



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

Processo nº 12571.000377/2010-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.440 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2014
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente MAGNOJET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PROCEDÊNCIA.

Mantidas, em processo conexo, as exigências tributárias que serviram de lastro para a medida administrativa contestada, há de se negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator. Ausente momentaneamente o Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes, presente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado). O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães presidiu o julgamento.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Paulo Jakson da Silva Lucas, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

MAGNOJET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA, já devidamente qualificada nestes autos, inconformada com a decisão da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, São Paulo, que indeferiu solicitação veiculada por meio de Manifestação de Inconformidade, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Trata o processo de exclusão do SIMPLES (Ato Declaratório Executivo nº 37, de 21 dezembro de 2010), com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2007, efetivada com base na constatação de que a contribuinte ultrapassou, no ano de 2006, o limite de receita bruta estabelecido na Lei nº 9.317/96.

A contribuinte declarou receita bruta, no ano-calendário de 2006, no montante de R\$ 1.611.281,21, tendo a Fiscalização apurado omissão de receitas no valor total de R\$ 4.273.461,86, de modo que a receita total no referido ano passou a ser de R\$ 5.884.743,07, superior ao limite de R\$ 2.400.000,00.

Manifestação de Inconformidade às fls. 315/336.

A já citada 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, analisando o trabalho fiscal e a peça de defesa, decidiu, por meio do Acórdão nº. 14-34.411, de 28 de junho de 2011, pela procedência da exclusão.

O referido julgado restou assim ementado:

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Constatado que a pessoa jurídica ultrapassou o limite de receita bruta fixado na legislação tributária, cabe a sua exclusão de ofício do Simples.

Irresignada, a contribuinte apresentou o recurso de folhas 374/401, por meio do qual sustenta:

- abuso das autoridades administrativas ao requisitarem informações (financeiras) sigilosas sem autorização judicial;
- ausência de relação direta entre os valores apontados nas contas bancárias e os documentos considerados elaborados por meio de fraude;
- ausência de produção de prova técnica quanto ao enquadramento do produto;
- nulidade dos lançamentos em virtude de prova ilícita (“quebra de sigilo bancário sem autorização judicial).

O presente processo guarda inteira relação com o de nº 12571.000373/2010-75, motivo pelo qual, tendo sido sobrestado o julgamento do citado feito em virtude de

Processo nº 12571.000377/2010-53
Acórdão nº **1301-001.440**

S1-C3T1
Fl. 411

disposições regimentais então vigentes, eles foram juntados, por apensação, para apreciação conjunta (Resolução nº 1301-000.063, de 12 de junho de 2012, fls. 405/407).

Entretanto, em 18 de novembro de 2013, foi editada a Portaria nº 545 revogando as disposições referentes ao sobrestamento de julgamento, desaparecendo, assim, os impedimentos que obstaculizavam o julgamento dos processos.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Cuida o presente processo de EXCLUSÃO DO SIMPLES, formalizada a partir da constatação de que a contribuinte ultrapassou, no ano anterior ao da opção, o limite de receita estabelecido na legislação de regência.

A contribuinte formalizou a opção pelo SIMPLES em 1º de janeiro de 2007, com efeitos até 30 de junho do mesmo ano, sendo que em 2006 foi apurada receita em montante superior a R\$ 2.400.000,00.

Conforme relato, o presente processo guarda inteira correlação com o de nº 12571.000373/2010-75, vez que foi nele que foi apurada a receita que, somada à declarada espontaneamente pela contribuinte, ultrapassou o limite para opção pelo regime simplificado.

O presente processo e o citado 12571.000373/2010-75 foram, em virtude dos motivos antes expostos, distribuídos para apreciação conjunta, pois, julgada procedente a omissão de receita, procedente também deverá ser considerada a exclusão do SIMPLES.

A autoridade julgadora de primeiro grau, apreciando MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE apresentada pela contribuinte, a julgou improcedente.

Em sede de recurso voluntário, a contribuinte limita-se a reprisar os argumentos expendidos na contestação apresentada nos autos do processo nº 12571.000373/2010-75.

Assim, reproduzo o inteiro teor do decidido no processo em referência, esclarecendo que a receita financeira excluída de tributação no citado julgado, diante do seu montante, não produz alteração acerca da procedência da exclusão promovida pela Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa, Paraná.

Cuida o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos, relativas aos anos-calendário de 2005 e de 2006.

Em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 640/653, foram imputadas à contribuinte fiscalizada as seguintes infrações:

1) insuficiência de recolhimento de IRPJ e CSLL, apurada a partir do confronto entre as DIPJ relativas aos anos-calendário de 2005 e de 2006 (DIPJ/2006 e DIPJ/2007) e a escrituração contábil;

2) insuficiência de recolhimento de PIS e COFINS, apurada a partir do confronto entre os Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais (DACon) de 2005 e de 2006 e a escrituração contábil;

3) omissão de receitas financeiras apurada com base em informações prestadas pelas fontes pagadoras (Declaração de Imposto de Renda retido na Fonte – DIRF);

4) omissão de receitas, caracterizada pela realização de vendas sem emissão da nota fiscal correspondente e apurada a partir de informações transmitidas pelo Fisco estadual (**os valores correspondentes foram creditados em contas bancárias pertencentes ao Sr. OSVALDO DE CARVALHO**);

5) omissão de receitas, caracterizada pela utilização de notas fiscais paralelas¹ e apurada a partir de informações transmitidas pelo Fisco estadual.

Abaixo, quadro resumo das diferenças de faturamento apuradas pela Fiscalização.

	ANO-CALENDÁRIO 2005	ANO-CALENDÁRIO 2006
DECLARADO	1.923.572,64	1.611.281,21
APURADO	6.462.083,43	5.884.743,07
DIFERENÇA	4.538.510,79	4.273.461,86

Observando o disposto no art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, a Fiscalização promoveu os lançamentos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL com base no lucro presumido.

Na constituição do crédito tributário relativo à omissão de receita derivada da ausência de emissão de nota fiscal e da utilização de notas fiscais paralelas foi aplicada multa qualificada de 150%.

A Fiscalização imputou responsabilidade tributária solidária ao Sr. OSVALDO DE CARVALHO, por considerá-lo proprietário de fato da empresa fiscalizada.

Aprecio, pois, os argumentos trazidos em sede de Recurso Voluntário pela empresa fiscalizada e pelo Sr. OSVALDO DE CARVALHO.

SIGILO BANCÁRIO

Os Recorrentes requerem o reconhecimento de que a “quebra” do sigilo bancário sem autorização judicial não pode valer como prova. Afirmam que a Fiscalização “*utilizou-se de Prova emprestada da Receita Estadual do Paraná, a qual obteve todo o movimento financeiro do contribuinte e do sujeito passivo solidário de forma ilegal, sem autorização judicial e, portanto, viciada.*”

Não assiste razão aos Recorrentes.

Com efeito, não há que se falar em ilicitude na apuração do tributo com base em extratos bancários fornecidos por instituição financeira em atendimento à requisição específica, que atendeu aos mandamentos legais pertinentes, pois se trata, apenas, da utilização de novo meio de fiscalização.

¹ Artificio fraudulento que consiste na impressão em duplicidade da mesma nota fiscal, de modo que, para uma mesma numeração, têm-se mais de uma nota fiscal impressa.

Os atos praticados pela autoridade tributária no sentido de acessar a movimentação bancária dos contribuintes sujeitos a procedimento de fiscalização encontram-se expressamente autorizados pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, sendo, portanto, equivocado o entendimento de que as autoridades fiscais somente poderiam ter acesso à movimentação bancária dos referidos contribuintes com base em autorização judicial.

Esclareça-se, por relevante, que o citado art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que, estabelecendo requisitos a serem observados pela autoridade fiscal, resguarda o sigilo das informações recepcionadas.

É certo, pois, que o ordenamento jurídico vigente autoriza à Administração Tributária, observados os requisitos legais que disciplinam a matéria (Lei Complementar nº 105, de 2001, e Decreto nº 3.724, também de 2001), acessar e usar as informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras.

Penso que seja importante destacar que, no caso de utilização de informações colhidas junto às instituições financeiras, revela-se impróprio falar em “quebra de sigilo”, visto que o que efetivamente ocorre é a transferência e a alteração da natureza do sigilo. Enquanto mantidas sob a guarda das instituições financeiras, as informações encontram-se abrigadas pelo apropriadamente denominado sigilo bancário. Ao serem transferidas, com base na lei, para a Administração Tributária, referidas informações continuam protegidas por sigilo, só que, a parti daí, pelo chamado sigilo fiscal.

A consideração acima é facilmente extraída da Lei Complementar nº 105, de 2001, senão vejamos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001.

Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Vê-se, assim, que revela-se inadequado dizer que estamos diante de QUEBRA DE SIGILO nas situações em que Administração Tributária acessa a movimentação bancária do contribuinte.

Trata-se, na verdade, de mera transferência de sigilo (da instituição financeira para a Administração Tributária), que, do ponto de vista estritamente tributário, possibilita uma melhor visualização da capacidade contributiva do contribuinte, o que dá efetividade ao princípio constitucional insculpido no parágrafo 1º do art. 145 da Carta Constitucional e, sem sombra de dúvida, torna mais justa a tributação, eis que remove obstáculo incessantemente utilizado por aqueles que têm a intenção de “esconder” a sua verdadeira capacidade de contribuição.

Não é demais anotar que, nos termos do disposto na norma regulamentadora da transferência de sigilo autorizada pela Lei Complementar nº 105 (Decreto nº 3.724, de 2001), o servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação sobre a movimentação financeira do contribuinte, com infração ao disposto no art. 198 do Código Tributário Nacional, ou no art. 116, inciso IX da Lei nº 8.112, de 1991, ficará sujeito à penalidade de demissão, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

No tocante à alegada prova emprestada, temos que, em conformidade com os documentos de fls.02/03, a Superintendência Regional da Receita Federal na 9ª Região Fiscal solicitou à Receita estadual do Paraná cópia de todo e qualquer elemento associado a lançamento de ofício porventura efetuado contra a ora em Recorrente.

Em atendimento, a Receita Estadual encaminhou cópia de inúmeros documentos (fls. 04/320), que foram juntados sob a forma de anexos, conforme registro constante do Termo de fls. 323/324.

Também por meio de Termo, a Fiscalização promoveu a devolução ao Fisco estadual dos originais de notas fiscais, livros fiscais e comerciais e relatórios que haviam sido encaminhados (fls. 321).

A partir dos elementos coletados, foi instaurado procedimento fiscal na contribuinte, momento em que foi lavrado, em 27 de novembro de 2009, o competente TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL (fls. 325/331).

No Termo de Início de Procedimento Fiscal, além de requisitar inúmeros documentos (contrato social e alterações; instrumentos de procuração, Livros Comerciais e Fiscais; Demonstrativos e Planilhas relacionadas ao IPI; arquivos digitais, entre outros), a Fiscalização intimou a contribuinte “a apresentar esclarecimentos ou manifestação acerca da documentação obtida junto à Receita Estadual do Paraná, conforme o art. 198 do Código Tributário Nacional (convênio), que aponta valores de receitas e remunerações não contabilizados e que, conseqüentemente, não foram incluídos pelo fiscalizado na apuração dos tributos e contribuições objeto da presente fiscalização”.

Na ocasião, a contribuinte foi alertada de que os valores apurados serviriam de base para a exigência dos tributos federais, sendo que o faturamento do ano de 2006 poderia dar causa à exclusão do SIMPLES FEDERAL no período de janeiro a junho de 2007.

Em 22 de dezembro de 2009, a contribuinte apresentou o documento de fls. 333/344, por meio do qual notícia a entrega de documentos que haviam sido requisitados; declina a razão pela qual o atendimento foi parcial (ou não foi efetuado) em relação a determinados pedidos; e, relativamente aos fatos apurados pelo Fisco estadual, esclareceu: que os valores apontados nos demonstrativos elaborados estavam sendo objeto de questionamento administrativo, inexistindo decisão acerca deles; e que os dados teriam sido obtidos de forma ilícita, sendo que isso seria alegado em momento oportuno, em processo judicial.

Em 20 de janeiro de 2010, por meio do documento de fls. 371/373, a contribuinte apresentou esclarecimentos complementares relacionados a operações de exportação.

Em 25 de março de 2010, foram restituídos à contribuinte diversos documentos, conforme Termo de fls. 420.

Em 08 de setembro de 2010, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal, por meio do qual a contribuinte foi instada a apresentar esclarecimentos sobre notas fiscais paralelas relacionadas em anexo ao referido Termo, momento em que ela foi informada que os dados planilhados eram preliminares, vez que ainda estavam sendo revisados. A contribuinte foi informada também que os dados haviam sido repassados pela Receita estadual e que, à medida em que fossem analisados pela Fiscalização, seriam fornecidas cópias para ela (fls. 427/428).

Em 28 de setembro de 2010, relativamente aos elementos encaminhados pelo Fisco estadual, que foram analisados e planilhados pela Receita Federal, a contribuinte simplesmente informou (fls. 430/432):

[...]

Em relação ao item 02 desta notificação, esclarecemos que os documentos que foram retidos pela Fiscalização Estadual, em primeiro lugar, ficaram nas mãos do Fisco Estadual por um grande espaço de tempo, parte foi enviada a Receita Federal ou a sua totalidade (não sabemos com certeza) e parte nos foi entregue.

Como todos os procedimentos efetuados encontram-se em discussão na Esfera Administrativa, inclusive todos sem nenhuma decisão definitiva, **optamos neste momento por não apresentar nenhuma manifestação de forma antecipada, fato que faremos quando da conclusão desta Fiscalização Federal, por ocasião de eventuais autuações que por ventura (sic) possam resultar a mesma, da mesma forma que ocorreu com a Receita Estadual, de forma que, entendemos que manifestações serão oportunizadas em momentos posteriores onde todos os argumentos serão apresentados.** (GRIFEI)

Em 06 de outubro de 2010, a contribuinte foi novamente intimada a prestar esclarecimentos acerca dos fatos apurados pelo Fisco, fatos que, como já dito, foram objeto de análise e planilhamento por parte da Fiscalização federal (fls. 437/439).

Em 11 de outubro de 2010, esclarecendo que a intimação encaminhada em 06 de outubro deveria ser desconsiderada, novo Termo foi lavrado requisitando informações acerca das apurações efetuadas pelo Fisco estadual, entre outras solicitações (fls. 440/444).

Em 04 de novembro de 2010, a contribuinte, alterando um pouco a sua linha argumentativa, argumentou, *in verbis*:

[...]

Em relação ao item 03 e 04 desta notificação, esclarecemos que os documentos encontram-se em poder da Receita Federal, pois foram remetidos a vocês em oportunidades anteriores.

Dessa Forma, e, em virtude de haver a necessidade de verificação junto aos Livros, somente seria possível responder a tais quesitos se Vossa Senhoria nos devolvesse os mesmos, ainda que temporariamente, pois somente assim é que teremos condições exatas de responder cada quesito e seus itens, que não são poucos, diga-se de passagem. Além disso, será necessário efetuarmos vários cálculos para apresentação do que foi requerido.

Necessário se faz esclarecer que até tentamos fazer isso através dos dados que aqui tínhamos, mas nos esbarramos em alguns dados que teríamos que tirar do próprio Livro Diário e Razão.

A informação trazida pela fiscalizada não encontra respaldo nos autos, vez que a documentação que foi fornecida por ela à Fiscalização Federal foi devidamente restituída, conforme Termo de fls. 420².

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 640/653, a autoridade autuante destacou que os valores apurados pela Receita estadual e que foram transmitidos à Fiscalização federal **foram cotejadas e confirmadas em relação à escrituração contábil e fiscal da contribuinte.**

Embora os Recorrentes não tenham contestado diretamente a utilização, por parte da autoridade fiscal federal, dos elementos fornecidos pelo Fisco estadual, eis que a insurgência se deu contra o uso das informações bancárias, não é demais ressaltar que, no caso, o responsável pela autuação que ora se aprecia cuidou de confirmar, em procedimento próprio, as conclusões apresentadas no trabalho realizado em âmbito estadual, sendo impertinente a alegação de que teria sido necessário levantamento físico ou verificação técnica para aferir a veracidade dos fatos trazidos por meio do procedimento efetuado na esfera estadual.

Portanto, aqui, não identifico violação a dispositivo de lei capaz de contaminar os feitos fiscais, motivo pelo qual rejeito os argumentos expendidos pelos Recorrentes.

INCONSTITUCIONALIDADES. CONFISCO

Apresentando extensas considerações acerca dos princípios da legalidade e da vedação ao confisco, os Recorrentes argumentam que os valores lançados representam confisco.

Aqui, cabe, apenas, verificar se as normas legais que serviram de suporte para a formalização das exigências gozam de vigência de plena.

Nesse diapasão, não identifico mácula capaz de afastar as penalidades aplicadas, eis que os percentuais considerados pela autoridade autuante encontram-se expressos nos atos legais declinados na peça acusatória e inexistente mandamento de qualquer ordem no sentido de impedir a sua aplicação.

Como é cediço, nos termos da súmula nº 2, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

Cabe destacar que, nos termos do disposto no art. 72 do Regime Interno (ANEXO II), as súmulas são de observância obrigatória pelos membros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Alegam os Recorrentes que, no presente caso, a pessoa jurídica autuada possui todos os elementos legais exigidos para responder, judicial ou extrajudicialmente, por todos os atos praticados ou a ela imputados, sempre através de seus representantes legalmente constituídos. Procurando demonstrar a improcedência da imputação de responsabilidade tributária ao Sr. OSVALDO DE CARVALHO, assinalam:

[...]

² A documentação fornecida pelo Fisco estadual também foi devolvida ao órgão competente, conforme Termo de fls. 321.

O Sr. Osvaldo de Carvalho, eleito indevidamente sujeito solidário no presente Auto de Infração, foi sócio da empresa MAGNO, em Santana do Parnaíba, São Paulo, juntamente com o Sr. Miguel Ronaldo Rizzo, falecido em 2001 por ato de violência em seqüestro.

Por questões óbvias, sofrendo com o trauma e o “fantasma” do seqüestro e morte de seu sócio e melhor amigo, o Sr. Osvaldo não teve dúvidas em decidir pela mudança de cidade juntamente com toda a sua família e, como sua atividade profissional estava voltada exclusivamente à empresa, decidiu por mudá-la também. Imaginou que Ibaiti/PR pudesse proporcionar a si (*sic*) e a seus familiares a tranquilidade e a despreocupação quanto à violência de um grande centro.

Decidindo pela mudança e, em se tratando de empresa tipicamente familiar, já que grande parte dos familiares ali exerciam atividade profissional, o Sr. Osvaldo de Carvalho também decidiu, efetiva e paulatinamente, transferir toda a administração da empresa para suas filhas e genros.

Prova disso é que já há algum tempo vêm sendo realizadas reuniões familiares onde se debate a sucessão no comando da empresa, já que o Sr. Osvaldo tem demonstrado vontade em participar somente da parte “criativa” dos produtos fabricados pela empresa Recorrente (foi o Sr. Osvaldo quem criou cada um dos produtos oferecidos pela MAGNOJET).

No entanto, suas filhas e genros ainda são bastante inexperientes na função administrativa da empresa, motivo pelo qual, para grandes problemas e decisões, o Sr. Osvaldo sempre é requisitado. Ressalte-se que se trata de empresa reconhecida mundialmente, por ter desenvolvido bicos pulverizadores especiais para cada tipo de atividade agrícola diferente, cujos produtos são comercializados com exclusividade para todo mundo.

Aditam os Recorrentes que a imputação de responsabilidade em questão está embasada em presunção, inexistindo, ressalvada a declaração por ele prestada, documento capaz de comprovar que o Sr. Osvaldo de Carvalho era efetivamente o proprietário da empresa. Relativamente à declaração prestada pelo Sr. Osvaldo, assinalam que ela foi assinada coercitivamente e sob ameaça de que ele e seus familiares seriam presos.

Com o devido respeito, as considerações trazidas pela peça recursal, ao invés de servir como fundamento para a exclusão do Sr. Osvaldo de Carvalho do pólo passivo da obrigação tributária constituída, concorre para corroborar a medida adotada pela Fiscalização.

Com efeito, o recurso voluntário foi interposto em 05 de setembro de 2011, ainda nessa ocasião, segundo o que foi nele consignado, reuniões familiares estavam sendo realizadas para debater uma possível sucessão no comando da empresa, haja vista o fato de o Sr. Osvaldo ter demonstrado “vontade em participar somente da parte “criativa” dos produtos fabricados pela empresa”.

Releva lembrar que o procedimento fiscal em debate diz respeito a fatos ocorridos nos anos de 2005 e de 2006. Assim, me parece fora de dúvida que, àquela época, o “comando da empresa” era efetivamente desempenhado pelo Sr. Osvaldo de Carvalho, eis que não é razoável considerar que o “*algum tempo*” referenciado na peça de defesa esteja representado por algo em torno de seis anos.

Mas, não é só isso.

Às fls. 06 dos autos, consta cópia de PROCURAÇÃO outorgada pela sócia-gerente da fiscalizada ao Sr. OSVALDO DE CARVALHO, seu pai, para que ele pudesse desempenhar e responder por todos os atos perante a Receita estadual, haja vista a instauração do procedimento fiscalizatório por parte do órgão estadual competente.

A pessoa jurídica fiscalizada iniciou atividades em fevereiro de 2004 e, até 24 de novembro de 2004, possuía como sócias as Sras. Luciana Moreira de Souza e Wanda Bernardino de Souza. A partir de 24 de novembro de 2004, as sócias passaram a ser a Sras. HELOISA DE CARVALHO e ELISA DE CARVALHO.

De acordo com relato feito pela fiscalização estadual, **a pessoa jurídica autuada (MAGNOJET) noticiou na INTERNET que é uma seqüência da empresa MAGNO IND. E COM. DE PRODUTOS CERÂMICOS LTDA**, que tinha como sócio-administrador o Sr. OSVALDO DE CARVALHO, pai de HELOISA DE CARVALHO e de ELISA DE CARVALHO, e como sócio-gerente o Sr. MIGUEL RONALDO RIZZO.

Em 24 de junho de 2004, a Sra. KARINE SOARES RIZZO, que havia sucedido o Sr. MIGUEL RONALDO RIZZO na MAGNO IND. E COM., deixa a sociedade, entrando em seu lugar o Sr. CARLOS FERNANDO DE SOUZA, sobrinho do Sr. OSVALDO DE CARVALHO.

As Sras. LUCIANA MOREIRA DE SOUZA e WANDA BERNARDINO DE SOUZA, que supostamente constituíram a MAGNOJET, são, respectivamente, esposa e mãe do Sr. CARLOS FERNANDO DE SOUZA.

Para a Fiscalização estadual, a MAGNO IND. E COM. simulou, em 2004, a venda de seu ativo imobilizado para a MAGNOJET, visto que no relatório de vendas do mês correspondente as notas fiscais emitidas não apresentaram valores e continham a informação “mudança”, o que levou à conclusão de que não houve pagamento nas operações e que a emissão da documentação objetivou, apenas, acobertar a transferência/mudança dos equipamentos.

Na diligência efetuada na MAGNOJET, a Fiscalização estadual foi recepcionada pelo Sr. CARLOS FERNANDO DE SOUZA, que **solicitou que fosse aguardado contato com o Sr. OSVALDO, “proprietário da empresa”**. Uma vez contatado, o Sr. OSVALDO compareceu à empresa.

Relatam os fiscais estaduais que foram interpelados pelo Sr. OSVALDO acerca de uma possível denúncia contra a “sua empresa”. Questionado acerca da existência de notas fiscais paralelas, respondeu: “faço mesmo”.

Transcrevo fragmento do Relatório elaborado pela Fiscalização estadual, reproduzido no Termo de Verificação Fiscal, acerca de fatos ocorridos no escritório da MAGNOJET.

[...]

2.4 – existia uma sala que estava fechada e os presentes (sobrinho, genro e namorado da filha) pediam para aguardar a “chegada” do funcionário, decorrido mais de uma hora, foi solicitado ao Sr. OSVALDO que abrisse a sala e o mesmo assim procedeu, fazendo uso das chaves do molho de chaves da empresa que estava em seu poder;

2.5 – nas dependências da fábrica, foi localizada uma sala fechada da qual **nenhum funcionário tinha chave**. Ao ser inquirido, o Sr. Osvaldo confirmou que lá

estava parte dos documentos falsos e mandou que CARLOS FERNANDO abrisse a sala e acompanhasse os auditores;

2.6 – quando da formalização dos termos fiscais o Sr. Osvaldo providenciou uma procuração de sua filha Heloísa e assinou-os, tendo, inclusive, feito uma declaração escrita (fls. 6) onde confessa – confissão é a rainha das provas – a prática de sonegação fiscal através do uso de notas fiscais paralelas e vendas sem documento fiscal;

3 – DA REPRESENTATIVIDADE

3.1 – em todos os procedimentos realizados antes da lavratura dos autos infra mencionados – notificação para defesa prévia, notificação para apresentação de documentos e termos de retenção de documentos – foi o Sr. Osvaldo quem assinou pela empresa MAGNOJET, fazendo uso daquela procuração, sendo certo que a Sra. Heloísa, mesmo estando na empresa, em nenhum momento conversou com os auditores a respeito dos fatos;

3.2 – no dia 09/05/08, foi procedida a ciência nas autuações fiscais em tela, tendo a Sra. Heloísa assinado como representante da MAGNOJET, em virtude de que seu pai não se encontrava na empresa, oportunidade em que o Sr. Carlos Fernando fez muitas perguntas a respeito dos prazos e reduções para pagamento, pois que teria que se reportar, posteriormente, ao Sr. Osvaldo;

4 – DOS FATOS FINANCEIROS

4.1 – no banco de dados da empresa MAGNOJET, extraídos de seus equipamentos, quando da diligência realizada no dia 26/02/2008, foi localizado um recibo (...), datado de 31/07/06, em papel timbrado da MAGNOJET, onde a Sra. KARINE SOARES RIZZO declara estar recebendo do Sr. OSVALDO DE CARVALHO, a importância de R\$ 90.450,00 referente à parcela 18/24 de aquisição de suas quotas na empresa MAGNO IND. E COM. DE PROD. CERÂMICOS LTDA., cujo pagamento foi efetuado com os cheques nºs. 826578 – nominal e no valor de R\$ 45.000,00 – e 826579 – no valor de R\$ 45.450,00 e não nominal – do Banco HSBC, agência 0015, em nome da MAGNOJET – IND. E COM. DE PROD. AGRÍCOLAS LTDA., não indicando o nº da conta corrente, valendo lembrar que a MAGNOJET possui duas contas correntes neste estabelecimento bancário, uma de nº 05789-38 e outra de nº 05864-42;

4.2 – O Sr. Osvaldo, conforme se observa no item 4.1, adquiriu quotas de capital da empresa MAGNO, da Sra. KARINE SOARES RIZZO e, em 24/06/04, introduziu como novo sócio o Sr. CARLOS FERNANDO DE SOUZA – seu sobrinho – já preparando a mudança da empresa de Santana de Parnaíba/SP para Ibatí/PR;

4.3 – em meados de 2004, como demonstrado acima, o Sr. Osvaldo adquiriu as quotas de capital da MAGNO de sua então sócia, nessa época – 30/01/2004 – já havia iniciado a abertura da empresa MAGNOJET em nome de interpostas pessoas – Sras. LUCIANA e WANDA, esposa e mãe do Sr. CARLOS FERNANDO – na cidade de Ibatí/PR e, certamente para se resguardar, no dia 24/11/2004, alterou o contrato social da MAGNOJET, transferindo as quotas de capital para as suas filhas HELOÍSA e ELISA, cujo início das atividades foi janeiro/05;

4.4 – **para dirimir de vez qualquer dúvida que possa ser suscitada sobre a participação do Sr. Osvaldo na administração da empresa MAGNOJET, expomos o fato de que os valores referentes às vendas de mercadoria sem nota**

fiscal – anos de 2005, 2006 e 2007 – algo em torno de R\$ 1.800.000,00 (...), eram recebidos através de depósitos bancários em suas contas correntes/pessoa física, inicialmente no Banco Bradesco, agência nº 833-8, conta nº 15684-1 e, por fim, no Banco do Brasil, agência nº 0602-5, conta nº 26282-X. (GRIFEI)

Nota-se, pois, em convergência com o assinalado no Termo de Verificação Fiscal, que o Sr. Osvaldo de Carvalho efetivamente era o proprietário da fiscalizada à época da ocorrência dos fatos e responsável direto pelos atos infracionais apurados, eis apresentou-se como procurador da pessoa jurídica ao Fisco estadual; atendeu os auditores fiscais estaduais nas diligências efetuadas e forneceu os elementos solicitados; esclareceu, como se verá adiante, de forma clara e detalhada o modo com a autuada operava para subtrair receitas à tributação; e apropriou-se de valores correspondentes a receitas que não foram declaradas ao Fisco.

Às fls. 09 do processo consta DECLARAÇÃO do Sr. Oswaldo de Carvalho, identificado, como já dito, como procurador da fiscalizada, da qual releva destacar as seguintes informações:

- i) que efetivamente houve uso de notas fiscais “paralelas”;
- ii) que somente parte do faturamento efetivo da autuada foi declarado;
- iii) que as listagens denominadas RELATÓRIO MENSAL DE VENDAS e COMISSÃO VENDAS retratam o faturamento real da empresa;
- iv) que no RELATÓRIO MENSAL DE VENDAS os valores especificados com o nome de VALDINÉIA correspondem às vendas efetivamente declaradas ao Fisco, tendo sido acobertados por notas fiscais regularmente emitidas;
- v) que no RELATÓRIO MENSAL DE VENDAS os valores especificados com o nome de MARIVONE correspondem às vendas que foram ocultadas ao Fisco, tendo sido acobertados por notas fiscais paralelas;
- vi) que no RELATÓRIO MENSAL DE VENDAS os valores especificados com o nome SP correspondem a vendas remanescentes efetuadas pela empresa MAGNO IND. E COM. DE PRODUTOS CERÂMICOS LTDA, estabelecida no estado de São Paulo e que funcionou até dezembro de 2004;
- vii) que foram localizados os relatórios denominados RELATÓRIOS DE PRODUTOS VENDIDOS (NF), referentes ao período de 01/01/2007 a 18/12/2007, nos quais aparecem grafados à caneta as indicações “B1” e “B2”, que correspondem às vendas acobertadas por nota fiscal idônea e por nota fiscal paralela, respectivamente;
- viii) que os RELATÓRIOS MENSAIS DE VENDAS referentes ao período de janeiro a dezembro de 2004, correspondem às vendas efetuadas pela empresa estabelecida no estado de São Paulo;
- ix) que os dados referentes ao faturamento eram manipulados na empresa e que o contador responsável não tinha conhecimento de tal fato; e
- x) que os documentos paralelos que não haviam sido localizados naquela ocasião já haviam sido destruídos.

Embora a peça de defesa faça referência à coerção e ameaça na assinatura da declaração acima referenciada, não identifico qualquer elemento, ainda que testemunhal, capaz de comprovar a afirmação. Além do mais, na linha do sustentado

no voto condutor da decisão de primeiro grau, os fatos ali apontados encontram-se devidamente corroborados pelos documentos carreados ao processo pela autoridade fiscal.

Diante de tal cenário, não há como afastar a responsabilidade tributária imputada pela Fiscalização ao Sr. Osvaldo de Carvalho.

RELAÇÃO ENTRE EXTRATOS BANCÁRIOS E DOCUMENTOS APREENDIDOS

Alegam os Recorrentes que a Fiscalização falhou ao não conseguir estabelecer uma relação direta entre os valores apontados em contas bancárias e os documentos tidos como constituídos por meio fraudulento. Sustentam que os valores lançados nas contas bancárias foram tributados duplamente, visto que foram considerados como omissão de receitas e como aplicação financeira. Afirmam que não se consegue vislumbrar nos autos nenhum levantamento específico de valores, pois, simplesmente se somou os valores depositados nas citadas contas e se tributou. Argumentam que o que os agentes fiscais reuniram na tentativa de que fosse configurada fraude são indícios de prova e, como tal, não possuem valor probatório.

Absolutamente equivocadas as considerações trazidas pelos Recorrentes.

Com efeito, como bem ressaltado no ato decisório combatido, a autuação tratada no presente processo não foi efetuada com base em depósitos bancários. As omissões foram apuradas com base em elementos coletados no estabelecimento da própria fiscalizada e por meio de circularização de terceiros.

Neste particular, por não ser digno de reparo, reproduzo fragmentos do voto condutor da decisão exarada em primeira instância acerca da questão em comento.

[...]

Deve-se esclarecer que, ao contrário do que afirma a contribuinte, não foi feito lançamento com base em depósitos bancários. Como se vê nos autos de infração o lançamento é relativo à omissão de receitas da atividade sem emissão de notas fiscais, bem assim com emissão de notas fiscais paralelas ou falsas, apuradas por meio de elementos coletados no estabelecimento da própria contribuinte e por circularização de terceiros.

O levantamento específico de produtos em estoque, a que se refere a contribuinte, com base no art. 286 do RIR, de 1999, é um critério que a fiscalização pode adotar para apurar omissão de receita, não se constituindo um procedimento obrigatório a ser seguido, ainda mais no presente caso em que a contribuinte adotou a tributação pelo lucro presumido.

Verifica-se que, em diligência na empresa, foram retidos documentos fiscais escriturados, documentos fiscais paralelos emitidos e em branco, pedidos de venda sem nota fiscal, relatórios mensais de vendas, relatórios de comissão de vendas, relatórios de vendas anuais, etc. Analisando tais documentos foi apurado pelo Fisco estadual e confirmado pelo autuante na escrituração do contribuinte, a realização de vendas sem emissão de nota fiscal e de vendas com notas fiscais falsas ou paralelas, cujos elementos encontram-se nos anexos A e B desse processo.

Ficou comprovado no processo, por meio dos pedidos dos clientes, em que se especificou as parcelas a serem pagas, que os valores das vendas sem notas fiscais foram creditados nas contas bancárias 15684-1, ag. 0833-8 do Bradesco, e 12093-13, ambas de titularidade de Osvaldo de Carvalho, constando nos extratos bancários

indicação dos depositantes dos citados valores coincidentes com os referidos pedidos dos clientes, conforme se pode ver, por exemplo, às fls. 112 a 213 e 214 a 228 do Anexo A e no Anexo B (fls. 12 a 34). Estabeleceu-se, assim, ao contrário do que afirma a contribuinte, a conexão entre os valores apontados em contas-correntes bancárias de Osvaldo de Carvalho e os documentos apreendidos.

Deve-se registrar que os extratos bancários foram utilizados apenas para corroborar a constatação de que foram realizadas vendas sem emissão de notas fiscais, não podendo se falar em tributação em duplicidade dos valores lançados nas contas correntes. (GRIFEI)

Note-se que, em sede de recurso, os Recorrentes limitaram-se a repisar argumentos apresentados na peça impugnatória, motivo pelo qual sequer contraditaram o pronunciamento da Turma Julgadora de primeiro grau.

Anote-se, ainda, que a tributação das receitas financeiras derivaram do confronto entre o que foi declarado pela fiscalizada à Receita Federal e o que foi informado pelas fontes pagadoras. Ausente, assim, qualquer relação com extratos bancários.

Os Recorrentes trazem, ainda, considerações acerca das seguintes matérias: exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS; exclusão da CSLL da base de cálculo do IRPJ; e majoração e alargamento das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

No que diz respeito à exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS e da majoração da alíquota da COFINS, reitero o pronunciamento no sentido de que os argumentos não podem ser recepcionados em âmbito administrativo, haja vista o disposto na SÚMULA CARF nº 2, antes referenciada.

Relativamente ao alargamento das bases de cálculo do PIS e da COFINS disciplinado pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entretanto, penso que as considerações trazidas pelos Recorrentes devam ser recepcionadas.

Observo que, no que tange à tributação do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras omitidas, os lançamentos em questão só podem subsistir se considerarmos válido o conceito de FATURAMENTO estampado pelo citado parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, considerado o referido artigo em sua redação original, isto é, antes da alteração promovida pela Lei nº. 11.941, de 2009.

Ocorre que a mesma Lei nº. 11.941 (Medida Provisória nº. 449, em 04 de dezembro de 2008) alterou o Decreto nº. 70.235, de 1972, de modo que restou estabelecido:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

...

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

O art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, na mesma linha do acima disposto, veda expressamente aos membros das turmas de julgamento afastar a aplicação de lei sob fundamento de inconstitucionalidade, esclarecendo, contudo, por meio do seu parágrafo único, que tal vedação não se aplica aos casos de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O citado parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, tido aqui, nesse específico caso, como único fundamento capaz de dar respaldo aos lançamentos tributários relativos ao PIS e à COFINS sobre as receitas financeiras omitidas, já foi objeto de decisão do plenário do STF nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, restando ali decretada a sua inconstitucionalidade.

Corroborando o que aqui se afirma, releva reproduzir excerto do pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia, ao apreciar Agravo de Instrumento impetrado pela União.

DECISÃO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ARTS. 3º, § 1º, E 8º DA LEI N. 9.718/98. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO: IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA: CONSTITUCIONALIDADE. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ANÁLISE, DESDE LOGO, DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO PROVIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

...

11. Em 5 de agosto de 2009, no julgamento do Recurso Extraordinário 527.602, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 e da constitucionalidade do art. 8º da mencionada lei, apreciada nos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 15.8.2006. 12. Manteve-se o entendimento de que a noção de faturamento contida no art. 195, inc. I, da Constituição da República (norma anterior à Emenda Constitucional n. 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelo contribuinte, não sendo possível a convalidação dessa imposição, mesmo com o advento de norma constitucional derivada (Emenda Constitucional n. 20/98). 13. Além disso, o Supremo Tribunal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.718/98 (majoração da alíquota da contribuição de 2% para 3%) e descartou a argumentação de que haveria necessidade de lei complementar para esse fim. Também estabeleceu que a Lei n. 9.718/98 passou a produzir efeitos válidos a partir de 1º.2.1999, em atendimento à exigência do decurso do prazo nonagesimal, prevista no art. 195, § 6º, da Constituição da República. 14. Ao julgar inconstitucional a majoração da alíquota da contribuição de 2% para 3% da Cofins, promovida pelo art. 8º da Lei n. 9.718/98, o Tribunal a quo divergiu da orientação fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. 15. Pelo exposto, dou provimento a este agravo, na forma do art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de

Processo Civil, e, desde logo, parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 557, § 1º-A, do mesmo diploma legal, para reformar o acórdão recorrido no ponto que julgou ilegítima a majoração da alíquota da contribuição de 2% para 3%, promovida pelo art. 8º da Lei n. 9.718/98. Considerando-se a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Publique-se. Brasília, 19 de novembro de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

Amparado em tais argumentos, acolho o argumento da Recorrente acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS com base no já citado parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Cumpre destacar que em relação à omissão de receita decorrente da ausência de emissão de nota fiscal e da utilização de notas fiscais paralelas, a tributação do PIS e da COFINS deve ser mantida, eis que, nesse caso, os valores apurados dizem respeito a FATURAMENTO.

No tocante à pretensão de ver excluída, como despesa, a CSLL da base de cálculo do IRPJ, ainda que se despreze o fato de que argumentação expendida é direcionada no sentido de sustentar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.316/96, o que não pode ser apreciado em seara administrativa, equivocam-se os Recorrentes ao afirmar que “*elabora suas demonstrações financeiras, adotando para tanto a sistemática ou forma de tributação pelo lucro real, consoante comprovam as declarações do imposto de renda que se anexa*”, pois, como já visto, o regime de tributação adotado nos anos submetidos ao procedimento fiscal (2005 e 2006) foi o do LUCRO PRESUMIDO³, descabendo, assim, falar em apropriação de despesa na determinação da base de cálculo.

O lançamento tributário relativo ao Imposto sobre Produto Industrializado foi objeto de um outro processo administrativo, motivo pelo qual descabe apreciar pedido de perícia relativo a questões associadas ao referido tributo.

Assim, considerado todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir da tributação do PIS e da COFINS os valores incidentes sobre as receitas financeiras omitidas (PIS – infração 1, fls. 676; e COFINS – infração 1, fls. 690).

Diante da decisão acima reproduzida, conduzo meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Relator

³ Às fls. 457/474 dos autos, encontram-se anexadas cópia das DIPJ/2006 e 2007, com opção pela tributação com base no LUCRO PRESUMIDO.

Processo nº 12571.000377/2010-53
Acórdão n.º **1301-001.440**

S1-C3T1
Fl. 426

CÓPIA