



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

Processo n° 13312.000614/2009-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.634 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2018
Matéria SIMPLES
Recorrente F. ASSIS DE SOUSA FRUTICULTURA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Configura omissão de receitas a ocorrência de valores depositados em conta bancária para os quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove de forma individualizada, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos ali creditados.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2005

MULTA AGRAVADA PELO NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÕES

O agravamento da multa pelo não atendimento à fiscalização deve ser aplicado como medida extrema. Não restando devidamente comprovado a desídia em responder as intimações, não pode ser o contribuinte penalizado por esse tipo de agravamento por não possuir os documentos requeridos pela fiscalização. O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha conseqüências específicas previstas na legislação.

PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE

Não tendo sido devidamente demonstrada a necessidade da prova pericial, cabe ao julgador, conforme disposto no artigo 18, do Decreto nº 70.235, de 1972, a faculdade da determinação de perícia, quando entender que elas se mostram necessárias, sendo que pode as indeferir, quando considerá-las prescindíveis.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN.

O artigo 124, I, do CTN trata de solidariedade que pode atingir o contribuinte (pessoa que tem relação com o fato gerador) ou o responsável (pessoa assim indicada por lei), a depender da configuração do "interesse comum". Devidamente demonstrado que o responsável, apesar de não constar nos quadros societários da empresa era o sócio de fato, deve também recair sobre esse o ônus da dívida tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para tão somente reduzir a multa aplicada para 75% (setenta e cinco por cento).

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliviera Neto, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa e Cláudio de Andrade Camerano.

Relatório

Adoto como relatório, aquele da decisão de primeira instância, complementando a seguir:

Contra o sujeito passivo de que trata o presente processo foram lavrados os seguintes autos de infração, todos referentes a tributos incluídos no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte SIMPLES Federal:

1. Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ -Simples, fls. 580/596, no valor total de R\$ 261.349,35, incluindo encargos legais;
2. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS - Simples, fls. 597/605, no valor total de R\$ 261.349,35, incluindo encargos legais;
3. Contribuição Social Sobre o Lucro - CSLL - Simples, fls. 606/614, no valor total de R\$ 411.067,27, incluindo encargos legais;

4. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins - Simples, fls. 615/623, no valor total de R\$ 822.134,76, incluindo encargos legais;

5. Contribuição para a Seguridade Social - INSS -Simples, fls. 627/635, no valor total de R\$ 1.720.090,78, incluindo encargos legais.

As infrações apurados pela Fiscalização, relatadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 582/584, foram os seguintes.

01 Omissão de Receitas – Receitas não Escrituradas

Omissão de Receitas apurada conforme Termo de Verificação Fiscal, fls. 636/641, referente a receitas não escrituradas.

Enquadramento Legal: art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, e 18 todos da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98 e art. 186, 188 e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999 RIR/99).

02 Omissão de Receitas Depósitos Bancários não Escriturados/Origem não Comprovada

Omissão de Receitas apurada conforme Termo de Verificação Fiscal, fls. 636/641, referente a depósitos bancários não escriturados. Enquadramento Legal: art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, e 18 todos da Lei nº 9.317/96; Art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98 e art. 186, 188 e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999 RIR/99).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 636/641, tendo em vista a não entrega, pelo contribuinte, dos elementos solicitados nos diversos termos de intimação, foi lavrado o Auto de Infração, referente ao ano-calendário de 2005, utilizando como

Rendimentos Apurados os valores extraídos das fontes discriminadas nos quadros demonstrativos abaixo:

Valores dos Depósitos/Créditos Bancários

| Mês | Banco do Brasil | Banco Bradesco | Total |
|--------------|------------------------|-----------------------|---------------------|
| Jan | 169.795,55 | 15.886,40 | 185.681,95 |
| Fev | 322.348,63 | 10.315,00 | 332.663,63 |
| Mar | 737.762,82 | 2.000,00 | 739.762,82 |
| Abr | 707.467,34 | 3.000,00 | 710.467,34 |
| Mai | 691.495,88 | 83.673,25 | 775.169,13 |
| Jun | 210.489,70 | 66.392,00 | 276.881,70 |
| Jul | 1.018.514,08 | 226.462,00 | 1.244.976,08 |
| Ago | 383.134,51 | 121.407,50 | 504.542,01 |
| Set | 295.161,02 | 67.143,86 | 362.304,88 |
| Out | 1.378.455,11 | 65.229,50 | 1.443.684,61 |
| Nov | 940.378,02 | 93.913,68 | 1.034.291,70 |
| Dez | 729.956,30 | 65.008,89 | 794.965,19 |
| Total | | | 8.405.391,04 |

Demonstrativo das Diferenças Apuradas:

| | Coluna 1 | Coluna 2 | Coluna 3 | Coluna 4 | Coluna 5 | Coluna 6 | Coluna 7 |
|-----|-------------------|---------------------|-------------------|-------------------|---------------------------|----------------------|---------------------|
| | Notas Fiscais | Notas Fiscais | Notas Fiscais | Notas Fiscais | Notas Fiscais Total Geral | Depósitos e Créditos | Diferenças Apuradas |
| Mês | Iracema 1 | Iracema 2 | Resibras | Usibras | | | |
| Jan | | 407.811,20 | | | 407.811,20 | 185.681,95 | |
| Fev | | 533.386,40 | | | 533.386,40 | 332.663,63 | |
| Mar | | 148.359,70 | | | 148.359,70 | 739.762,82 | 591.403,12 |
| Abr | | 173.187,70 | 72.478,00 | | 245.665,70 | 710.467,34 | 464.801,64 |
| Mai | | | 174.431,50 | | 174.431,50 | 775.169,13 | 600.737,63 |
| Jun | | 88.078,30 | | | 88.078,30 | 276.881,70 | 188.803,40 |
| Jul | 543.478,30 | 1.258.550,30 | | | 1.802.028,60 | 1.244.976,08 | |
| Ago | 85.929,60 | 247.166,00 | | | 333.095,60 | 504.542,01 | 171.446,41 |
| Set | 85.692,00 | | | | 85.692,00 | 362.304,88 | 276.612,88 |
| Out | 92.124,00 | | | 46.823,40 | 138.947,40 | 1.443.684,61 | 1.304.737,21 |
| Nov | | 123.578,50 | | 200.506,30 | 324.084,80 | 1.034.291,70 | 710.206,90 |
| Dez | | | | | | 794.965,19 | 794.965,19 |
| | 807.223,70 | 2.780.118,10 | 246.907,50 | 247.329,70 | 4.281.581,20 | 8.405.391,04 | 5.103.714,38 |

Fontes:

Coluna 1 : Notas Fiscais emitidas e entregues pela Fabrica 1 da empresa Iracema, doc. de fls. 26 às fls. 54.

Coluna 2 : Notas Fiscais emitidas e entregues pela Fabrica 2 da empresa Iracema, doc. de fls. 55 às fls. 157.

Coluna 3 : Notas Fiscais emitidas e entregues pela empresa Resibras, doc. de fls. 524 às fls. 530.

Coluna 4: Notas Fiscais emitidas pela empresa Usibras e entregues pelo contribuinte, doc. de fls. 258 às fls 268.

Coluna 5 : Omissão de receitas não escrituradas, resultado do somatório das colunas 1, 2, 3, e 4.

Coluna 6 : Valores extraídos dos extratos bancários os quais estão discriminados na planilha de fls. 510 às fls. 516, encaminhadas ao contribuinte através do Termo de Intimação de fls. 509.

Coluna 7: Diferenças positiva Apuradas, resultado dos valores da coluna Total Geral Depósitos/Créditos, deduzidos dos valores constantes das Colunas Total Geral Notas Fiscais, os quais estamos considerando como omissão de receita, cuja origem dos

recursos o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea.

| Notas Fiscais | Notas Fiscais | Notas Fiscais |
|---------------------|---------------------|--------------------|
| Resibras (*) | Usibras (**) | Usibras(**) |
| Abril | Outubro | Novembro |
| 37.057,30 | 23.435,10 | 10.986,30 |
| 35.420,70 | 23.388,30 | 23.269,80 |
| 72.478,00 | 46.823,40 | 23.151,60 |
| Maio | | 24.449,60 |
| 36.038,60 | | 22.538,00 |
| 34.034,60 | | 23.647,20 |
| 33.400,00 | | 26.396,60 |
| 34.786,10 | | 23.010,00 |
| 36.172,20 | | 23.057,20 |
| 174.431,50 | | 200.506,30 |

Observações:

1(*) Detalhamentos do somatório das notas fiscais emitidas e entregues pela RESIBRAS .

2 (**) Detalhamentos do somatório das notas fiscais emitidas pela USIBRAS e entregues pelo contribuinte.

3 O somatório, mês a mês, das notas fiscais de entrada emitidas pela empresa IRACEMA encontra na planilha de fls. 554 às fls. 555.

4 A Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica-SIMPLES, referente ao ano-calendário de 2005, PJSI 2006SIMPLES, encontra-se das fls. 444 a fls. 461.

Foi também lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária, fls. 646/648, em nome de João Ângelo Jovino.

Inconformados com as autuações acima descritas, tanto a empresa autuada quanto o Sr. João Ângelo Jovino, cientificados em 07/08/2009, fls. 643 e 649, respectivamente, apresentaram impugnações, nos seguintes termos.

Impugnação apresentada pela autuada, fls. 773/777:

2. Da Nulidade do lançamento

A Impugnante é empresa que se dedica a atividade rural de produção de castanha de caju. Não omitiu receitas à tributação. Ao contrário, todos os seus tributos foram regularmente apurados e declarados ao fisco, através da modalidade do lucro presumido, conforme os documentos acostados em momento de fiscalização.

O lançamento aqui atacado desconsiderou essa realidade, limitando-se o fiscal a exigir a prova do registro de algumas notas fiscais e da origem dos depósitos bancários.

O valor da receita declarada pela Impugnante inclui todas as suas vendas, inclusive aquelas referidas nas notas fiscais indicadas no auto de infração. Os depósitos bancários, por sua vez, têm como origem essas mesmas vendas. Tudo isso foi informado e demonstrado ao fiscal.

A lei não autoriza o procedimento adotado nesta ação fiscal, baseada em uma esdrúxula presunção, sem qualquer apoio na realidade. Note-se, ainda, que o agente fiscal considerou os depósitos bancários justificados pela receita que decorreria das notas fiscais quando o valor de tais notas era maior que os depósitos, mas deixou de considerar essa diferença de valor a maior, que deveria ficar acumulada para o mês seguinte.

Na verdade, a Impugnante opera com dificuldade no interior de um dos estados mais pobres do País. Precisa utilizar dinheiro em espécie. Por isso, boa parte desses depósitos decorre dos mesmos valores antes sacados que apenas voltaram a ser depositados em banco.

Além disso, se fosse o caso de se desconsiderar os valores dos tributos regularmente apurados e declarados pela Impugnante — que não é — a cobrança em causa deveria ter por base o lucro presumido. Se não pudesse ser utilizado o lucro presumido, seria o caso do arbitramento do lucro. Não é possível é a aplicação da modalidade de tributação pelo SIMPLES.

De fato, a Impugnante não fez a opção pelo SIMPLES. Mesmo se existisse tal opção — que não existe — teria a Impugnante perdido o direito a essa modalidade de tributação, por três razões: (1) não pagou os valores relativos ao SIMPLES; (2) está sofrendo a imputação de uma irregularidade que seria a omissão de receitas; e (3) o valor de R\$ 9.385.295,58, que foi o considerado como receita omitida, é bem superior ao limite anual exigido por lei para a tributação pelo SIMPLES.

Nada justifica a aplicação da sistemática do SIMPLES ao caso de que se cuida, pelo que resta demonstrada a completa insubsistência da presente ação fiscal.

Da indevida multa de 225%

Vale ressaltar, ainda, que os fiscais autuantes — incansáveis — aplicaram contra a Impugnante a descabida multa agravada de 225%.

No Termo de Verificação Fiscal, todavia, há apenas a alegativa vazia de que a fraude estaria devidamente comprovada e que o contribuinte não teria atendido intimações fiscais.

O fiscal autuante não comprovou o evidente intuito de fraude, o que é indispensável para a elevação da multa para 150%. E não o fez porque a Impugnante não cometeu fraude alguma.

A Impugnante muito menos deixou de atender às solicitações feitas pelo agente fiscal. Ao contrário, o recebeu com toda atenção em seu estabelecimento e respondeu por escrito a todas as suas solicitações. Sem razão, também, o agravamento da multa para 225%.

Tudo não passa de um grave equívoco cometido pelo agente fiscal, que agiu com precipitação e açodamento.

Para que se faça tal aumento da multa, é necessário que o agente fiscal explicita com clareza e objetividade os motivos que o levaram a tal conclusão, assim apresente as provas do chamado evidente intuito de fraude. Reforçando seus argumentos, a defesa transcreve ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Dos pedidos

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada posterior de documentos e perícias, o que é desde logo requerido.

Face ao exposto, pede que se acolha as razões de defesa, para julgar Improcedente toda ação fiscal de que se cuida, inclusive da multa de 225%, determinando o arquivamento do respectivo processo administrativo.

Impugnação apresentada pelo Sr. João Ângelo Jovino, fls. 838/843:

Nos termos do art. 124, inciso I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

O art. 124, inciso I, do Código Tribunal Nacional, todavia, não se aplica ao caso porque o ora impugnante não tem interesse comum com a pessoa jurídica autuada.

Conforme ensina o jurista Hugo de Brito Machado "*o interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico*".

Os fatos apresentados pelos fiscais, contudo, em nenhum momento, demonstram a existência de interesse jurídico comum entre a pessoa jurídica ASSIS DE SOUSA FRUTICULTURA e o ora impugnante. Não foi demonstrado exatamente porque não existe.

Na verdade, o que aconteceu, e é muito comum em toda a sociedade, foi tão somente uma colaboração de filho para pai. Diante do início da fiscalização, o impugnante a pedido de seu pai se propôs a acompanhar os trabalhos. Com isso, passou a receber os agentes fiscais, assim como assinar os termos de fiscalização. Apenas isso.

Vale ressaltar que o impugnante não faz parte dos quadros da empresa, nem possui sequer procuração para representá-la perante o fisco, para gerir as atividades comerciais ou mesmo para tomar qualquer decisão de gerência. O Impugnante possui tão somente procuração para movimentar a conta bancária existente no Banco do Brasil S/A.

A simples condição de filho não é suficiente para ensejar a qualificação de responsabilidade solidária. Caso contrário, todos os filhos de pessoas que compõe sociedades empresárias ou de empresários seriam obrigatoriamente responsáveis solidários. Isso seria absurdo.

Ainda assim, mesmo que o impugnante tivesse essa responsabilidade solidária, jamais poderia ser responsabilizado pelas multas decorrentes de atos que teriam sido praticados pela empresa. A responsabilidade pela infração é pessoal do infrator e não se estende a terceiros.

Por fim, pede pela oportunidade de utilizar todo e qualquer meio de prova em direito admitido na defesa do seu direito, tais como anexar documentos, realizara perícia e a ouvida de testemunhas.

Como não existe fundamento para a imputação de responsabilidade solidária ao aqui impugnante, pede e espera seja desconsiderado e tornado sem efeito o termo de sujeição passiva solidária aqui impugnando.

Em 22 de dezembro de 2009, foi solicitado pela defesa a juntada aos autos do Ato Declaratório Executivo DRFB/SOB n.º 10, de 25 de novembro de 2009 que exclui a Autuada do SIMPLES, a partir do período de janeiro de 2006, pelo fato de não preencher os requisitos necessários, no ano de 2005.

Na oportunidade, afirma que a própria Secretaria da Receita Federal já teria se manifestado no sentido de que a Autuada não poderia estar incluída no SIMPLES, exatamente porque no ano de 2005 — mesmo período da autuação de que se cuida — não detinha os requisitos necessários de adesão. Diante disso, a Autuada insiste na total improcedência do presente lançamento fiscal, uma vez que teria considerado, equivocadamente, para efeitos de arbitramento, sujeita ao cálculo dos tributos pelo regime do SIMPLES.

Quando do julgamento dos recursos da empresa e do solidário, a decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO:

Toma-se como não formulado o pedido de diligência que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL E ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO. NÃO VINCULAÇÃO.

As referências a entendimentos proferidos em outros julgados administrativos ou judiciais ou em manifestações da doutrina especializada não vinculam os julgamentos administrativos emanados em primeiro grau pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

SOLIDARIEDADE. SÓCIO DE FATO

Nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN), as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, são solidariamente obrigadas, revestindo-se, no caso do inciso I do dispositivo legal, da condição de contribuinte; assim, uma vez constatado que pessoa não integrante do quadro societário é sócio de fato da pessoa jurídica, recai sobre ele a condição de devedor solidário.

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

Ano-calendário: 2005

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

No caso de apuração de excesso de receita bruta, os efeitos da exclusão do Simples Federal dar-se-ão a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2005

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Interpostos recursos pela Contribuinte e pelo solidário nos seguintes termos:

Do Recurso da Contribuinte

Alega em síntese:

Erro de lançamento pois não deveria ter sido feito na sistemática do SIMPLES. Que a exclusão do simples deveria ter ocorrido no mês subsequente aos referidos fatos.

Que a sujeição passiva solidária de João Ângelo Jovino deveria fazer a empresa ser excluída do SIMPLES.

Que a opção de tributação da recorrente foi pelo presumido.

Que a diferença das Notas Fiscais (a menor) para o valor dos depósitos (a maior) deveria ser considerada, devendo a receita omitida ser reduzida em R\$980.000,00.

Que a multa, apesar de ter sido reduzida pela DRJ de 225% para 112,5%, não se justificaria mesmo assim.

Do Recurso do Solidário

Aduz o solidário que houve cerceamento de defesa pois foi indeferida a produção de provas, que não há qualquer relação pessoal e direta com o inadimplemento da obrigação tributária, devendo, portanto ser afasta a solidariedade.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheira Leticia Domingues Costa Braga - Relatora

Atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso dele conheço.

A infração apurada pelo Fisco foi omissão de receitas, apurada com base em depósitos bancários cuja origem a contribuinte, regularmente intimada, não logrou comprovar (art. 42 da Lei nº 9.430/1996), no ano calendário de 2005.

Desconhecidas as receitas, em face da não apresentação, no curso da fiscalização, de escrituração contábil completa ou de Livro Caixa, nos termos exigidos para os optantes pelo SIMPLES, foram requisitadas as informações às suas clientes (Companhia Brasileira de Resinas-RESIBRAS e Iracema Industria e Comércio de Castanha de Caju) informações sobre as transações com a empresa fiscalizada.

Foi emitida solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) para os Bancos Bradesco S/A e do Brasil S/A.

Novamente foi lavrado termo de intimação à Contribuinte para que justificasse as movimentações financeiras nas contas correntes de sua titularidade.

Foi aplicada ainda, multa de 225%, reduzida posteriormente para 112,5%, por falta de atendimento às intimações.

Ciente desses fatos, passamos a análise dos Recursos:

Do Recurso da Recorrente

Quanto ao alegado erro de lançamento, não resta qualquer razão à recorrente. O que ocorreu no caso dos autos é que a empresa era desde sempre, optante pelo SIMPLES.

Nesse sentido, encontra-se juntado aos autos o comprovante de que a recorrente entregou a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica Simples, relativa ao ano-calendário de 2005, às fls. 455/472.

Assim, não há o que se discutir sobre a tributação pelo lucro presumido e o não enquadramento da recorrente ao SIMPLES.

Por outro lado, argumenta a recorrente que deveria ter sido excluída do SIMPLES, se a ele tivesse optado, no mês seguinte aos fatos alegados. Contudo, novamente olvida a recorrente que a sua exclusão do SIMPLES deu-se posteriormente à lavratura do auto de infração e que o motivo de sua exclusão é ter ultrapassado no ano de 2005, o limite de receita dos optantes pelo SIMPLES.

O Ato Declaratório de Exclusão juntado aos autos pela recorrente, somente comprova que agiu corretamente a fiscalização não tendo qualquer sentido as suas alegações.

De acordo com o Despacho Decisório da DRF/Sobral, referido ato declaratório foi motivado pela constatação de que no decorrer do ano calendário de 2005 a receita bruta da empresa foi de R\$ 9.385.295,58 (nove milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, duzentos e noventa e cinco reais e cinquenta e oito centavos), excedendo ao limite estabelecido para opção no SIMPLES (R\$ 2.400.000,00).

Portanto, o lançamento das omissões de receitas apuradas durante o ano-calendário de 2005 deveria ter sido realizado na forma de tributação adotada naquele ano pela empresa, no caso o Simples Federal.

Nesse sentido, desarrazoados os argumentos da defesa nesse aspecto devendo ser mantida a tributação da empresa pelo regime por ela escolhido no ano, que é o SIMPLES federal.

Argumenta ainda a recorrente, que deveriam ter sido considerados os valores das notas fiscais para a base de cálculo das receitas omitidas e não os depósitos bancários, o que diminuiria a base de cálculo da autuação em R\$980.000,00.

Entretanto, cumpre ressaltar que a fiscalização utilizou-se para a presunção de receita omitidas, do art. 42 da Lei 9.430/96:

Lei n. 9.430/1996:

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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitidos será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 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.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000, 00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (Art. 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430/1996 c/c art: 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997).

O dispositivo acima transcrito estabeleceu uma **presunção legal** de omissão de receitas/rendimentos que autoriza o lançamento do tributo correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos.

Dessa forma, cabe ao contribuinte que pretender refutar a presunção da omissão de receitas estabelecida contra ele, provar, por meio de documentação hábil e idônea, que tais valores são provenientes de valores não tributáveis.

É função do fisco comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, intimar o contribuinte a justificar a origem desse crédito e examinar a correspondente declaração de informações econômico-fiscais, com vistas à verificação da ocorrência da omissão de receitas de que trata o art. 42 da Lei n. 9.430/1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

A contribuinte foi regularmente intimada a apresentar as justificativas quanto aos depósitos/créditos, devidamente individualizados, entretanto não logrando fazê-lo.

Assim, não merece qualquer reparo a autuação nesse aspecto.

Com relação à aplicação da multa aplicada a DRJ reduziu-a à razão de 112,5%, contudo, não parece assistir razão ao voto da maioria.

Na própria decisão, existe declaração de voto, com a qual coaduno e transcrevo abaixo para reduzir o percentual da multa à razão de 75%:

Com a devida vênia, apresenta-se em seguida discordância com relação ao voto do ilustre relator, exclusivamente quanto à manutenção do agravamento da multa de ofício.

A discordância reside no fato de não restar comprovada nos autos a motivação indicada pela fiscalização para o referido agravamento. No Termo de Verificação Fiscal, observa-se às fls. 639, que o fundamento para agravar a penalidade foi descrito da seguinte forma:

O percentual de 150% foi agravado para 225%, de acordo com o § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, pelo fato de o contribuinte não ter atendido a diversas intimações para apresentação do Livro Caixa. [o grifo não consta do original].

A autoridade fazendária também registrou no mencionado Termo de Verificação Fiscal (fls. 636/641), as seguintes informações sobre o comportamento adotado pela autuada diante das intimações recebidas no curso da ação fiscal:

3 Em 18/09/2008 foi postado na agência dos Correios de Sobral, com Aviso de Recebimento (AR), o Termo de Início do Procedimento Fiscal. A ciência do termo ocorreu em 18/09/2008, conforme depreende-se do AR, doc. de fls. 05.

Através do Termo de Início do Procedimento Fiscal o contribuinte foi intimado a apresentar, dentre outros documentos, os Livros contábeis e Fiscais, bem como os Extratos Bancários de sua conta-corrente e Informação sobre transferência de recursos para/do exterior.

[...]

8 Em 16/10/2008 o contribuinte através do arrazoadado, doc. de fls. 158, entregou os seguintes documentos:

i) Extratos bancários do Banco do Brasil, agência 2273X, conta-corrente 5.0083, doc. de fls. 159 às fls. 255.

ii) Cópias de duas Transferências Eletrônicas Disponíveis – TED SIR "C", doc. de fls. 256 às fls. 257.

iii) Onze cópias das Notas Fiscais, da Usina Brasileira de Óleos e Castanhas Ltda Usibras, cujo remetente é João Ângelo Jovino CPF23.116.617368 doc. de fls. 258 às fls. 268.

iv) Cento e sessenta e uma Notas Fiscais da Resibras doc. de fls. 269 às fls. 431.

Vale ressaltar que entra as notas fiscais entregues pelo contribuinte doc. de fls. 269 às fls. 431 há várias notas fiscais referentes ano-calendário de 2004.

v) Os outros documentos entregues estão às fls. 432 às fls. 461.

[...]

10 Em 12/02/2009 foi lavrado o Termo de Reintimação Fiscal, doc. de fls. 470, através do qual REINTIMAMOS o contribuinte a apresentar Livros Contábeis e Fiscais, bem como o Contrato/Estatuto Social e suas alterações.

11 Em 09/03/2009 foi entregue o arrazoadado, doc. de fls. 471, através do qual o contribuinte declara que: "... De acordo com o

solicitado, já foram entregues Extratos da Conta Corrente Bancária em nome da Empresa em comento, Cópia das Notas Fiscais de venda de Castanha de Caju, Recibos da Declaração de ITR, das propriedades em nome do Titular, Cópia da Declaração de Firma Individual, com registro na Junta Comercial do Ceará, documentos estes que tenho e que posso apresentar.

[o grifo não consta do original]

[...]

14 Em 24/03/2009 foi lavrado o Termo de Intimação, doc. de fls. 509 às fls. 516, através do qual INTIMAMOS o contribuinte a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-corrente, conforme relação anexa. A ciência do termo ocorreu em 30/03/2009, conforme depreende-se do AR, doc. de fls. 517.

15 Em 16/04/2009 foi entregue o arrazoadado, doc. de fls. 518 às fls. 519, através do qual o contribuinte, dentre outras informações, declara que: "... De acordo com o solicitado, já foram entregues Estratos da Conta Corrente Bancária em nome da Empresa em comento, Cópia das Notas Fiscais de venda de Castanha de Caju, Recibos da Declaração de ITR, das propriedades em nome do Titular, Cópia da Declaração de Firma Individual, com registro na Junta Comercial do Ceará, documentos estes que tenho e que posso apresentar."

[...]

*Vale ressaltar que o contribuinte foi informado através do Termo de Intimação, lavrado em 24/03/2009, que: "**A não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos relacionados neste termo, na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício, a título de omissão de receita ou rendimento, nos termos do artigo 849, do Regulamento do imposto de Renda RIR/ 99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem.**"*

1ª intimação: ciência em 18.9.2008, resposta em 16.10.2008; 2ª intimação: ciência em 12.2.2010, resposta em 9.3.2009; 3ª intimação: ciência em 30.3.2009, resposta em 16.4.2009), o contribuinte atendeu a todas as intimações recebidas, explicando que havia apresentado os documentos que tenho e que posso apresentar. Na resposta apresentada em 9.3.2009 (fls. 471, renumerada no e-processo para fls. 488), a autuada foi explícita ao afirmar que não escriturava o livro caixa, como se vê no trecho a seguir copiado daquele documento:

Salienta-se, nesse sentido, estar formulando o presente requerimento para justificar que como trabalho exclusivamente com produtos primários não tive o cuidado de preencher livro caixa, nem tão pouco, registros de entradas e saídas de produtos, desde que todo o nosso produto, trata-se, na maioria de produção própria, vendido diretamente para indústria que emite Notas

Fiscais de todo o produto entregue na mesma e como tal recolhido seus devidos impostos, como prova o calhamaço de Notas Fiscais entregue a esta Culpa Auditoria.

Assim, apesar de não ter apresentado o livro caixa, a recorrente cientificou à autoridade fazendária que estava impedida de fazê-lo, posto que não o havia escriturado.

Conclui-se, portanto, que não ficou comprovado nos autos o motivo referenciado pela fiscalização para agravar a penalidade.

Outrossim, pode-se dizer que não foi criado obstáculo proposital suficiente para justificar a exasperação da penalidade, considerando que as intimações formuladas pelo fisco foram atendidas, sem se configurar atraso significativo na entrega dos documentos possuídos pela fiscalizada.

Há de se ressaltar ainda que a deficiência das respostas não trouxe prejuízo à ação fiscal, nem exigiu maior aprofundamento nas investigações. Pelo contrário, o crédito tributário foi lançado exatamente por falta de comprovação da origem dos depósitos bancários, o que por si só enseja a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento). Nessas circunstâncias, o mero atraso – sem maior repercussão – no atendimento às intimações feitas pelo fisco também não justificaria o agravamento da penalidade.

Em situações análogas, as Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento têm decidido pela impossibilidade de agravar a multa de ofício, como se pode ver nas ementas dos julgados seguintes:

DRJ – Salvador

ACÓRDÃO Nº 1520147

de 29 de Julho de 2009

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: MULTA AGRAVADA. Incabível a imposição de multa agravada no percentual de 112,5% quando os documentos disponibilizados pelo contribuinte permitiram à fiscalização apurar o montante devido e as diferenças exigidas de ofício.

DRJ – Campinas

ACÓRDÃO Nº 0532754

de 22 de Fevereiro de 2011

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

EMENTA: [...] Multa Agravada. Embaraço. Não Cabimento. A despeito das reiteradas omissões verificadas no atendimento às intimações fiscais, nas poucas oportunidades nas quais a contribuinte se propôs a atender ao Fisco os documentos apresentados revelaram-se, justamente, como os elementos fundamentais para a apuração da omissão de receita, não se

vislumbrando, portanto, embaraço à fiscalização a justificar o agravamento da penalidade. [...]

Esse entendimento também está corroborado por decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. É o que se vê nas decisões transcritas a seguir:

Acórdão 2102000.886

Sessão de 24.9.2010

[...] JOMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. [...] ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários. MULTA AGRAVADA. O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha conseqüências específicas previstas na legislação.

[...]

Acórdão 130100.270

Sessão de 29.1.2010

MULTA AGRAVADA FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Dispondo a fiscalização dos elementos necessários para apuração da matéria tributável, descabe o agravamento da multa por não atendimento à intimação para apresentação dessas informações.

[...]

Acórdão 10196803

Sessão de 25.6.2008

DESATENDIMENTO A INTIMAÇÃO. AGRAVAMENTO DE PERCENTUAL DE MULTA EX OFFICIO. O agravamento dos percentuais de multa ex officio por desatendimento à intimação para prestar informações, de que trata o § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96, pressupõe a caracterização da recusa ou do descaso da fiscalizada em relação às intimações da autoridade fiscal. Descabido o agravamento no caso de falta de apresentação de documentos que a fiscalizada não dispunha.

[...]

Nessa linha de raciocínio, entende-se que deve ser afastado o agravamento da penalidade, prevalecendo a multa de ofício no patamar básico de 75%, de acordo com o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, tendo em vista que o contribuinte atendeu a todas as intimações e que a deficiência das respostas não impediu o prosseguimento da fiscalização, a qual foi concluída com base nas informações colhidas no curso da auditoria.

É incontestável que a fiscalização recebeu e analisou todos os documentos e informações solicitados à Recorrente. Os documentos que não foram entregues à fiscalização, conforme confessado pela própria contribuinte, não existiam. Nesse sentido, não houve qualquer prejuízo à atividade fiscalizatória.

A aplicação da multa de ofício agravada decorre da expressa previsão legal, tendo natureza de penalidade por não atendimento pelo sujeito passivo à intimação para prestar esclarecimentos, apresentar arquivos ou documentos.

Ou seja, nos casos de intimação do contribuinte e este, de forma desidiosa não preste os esclarecimentos ou não traga os documentos solicitados, de forma a prejudicar o andamento da fiscalização e a atividade da Autoridade Administrativa, é facultado à autoridade fiscalizadora a aplicação da multa agravada. Contudo, não foi isso que ocorreu no caso em apreço.

Não é demais lembrar que a multa agravada é medida extremada que deve ser aplicada com cautela, somente quando o contribuinte causar embaraços ou dificuldades à Fiscalização.

Nesse sentido, voto pela redução da multa à razão de 75%.

Do recurso do solidário

Alega o solidário que lhe foi negada a produção de prova e que não teve qualquer vinculação com os fatos geradores dos tributos inadimplidos.

Com relação à prova requerida, não trouxe aos autos o recorrente, qual prova pretendia produzir, tampouco o que restaria comprovado. Assim, não tendo qualquer fundamentação lógica seu pedido, não cabe qualquer cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova.

Com relação à solidariedade do recorrente, cumpre ressaltar que esse caso se difere da maioria dos demais casos com relação à solidariedade prevista no art. 124, I do CTN.

Isso porque não se está a frente de uma fraude onde o sócio pretende se esconder atrás de uma interposta pessoa qualquer para que seu patrimônio não seja atingido.

Estamos aqui vislumbrado uma situação em que o real proprietário da empresa, apesar de presente naquele local, conforme exposto pelo próprio fiscal, não parecia gerir seus negócios, isso porque o solidário aqui indicado, seu filho era quem tomava a frente das decisões. Isso foi constatado *in loco* e não logrou êxito o solidário em demonstrar que seu pai, de acordo com o fiscal, um senhor de aparente 80 anos, ainda geria a empresa.

A solidariedade da interposta pessoa é quase um ato natural e corriqueiro que acontece em quase todas as famílias quando da idade avançada dos pais, quem tomava conta era seu filho, que além de ter procuração para a movimentação das contas, era quem dava ordens, segundo o fiscal.

Pois bem, quanto ao artigo 124, I, trata-se de solidariedade que pode atingir seja o contribuinte (pessoa que tem relação com o fato gerador) seja o responsável (pessoa assim indicada por lei), a depender da configuração do "interesse comum" (e, no caso do responsável, da pressuposta previsão legal que o indique como tal).

Assim, para que se configure o interesse jurídico comum é necessária a presença de tal interesse direto, imediato, no fato gerador, que acontece quando as pessoas atuam em comum na situação que constitui o fato imponible, ou seja, quando participam em conjunto da prática da hipótese de incidência.

Esta participação comum na realização da hipótese de incidência ocorre seja de forma direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador, seja indireta, em caso de confusão patrimonial e/ou quando dele se beneficiam em razão de sonegação, fraude ou conluio.

O que restou demonstrado nos autos foi que a sociedade era gerida/administrada pelo solidário é que se houve qualquer sonegação/omissão de receitas, esse era o responsável, pois estava a frente dos negócios da recorrida. Ou seja, apesar de não contar o Sr. João Ângelo Jovino nos quadros societários da empresa de seu pai, esse se apresentava como se o acionista fosse da recorrida. Para bem dizer, apesar de não ser o solidário o acionista de direito, esse o era de fato. Sendo certo que o art. 124, I propicia a responsabilidade de solidária daqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Nesse sentido, não há como negar a solidariedade do sujeito passivo, pois apesar de não constar o solidário como sócio da empresa, era esse que se apresentava como se acionista da recorrente fosse, devendo recair sobre ele também o ônus da dívida tributária.

Conclusão

Pelo acima exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para reduzir a multa aplicada para 75%, mantenho em todo a autuação quanto ao crédito tributário aplicando-se para as exigências reflexas o que foi decidido em relação a matriz, bem como a manutenção da solidariedade do Sr. João Ângelo Jovino pelas razões acima aduzidas.

(assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga