



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>12448.725259/2015-81</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1201-006.937 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	15 de agosto de 2024
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO
<b>RECORRENTE</b>	FAZENDA NACIONAL
<b>INTERESSADO</b>	MERCADINHO VITÓRIA 163 LTDA. - ME E OUTROS

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Ano-calendário: 2010

RECURSO DE OFÍCIO. LIMITE DE ALÇADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de recurso de ofício manejado em razão da exoneração de crédito tributário (tributos mais multa de ofício) inferior ao limite de alçada vigente no momento da apreciação do recurso pelo CARF.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

## RELATÓRIO

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo, em atenção ao disposto no art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, recorreu de ofício da sua decisão proferida no Acórdão nº 16-66.505 (fls. 2184), como autoridade julgadora de primeira instância no processo nº 15563.720136/2014-45, ao qual está apensado o presente processo e que está sendo julgado em conjunto com o presente feito.

A decisão recorrida julgou recurso voluntário contra lançamentos tributários para exigir IRPJ e CSLL, relativos ao ano 2010, bem como juros de mora e multa de ofício qualificada e agravada (225%), totalizando R\$ R\$ 5.341.358,01. O lucro foi arbitrado a partir da receita conhecida. A exigência de CSLL é decorrente dos mesmos fatos que fundamentam o lançamento de IRPJ, devendo seguir o mesmo encaminhamento.

A fiscalização imputou responsabilidade tributária pelo presente crédito tributário a JAIME FRANCISCO XAVIER SOBRINHO e ZULEICA ALVES LIMA, com fundamento no artigo 135, III, do CTN.

A acusação fiscal está detalhada no Termo de Verificação Fiscal. O relatório do acórdão recorrido assim sintetiza os fatos:

Em 09/10/2012, a fiscalização enviou para a contribuinte, por via postal, Termo de Início de Fiscalização, solicitando a apresentação de: Contrato Social e alterações; Livro Caixa, Livro Registro de Inventário e Livro Registro de Entrada, com prazo para atendimento de 20 dias.

Após decorrido o prazo acima concedido e diante do não atendimento, reintimou a contribuinte, em 05/11/2012, concedendo prazo adicional de 20 dias.

Entre 07/01/2013 e 02/09/2013, a fiscalização enviou, por via postal, Termos de Continuidade Fiscal.

Durante todo o período em que ocorreram os Termos de Continuidade acima mencionados e consubstanciado pela inexistência de informação por parte da contribuinte, a fiscalização procedeu à circularização dos fornecedores da contribuinte, com base nos arquivos das Notas Fiscais Eletrônicas, assinado digitalmente e transmitido, via internet, pelas empresas vendedoras ao ambiente NF-e, conforme Termos e documentos juntados, através de diligências vinculadas, em nome da contribuinte, quitadas no ano-calendário 2010.

Finalizadas as circularizações em questão e comprovando-se a efetividade dos pagamentos referentes às compras efetuadas pela contribuinte, a fiscalização procedeu, em 24/10/2013, à exclusão da contribuinte da sistemática do SIMPLES NACIONAL, conforme ADE nº48/2013 (fl. 5 do processo nº 15563.720137/2 014-90, apenso), sendo dada ciência do mesmo, por via postal, em 13/11/2013, através de Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 1587-03/1053/2013 de 11/11/2013.

De acordo com disposto no § 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, tal exclusão surte efeito a partir do próprio ano-calendário, ou seja, janeiro de 2010.

Também 11/11/2013, a fiscalização enviou, por via postal, Termo de Intimação onde, no prazo de 20 dias, a contribuinte deveria proceder à escrituração referente ao ano-calendário 2010, com base em outra forma de tributação (lucro real ou lucro presumido) que não a Simplificada, de acordo com §2º do artigo 32 da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista sua exclusão do SIMPLES NACIONAL a partir do ano-calendário 2010.

A contribuinte foi cientificada nesta data que, caso não o fizesse, seu lucro referente ao ano-calendário de 2010 seria arbitrado com base nos valores de suas compras apurados através de informações fornecidas por seus fornecedores.

Após decorrido o prazo de 20 dias acima mencionado, a fiscalização intimou, em 09/12/2013, em última instância, a contribuinte a:

- Manifestar-se, por escrito, quanto às informações extraídas dos arquivos de Notas Fiscais Eletrônicas, arquivos esses que foram assinados e transmitidos, via internet, pelas empresas fornecedoras de mercadorias, por dia de emissão, conforme planilha anexa;

- Contestar, por escrito, oferecendo meios de prova (documentação hábil e idônea), o lucro arbitrado através da aplicação do percentual de 40% de suas compras (artigos 529, 530, inciso VI e 535, inciso V, do RIR/99), tendo em vista que os valores informados em sua DASN - Declaração Anual do Simples Nacional (Período de apuração 2010 / Exercício 2011) são muito inferiores às compras efetuadas e demonstradas na planilha anexa.

No momento de finalizar o procedimento fiscal, a fiscalização constatou que a contribuinte havia efetuado Terceira Alteração Contratual junto a JUCERJA, em 09/07/2013, modificando seu endereço e sócios.

A fiscalização, então, procedeu a diligência na tentativa de localizar a empresa no seu novo endereço, cadastrado como seu domicílio fiscal na RFB. Constatou-se que o local em questão é basicamente residencial, a rua é toda numerada e inexistente o endereço da forma que foi cadastrada na JUCERJA e nesta RFB.

Como consequência, foi formalizada, através do processo administrativo nº 15563.720073/2014-27, representação para que fosse declarada pelo titular da DRF-Nova Iguaçu a inapetência da inscrição da contribuinte no CNPJ.

A fiscalização procedeu, então, a intimação das pessoas físicas envolvidas, solicitando a comprovação da efetividade da venda da sociedade empresária pelos antigos sócios, Sr. Jaime Francisco Xavier Sobrinho (CPF 662.266.197-91) e Sra. Zuleica Alves Lima (CPF 760.696.727-04), bem como a efetividade da compra aos seus novos sócios, Sr. Sérgio Milton da Penha (CPF 011.462.323-65) e Sra. Jocelia Batista da Conceição (CPF 037.787.453-10).

Em resposta o Sr. Jaime informou que o recebimento dos valores com a venda da sociedade empresária foi feito em numerário, sem, contudo, comprovar a efetividade desse recebimento.

As intimações à antiga sócia (Sra. Zuleica) e aos novos sócios (Sr. Sérgio e Sra. Jocelia) retornaram sem recebimento.

Apesar de a contribuinte não ter sido encontrada, a fiscalização mais vez compareceu no logradouro onde deveria estar funcionando, com o escopo de obter registro fotográfico da constatação já anteriormente efetuada. Desta feita, lavrou-se um Termo de Diligência, confirmado a condição de empresa não localizada, enquadrando-se, assim, na situação prevista no inciso II do artigo 37 c/c o inciso II do artigo 39, ambos da IN RFB nº 1.183/2011.

O contribuinte apresentou impugnação, assim como o responsável tributário JAIME FRANCISCO XAVIER SOBRINHO, ambas com idêntico teor. As impugnações foram assim sintetizadas no relatório do acórdão recorrido:

#### DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Ao contrário do que diz o Auditor Fiscal, todos os elementos estavam a sua disposição no próprio "site" da RFB, através do SPED contábil, e ainda encontram-se. Porém de forma abrupta, o Auditor Fiscal enviou via postal o Auto de Infração, sem nenhuma explicação, quebrando ainda o sigilo bancário da impugnante sem mandado judicial a respaldá-lo.

A quebra do sigilo bancário não procede, visto que a pretensa omissão de receitas que a fiscalização pretende tributar, como consta do Auto de Infração, é por

"Divergências entre a Receita Declarada e os Depósitos Bancários" situação não descrita no texto da lei apontada como infringida.

Não pode o fisco arbitrar com base nos extratos bancários, sem intimar os sócios da empresa para comprovar a origem dos depósitos e ser ter esgotado todos os meios persecutórios para obtenção dos livros e documentos da empresa.

#### DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Dispõe o artigo 135 do CTN que:

[...]

Não pode haver a sujeição passiva solidária dos sócios Jaime Francisco Xavier Sobrinho e Zuleica Alves Lima, pois eles não agiram com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, e, em razão da impugnação, a sua exigibilidade está suspensa, nos moldes do artigo 151 do CTN.

A fazenda pública interpreta o dispositivo acima como se gerasse uma presunção que a beneficiasse; toda vez que a sociedade deixa de pagar os tributos a seu cargo, automaticamente, seus diretores, gerentes ou representantes, incidem na regra do artigo 135 e tornam-se pessoalmente responsáveis.

Entretanto, isto não é bem assim. Primeiro é preciso que as hipóteses (atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social, ou estatutos) sejam perfeitamente caracterizados. E, segundo, e aí repousa a questão - o ônus da prova é de quem acusa, não havendo espaço para a chamada responsabilidade objetiva. Destaque-se que essa prova inexistente no Auto de Infração.

O que pode levar o diretor, gerente ou administrador (procurador), tomarem-se responsáveis é a causa do não pagamento, mas jamais este tomado isoladamente. É preciso que se investiguem as causas dessa inadimplência, para verificar se, entre elas, estariam fatos capazes de serem enquadrados como excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social, ou ao estatuto. Destaque-se que não ter dinheiro para pagar não é infração à lei.

Aliás, o que aqui se sustenta encontra eco no próprio artigo 158 da Lei da Sociedade por Ações, quando declara, com todas as letras, que o administrador não é pessoalmente responsável por obrigações contraídas em nome da sociedade, por decorrência de ato regular de gestão.

Como regra geral, o patrimônio e a responsabilidade da pessoa jurídica não se comunicam com a dos seus sócios, salvo nas situações especiais previstas em lei.

#### DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA OFICIALIDADE E DA LEGALIDADE

Na Teoria Geral do Direito, bem como na doutrina administrativa pátria, o ato administrativo para ser perfeito, válido e eficaz deve observar, dentre tantos outros requisitos, aos princípios insertos no caput do artigo 37 do Texto Maior, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de seus 5 elementos constitutivos: objeto, motivo, forma, finalidade e competência, para só assim entrar no ordenamento jurídico.

Com efeito, a fiscalização decidiu por constituir o crédito tributário ora guerreado por meio de "lavatura" de "Termo de Constatação Fiscal" instrumento tributário expressamente regrado pelo artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, quando o correto (ao menos, no caso em tela, do ponto de vista procedimental) seria a lavatura de Auto de Infração com inserção dos termos e motivos do Termo de Constatação Fiscal, este expressamente regrado pelo artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

Daí vem a insofismável depreensão lógica de que a autoridade fiscal olvidou a construção sistêmica do ordenamento jurídico, em especial, do processo administrativo fiscal.

#### DO DESENQUADRAMENTO DA EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL

Completamente descabido o desenquadramento da empresa do sistema do SIMPLES, uma vez que o fato gerador da autuação é do ano-calendário de 2010, tendo a empresa se mantido no SIMPLES, só saído por força do presente Auto de Infração, o que, se desconstituído por esta impugnação, também se força a improcedência da desclassificação.

#### DO TRIBUTO PARA TIPIFICAR CRIME TRIBUTÁRIO

No Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização qualifica os ex-sócios para fins de Representação Fiscal para Fins Penais, tipificando em tese os crimes previstos no inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, em obediência ao previsto no artigo 1º da Portaria RFB nº 2.439/2010 e do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, através do processo administrativo nº 15563.720075/2014-16.

O STF, inversamente ao procedimento adotado pelo Fisco, já se manifestou contrário à Representação Fiscal para Fins Penais, antes do trânsito em julgado da matéria administrativa, conforme Súmula Vinculante nº 24, que diz que "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Portanto, a Representação Fiscal para Fins Penais não deve ser procedida como informado pela fiscalização no Termo de Verificação, pois afronta jurisprudência dominante.

#### DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

O impugnante (Jaime Francisco Xavier Sobrinho) não foi instado em momento algum sob o procedimento fiscal instaurado contra a pessoa jurídica da qual fez parte e se retirou há mais de 3 anos. Assim sendo, teve o direito ao contraditório e à ampla defesa cerceado, causando-lhe grande dor e prejuízo na elaboração da presente impugnação.

Os ex-sócios jamais poderiam ter sido incluídos no pólo passivo do Auto de Infração como devedor solidário do débito fiscal, uma vez que já tinham se retirado da sociedade há mais de 3 anos, registrando-se a alteração contratual na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, e na base de dados da RFB.

Assim, torna-se obrigatório que seja excluído o impugnante da responsabilidade solidária pelo pseudo débito fiscal, visto que retirou-se regularmente da sociedade, registrando a alteração contratual de sua saída em todas as repartições que a lei exige.

#### DO SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO

No recentíssimo julgamento do processo nº 15540.000 287/2010-44, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), decidiu-se sobrestar o julgamento do referido processo até manifestação definitiva do STF sobre a matéria ali arguida como inconstitucional, ou seja, a quebra do sigilo bancário sem mandado judicial, como in casu, à luz do artigo 62-A do Anexo II do RICARF e do § único do artigo 1º da Portaria CARF nº 1/2012.

No Recurso Extraordinário nº 601.324/MG, o STF reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil.

Assim, com base no citado julgado, requer-se o sobrestamento do feito, até manifestação do STF, caso não se venha a acatar a tese de exclusão do pólo passivo dos pretensos responsáveis solidário passivos: Jaime Francisco Xavier Sobrinho e Zuleica Alves Lima.

As impugnações foram consideradas parcialmente procedentes pela autoridade julgadora de primeira instância, a qual exonerou as imputações de responsabilidade laboradas pela fiscalização, mas manteve a exigência tributária, nos termos do acórdão ora recorrido (fls. 2233). Essa decisão deu ensejo ao presente recurso de ofício, o qual está sendo julgado em conjunto com o recurso voluntário do contribuinte, no âmbito do referido processo nº 15563.720136/2014-45.

É o relatório.

## VOTO

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

A decisão de primeira instância exonerou a imputação de responsabilidade sobre créditos tributários que totalizam R\$ 5.341.358,01, a qual é o objeto do presente recurso de ofício.

Verifico que o recurso de ofício se deu porque o valor exonerado para os responsáveis tributários ultrapassou o valor de um milhão de reais, limite de alçada então vigente para determinar a revisão necessária. Todavia, a Súmula CARF nº 103<sup>1</sup> orienta que, para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância. Atualmente, o limite de alçada está determinado no valor de quinze milhões de reais, nos termos do artigo 1º da Portaria MF nº 2, de 2023, *verbis*:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Assim, o valor exonerado na primeira instância está abaixo do limite de alçada ora vigente, de forma que o recurso de ofício não deve ser conhecido.

Diante do exposto, voto por não conhecer do recurso de ofício.

*(documento assinado digitalmente)*

Neudson Cavalcante Albuquerque

<sup>1</sup> Súmula CARF nº 103 - Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.