material o fato jurídico de auferir renda (art.43 do CTN), esta tem como critério material o fato jurídico de auferir lucro, portanto, no caso em comento não incide essa contribuição;

111.7.3 da indevida aplicação da base de cálculo

- que mesmo que se considerasse o regime de tributação pelo Lucro Arbitrado, a base de cálculo da CSLL não cumpriu a regra do artigo 29 da Lei 9.430/96, tendo o auto de infração considerado apenas a receita entendida por "omissa", que não é o critério quantitativo da regra matriz de incidência deste tributo;

- 111.7.4 Da multa indevida (fls.432 a 433, são os mesmos já relatorizados);

- 111.7.5 Dos juros ilegais (fl.433, são os mesmos já relatorizados);

111.8 DO AUTO DE INFRAÇÃO PARA LANÇAMENTO DA COFINS

- 111.8.1 Da invalidade do auto de infração (fl.433, mesmo argumento já relatorizado)

- 111.8.2 Da inconstitucionalidade do enquadramento legal que define a base de cálculo da COFINS

- que o enunciado do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, que possui a mesma redação do caput do art.10 do Decreto 4.524/04 foi declarado inconstitucional pelo STF, através do julgamento dos recursos Extraordinários que menciona a fl.435;

- 111.8.3 Da invalidade da base de cálculo

- que a impugnante é contribuinte do ICMS, deste modo o ICMS que recolhe não pode servir como base de cálculo da COFINS, tendo em vista que o ICMS não denota receita;

- 111.8.4 Da multa indevida (fls.435 a 436, são os mesmos já relatorizados);

111.6.5 Dos juros ilegais (fl.436, são os mesmos já relatorizados);

111.9 DO AUTO DE INFRAÇÃO PARA LANÇAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP - 111.9.1 Da invalidade do auto de infração (fl.437, mesmo argumento já relatorizado)

- 111.9.2 Da inconstitucionalidade do enquadramento legal que define a base de cálculo do PIS/PASEP

- que o enunciado do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, que possui a mesma redação do caput do art.10 do Decreto 4.524/04 foi declarado inconstitucional pelo STF, através do julgamento dos recursos Extraordinários que menciona a fl.438;

- 111.9.3 Da invalidade da base de cálculo •

- que a impugnante é contribuinte do ICMS, deste modo o ICMS que recolhe não pode servir como base de cálculo

do PIS/PASEP, tendo em vista que o ICMS não denota receita;

- 111.9.4 Da multa indevida (fl.439/440, são os mesmos já relatorizados);

- 111.9.5 Dos juros ilegais (fl.440, são os mesmos já relatorizados);

Das fls.463 a 490 consta a impugnação apresentada por Jucelino Romagna Grasso, tido como responsável solidário, por intermédio de seu procurador (mesmo da Impugnante), cujos argumentos são os mesmos que aqueles apresentados pela Contribuinte fiscalizada, incluindo apenas uma nova argumentação, a de que seria necessário a emissão de um MPF específico para o sujeito passivo apontado como responsável solidário.

Julgado o feito em primeira instância, entendeu a DRJ de Florianópolis manter integralmente o auto de infração, assim como a responsabilidade solidária, razão pela qual houve a interposição de recurso voluntário pela empresa e pelo responsável solidária, reafirmando as razões de impugnação.

É o relatório, no necessário.

Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira.

Recurso Voluntário da Contribuinte

O recurso é tempestivo e, atendidos os demais requisitos de lei, dele conheço.

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA

Quanto à preliminar de nulidade do processo por afronta ao princípio da ampla defesa, tenho que não assiste razão à contribuinte, posto que foi concedida à Recorrente a absoluta possibilidade de contraposição de provas e argumentos do Fisco, tanto em relação à autuação em si, quanto ao ato de exclusão do SIMPLES.

Aliás, tal assunto foi abordado pela DRJ com maestria, e não merece reparos, nos termos que se seguem:

Como se verifica dos dispositivos acima transcritos, a ciência do contribuinte em relação ao MPF-F e de eventuais alterações se dá por intermédio de seu código de acesso à internet, para que o fiscalizado possa não só identificar o mandado, mas também as posteriores prorrogações de prazo e/ou inclusão de tributos/contribuições, mesmo que as alterações efetuadas não lhe tenham cientificadas pelo Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento.

Veja que no Termo de Início de Fiscalização às fls.03/04, consta o número do MPF e o respectivo Código de Acesso, portanto, bastava ao contribuinte acessar, como ora feito, e verificar a existência da emissão do correspondente MPF-F e de eventuais alterações, que ora se acosta aos autos à fl.498.

Aliás, o MPF-F e o Demonstrativo de Prorrogações (fl.498) sequer possui campo próprio para que seja consignada a ciência do sujeito passivo - diferentemente do que ocorria anteriormente à Portaria supracitada -, cuja ciência, atualmente, é feita por intermédio do acesso à internet, conforme estabelecido no parágrafo único do art.4º da Portaria RFB de nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, supra transcrito. E as prorrogações de prazo do MPF são também procedidas pela autoridade outorgante do MPF, conforme art.9º supra. • Assim, contrariamente ao alegado, as alterações eventuais que possam ser incluídas no MPF-F não necessitam de intimação pessoal do fiscalizado.

(...)

O fato de ter tomado ciência do ato de exclusão do Simples e dos autos de infração na mesma data, não traz qualquer prejuízo à defesa da Impugnante.

A Fiscalização apontou, em seu entendimento, as irregularidades tributárias que deram causa aos lançamentos de ofício, as quais, pela sua natureza — que adiante serão comentadas quando da apreciação da impugnação às exigências fiscais — ensejaram a exclusão da contribuinte do Simples. Estas irregularidades estão minudentemente expostas no Termo de Verificação, Constatação e Encerramento da Ação Fiscal, acostado às fls.383 a 111 407, do qual a contribuinte tomou ciência e recebeu uma via (fl.408).

A Fiscalização, ao constatar, na sua ótica, que as infrações apuradas eram causa suficiente de exclusão da contribuinte do Simples, providenciaram à autoridade competente a Representação Fiscal Para Fins de Exclusão do Simples (fls.01 a 02), que a acatou e procedeu à emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 59, em 24/10/2008 (fl.308).

No referido ato encontra-se a fundamentação para a exclusão: inciso V, do art.14 da Lei nº9.317/96, a saber:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses

(...) V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Como se vê, as causas de exclusão do Simples foram, sim, devidamente apontadas e, reitere-se, o fato de a ciência do ato de exclusão e dos autos de infração darem-se na mesma data não prejudicou em nada a contribuinte no seu direito de defesa, tanto que o está exercendo agora, por meio de sua impugnação, direito, aliás, lhe assegurado no referido ato de exclusão (fl.308), como determina o §3º do art.15 da Lei 9.317/96.

No presente caso, o ato de exclusão foi assinado pela autoridade fiscal competente da jurisdição da Interessada, o Delegado da Receita Federal em Florianópolis (fl.308), com a devida motivação, sendo assegurado o contraditório e foi o instrumento que deu ensejo aos lançamentos de ofício por outra forma de apuração dos impostos e contribuições sociais, no caso sob o regime do Lucro Arbitrado. É o que basta, portanto, não havendo vícios III formais em sua emissão, contrariamente, assim, ao alegado. De se rejeitar, portanto, a preliminar de nulidade aventada.

Inclusive, em fase de impugnação poderia ter apresentado documentos que afastassem a referida irregularidade, no entanto, quedou-se inerte, não sendo capaz de afastar a presunção consolidada.

Deste modo, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando visto que, depois da lavratura do Auto de Infração, a contribuinte e o responsável tiveram acesso às informações relativas à intimação da fiscalização, do que se denota que, durante o prazo de impugnação, ela teve acesso às informações e documentos utilizados pela fiscalização.

Não foi verificado, portanto, o cerceamento ao direito à defesa da Recorrente, vez que ela, desde a sua impugnação, tendo conhecimento dos fundamentos da exação e dos trabalhos fiscais realizados, poderia ter apresentado provas que afastassem a exação

estabelecida, comprovando a origem para os recursos creditados em sua conta bancária, bem como apresentando documentos contábeis e fiscais que pudessem afastar a cobrança.

Não cabe agora simplesmente argüir a nulidade do crédito tributário por cerceamento do direito de defesa, quando ela mesma não demonstrou qualquer interesse em participar dos trabalhos fiscais, não apresentando, sequer, satisfatoriamente, documentos solicitados pelo AFRFB.

Pelos fundamentos expostos acima, não merece acolhida a preliminar suscitada pela Recorrente de cerceamento ao seu direito de defesa.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO. LUCRO DO PERÍODO PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E CSLL.

A apuração do lucro para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, no presente caso, após exclusão do SIMPLES, deu-se por arbitramento por meio do qual a lei defere à autoridade administrativa, na ausência das informações e escriturações contábeis e fiscais suficientes, a aplicação de um percentual sobre a receita bruta da empresa.

Nos casos de arbitramento, não há falar-se em contraposição de receitas e despesas ou custos, pois o lucro, como o próprio nome diz, é arbitrado nos termos e percentuais definidos pela lei.

O regime de tributação pelo lucro arbitrado, no qual a parcela de custos e despesas é implícita e automaticamente computada mediante a aplicação dos coeficientes de arbitramento sobre a receita da pessoa jurídica, revela-se apropriado, legal e mais realista para a determinação da correta base de cálculo do IRPJ e da CSLL na ausência de informações precisas da composição do lucro, evitando a mera e ilegal incidência direta desses tributos sobre a receita.

Isso porque, o que se visa tributar é a renda e o arbitramento do lucro cumpre essa função, eis que, conhecida a receita, presumem-se as despesas incorridas na atividade, encontrando-se o lucro tributável, sobre o qual devem recair as exigências de IRPJ e CSLL.

O arbitramento nada mais é do que uma das formas de apuração do lucro tributável, quando da impossibilidade de utilização ou opção pelo Lucro Real ou Presumido, não tendo efeito de penalidade. Inclusive, é interessante destacar que, embora o arbitramento seja uma modalidade mais gravosa de apuração do lucro, o que se pretende, na verdade, é identificar com razoabilidade o lucro tributável, sobre o qual irá incidir o IRPJ e a CSLL.

Com esses fundamentos, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração.

PRELIMINAR - AUSÊNCIA DO ENQUADRAMENTO LEGAL PARA A FISCALIZAÇÃO E LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES INVALIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DO IRPJ, PIS, COFINS E CSLL.

Quanto à arguição de que não haveria enquadramento legal para a fiscalização e lançamento da CSLL, PIS e COFINS, tenho que não assiste razão à Recorrente, visto que, uma vez apurada a omissão de receitas, tributável pelo IRPJ em razão do ato de exclusão do regime do SIMPLES, os mesmos fatos geradores são passíveis de lançamentos decorrentes de tais contribuições.

Em casos similares, pronunciei-me nesse sentido, vide aresto a seguir:

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula. (Acórdão 1401-000.806 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Processo nº 18471.001702/2006-23.13 de junho de 2012)

Nesse sentido, deixo de acolher a preliminar arguida, para manter válidos os lançamentos decorrentes de tributação reflexa da receita bruta omitida pela Recorrente nos anos-calendário de 2004 e 2005.

MÉRITO

EXCLUSÃO DO SIMPLES

Volta-se a contribuinte contra o ato de exclusão do SIMPLES, arguindo a impossibilidade de exclusão retroativa e cerceamento de defesa.

Contudo, não merece acolhimento o pleito da Recorrente. Com efeito, o ordenamento jurídico permite a exclusão de ofício do regime do SIMPLES na hipótese de não fornecimento de informações sobre movimentação financeira e em caso de prática reiterada de infração à legislação tributária, senão verifique-se o disposto no Art. 195 do RIR-99:

Art. 195. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses

(...)

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN);

(...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Constatou-se, em sede de fiscalização, que a Recorrente, durante os anos calendário de 2004 e 2005, teve movimentações financeiras relevantes em conta bancária, as quais não foram escrituradas, o que resultou na caracterização de omissão de receitas.

Nesse sentido, verifique-se o disposto no Relatório da DRJ, que faz referência ao TVF, no qual restou fundamentado o ato de exclusão:

Em consulta à "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)", às folhas 335, e ao "Termo de Verificação, Constatação e de Encerramento da Ação Fiscal" às folhas 385, verifica-se que a autuação se deu em razão de:

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte apresentava a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica — SIMPLES e foi excluído deste sistema pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 59, de 24 de outubro de 2008, com efeitos desde 01/01/2004. Enquadramento Legal: Art.530, inciso I do RIR/99.

2.3. EXCLUSÃO DO SIMPLES

Em 20/10/2008, foi proposta (fls.01/02) a exclusão do SIMPLES, a partir de 01/01/04, conforme o inciso V do artigo 196 do RIR/99, da contribuinte fiscalizada, por:

a) O Livro Caixa, não registrar toda movimentação financeira, inclusive bancária, conforme determina o art. 7º, §1º, alínea "a" da Lei nº 9.317/96 ou art. 190, parágrafo único, inciso I, do RIR/99.

b) PRÁTICA REITERADA da infração à legislação tributária denominada de OMISSÃO DE RECEITA, pois no ano-calendário de 2004 declarou uma receita de R\$ 222.073,83 enquanto sua movimentação financeira em créditos bancários foi de R\$ 2.162.489,42 e no ano-calendário de 2005 declarou uma receita de R\$ 342.537,77 enquanto sua movimentação financeira de foi R\$ 4.637.844,66, conforme o "QUADRO 01 — R & N — MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA EM 2004 E 2005" (fls.02), portanto, enquadrando-se no inciso V, do artigo 195, do RIR/99.

Pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 59, de 24 de outubro de 2008, o Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis, SC declarou o contribuinte R & N INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., CNPJ 04.609.689/0001-07, excluído do [...] — SIMPLES (fls.302 — Volume 2).

(...)

2.6.2 — FALTA DE REGISTRO CONTÁBIL DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fls.24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (fls.26/32).

Deveras, o ato de exclusão do SIMPLES levou em conta a infração (omissão de receitas) ocorrida em dois anos-calendário distintos, o que caracteriza prática reiterada passível de levar à exclusão da contribuinte do regime.

É, inclusive, nesse sentido a jurisprudência deste Conselho, *in verbis*:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

DATA DO FATO GERADOR: 13/10/1997

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

MANTÉM-SE A DECISÃO QUE RATIFICOU O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES POR RESTAR FARTAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS A CAUSA DA EXCLUSÃO, A CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS QUE NÃO ERAM OS VERDADEIROS SÓCIOS. (...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ.ANO-CALENDÁRIO: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004(...)

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA. CARACTERIZA OMISSÃO DE RECEITAS OS VALORES CREDITADOS EM CONTA DE DEPÓSITO OU DE INVESTIMENTO MANTIDA JUNTO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, EM RELAÇÃO AOS QUAIS A INTERESSADA, REGULARMENTE INTIMADA, NÃO COMPROVOU, MEDIANTE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA, A ORIGEM DOS RECURSOS UTILIZADOS. OMISSÃO DE RECEITAS. (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Acórdão nº 130200615 do Processo 1093500298820057. 29/06/2011)

Nesse sentido, não acolho o pedido do Recorrente, quanto à ilegalidade da exclusão do simples.

IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE EFETIVO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL – ARBITRAMENTO – BASE DE CÁLCULO

Aduz, a Recorrente, a impossibilidade de lançamentos por arbitramento com base em depósitos bancários sem comprovação de efetivo acréscimo patrimonial.

Sem razão, nesse particular.

In casu, aplica-se especificamente a hipótese de presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, in verbis:

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

2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

(...)

Com a edição da referida lei, a existência de depósitos bancários não identificados, e cuja origem não seja comprovada pelo contribuinte, adquiriu status de presunção legal *juris tantum* de omissão de receita, e, por tal razão, transferiu-se ao contribuinte o ônus da prova da inexistência de correspondência entre os depósitos bancários e a receita alegadamente omitida.

No caso concreto, após procedimento fiscal instaurado, e cumprido o devido procedimento fiscal, a autoridade fiscal requereu a apresentação de extratos bancários às instituições financeiras às quais a Contribuinte estava vinculada.

Tal é o que consta do Relatório da DRJ, em referência ao procedimento de fiscalização:

2.4. ARBITRAMENTO

A fiscalizada omitiu as informações sobre a movimentação financeira, não as registrando nos livros obrigatórios (caixa). Deste modo foi excluída do Simples e sua contabilidade tendo sido considerada imprestável para a tributação pelo lucro real, resta a tributação pelo arbitramento.

O arbitramento teve como base a receita bruta conhecida, sendo apurado, ainda, omissão de receita por conta de depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96 (art.849 do RIR/99) consignado no Auto (fl.337) e detalhadamente descrito no Termo Fiscal, item 3.2.

(...)

Assim, a apuração do lucro para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, no presente caso, após exclusão do SIMPLES, deu-se por arbitramento por meio do qual a lei defere à autoridade administrativa, na ausência das informações e escriturações contábeis e fiscais suficientes, a aplicação de um percentual sobre a receita bruta da empresa.

Nos casos de arbitramento, não há falar-se em contraposição de receitas e despesas ou custos, pois o lucro, como o próprio nome diz, é arbitrado nos termos e percentuais definidos pela lei.

O regime de tributação pelo lucro arbitrado, no qual a parcela de custos e despesas é implícita e automaticamente computada mediante a aplicação dos coeficientes de arbitramento sobre a receita da pessoa jurídica, revela-se apropriado, legal e mais realista para a determinação da correta base de cálculo do IRPJ e da CSLL na ausência de informações precisas da composição do lucro, evitando a mera e ilegal incidência direta desses tributos sobre a receita.

Isso porque, o que se visa tributar é a renda e o arbitramento do lucro cumpre essa função, eis que, conhecida a receita, presumem-se as despesas incorridas na atividade, encontrando-se o lucro tributável, sobre o qual devem recair as exigências de IRPJ e CSLL.

Aliás, verifique-se que tanto o Poder Judiciário, quanto este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), admitem a possibilidade de lançamento no caso

de ausentes elementos probatórios que afastem a presunção legal de omissão de receitas, com base em extratos bancários, senão veja-se:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRADO REGIMENTAL - AGRADO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - AUTO DE INFRAÇÃO - SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITAS PROVENIENTES DE VALORES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, E DE NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS - ACESSO DE DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES PELO FISCO - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL - REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA AUSENTES. 1. Na hipótese vertente, a autoridade administrativa deflagrou procedimento administrativo fiscal n 10580-722.273/2008-44 para apuração de atos atribuídos à parte autora (omissão de receitas provenientes de valores de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada, e de notas fiscais não escrituradas, relativamente ao ano-calendário de 2005, assim como por ter ultrapassado o limite de receita bruta previsto para empresas de pequeno porte neste mesmo ano) e concluiu pela prática das infrações capituladas no art. 24, da Lei n. 9.249/95, no art. 2, § 22, art. 3, § 1, "a", art. 52, art. 42, da Lei n. 9.430/96, dispositivos da Lei n. 9.317/96, art. 3, da Lei n. 9.732/98, arts. 186, 188 e 199, do RIR/99, tendo-lhe aplicado multa punível com sanção pecuniária prevista em lei. 2. Os atos administrativos praticados por autoridade competente gozam de presunção de validade e somente se justifica a intervenção do Poder Judiciário para afastar-lhes os efeitos quando constatados vícios capazes de deflagrar o reconhecimento de sua nulidade. Ao menos neste primeiro exame de vista, não há nada que desautorize a atuação administrativa, eis que não se fazem presentes elementos de prova contundentes que conduzam ao convencimento acerca da verossimilhança da nulidade alegada. Precedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de ser possível a quebra do sigilo bancário com fulcro na Lei Complementar n.º 105/01 e na Lei n.º 10.174/01, sem necessidade de prévia autorização judicial e com aplicação imediata, ainda que recaiam sobre fatos geradores ocorridos em data anterior à vigência das referidas normas. Assim, sendo constatado que a requisição de informações à instituição bancária foi devidamente precedida do respectivo procedimento fiscal exigido pelo art. 6º, da LC n.º 105/01, não há que se falar, em princípio, em qualquer ilegalidade na conduta do Fisco destinada à apuração de ilícito fiscal. 4. Ainda que existam precedentes dando pela inconstitucionalidade da quebra de sigilo pelo Fisco, sem autorização judicial (RE 389808, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJe-086 de 10-05-2011, a matéria ainda não se encontra pacificada no Judiciário e o RE nº 601314 /SP (repercussão geral) ainda está pendente de julgamento, circunstâncias que não autorizam a liminar na linha do bom senso. Precedentes deste Tribunal. 5. O exame das condições concretas da manutenção da empresa no Simples é matéria que

exige dilação probatória. 6. Agravo regimental não provido. Decisão mantida.

(TRF1. AGA 0023324-97.2013.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.550 de 04/10/2013)

O arbitramento nada mais é do que uma das formas de apuração do lucro tributável, quando da impossibilidade de utilização ou opção pelo Lucro Real ou Presumido, não tendo efeito de penalidade. Inclusive, é interessante destacar que, embora o arbitramento seja uma modalidade mais gravosa de apuração do lucro, o que se pretende, na verdade, é identificar com razoabilidade o lucro tributável, sobre o qual irá incidir o IRPJ e a CSLL.

O arbitramento do lucro é uma forma de tributação que deve ser adotada quando concretize uma das hipóteses previstas no art. 530 do RIR. Ante a não apresentação dos documentos solicitados, apesar das diversas intimações, e a constatação da imprestabilidade da escrituração do autuado para determinação da receita no regime do SIMPLES, não restou outra alternativa à Autoridade Fiscal senão o arbitramento do lucro.

Neste sentido, no tocante à omissão de receitas com base em depósitos bancários com origem não comprovadas, encontra-se em vigência o art. 42 da Lei nº 9.430/96. Portanto, não tendo sido afastada a presunção relativa à omissão de receitas, mantenho o auto de infração, em conformidade com a jurisprudência deste Conselho.

IMPOSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

A Recorrente alega ser inconstitucional e ilegal a “*quebra de sigilo bancário*” levado a efeito pela Autoridade Fiscal. Segundo seu entendimento a Lei Complementar nº 105/2001 seria inconstitucional ao permitir, à Fazenda Pública, o acesso às informações bancárias no curso do processo de fiscalização sem a interveniência do Poder Judiciário.

Vejamos.

A Recorrente é uma empresa que apurava a tributação por meio do SIMPLES, competindo-lhe a identificação da ocorrência do fato impositivo, apuração do tributo devido, e a realização do seu respectivo pagamento. Ainda, fica o mesmo obrigado a manter escrita fiscal regular, com a identificação da origem dos recursos apresentados à tributação.

Assim, é imperioso que a Autoridade Fiscal seja dotada de poderes para, em cada uma destas etapas, identificar os elementos formadores da relação jurídico-tributária, de forma a confirmar ou infirmar a regularidade dos pagamentos realizados pelo contribuinte. Tanto que o art. 195 do CTN garante que “*para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los*”.

Com isso, a Autoridade Fiscal deverá, no procedimento de fiscalização, identificar as entradas financeiras da empresa para, em um segundo momento, contrapondo-as

à escrita fiscal ou à documentação hábil e idônea apresentada pelo contribuinte, identificar a receita bruta da pessoa jurídica fiscalizada.

No caso dos autos, a questão levantada nos recursos se refere à legalidade do procedimento adotado na identificação das entradas financeiras da pessoa jurídica, tendo em vista ter havido a requisição administrativa de informações bancárias, ante a recusa, por inércia, da apresentação dos extratos bancários pela Recorrente.

Segundo entendimento da Recorrente, tal requisição consistiria violação ao dever de sigilo que alberga os dados financeiros da empresa, pelo que a constituição do crédito tributário em apreço estaria eivado pelo vício na forma de aquisição das informações acerca da receita bruta da empresa.

Importa saber, assim, se houve 1) quebra de sigilo bancário e 2) ilegalidade na eventual quebra de referido sigilo.

O sigilo bancário pode ser conceituado como o dever legalmente imposto a pessoa que possua informação acerca da movimentação bancária de outra de não tornar públicos referidos dados, sob pena de responsabilização pessoal. A questão é regulada, no direito pátrio, pela Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, firmando, logo em seu art. 1º, que “*as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*”.

A referida lei complementar, por outra vez, relaciona 1) hipóteses em que o intercâmbio de informações bancárias não constitui quebra de sigilo bancário e 2) hipóteses em que será realizada a quebra do sigilo bancário.

A quebra do sigilo bancário, nos termos do parágrafo quarto do artigo 1º, poderá ser decretada “*quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial*”. Ainda, “*a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis*” (art. 10 da LC 105/2001).

Resta saber se a requisição administrativa de informações bancárias por Autoridade Fiscal, no curso do processo administrativo, consistira a tal quebra de sigilo bancário.

Dispõe, a lei complementar nº 105/2001, o seguinte:

Art. 1º (...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art.

11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar. (sem grifos no original)

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Ainda, segundo o disposto no art. 197 do CTN:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

A dicção do art. 1º, parágrafo 3º, inciso VI e do art. 6º da LC 105/2001, c/c o art. 197 do CTN torna evidente não ser, a disponibilização de informações bancárias à Autoridade Fiscal no curso de procedimento administrativo de fiscalização, quebra de sigilo bancário a impedir a utilização de referidas informações.

Tenho, assim, que a requisição de informações bancárias no curso de procedimento fiscal, ao contribuinte ou diretamente às instituições financeiras, não constitui quebra do sigilo bancário, dispensando, nesta ordem, a interveniência do Poder Judiciário para a aquisição de referidas informações.

Importante ressaltar que as informações fiscais também estão albergadas, ao lado das informações bancárias, por dever de sigilo, nos termos do art. 198 do CTN. Desta feita, a aquisição de informações bancárias no curso de procedimento fiscal não tornam públicos os dados da pessoa jurídica. De fato, se se pensasse que a disponibilização das informações ao Fisco tornassem públicos os dados bancários da empresa, estaríamos diante da ilegal quebra do sigilo definida na lei complementar nº 105/2001. Mas não é este o caso: o dever de sigilo fiscal protege as informações bancárias apuradas no curso do procedimento de fiscalização.

Ainda, verifico que o acesso às informações bancárias da empresa é essencial para o exercício da atividade de fiscalização tributária. De fato, não se pode restringir o acesso

do Fisco à identificação das entradas financeiras, de forma a permitir a verificação da veracidade da receita bruta apresentada à tributação pela pessoa fiscalizada.

Este é o entendimento sufragado no âmbito deste 1º Conselho de Contribuintes, ressaltando-se os seguintes precedentes:

PRELIMINAR - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO ILEGAL - PRELIMINAR - SIGILO BANCÁRIO - Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, aqui não se trata, de quebra de sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

(Acórdão 106-14199 SEXTA CÂMARA rec. 140.882)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento pela possibilidade de requisição administrativa de informações bancárias no curso de processo administrativo tributário. Vejamos a jurisprudência daquela casa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. AUTUAÇÃO COM BASE EM DEMONSTRATIVOS DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. POSSIBILIDADE. LEI 8.021/90 E LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/TFR. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Codex Tributário, ao tratar da constituição do crédito tributário pelo lançamento, determina que as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata (artigo 144, § 1º, do CTN), pelo que a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, atingem fatos pretéritos. Assim, por força dessa disposição, é possível que a administração, sem autorização judicial, quebre o sigilo bancário de contribuinte durante período anterior a vigência dos aludidos dispositivos legais. Precedentes da Corte: AgRg nos EDcl no REsp 824.771/SC, DJ 30.11.2006; Resp 810.428/RS, DJ 18.09.2006; EREsp 608.053/RS, DJ 04.09.2006; e AgRg no Ag 693.675/PR, DJ 01.08.2006).

(...)

4. A LC 105/2002 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, determinando que não constitui violação do dever de sigilo, entre outros, o fornecimento à Secretaria da Receita Federal de informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações - artigo 11, § 2º, da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF -, e a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos

nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, e 9º, da lei complementar em tela (artigo 1º, § 3º, III e VI).

5. Em seu artigo 6º, o referido diploma legal, estabelece que: "As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

6. Nesse segmento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada no sentido de que: "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal." (REsp 685.708/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005).

7. Tese inversa levaria a criar situações em que a administração tributária, mesmo tendo ciência de possível sonegação fiscal, ficaria impedida de apurá-la.

8. Deveras, resoa inadmissível que o ordenamento jurídico crie proteção de tal nível a quem, possivelmente, cometeu infração.

9. Isto porque o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.

(...)

(Resp nº. 943.304/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 06/05/2008).

Por outro lado, não vejo ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa quando da requisição administrativa de referidas informações. É certo que as entradas financeiras identificadas na movimentação bancária da empresa podem não constituir, em sua totalidade, em receita bruta integrante da base para incidência do percentual definido para a identificação do lucro presumido. Assim, os dados bancários não autorizam, em um primeiro

momento, a imputação direta de que todas as entradas na conta corrente seriam receita tributável da empresa.

Ao contrário, a autoridade fiscal, diante das informações bancárias, deve contrapô-las à escrita fiscal da empresa e demandar, no caso de divergências, a comprovação da origem dos recebimentos por meio de documentação hábil e idônea. E este procedimento foi seguido no caso destes autos: a empresa foi intimada e reintimada a apresentar sua escrituração fiscal e documentos hábeis e idôneos que comprovassem a origem dos depósitos identificados na conta corrente.

E, em todas as oportunidades, a Recorrente furtou-se a apresentar qualquer documentação.

Por fim, no que toca à arguição de inconstitucionalidade da lei complementar, afasto a sua verificação, seja pela ausência de pronunciamento neste sentido por parte do Supremo Tribunal Federal, seja pela aplicação da súmula nº 2 do CARF. Com entendimento reflexo, não vejo a possibilidade de questionar a constitucionalidade da requisição realizada pela Autoridade Fiscal, posto que 1) o direito ao sigilo bancário não é absoluto, sendo permitidas exceções definidas em lei; e 2) o procedimento em apreço seguiu o procedimento definido na lei complementar nº 105/2001.

Assim, rejeito a argumentação apresentada pela Recorrente.

INAPLICABILIDADE E EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA QUALIFICADA.

Defende a Contribuinte ser inaplicável ao caso concreto a multa aplicada porquanto esta tenha caráter supostamente confiscatório. No entanto, não há razão em suas alegações.

Isto porque, ao fundamentar a aplicação da multa de ofício, na sua modalidade qualificada (150%), a fiscalização ponderou que a contribuinte teve a intenção de ocultar do Fisco o conhecimento da ocorrência do fato gerador dos tributos e contribuições, mediante a ausência de escrituração de consideráveis quantias depositadas junto a contas bancárias da pessoa jurídica, assim como a constituição de pessoa jurídica por pessoas interpostas, e omitir a existência de conta corrente perante uma instituição bancária, o que caracterizou a fraude, e justificou a exigência da penalidade mais gravosa, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

Demais disso, a própria reiteração da omissão de receitas vultosas por dois anos-calendário seguidos constitui intuito doloso e o claro objetivo de evitar o pagamento de tributos federais, razão pela qual configura o dolo da contribuinte e enseja a qualificação da multa de ofício (*Acórdão 1401-00.743 - 11634.720068/2011-30*).

Portanto, os valores omitidos e a totalidade de operações financeiras não refletidas na escrituração deixam claro que a Recorrente ocultou dolosamente tais informações com intenção de não pagar tributo. Assim, configurado está o *animus*, isto é, a vontade de

querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo. Tal conduta justifica a aplicação da multa qualificada de 150% prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430 de 1996.

No meu entendimento, a multa por infração somente deve ser qualificada, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando ficar efetivamente comprovada a existência de uma das condutas especificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, isto é, fraude, dolo ou simulação, condutas estas que exigem provas diretas e objetivas, não admitindo presunção.

É dizer: para que seja tolerada a qualificação da multa de ofício, é preciso que haja a efetiva comprovação da autoria da prática do fato delituoso. Isso porque, em matéria de delito não é admissível a presunção: ou existe prova concreta da autoria quanto à prática do fato delituoso ou, na dúvida, aplicam-se as disposições do artigo 112, III, do CTN que determina que quando a lei tributária define infrações ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à autoria, imputabilidade, ou punibilidade.

Referido entendimento vem corroborado por julgamentos deste Conselho de Contribuintes, quando entende que *“a mera omissão de rendimento não justifica o agravamento da multa, de 75% para 150%, haja vista que o primeiro percentual já é estabelecido para os casos em que o contribuinte não oferece rendimentos à tributação”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relatora Conselheira Tháisa Jansen Pereira, no recurso nº 134.875, acórdão nº 10613722).

Assim, *“deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação de fraude. Incabível a aplicação de penalidade por presunção de fraude, em face de mera omissão de rendimentos apurada no lançamento”* (aceitação unânime da 2ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no recurso 143.280, acórdão 10247397).

Ainda, reforça este posicionamento a constatação de que *“a majoração da multa de ofício deve estar suficientemente justificada e comprovada nos autos, já que decorre de casos de evidente má-fé”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, no recurso 147842, acórdão 10615545).

De fato, tenho que a Recorrente incorreu em prática dolosa ao omitir da base da tributação a totalidade de suas movimentações bancárias; deixar de proceder à escrituração de suas receitas; omitir a existência de conta corrente perante uma instituição bancária, e a constituição de pessoa jurídica por pessoas interpostas, mantendo procurador com amplos poderes de gestão (administrador de fato), como Relatado pela DRJ:

2.4. ARBITRAMENTO

A fiscalizada omitiu as informações sobre a movimentação financeira, não as registrando nos livros obrigatórios (caixa). Deste modo foi excluída do SIMPLES e sua contabilidade tendo sido considerada imprestável para a tributação pelo lucro real, resta a tributação pelo arbitramento.

2.5. QUALIFICAÇÃO DA MULTA *A fiscalizada omitiu receita conforme está provado neste termo. Não registrou a sua real movimentação financeira.*

Também é importante registrar que a empresa admitiu que forneceu informações falsas (R\$15.230) ao BANCO SUDAMERIS/REAL com o objetivo de conseguir um financiamento.

Assim, a sua conduta denota o elemento subjetivo da prática dolosa de enganar o fisco, portanto enseja a aplicação da MULTA QUALIFICADA, conforme o artigo 44, inciso fê §1º da Lei 9.430/96.2.6 SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

2.6.2. — FALTA DE REGISTRO CONTÁBIL DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fls. 24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (f Is. 26/32).

Assim, configurada a conduta proativa da Recorrente, entendo correta a aplicação da multa qualificada de 150% sobre os tributos apurados em decorrência da omissão de receita.

INCONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS PELA LEI 9.718/98

Alega a Recorrente a inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo do PIS e da COFINS pela Lei 9.718/98. No entanto, não prospera a alegação da contribuinte, visto que no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é devida a discussão sobre inconstitucionalidade de lei ou preceito normativo.

Tal é o disposto na Súmula nº do CARF:

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

Desta feita, não acolho o argumento da contribuinte.

A INDEVIDA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Aduz o Contribuinte que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tenho que, neste ponto, não assiste razão à contribuinte.

Com efeito, em decisão recente do Plenário do STF, a Suprema Corte pronunciou-se no sentido de que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, no RE 574.706.

No entanto, por se tratar de julgamento não dotado de repercussão geral, a decisão só se tem efeito *inter partes*, aplicando-se somente às partes envolvidas naquele processo. Demais disso, confronta com a jurisprudência deste Conselho, *in verbis*:

(...).ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/05/2000 A 31/05/2000 BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS, IMPOSSIBILIDADE, O ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98, AO PREVER A EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS FATURAMENTO DE VALORES QUE, COMPUTADOS COMO RECEITA, HOUVESSEM SIDO TRANSFERIDOS A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS, CONSTITUIU NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA À REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO, QUE NÃO PRODUZIU EFEITOS PORQUE REVOGADA ANTES DE REGULAMENTADA, BASE DE CÁLCULO, ICMS, INCLUSÃO. A BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS FATURAMENTO É O FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA, SEM EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DEVIDO, DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA E QUE COMPÕE O PREÇO TOTAL DO PRODUTO. RECURSO NEGADO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TEMOS DO VOTO DO RELATOR. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3ª Seção de Julgamento. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Acórdão nº 340100992 do Processo 11080906457200869. 30/09/2010.

Com efeito, a base de cálculo da COFINS e do PIS é o faturamento ou receita bruta, sem exclusão do valor do ICMS devido, o qual é destacado nas notas fiscais de saída e compõe o preço total do produto.

Nestes termos, deixo de acolher a súplica da Contribuinte.

A INAPLICABILIDADE DA SELIC

No que tange à aplicação da Taxa SELIC como juros de mora, o Código Tributário Nacional, no §1º do art. 161, estabelece que os juros moratórios serão de 1% quando não houver lei tributária que disponha em sentido contrário. Com fulcro na citada norma, foi elaborada a Lei nº. 9.430/96, que dentre outras medidas, estabeleceu, no § 3º do art. 61, a Taxa SELIC como os juros que seriam aplicados, a partir de 01 de janeiro de 1997, aos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

Neste diapasão, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é unânime e pacífica em afirmar que *"é legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários - AgRg nos EREsp 579565/SC, 1ª S., Min. Humberto Martins, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 831564/RS, 1ª S Min. Eliana Calmon, DJ de 12.02.2007"* (REsp ir 665,320/PR, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teorí Albino Zavaseki, DJ de 03/03/2008)

Ademais, é importante ressaltar que no entendimento daquela Colenda Corte a Taxa SELIC não pode ser acumulada com nenhum outro índice inflacionário, vez que *"inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real"* (REsp nº 861.777/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/03/2008).

Por fim, a Súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes dispõe que *"a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais"*.

Diante o exposto, face à inovação proposta pela Lei tr. 9.430/96, a Taxa SELIC pode ser utilizada como indicadora dos juros moratórios, porquanto excepciona a regra contida no §1º do art. 161 do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR

Aduz, ainda, a Contribuinte, a impossibilidade de o procurador figurar como responsável pelos débitos da empresa. Nesse particular, não entendo que tenha, a Contribuinte, legitimidade para pleitear e postular em nome de terceiros.

De fato, o termo de verificação fiscal, ao atribuir responsabilidade aos sócios da empresa por sua extinção irregular, atribuiu aos mesmos uma acusação que somente pode ser defendida pessoalmente, e não por intermédio de terceiros.

É farto, nesse sentido, o posicionamento deste Conselho. Veja-se:

EMENTA: (...) DIREITOS DE TERCEIROS - Inadmissível a pretensão, por falta de legitimidade, de uma empresa pleitear restituição e/ou compensação em nome de outra. (...) Segundo Conselho de Contribuintes. 1ª Câmara. Turma Ordinária. Acórdão nº 20176666 do Processo 108250015069818. Data: 28/01/2003

Diante do exposto, rejeito a arguição da empresa.

ADICIONAL DE IRPJ

Quanto à alegação de ausência de apontamento no auto de infração do dispositivo legal que autoriza a cobrança de adicional de IRPJ, não prospera o argumento da Recorrente.

Isto porque, em se tratando de parcela decorrente do IRPJ, basta a indicação de fundamentos e dispositivos legais atinentes a este, para que seja possível a cobrança de adicional.

Desta forma já se pronunciou este Conselho:

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - Acesso aos dados bancários no âmbito de procedimentos administrativos regularmente instaurados para esse fim específico, em consonância com as disposições da Lei Complementar n. 105/2001, da Lei n. 10.174/2001 e do Decreto n. 3.724/2001, cuja presunção de constitucionalidade não foi afastada. (...) ADICIONAL DE IRPJ - FALTA DE INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL ESPECÍFICO - Integrando do adicional o lançamento do IRPJ, não constituindo parcela autônoma, a falta de indicação do dispositivo legal que especificamente autoriza sua exigência, quando fundamentada a exigência do IRPJ, não compromete a exigência. (Primeiro Conselho de Contribuintes. 5ª Câmara. Turma Ordinária. Acórdão nº 10515485 do Processo 13312000838200382. 25/01/2006)

Assim, é possível o lançamento de ofício pelo Fisco de adicional de IRPJ, quando verificada a sua exigibilidade.

Recurso Voluntário do Responsável Solidário

A par das questões já julgadas que se identificam com o Recurso Voluntário da Contribuinte, passa-se à apreciação das matérias exclusivamente arguidas no Recurso do Sr. JUCELINO ROMANA GRASSO, responsável solidário.

CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL CONTRA O ALEGADO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO

Quanto à tese de cerceamento de defesa por ausência de mandado de procedimento fiscal contra o responsável solidário, tenho que não lhe assiste razão.

Com efeito, desde o início do procedimento fiscal, foram analisados em conjunto os dados e documentos relativos à empresa contribuinte e seus sócios, e, ao final, lavrado Termo de Verificação Fiscal (VF), no qual restaram consignadas as razões da sujeição passiva do procurador, e, ainda, concedido direito de impugnação, devidamente exercido, e interposição de recurso, ora em análise.

Senão verifique-se o constante do Relatório da DRJ, que faz referência ao TVF:

Considerado também no pólo passivo dos autos, o Sr. Jucelino Romagna Grasso, conforme TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA, acostados às fls.309 a 310, nos termos do art.124 do Código Tributário Nacional (CTN).

(...)

2.6 SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Nos termos dos artigos 124 da Lei nº 5.172, de 1996 (Código Tributário Nacional) ficou caracterizada a sujeição passiva

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/03/2015 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 01/04/2015 por ANTONIO BEZERRA NETO, Assinado digitalmente em 24/03/2015 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Impresso em 16/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

solidária do Sr. JUCELINO ROMAGNA GRASSO CPF 552.312.099-53, assim exposto:

Art.124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

2.6.2 — FALTA DE REGISTRO CONTÁBIL DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fls.24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (fls.26/32).

Ao receber as informações, o Banco do Brasil encaminhou cópias de procurações (fls.110/113) em que a empresa conferia amplos poderes para administrar todos os seus negócios, bens, assuntos e interesses sem eles de que natureza forem, a JUCELINO ROMAGNA GRASSO.

(...)

2.6.5 — JUCELINO É O ÚNICO EMPRESÁRIO QUE ACUMULA CAPITAL

Pelas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos sócios das duas empresas — R & N e BOCCONE — o único empresário com evolução patrimonial é o Sr. Jucelino Romagno Grasso.

Desta forma, rejeito a preliminar, em razão do disposto no Art. 135, II e III do CTN, e teço a seguir considerações a respeito da responsabilidade tributária do Recorrente.

QUEBRA DE SIGILO FISCAL

Argui o Recorrente a nulidade do lançamento contra si em razão da quebra de sigilo fiscal, decorrente de ter sido levada em conta para fins de responsabilização solidária as Declarações de Ajuste de Imposto de Renda Pessoa Física do Sr. Jucelino.

No entanto, não prospera a alegação do Recorrente, visto que as Declarações analisadas são de posse da RFB, e foram utilizadas em procedimento fiscal sigiloso pela DRFB, sem divulgação e sem torná-las acessíveis ao público.

Assim, não há se falar em quebra de sigilo do Recorrente, uma vez que se tratam de informações que são, por direito, de propriedade do Fisco, fornecidas pelo contribuinte, no caso, responsável tributário solidário.

MÉRITO

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DO PROCURADOR
– ADMINISTRADOR DE FATO DA EMPRESA

Com efeito, o Art. 135 do CTN traz disciplina própria, específica do instituto da responsabilidade tributária.

Mencionado dispositivo do CTN dispõe, *in litteris*, que:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Conforme disposto no art. 135, *caput*, e incisos II e III, os mandatários são, em tese, pessoalmente responsáveis por créditos tributários gerados por atos praticados com *infração à lei*.

No caso em comento, foi identificada, após procedimento fiscal regular, que a contribuinte incorreu, por dois anos calendário seguidos em omissão de receitas vultosas com origem em movimentações bancárias, que resultaram na exclusão do SIMPLES; que a contribuinte omitiu dolosamente a existência de contas bancárias onde haveria grande movimentação financeira não escriturada; e que a empresa era administrada de fato pelo Sr. Jucelino, que continha poderes conferidos por procuração pública para representar a pessoa jurídica contribuinte e geri-la com poderes amplos.

Nesse sentido, tanto para fins de verificação da sujeição passiva do Recorrente, quanto para apuração de sua responsabilidade, necessário se faz investigar o alcance dos poderes a si conferidos pela sociedade e pelos sócios desta.

Uma vez atestada a sujeição passiva do Recorrente quanto aos lançamentos realizados, cumpre analisar se estes praticaram fraude e atos infracionais à lei que permitem a responsabilização tributária destes, inclusive, solidariamente, devido ao interesse comum.

Restou consignado, no Termo de Sujeição Passiva Solidária de Fls. 311-312 que:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização nº 09.2.01.00-2008-00211-7, executei procedimento de fiscalização no sujeito passivo supra caracterizado, trabalhos que ora estão sendo encerrados. No curso das verificações implementadas foram constatados fatos que têm implicações no âmbito da sujeição passiva.

Os fatos evidenciados foram abordados no Termo de Verificação, nº 09.2.01.00-2008-00211-7, e Encerramento da Ação Fiscal lavrado na conclusão dos trabalhos,

precisamente no item 2.6 - SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Restou ao final configurado que a empresa submetida à fiscalização, com passivo tributário potencialmente elevado, ante aos ilícitos efetivamente praticados, foi administrada, com amplos poderes, por JUCELINO ROMAGNA GRASSO, com fortes indícios de que seja o verdadeiro proprietário da empresa. Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos dos artigo 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Destarte, fica o sujeito passivo solidário supra mencionado CIENTIFICADO da exigência tributária de que tratam os Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo também supra referido, relativamente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, e Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS.

Cópias dos Autos de constituição das exações estão sendo encaminhadas para seu domicílio fiscal, juntamente com o Termo de Verificação, Constatação e Encerramento da Ação Fiscal e este termo em anexo.

Outrossim, informamos ainda que a ação fiscal culminou na formalização do processo administrativo nº 11516.007294/2008-72, no qual consta cópia deste termo, feito onde estão compendiados todos os elementos que instruem a constituição do crédito tributário apurado, ao qual, na condição de sujeito passivo solidário, poderá ter vista, na unidade local da Receita Federal, cidade de Tubarão/SC.

Nesse sentido, verifique-se o constante do Relatório da DRJ a omissão reiterada de receitas vultosas da pessoa jurídica, e a respeito da existência de administrador de fato (vide Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 310-311), demonstrados por documentos e declarações dos sócios e responsáveis e a constituição de pessoa jurídica com utilização de pessoas interpostas, e a existência de procuração com amplos poderes de representação conferidos ao Recorrente (fls. 111-112), cujo teor descreve o seguinte:

Gravatal, Estado de Santa Catarina. A quem confere PODERES PARA MOVIMENTAR AS CONTAS BANCÁRIAS QUE O OUTORGANTE POSSUI, JUNTO AO, BANCO DO BRASIL S/A, CIDADE DE GRAVATAL, ESTADO DE SANTA CATARINA. Podendo seu bastante procurador, DEPOSITAR E RETIRAR QUAISQUER QUANTIAS, PASSAR RECIBOS E DAR QUITAÇÃO, ASSINAR CHEQUES, REQUERER SALDOS BANCÁRIOS E TALONÁRIOS, ABRIR E ENCERRAR CONTAS BANCÁRIAS, INCLUSIVE EM CADERNETAS DE POUPANÇA DE UM MODO GERAL, DEPOSITAR E RETIRAR QUAISQUER QUANTIAS, PASSAR RECIBO E DAR QUITAÇÃO, ACEITAR LETRAS DE CÂMBIO, DUPLICATAS; ASSINAR CORRESPONDÊNCIAS; ASSINAR PROPOSTAS DE DESCONTO, ASSINAR PROPOSTA OU CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO; AUTORIZAR ABATIMENTOS OU DESCONTOS, AUTORIZAR DÉBITOS, TRANSFERÊNCIAS E PAGAMENTOS; , AUTORIZAR E RECEBER TÍTULOS LIVRE DE PAGAMENTO; AUTORIZAR PROTESTOS E PRORROGAÇÕES; , AUTORIZAR DUPLICATAS/LETRAS DE CÂMBIO; , CAUCIONAR OU DESCONTAR LETRAS DE CÂMBIO, CAUCIONAR OU DESCONTAR DUPLICATAS, CONFESSAR E NOVAR DÍVIDAS E OBRIGAÇÕES, E VENDA DE CAMBIAIS, EMITIR DUPLICATAS, NOTAS PROMISSÓRIAS E LETRAS DE CÂMBIO, ENDOSSAR CHEQUES/LETRAS DE CÂMBIO/DUPLICATAS/NOTAS PROMISSÓRIAS, QUITAR TÍTULOS DE PAGAMENTO, ENFIM PRATICAR TODOS OS ATOS NECESSÁRIOS AO FIEL E CABAL DESEMPENHO DO PRESENTE MANDATO., O REPRESENTANTE DA OUTORGANTE RESERVA PARA SI O USO DE IDÊNTICOS PODERES ORA DELEGADOS, , SENDO QUE A PRÁTICA DOS MESMOS ATOS DIRETAMENTE POR ELE, NÃO CONSTITUI ALTERAÇÃO DA PRESENTE. . Enfim praticar todos os demais atos indispensáveis ao fiel cumprimento do presente mandato. E

Em que pese à alegação de que os responsáveis procuradores não tinham poder de gestão, mas apenas poder de representação perante instituições financeiras, não prospera, senão verifique-se o teor do Termo de Verificação, Constatação e Encerramento da Ação Fiscal.

A fiscalizada omitiu as informações sobre a movimentação financeira, não as registrando nos livros obrigatórios (caixa) Além desta infração há forte indício de que o verdadeiro proprietário seja o Sr. JUCELINO ROMAGNA GRASSO — CPF 551.312.099-53, também proprietário da empresa BOCCONE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. — CNPJ 03.570.665/0001-29. Este indício é reforçado porque a empresa R & N usa as instalações da empresa BOCCONE e os sócios da R&N são funcionários da R & N ou da BOCCONE, portanto, prováveis "laranjas".

(...)

2.6.2. — FALTA DE REGISTRO CONTÁBIL DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Como a empresa respondeu à fiscalização que possuía conta bancária apenas no Banco do Brasil e na CEF (fls. 24) e no livro caixa o registro era feito de modo globalizado e por um valor bem pequeno, foi solicitada a requisição de informação sobre movimentação financeira nos bancos do Brasil, CEF, Safra e Sudameris/Real (fls. 26/32).

Ao receber as informações, o Banco do Brasil encaminhou cópias de procurações (fs. 110/113) em que a empresa conferia amplos poderes para administrar todos os seus negócios, bens assuntos e interesses sejam eles de que natureza forem, a JUCELINO ROMAGNA GRASSO.

Demais disso, a existência de poderes representação da sociedade representa de maneira inequívoca a capacidade para direcionar um sem número de negócios e atos de direção da sociedade, procuração esta que tem prazo indeterminado, visto que ausente qualquer ressalva em sentido oposto.

No caso, foi demonstrado pela fiscalização que o Recorrente tomouas vezes de gerentes da sociedade, e na condição de administrador de fato desta, o que permite aplicar-se o disposto nos Arts. 135 e 124 do CTN, *in verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido, deve-se imputar ao mandatário e gestor de fato da contribuinte a responsabilidade tributária nos termos previstos no art. 135 do CTN, em virtude da prática de atos de infração à lei sob a gestão de fato e por mandato da sociedade, como a manutenção de sede fictícia, a constituição de pessoa jurídica com utilização de pessoas interpostas, e a conduta pró-ativa no sentido de fraudar a fiscalização tributária e omitir reiteradamente vultosa das receitas da sociedade apurada em movimentação bancária no período citado.

Desta feita, voto pelo desprovimento dos Recursos Voluntários.

(Assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator