



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

Processo nº 13603.720145/2012-25
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº **1302-002.375 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de setembro de 2017
Matéria Omissão de receitas
Recorrente DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA e Responsáveis tributários: Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

Ementa:

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de apresentar à autoridade fiscal os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido. Portanto, aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao IRPJ em face da estreita relação de causa e efeito.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado. Não demonstrada que a sujeição passiva solidária deu-se em função da constatação de interesse comum entre a fiscalizada e as pessoas físicas ditas sócias de fato, deve ser afastada a imputação de sujeição passiva solidária às responsáveis recorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso voluntário apresentado pela contribuinte (autuada) e, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário apresentado pelas responsáveis (Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho), para afastar a responsabilidade tributária dessas pessoas físicas recorrentes, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Edgar Bragança Bazhuni, Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca e Eduardo Morgado Rodrigues. Ausente justificadamente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Versa o presente processo sobre autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor total de **R\$ 14.653.289,96**, cumulado com multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e juros de mora calculados até 01/2012 (fls. 721/724), e, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, no valor total de **R\$ 6.649.115,60**, (fls. 747/750) cumulado com multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e juros de mora calculados até 01/2012, referentes aos anos-calendário de 2007 e 2008.

Observa-se na acusação fiscal que a exigência foi formalizada em face da contribuinte Distribuidora Pequi Ltda e dos responsáveis tributários Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Rogério Luiz Bicalho, Vanei Afonso de Souza e Wanderley Cardoso de Souza (fls. 441/517).

O procedimento fiscal apontou as seguintes irregularidades para configurar as exigências apuradas, conforme descrição dos fatos nos preditos autos de infração:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2007 e 03/2008

*Arbitramento do lucro que se faz tendo em **vista** que o **contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da***

sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

0001 OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE RECEITA BRUTA MENSAL NA REVENDA DE MERCADORIAS

O contribuinte nos anos de 2007 e 2008 omitiu receitas de suas atividades que deveriam compor as bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido. As receitas tributadas neste auto de infração foram apuradas a partir dos dados em arquivos digitais fornecidos pela cliente do autuado, a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda - CNPJ 02.091715/0001-22, cujos demonstrativos encontram-se anexos. Os detalhes da autuação encontram-se narrados no Termo de Verificação Fiscal que é parte integrante de documento de autuação

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/03/2007	28.373.782,29	150,00
30/06/2007	19.714.926,38	150,00
30/09/2007	32.635.158,16	150,00
31/12/2007	52.002.214,76	150,00
31/03/2008	37.264.958,85	150,00
30/06/2008	29.554.254,00	150,00
30/09/2008	11.200.258,00	

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2007 e 30/09/2008: art. 3º da Lei nº 9.249/95. Art. 537 do RIR/99 Art. 532 do RIR/99 Art. 530 do RIR/99

Os detalhes da autuação encontram-se narrados no Termo de Verificação Fiscal (e-fls.453/517), do qual o Acórdão Recorrido (e-fls./) extraiu os trechos que a seguir se transcreve:

“2 – CADASTRO FISCAL.

De acordo com os dados cadastrais da RFB, o contribuinte tem como natureza jurídica a codificação 2062– Sociedade Empresária Limitada, seu porte enquadra-se como “Demais” e sua atividade é o “comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante”.

Embora tenha iniciado suas atividades em 07/04/2000, verificou-se a sua omissão nas entregas das DIPJ para os anos calendário de 2002, 2003, 2004, 2006, 2007, 2009 e 2010.

O quadro societário informado à RFB é formado pelo Sr. Valdez Antônio Barbosa Maciel, com participação societária de 90%, sendo o administrador da empresa, e pelo Sr. Vanei Afonso de Souza, com participação de 1%. Já na DIPJ do ano calendário de 2008, o sócio Vanei detém 99% e o sócio Valez, 1%.

Obtidas informações da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, verificou-se que os sócios do contribuinte, cujos contratos e alterações são parte integrante deste auto de infração, são os Senhores Vanei Afonso de Souza (administrador) e Wanderley Cardoso de Souza.

O fato é que o quadro societário apresentado não retrata a veracidade dos fatos. Os Senhores Valdez, Vanei e Wanderley atuam ou atuaram na empresa apenas como pessoas interpostas.

A título ilustrativo o Fisco resumiu a situação fiscal dos sócios de direito.

Apesar da confusão gerada pelo contribuinte ao interpor pessoas em seu quadro societário, o fato é que a empresa foi regularmente cientificada do início do procedimento fiscal através de edital que foi afixado nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem/MG.

3 – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

- Em outra ação fiscal encerrada em novembro de 2006, ficou comprovada a relação societária e financeira existente entre o contribuinte e membros da “família Bicalho”:

ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, CPF 491.102.096-20; ROSILENE BICALHO, CPF 806.436.806-59; MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO, CPF 023.781.976-85; ROGÉRIO LUIZ BICALHO, CPF 761.465.706-30.

- Essas constatações deram origem ao processo nº 13603.720076/2006-10.

A responsabilidade solidária atribuída aos Srs. Rogério, Roseana, Rosilene e Maria Torres no julgamento em 1ª instância administrativa (Acórdão nº 09-16.758 – 1ª Turma da DRJ/JFA, de 26 de julho de 2007) foi acatada por unanimidade de votos, amparada pela documentação, depoimentos e verificações realizadas pela auditoria fiscal.

- Entre a fiscalização anterior (encerrada 2006) e esta, não houve a regularização cadastral do quadro societário.

- No relatório do Auto de Infração da fiscalização anterior, ficou demonstrada, além da interposição de pessoas, a relação direta entre o contribuinte e a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, CNPJ 02.091.715/0001-22. As estreitas ligações comerciais, o conluio de interesses e a participação societária comum deixaram evidente a existência do grupo econômico que naquele ato chamou-se de Grupo Del Rey.

- No Acórdão nº 3401-00.726 – 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF, de 30 de abril de 2010, cujo recorrente foi Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, ficou assegurada a relação societária entre a família Bicalho e a Distribuidora Pequini Ltda. O fato daquela decisão do CARF repercutir diretamente na sociedade Distribuidora Pequini decorre da participação da Fiscalizada, juntamente com a Belo Horizonte Refrigerantes

Ltda e a Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda, de um esquema onde a triangulação das operações comerciais era o norte de suas operações para encobrir os vultosos ganhos em suas operações decorrentes de sonegação fiscal do grupo.

- Uma vez não alterada a situação societária na Junta Comercial nem na RFB, mantém-se a responsabilidade da família Bicalho pelas infrações apuradas neste Auto de Infração.

- O Fisco transcreve o voto do relator no Acórdão nº 09-16.758, da 1ª Turma da DRJ/JFA; e destaca também o Acórdão nº 3401-00.726 – da 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF, que tratou da responsabilidade tributária e negou, por unanimidade, provimento ao recurso da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.

(...)

4 – DO PROCEDIMENTO FISCAL.

- Em 19/09/2011, foi iniciada a ação fiscal, tendo sido o contribuinte intimado a apresentar documentos de sua escrituração contábil e fiscal obrigatória.

- Os sócios, Srs. Rogério Luiz Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Valdez Antônio Barbosa Maciel foram cientificados por via postal. Ressalta-se que a intimação ao Sr. Valdez é decorrente da incorreção do cadastro CNPJ da empresa na RFB. O envelope com o Termo de Início de Fiscalização enviado à Distribuidora Pequi Ltda retornou com os dizeres “mudou-se”. Já aquele enviado ao sócio Vanei Afonso de Souza retornou com a informação “desconhecido”.

Desta forma, emitimos o Edital DIFIS/SRRF06 nº 01/2011, que foi afixado nas dependências da Delegacia da Receita Federal em Contagem no dia 25/10/2011 e desafixado em 09/11/2011, cuja ciência dos interessados passou a ser reconhecida na data de 10/11/2011.

- Naquela mesma data, o Sr. Valdez apresentou documento solicitando prorrogação do prazo para atendimento à intimação por mais 60 (sessenta) dias.

- Embora haja a tentativa de desconstruir a lógica da existência do grupo econômico, além das provas já apresentadas em fiscalizações anteriores, há indícios recorrentes dessa existência. Prova disso é que no requerimento de prorrogação de prazo a Distribuidora Pequi Ltda informa o MPF da Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. Informou o MPF 06.1.10.00.2011.00794-9 (Maxdrink), quando o correto deveria ser 06.10.00-2011- 00793-0 (Distribuidora Pequi). O contribuinte apresentou como resposta apenas uma cópia do contrato social, não se manifestando sobre os demais itens do Termo de Intimação.

- Foram emitidos termos de ciência da continuidade do procedimento fiscal.
- O contribuinte não apresentou qualquer documentação adicional, arquivo digital, livro ou mesmo justificou suas operações de vendas catalogadas nos demonstrativos entregues a ele pela Fiscalização.

5 – DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS VALORES DECLARADOS À RFB E AS VENDAS APURADAS PELA AUDITORIA FISCAL.

Anexo ao Termo de Início, foi encaminhado o demonstrativo, “VENDAS DO FORNECEDOR: DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA”, esse relatório foi consolidado a partir de arquivos digitais de compras da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, cuja obtenção foi amparada pelos MPF 06.1.13.002011001047.

O demonstrativo apresenta as vendas do fornecedor Distribuidora Pequi Ltda a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, cujos CFOP considerados foram:

1101 Compra para industrialização ou produção rural

1120 Compra para industrialização, em venda à ordem, já recebida do vendedor remetente

5201 Devolução de compra para industrialização ou produção rural

- Neste relatório, foram expurgadas as vendas canceladas e as devoluções de vendas foram estornadas do cálculo final. No ano de 2007, o valor das vendas somente para a Belo Horizonte Refrigerantes foi da ordem de R\$132.726.081,59, e para 2008, de R\$78.019.470,85.

- Não houve apresentação de DIPJ para os anos de 2007 e 2009. Para o período auditado, a única declaração processada é a de número 1655943 do ano-calendário de 2008, cuja forma de tributação se deu pelo lucro presumido. Nesta não há qualquer valor declarado. A ficha 14A apresenta todos os trimestres com valores zerados. A DIPJ processada é apenas uma declaração de cadastro, não trazendo qualquer informação quantitativa das operações da empresa. Nos anos de 2007, 2008 e 2009, foram identificados pagamentos de tributos nos sistemas internos da RFB, relacionados à retenção na fonte. Esses pagamentos, de valores diminutos, assim como a DIPJ de 2008 e a ausência das demais, não representam a efetividade de operações da empresa no ano. Também não foram entregues as DCTF dos anos em análise.

5 – DO ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A opção pelo lucro presumido fica condicionada aos termos do art.516, do RIR/1999, que no seu parágrafo 4º determina que essa forma de apuração é manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano calendário.

O artigo 527 do RIR/1999 prescreve as obrigações acessórias aos optantes pelo lucro presumido.

O contribuinte entregou a DIPJ do ano calendário de 2008 sob a forma do lucro presumido apenas para cumprir obrigação acessória, pois informou apenas os dados cadastrais e deixou em branco todas as demais fichas de apuração do IRPJ e da CSLL. O valor de sua receita bruta no ano de 2007 de, aproximadamente, 132 milhões de reais, ultrapassou em muito o teto legal para essa opção, de 24 milhões de reais.

Verifica-se que na verdade a Distribuidora Pequi estava obrigada à apuração do IRPJ e CSLL, sob a modalidade do lucro real. Não obstante, acrescenta-se o fato que o contribuinte, mesmo tendo solicitado 60 dias de prazo para entregar documentos de sua escrituração, passados mais de CEM DIAS, sequer apresentou os documentos solicitados.

Os artigos 529 e 530 do RIR/1999 estabelecem entre as hipóteses de arbitramento: a ausência de escrituração na forma da lei e a falta de apresentação, à autoridade tributária, dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

Não tendo a Fiscalizada cumprido os requisitos necessários à apuração de seus resultados pelo lucro real, não resta ao Fisco senão arbitrar o lucro relativo ao período compreendido entre janeiro de 2007 a dezembro de 2008, tendo por base de cálculo a receita conhecida através de circularização com seus clientes (art. 532, do RIR/1999).

Na contabilidade⁹ do contribuinte Belo Horizonte Refrigerantes Ltda constam as contabilizações das transações comerciais estabelecidas entre a Distribuidora Pequi Ltda e aquela empresa. A partir dos arquivos digitais constatamos que as compras efetuadas pelo fabricante Belo Horizonte Refrigerantes Ltda foram liquidadas, conforme pode ser observado nos Demonstrativos "Lançamentos de Compras" e "Lançamentos de Liquidação de Compras" do Contribuinte: Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, que seguem anexos a este auto de infração. Lembrando que nesses demonstrativos constam apenas as compras a prazo.

- Assim, o arbitramento teve como base de cálculo do IRPJ e CSLL, 9,6% (8% + 20%) 12%, respectivamente, da receita bruta apurada e demonstrada no quadro abaixo:

Período de Apuração	Receita Bruta
1º Trimestre 2007	28.373.782,29
2º Trimestre 2007	19.714.926,38
3º Trimestre 2007	32.635.158,16
4º Trimestre 2007	52.002.214,76
1º Trimestre 2008	37.264.958,85
2º Trimestre 2008	29.554.254,00
3º Trimestre 2008	11.200.258,00

(...)

6 – DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

- A Fiscalização procedeu ao lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, devidos nos anos de 2007 e 2008, com aplicação da multa percentual de 150%, conforme determinam os artigos 841 e 957 do RIR/1999 e art. 71, da Lei nº 4.502, de 1964.

- A conduta do contribuinte ao omitir, sistematicamente, os seus resultados econômicos e patrimoniais, pela não entrega das DIPJ, DCTF e DACON, ou na prestação de informações incorretas na DIPJ entregue à RFB, conforme descrito nos itens anteriores, caracteriza o crime previsto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

- Conclui-se que nos anos de 2007 e 2008 a empresa omitiu receitas que deveriam compor as bases de cálculo dos tributos federais. Como o contribuinte não apresentou a escrituração contábil e fiscal de acordo com as normas vigentes, o Fisco efetuou os cálculos dos tributos devidos com base nas informações obtidas de terceiros, neste caso a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, empresa que é do próprio grupo econômico da Distribuidora Pequi Ltda.

Restaram ainda comprovados: a entrega de declaração de conteúdo falso à RFB, omissão de entrega de declarações e o uso de interpostas pessoas nos atos constitutivos, razões pelas quais atribuímos responsabilidade solidária aos sócios Sra. ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO - CPF 491.1112.096-20; Sra, ROSILENE BICALHO -CPF 806.436.806-59; Sra, MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO - CPF 023.781.976-75; Sr ROGÉRIO LUIZ BICALHO - CPF 761.465.706-30, Sr VANEI AFONSO DE SOUZA - CPF 525.737.026-34 e Sr. WANDERLEY CARDOSO DE SOUZA - CPF 053.368.286-31 que serão representados ao Ministério Público Federal para providências em razão das condutas que em tese configuram crime contra a ordem tributária.

Cientificada dos lançamentos a contribuinte DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA, apresentou a impugnação, a qual é destacada pelo Acórdão da autoridade *a quo*, nos seguintes termos:

“I. TEMPESTIVIDADE.

Ressalta, inicialmente, a tempestividade da defesa apresentada.

II. DOS FATOS.

Sintetizando os fatos, diz, a autuação combatida refere-se a suposto descumprimento das obrigações tributárias relativas ao recolhimento do IRPJ, CSLL e das contribuições para o PIS e COFINS, tendo em vista a suposta constatação de que teria omitido receitas relativas às supostas vendas para a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, no período de janeiro de 2007 a setembro de 2008, ao declarar que nestes anos calendário apurou lucro de forma presumida.

Salienta, a multa foi qualificada (150%), tendo em vista suposta constatação de dolo do agente e a ocorrência de sonegação e fraude; e o crédito tributário estaria sujeito aos juros de mora calculados pela aplicação da malsinada Taxa Selic, nos termos do art. 61, §3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Sustenta, entretanto, a exigência em referência não possui fundamentos para subsistir, devendo ser julgado improcedente o lançamento, por não preencher requisitos indispensáveis e, principalmente, por serem inequivocamente indevidas as contribuições, as multas e os encargos da forma como pretende o Fisco Federal.

III. DO DIREITO.

III.1 – Da Infringência ao Princípio da Ampla Defesa.

- Substancialmente, alega, a ampla defesa é uma garantia constitucional, sendo assim qualquer irregularidade no processo administrativo fiscal que leve o contribuinte a ter dificuldades em compreender o fato que lhe foi imputado e, por conseguinte, elaborar uma defesa sólida, deve culminar na nulidade de todo o procedimento.

- Alega, no caso em tela, o Auto de Infração não preenche os requisitos legais indispensáveis à sua validade.

- Assevera, a autuação versa sobre suposta falta de recolhimento dos tributos lançados, em razão de supostas vendas de mercadorias a determinado contribuinte.

Entretanto, a verdade é que não foi dado à Impugnante o conhecimento sobre as informações que teriam sido prestadas ao Fisco pela suposta adquirente de mercadorias.

III.2 – Da Ofensa ao art. 142 do CTN: Não Identificação da Efetiva Ocorrência do Fato Gerador e da Matéria Tributável.

- *Aduz, a teor do art. 142 do CTN, o Fisco deve identificar com exatidão a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável.*

- *Destaca, no nominado “Demonstrativo de Lançamentos de Liquidação de Compras do Contribuinte” (anexo ao auto de infração), não há um registro sequer que comprove a efetiva entrada de recursos financeiros no caixa da Impugnante. Os “pagamentos” teriam sido realizados através de “encontro de contas”, ou não o foram porque lançados em “conta a receber” ou em conta “transitória de fornecedor”?*

- *Sustenta, não é crível que a Impugnante tenha trabalhado por dois anos (2007 e 2008) fornecendo mercadorias à adquirente sem tenha efetivamente recebido um centavo sequer, tendo recebido em troca meros lançamentos contábeis.*

- *Defende, isso quer dizer que o Fisco se valeu de dados não confiáveis e da presunção de que seriam corretas as informações prestadas por terceiros para apuração da ocorrência de fatos geradores e das bases de cálculo, em detrimento da declaração fornecida pela Impugnante de que, nos exercícios de 2007 e 2008, teve receita bastante e suficiente para que seu lucro fosse apurado de forma presumida.*

III.3 – Da Inaplicabilidade das Multas da Forma Pretendida Pelo Fisco: Infringência aos Princípios da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva.

- *Diz, data venia, mesmo havendo previsão legal, ditas sanções caracterizam a negação do princípio milenar da gradação da penalidade, isto é, a penalidade deve ser medida, levando-se sempre em conta, a natureza e as circunstâncias da falta cometida.*

- *Alega, substancialmente, a multa no percentual de 150% do valor da operação tem efeito confiscatório; e, segundo preceito constitucional, a autoridade administrativa deve respeitar o princípio da **capacidade contributiva** quando da apuração e exigência de tributos e contribuições.*

III.4 – Da Infringência ao Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade.

- *Combate a exigência da multa isolada, porque é excessivamente onerosa, desproporcional e, portanto, flagrantemente ofensiva aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.*

- *Sustenta, a penalidade não pode se transformar, em termos econômicos, na fonte principal de arrecadação, substituindo neste objetivo a obrigação principal, que é o pagamento do tributo.*

- *Dessa forma, na hipótese de não prevalecer a improcedência do AI, requer **supressão da multa** ou sua redução para o patamar mínimo.*

IV. DO PEDIDO.

- *Requer seja julgada procedente a presente impugnação para cancelar o lançamento ou que seja reduzida a multa ao seu patamar mínimo, dado que, além de ser ofensiva ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, foi majorada sem que estivessem presentes os requisitos legais da fraude ou da sonegação.*

Da mesma forma, devidamente científicas, **algumas** das pessoas arroladas como responsáveis (Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rogério Luiz Bicalho) pelos créditos lançados **apresentaram**, em conjunto, a peça impugnatória que foi mencionada no relatório do acórdão ora recorrido, consoante se destaca abaixo.

II.3 – PRINCIPAIS PONTOS DAS DEFESAS APRESENTADAS PELAS PESSOA ARROLADAS COMO RESPONSÁVEIS PELO CRÉDITO LANÇADO (FLS. 776/786)

I. TEMPESTIVIDADE.

- *Ressaltam, inicialmente, a tempestividade da defesa apresentada.*

II. DA PRETENSÃO FAZENDÁRIA.

- *Sintetizam os fatos da autuação.*

III. DO DIREITO.

- ***DA PRESUNÇÃO DA PERSISTÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA PRETÉRITA, OBJETO DE AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO FINDA ANTES DO EXERCÍCIO A QUE SE REFERE O PRESENTE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO, PARA FUNDAMENTAR A ATRIBUIÇÃO DA SUPOSTA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE TERCEIROS.***

- *Diz, para atribuir a suposta responsabilidade solidária a terceiros não componentes do quadro societário da Impugnante (Roseana, Rosilene, Maria Torres e Rogério), o Fisco busca se valer de conclusões a que teria chegado nos autos do Processo nº 13603.720076/2006-10, que ainda se encontra pendente de julgamento perante o CARF, de que haveria relação societária e financeira entre as citadas pessoas físicas e a Impugnante.*

- *Alega, no TVF, o Fisco atribuiu responsabilidade solidária às Impugnantes por mera remissão às suas próprias alegações constantes de outro procedimento fiscal relativo a fato outros ocorridos três anos antes dos que cuida o presente auto de infração e, se não bastasse, alegações estas que ainda encontram-se sob julgamento no CARF.*

- *Destaca, há pelo menos quatro graves defeitos a macular com o vício da nulidade a pretensão de atribuição de responsabilidade solidária a terceiros, a saber:*

III.1 – Presunção de Existência de Grupos Econômico de que Seriam Proprietários as Impugnantes.

- (a) **primeiro**, a acusação da existência de grupo econômico e da participação ativa das pessoas físicas alçadas à condição de coobrigadas pelo suposto crédito tributário que ora é feita se dá por mera presunção, já que tem suporte em fatos ocorridos em período distinto e anterior (2002 a 2004) àquele de ocorrência dos fatos geradores)2007;

- Diz, valeu-se o Fisco, por empréstimo, de diligências realizadas em ação de fiscalização realizada em 2006, sobre fatos ocorridos nos exercícios de 2002 a 2004, para, açodada e ilegalmente, concluir que no exercício de 2007 (posterior não só aos fatos objeto daquelas diligências, com posterior a elas mesmas) permanecia existindo a mesma situação fática que o levaria a apontar a existência de uma sociedade de fato à margem da sociedade de direito, que teria como participantes às pessoas físicas tidas como pessoalmente co-obrigadas pelo crédito tributário objeto deste lançamento tributário.

- Salienta, não há, no extenso relatório que compõe o TVF, uma referência que seja a um fato que possa ter levado o Fisco à conclusão que, em 2007, houve “relação societária e financeira” entre as citadas pessoas físicas e a contribuinte, como aquela que ele atribuíra ter existido nos exercícios de 2002 a 2004.

- Arremata, trata-se, a toda evidência, de ilegal atribuição de coresponsabilidade tributária fundada em mera presunção.

III.2 – Não Indicação Especificada do Autor e do Ato Praticado em Contrariedade à Lei que faria surgir a Responsabilidade Pessoal pelo Crédito Tributário Prevista no Art. 135 do CTN.

- (b) **segundo**, é evidente a mácula os arts. 135 e 142 do CTN, que impõem ao Fisco que aponte o sujeito passivo da obrigação tributária, explicitando o porquê de sua eleição, mormente quando se trata de atribuição de responsabilidade pessoal, oportunidade em que deve ser objetivamente apontada a infração cometida por aquele a quem é atribuída a coobrigação.

- Alega, no caso, valendo-se do ilegal expediente acima descrito, o Fisco atribuiu responsabilidade às citadas pessoas físicas, sem que tenha apontado objetivamente o ato de infração à lei que teria sido praticado por cada uma delas.

- Defende, o simples inadimplemento da obrigação tributária (quando efetivamente identificado) não deve merecer a amplitude hostilizada, no âmago de se amoldar à realidade descrita no art. 135 do CTN.

III.3 – Da Não Especificação da Autoria e Materialidade Resulta o Cerceamento do Direito de Defesa.

- (c) **terceiro**, da atribuição indiscriminada e generalizada da responsabilidade solidária pelo crédito tributário às pessoas físicas impugnantes resulta o cerceamento do seu direito de defesa, na medida em que não lhes é dada sequer a oportunidade

de saber qual delas teria praticado o ato considerado pelo Fisco como sendo contrário à lei ou ao estatuto social e qual teria sido esse ato capaz de colocá-las na situação de coobrigadas pelo crédito tributário.

- Diz, nem mesmo que verídica fosse a afirmação do Fisco de que as Impugnantes eram as proprietárias de fato da sociedade contribuinte, nem mesmo assim seria possível a atribuição genérica e indiscriminada da responsabilidade tributária a todas elas.

III.4 – Da Pendência de Recurso com Efeito Suspensivo no Julgamento do Processo Administrativo Fiscal nº 13603.720076/2006-10: Decisão de Primeira Instância não Definitiva Passível de Modificação.

- (d) quarto, o vício a macular a pretensão dá-se pelo fato de o Fisco tomar principal, senão único, de sua pretensão de responsabilizar pessoalmente as Impugnantes pelo crédito tributário a decisão de primeira instância proferida pela Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora, consubstanciada no Acórdão nº 09-16.758, que ainda encontra-se pendente de recurso perante o CARF.

IV. DO PEDIDO.

- Requer seja julgada procedente a presente impugnação para afastar a pretensão de atribuição de responsabilidade solidária e pessoal pelo crédito tributário exigido da sociedade contribuintes.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento (2ª Turma/ DRJ/Belo Horizonte/MG) negou provimento às impugnações (da pessoa jurídica e dos responsáveis solidários) em decisão proferida no venerando, Acórdão nº 02-41.213 , de 27 de novembro de 2012, assim ementado (fls.831/832):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando comprovado que a autoridade fiscal cumpriu todos os requisitos legais pertinentes à formalização do lançamento, inclusive tendo sido amplamente garantida a ampla defesa do sujeito passivo e demais pessoas arroladas como responsáveis pelo crédito tributário lançado.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelo crédito correspondente às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de apresentar à autoridade fiscal os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

JUROS DE MORA.

Conforme expressa previsão legal, incidem juros de mora sobre todos os débitos tributários de competência da União relativos aos impostos, contribuições e multas, calculados pela Taxa Selic.

A Turma Julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência e confirmou como responsáveis, solidária e pessoalmente, pelo crédito tributário lançado, as pessoas arroladas como tal nos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

A decisão de 1ª instância foi remetida, por via postal, ao domicílio da contribuinte DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA (fls. 863/864) mas fora devolvida ao remetente sem recebimento. Todavia, a contribuinte DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA tomou ciência da referida decisão de 1ª instância, conforme o Aviso de Recebimento (AR), no escritório de seus advogados, em 21/12/2012, e-fl.873, e protocolizou Recurso Voluntário em 21/01/2013, e-fls.874/885, no qual repisa, no essencial, os argumentos de defesa apresentados na impugnação, exceto em relação aos juros de mora dos quais não se insurge em sede recursal.

A decisão de 1ª instância também fora remetida, por via postal, ao domicílio dos responsáveis tributários Wanderley Cardoso de Souza (fl. 865/866), Rogério Luiz Bicalho

(fl. 867 AR de 10/12/2012), Roseana de Fátima Bicalho Lourenço (fl. 868 AR de 06/12/2012), Maria Torres de Freitas Bicalho (fl. 870 AR de 06/12/2012), Rosilene Bicalho (fl. 870 AR de 06/12/2012) e Vanei Afonso de Souza (fls. 871/872). As correspondências enviadas aos responsáveis tributários Wanderley Cardoso de Souza e Vanei Afonso de Souza foram devolvidas ao remetente sem recebimento pelos destinatários.

Em 03/01/2013 (SEDEX de e-fls.919/920), as Sr^{as} MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO, ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO e ROSILENE BICALHO, arroladas como **responsáveis solidárias**, conjuntamente apresentam Recurso Voluntário (e-fls.906/918), onde, igualmente, repisam, os argumentos de defesa anteriormente apresentados e contestam os argumentos da decisão, **questionando unicamente as responsabilidades a elas atribuídas, para, ao final, requerer a exclusão das mesmas do pólo passivo da obrigação tributária.**

Não houve apresentação de Recurso Voluntário por parte do SR. ROGÉRIO LUIZ BICALHO, CPF 761.465.70630, embora tenha sido o mesmo cientificado da decisão de 1ª Instância, em 10/12/2012, conforme se comprova pelo o AR de e.fl.867.

Pelos fundamentos expostos no Despacho de Saneamento de 28/12/2015, foram encaminhados os autos do presente processo à DRF/Contagem para:

1) em relação aos responsáveis tributários Wanderley Cardoso de Souza e Vanei Afonso de Souza, verificar a regularidade do endereçamento da correspondência inicial e, caso confirmado que a ciência por via postal foi improficua, promover a ciência por edital, e,

2) dirigir intimação ao responsável tributário Rogério Luiz Bicalho para confirmação a interposição de recurso voluntário também em seu nome.

Foram adotadas as providências acima, porém, expirado o prazo e não apresentada qualquer defesa pelos interessados, os autos foram restituídos a este Conselho para prosseguir o julgamento dos recursos apresentados por DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA e as responsáveis: Sr^{as} MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO, ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO e ROSILENE BICALHO.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa- Relatora

Os recursos voluntários apresentados, são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Deles conheço.

Tratam-se de Recursos Voluntários interpostos pela contribuinte DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA, CNPJ 03.743.779/000123 e por alguns dos RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS da “Família Bicalho” a seguir nominados: 1) ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, CPF 491.102.09620; 2) ROSILENE BICALHO, CPF 806.436.80659; 3) MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO, CPF 023.781.97685.

1. Do Recurso Voluntário da contribuinte - DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA.

Da análise dos autos, constata-se que em decorrência de auditoria fiscal realizada ao amparo do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) 06.1.10.002011007930, efetuada com o objetivo de se verificar o cumprimento das obrigações tributárias referentes ao IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) e seus reflexos, relativamente aos anos calendário de 2007 a 2009, foi apurada omissão de receitas decorrentes de vendas realizadas à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., que deveriam compor as bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

No Termo de Verificação Fiscal o autuante informa que a contribuinte, em relação às DIPJ, encontrava-se omissa nas apresentações dos anos de 2007 e 2009 e para o período auditado a única declaração processada era a de número 1655943 do ano calendário de 2008, anexa a este processo, cuja forma de tributação deu-se pelo lucro presumido, na qual não há qualquer valor declarado. E, ressalta que, também não foram entregues as DCTF dos anos em análise.

Diante da omissão de receitas detectada por meio de circularização aos clientes da contribuinte, ressalta a fiscalização que, na verdade a Distribuidora Pequi Ltda estava obrigada à apuração do IRPJ e CSLL, além da entrega da DIPJ, sob a modalidade Lucro Real para apuração do imposto.

Mas, acrescenta que, não tendo a fiscalizada cumprido os requisitos necessários à apuração de seus resultados pela sistemática do Lucro Real, por todos os motivos que expõe, ressaltando que a mesma não apresentou a escrituração contábil e fiscal de acordo com as normas vigentes, a única alternativa que restou ao Fisco foi o arbitramento do lucro relativo ao período compreendido entre janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

A Recorrente sob o fundamento de que o lançamento tributário é FUNDADO EM MERA PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITA, alega que, *não realizou as imaginárias vendas, portanto, não tinha como comprovar seu registro em documentos e livros fiscais.*

Argúi que, o Fisco se valeu *de dados não confiáveis e da mera presunção de omissão de receita, tomando como verdadeiras e corretas as informações prestadas por terceiros para a apuração de ocorrência de fatos geradores e da base de cálculo, em detrimento da declaração fornecida pela recorrente de que, nos exercícios de 2007 e 2008, teve receita bastante e suficiente para que seu lucro fosse determinado de forma presumida.*

Nos autos de infração, o autuante esclarece as circunstâncias ocasionadas pelo contribuinte que fundamentaram o arbitramento do lucro, *verbis*:

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Já no Termo de Início e seus anexos, documento de fls. 3/70, foi solicitado ao contribuinte que comprovasse por meio de livros fiscais ou contábeis os registros das vendas efetuadas à empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, nos anos de 2007 e 2008, devidamente especificadas na planilha **“VENDAS DO FORNECEDOR: DISTRIBUIDORA PEQUI**

LTDA” (anexa ao Termo). No entanto, nada foi contraditado pela Recorrente, nada apresentando.

As receitas tributadas nos autos de infração foram apuradas a partir dos dados em arquivos digitais fornecidos pela cliente do autuado, a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda - CNPJ 02.091715/0001-22, cujos demonstrativos encontram-se anexos. Os detalhamentos da autuação encontram-se narrados no Termo de Verificação Fiscal que é parte integrante de documento de autuação.

A conclusão que se impõe é que, o contribuinte nos anos de 2007 e 2008 omitiu receitas de suas atividades que deveriam compor as bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

A ação fiscal encontra-se narrada no Termo de Verificação Fiscal - TVF, cujas bases de cálculo apuradas foram devidamente explicadas e quantificadas nos demonstrativos de fls. 518/720 e em anexos aos respectivos autos de infração.

Consoante explicado no TVF e em demonstrativos fiscais, a Fiscalização procedeu o arbitramento do lucro e determinou a receita bruta conhecida (base para apuração do lucro arbitrado) com base nas transações comerciais estabelecidas entre a Distribuidora Pequi Ltda e a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, que contabilizou compras efetuadas na Distribuidora Pequi.

Com efeito, segundo prescreve o art. 44 do CTN, o lucro, como base de cálculo do IRPJ, pode ser apurado pelo seu montante real, arbitrado ou presumido. Assim, ocorrido o fato gerador da obrigação tributária e na impossibilidade de apurar-se o montante real ou presumido, o lucro, para efeito de tributação, deve ser arbitrado. Isso porque, à luz do art. 142 do mesmo CTN, o Fisco, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento em atividade vinculada e obrigatória, está obrigado a determinar a matéria tributável e calcular o montante devido do imposto.

Indubitavelmente, o contribuinte que não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais para apurar o IRPJ com base no lucro real, e, não houver optado pela tributação com base no lucro presumido, está sujeito à tributação com base no lucro arbitrado.

Destarte, tratando-se de empresa a ser tributada com base no Lucro Real, na falta de apresentação da escrituração contábil regular e na impossibilidade de apuração do lucro por essa modalidade, enseja a apuração dos tributos devidos com base nos critérios do Lucro Arbitrado, conforme disposto no artigo 530, inciso III do **RIR/99**, verbis:

Art.530.O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº9.430, de 1996, art. 1º):

...

III-o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

...

No sentido de afastar a pretensão da Recorrente, a decisão de 1ª instância o faz com escora nos seguintes fundamentos que também adoto como razão de decidir:

Diante da legislação citada, os motivos narrados tanto na descrição dos fatos como no TVF são mais do que suficientes para garantir a legalidade do arbitramento do lucro levado a cabo pelo Fisco. Como ressalta o Fisco, a DIPJ do ano-calendário de 2008, foi entregue sob a forma do lucro presumido apenas para cumprir obrigação acessória, tendo sido informado apenas os dados cadastrais, pois as demais fichas de apuração do IRPJ e CSLL ficaram em branco. No entanto, conforme levantamento feito, somente no ano de 2007 a receita bruta do contribuinte foi de, aproximadamente, 132 milhões de reais, que ultrapassa em muito o teto legal para essa opção de 24 milhões de reais.

Ocorre que na verdade a Distribuidora Pequi estava obrigada à determinação do lucro real. Então, na tentativa de apurá-lo, o Fisco intimou o contribuinte a apresentar os livros e documentos de sua escrituração. Entretanto, tais documentos não foram entregues.

Assim, a ausência de escrituração na forma da lei e a falta de apresentação ao Fisco dos livros e documentos da escrituração comercial ou fiscal constituem-se em hipóteses legais que autorizam o arbitramento do lucro.

*Por sua vez, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL foi considerada a partir da receita bruta conhecida, que no caso corresponde à omissão de receitas levantadas pelas notas fiscais de revenda de mercadorias emitidas, devidamente especificadas na planilha “**VENDAS DO FORNECEDOR: DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA**” (anexa ao Termo de Início).*

Saliente-se que a omissão de receitas repercute na exigência da CSLL, consoante o estabelecido no art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

No procedimento fiscal, restou evidenciado que o contribuinte relegou a segundo plano as suas obrigações fiscais, tornando-se inadimplente no tocante ao cumprimento de suas obrigações tributárias. Por tais motivos, a tributação com base no lucro arbitrado se fez ao amparo da lei.

Nesse passo, resta mantida a decisão recorrida.

Multa Qualificada

Conforme relatado, nos autos de infração fora aplicada a multa por infração qualificada sob o entendimento de que restou comprovado o evidente intuito de fraude.

A Recorrente alega que a multa aplicada de 150% fere OS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA bem como os PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE.

Os fatos que dizem respeito à infração fiscal e aplicação da multa qualificada de 150% constam do Termo de Verificação Fiscal, do qual se extrai os seguintes excertos:

6. Do Lançamento de Ofício.

Ante o exposto, a fiscalização procedeu ao lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, devidos nos anos de 2007 e 2008 com a aplicação da multa percentual de 150%, conforme determinam os artigos 841 e 957 do RIR/99 e artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, abaixo reproduzidos:

(...)

A conduta do contribuinte ao omitir, sistematicamente, os seus resultados econômicos e patrimoniais, pela não entrega das DIPJ, DCTF e DACON, ou na prestação de informações incorretas na DIPJ entregue à RPB, conforme descrito nos itens anteriores

...

9 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que nos anos de 2007 e 2008 a empresa omitiu receitas que deveriam compor as bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). Como o contribuinte não apresentou a escrituração contábil e fiscal de acordo com as normas vigentes, efetuamos os cálculos dos impostos e contribuições devidos com base nas informações obtidas de terceiros, neste caso a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda - CNPJ 02.091.715/0001-22, empresa que é do próprio grupo econômico da Distribuidora Pequi Ltda.

Restaram ainda comprovados: a entrega de declaração de conteúdo falso à RFB, omissão de entrega de declarações e o uso de interpostas pessoas nos atos constitutivos ...

...

O sujeito passivo, ao declarar valores em branco ou nada declarar, agiu de modo a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fiscal do fato gerador da obrigação tributária principal, restando configurado que a autuada incorreu na conduta descrita como sonegação fiscal, cuja definição decorre do art. 71, I, da Lei nº 4.502/64. A omissão de expressiva e vultosa quantia de rendimentos não oferecidos à tributação demonstra a manifesta intenção dolosa do agente, tipificando a infração tributária como sonegação fiscal. E, em havendo infração, cabível a imposição de caráter punitivo, pelo que pertinente a aplicação da penalidade inscrita no art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Para melhor entendimento, transcreve-se, a seguir, o art. 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

[...]

Conforme se observa, nos termos do parágrafo 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, como previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Desse modo, a multa de 150% de que trata o parágrafo 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

As multas de ofício aplicadas foram qualificadas, no percentual de 150%, com base no art. 957, II, do RIR/1999 (cuja matriz legal é o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996), porque a Fiscalização entendeu que a conduta do contribuinte, notadamente, pela entrega de declaração de conteúdo falso à RFB, omissão de entrega de declarações e o uso de interpostas pessoas nos atos constitutivos, bem como a ocultação de sua escrituração contábil e fiscal, caracterizou a sonegação como definido na Lei nº 4.502, de 1964, arts. 71 e necessário à qualificação da multa.

Com efeito, a sonegação se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, ou retardar uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de sonegação seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios escamoteia-se ocorrência do fato gerador ou retarda-se o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Assim, constatada a sonegação e dolo, correto o lançamento da multa qualificada de 150%.

No que tange ao aspecto confiscatório da multa, alegado pela Recorrente e ofensa aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade e da capacidade contributiva, a exigência decorre de expressa disposição legal, não cabendo a esse órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 desse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, verbis:

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

LANÇAMENTOS REFLEXOS – CSLL. Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o imposto de renda, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Da Responsabilidade Tributária - Responsáveis Solidários: Pessoas Físicas.

Conforme relatado, grande parte do procedimento fiscal foi direcionado à comprovação da existência de um mesmo grupo econômico, que agiria por trás de interpostas pessoas no comando de diversas empresas do ramo de bebidas, inclusive a autuada, conforme operações descritas nos processos administrativos nº 13603.720076/2006-10, transitado em julgado no CARF e 13609.720025/2006-20, julgado no CARF (Distribuidora Pequi Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, respectivamente) relativos aos anos calendário de 2002 a 2004.

Foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária de nºs 003 a 008 (documentos de fls. 441/452), com fulcro nos arts. 124, I, e 135 do CTN, nos quais foram arrolados como responsáveis, solidária e pessoalmente, pelo crédito tributário lançado os Srs. **VANEI AFONSO DE SOUZA** e **WANDERLEY CARDOSO DE SOUZA**, bem como os seguintes membros da “família Bicalho”, **ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, ROSILENE BICALHO, MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO e ROGÉRIO LUIZ BICALHO**, por entender a fiscalização que essas pessoas possuem comunhão de interesses, e, na verdade, eram os verdadeiros proprietários do que chamou de "Grupo Del Rey", grupo econômico este formado principalmente pelas empresas Distribuidora Pequi Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, e Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.

Apresentaram Recurso Voluntário (único) as responsáveis: Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.

Lembram que, em suas impugnações, alegaram em síntese que, valendo-se de açodadas e ainda não confirmadas conclusões a que chegara nos autos do PAF 13603.720076/2006-10, ainda pendente de recurso perante o CARF, que se referia a supostos fatos geradores ocorridos entre os anos de 2002 e 2004, sem tê-las confrontado com a realidade existente ao tempo dos fatos a que se refere o presente PAF, qual seja, os anos-calendário 2007 e 2008, o Fisco atribuir-lhes suposta responsabilidade tributária valendo-se: (i) da presunção da existência de grupo econômico de que as impugnantes seriam partes; e, (ii) da não identificação especificada da autoria e materialidade do ato contrário à lei que faria surgir a

responsabilidade pessoal de cada uma das impugnantes, de que resultou a sua atribuição indiscriminada e o cerceamento de seu direito de defesa.

Arguem na peça recursal que:

Da leitura da decisão recorrida sobressai a afirmação de que seria legítima a presunção do Fisco de que a existência de uma suposta sociedade de fato constituída pela "família Bicalho" (sic), que teria sido apurada nos autos do PAF nº 13603.720076/2006-10, relativo aos exercícios de 2002 a 2004, perdurava nos exercícios de 2007 e 2008, em virtude da existência de identidade de objeto entre aquela ação fiscal e esta, notadamente no que toca a atribuição de responsabilidade tributária às impugnantes. Nada mais equivocado.

E que o objeto das ações fiscais não é a atribuição da responsabilidade tributária, mas sim o lançamento do crédito tributário sem o qual não se há falar em responsabilidade quem quer que seja. E em se tratando de crédito tributário relativo a exercícios distintos e separados entre si por três anos, apurados em ações de fiscalização distintas, não se há falar em identidade de objeto.

Os objetos de uma e outra ação fiscal são distintos e inconfundíveis e cabia ao Fisco apurar a efetiva participação das impugnantes no tal esquema destinado a fraudar a lei fiscal.

Acontece que não há no TVF qualquer menção mínima que seja a atos que tenham sido praticados por quaisquer das impugnantes nos exercícios de 2007 e 2008, que sejam indícios mínimos de sua participação no suposto esquema de sonegação.

Quanto à questão da atribuição de responsabilidade solidária, vale reproduzir os seguintes termos da decisão recorrida:

Não se pode perder de vista que a presente ação fiscal não é senão uma continuidade do processo investigativo que compreende também o processo administrativo fiscal de nº 13603.720076/2006-10, cujas provas nele produzidas não se perderam, na medida em que houve a continuidade de práticas ilícitas. Nesse sentido, no Relatório Fiscal ou TVF, a Fiscalização relata por que atribuiu também a responsabilidade pelos impostos e contribuições devidos às pessoas arroladas como tal, salientado que:

a) o quadro societário apresentado, tanto pelo CNPJ quanto pelas informações das DIPJ e as próprias alterações contratuais não retratam a veracidade dos fatos; os Senhores Valdez, Vanei e Wanderley atuam ou atuaram na empresa apenas como pessoas interpostas;

b) o Sr. Valdez não apresentou DIRPF para o ano-calendário de 2007; para 2008, não declarou rendimentos tributáveis de pessoa jurídica, informando ter recebido R\$17.400,00 de pessoas físicas; informou que é sócio da empresa Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda, não fazendo qualquer referência à Distribuidora Pequini Ltda; no de 2009, declarou suas informações fiscais com as mesmas características de 2008 e seu rendimento foi de R\$18.800,00; em 2010, sequer declarou rendimentos; note-se que além dos baixíssimos rendimentos inversamente proporcionais às vendas da Distribuidora Pequini Ltda (receita, 133 milhões de reais em 2007 e 78 milhões em

2008) da qual atua como sócio, sequer informou qualquer participação societária nesta empresa;

c) quanto ao Sr. Vanei, a situação fiscal não é muito diferente; seus baixos rendimentos declarados como recebidos de pessoas físicas não comunicam com os vultosos recursos financeiros das vendas da Distribuidora Pequi Ltda à empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda; no ano-calendário de 2010 declarou ter recebido rendimentos da Distribuidora Pequi e da Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda; na ficha de bens e direitos, informou ter participação societária somente na empresa Distribuidora Wandel – CNPJ 04.616.545/0001-88, no valor de R\$15.000,00; nos de 2008 e 2009, declara ter recebido rendimentos de pessoas físicas, não informando qualquer participação societária na empresa Distribuidora Pequi; para 2007, não há entrega de declaração;

d) o Sr. Wanderley apresentou suas declarações de informações fiscais com a indicação de sua participação societária na Distribuidora Pequi Ltda; seus rendimentos, assim como dos demais sócios da empresa, são inversamente proporcionais aos vultosos valores de receitas verificados em 2007 e 2008 da Distribuidora Pequi; seus ganhos, quando declarados, são oriundos de pagamentos de pessoas físicas, ao contrário do que é de se esperar de proprietários de fato de empresas onde as origens de seus rendimentos provêm basicamente das retiradas pró-labore e das parcelas do lucro distribuídos;

e) em novembro de 2006, em outro auto de infração, ficou comprovada a relação societária e financeira existente entre este contribuinte e membros da “família Bicalho”: **ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, ROSILENE BICALHO, MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO e ROGÉRIO LUIZ BICALHO**; naquele auto de infração, ficou demonstrado, além da interposição de pessoas, a relação direta entre este contribuinte e a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda; as estreitas ligações comerciais, o conluio de interesses e a participação societária comum deixaram evidente a existência do grupo econômico que naquele ato chamou-se de “Grupo Del Rey”;

f) à época dos fatos, a Distribuidora Pequi Ltda foi identificada como parte de um esquema de sonegação fiscal onde suas operações serviram para encobrir fatos geradores de impostos e contribuições, assumir dívidas sem lastro em seu patrimônio, gerar créditos em benefício do grupo, utilizar-se de recursos não contabilizados e manter à margem de qualquer controle fiscal ou contábil todas as suas operações, uma vez que nenhum de seus livros de sua escrituração obrigatória havia sido apresentada à Fiscalização;

g) e uma vez que a situação societária não foi alterada na Junta Comercial e também na RFB, mantém-se a responsabilidade da “família Bicalho”.

Como se vê, é notória a falta de capacidade econômica ou financeira dos sócios formais da Distribuidora Pequi Ltda para

estar à frente do empreendimento ou dos negócios realizados por esta empresa. Não se pode, pois, deixar de dar razão à assertiva do Fisco no sentido que “os Senhores Valdez, Vanei e Wanderley atuam ou atuaram na empresa apenas como pessoas interpostas”. A falta de capacidade econômica ou financeira dos sócios formais que se constituem em interpostas pessoas é fato devidamente comprovado tanto no presente processo quanto no outro.

O que se percebe foi que os verdadeiros donos do empreendimento valeram-se de interpostas pessoas, ficando à margem dos atos formais de constituição da pessoa jurídica, como forma de encobrir o esquema montado com propósitos ilícitos, notadamente, no intuito de fraudar a legislação fiscal.

Como citado pelo Fisco, já no processo administrativo fiscal de nº 13603.720076/2006-10, que abriga autos de infração lavrados contra a Distribuidora Pequí Ltda, referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, para os períodos de 2002 a 2004, cuja lide nele posta foi apreciada pelo Acórdão 09-16.758 – 1ª Turma da DRJ/JFA (trechos substanciais deste acórdão que apreciam a questão da responsabilidade tributária foram transcritos no TVF), restou soberbamente evidenciada a responsabilidade tributária dessas mesmas pessoas físicas arroladas no presente processo.

Por oportuno, acerca da referência contida na defesa de que “valeu-se o Fisco, por empréstimo, de diligências realizadas em ação de fiscalização realizada em 2006”, diga-se que a prova emprestada, ainda que não expressamente elencada no art. 212 do Código Civil, é legítima e admitida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, obedecidos os seguintes requisitos: (i) identidade de partes, (ii) identidade de objeto da lide, (iii) observância do contraditório na colheita da prova e (iv) licitude da prova produzida. No caso, todos esses requisitos encontram-se presentes.

Ocorre que entre aquele processo e o presente: (a) há nítida identidade de partes, tanto do sujeito passivo, Distribuidora Pequí Ltda, como das pessoas físicas arroladas como responsáveis pelos correspondentes créditos tributários lançados; (b) de objeto da lide, notadamente, quando se considera a questão da imputação de responsabilidade tributária, cujos fatos apurados indicam, ainda hoje, a formação de sociedade de fato e grupo econômico, no intuito de fraudar à lei fiscal; (c) as provas produzidas naquele processo o foram em estrita observância ao contraditório, já que efetuadas diligências, lavrados termos, feitas as intimações de praxe aos interessados e envolvidos e, formalizada a exigência, todos acusados dos ilícitos fiscais tipificados naquele lançamento foram chamados para defender-se; (d) e, por último, tais provas foram obtidas de forma legítima e lícita, pois produzidas sem qualquer violação às normas de direito material vigentes e havia um procedimento regular de fiscalização devidamente instaurado, à luz dos atos legais e normativos pertinentes.

Outrossim, as provas colhidas naquela ação fiscal estão entre os meios moralmente legítimos que o CPC, no seu art. 332,

“declara hábeis para provar a verdade dos fatos”. Diante disso, elas podem servir de elemento de convicção, na medida em que legítimas e lícitas.

Nesse sentido, os membros da “família Bicalho” e as empresas, Distribuidora Pequi Ltda, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda e Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda, configuram-se como os verdadeiros sócios do empreendimento, formando sociedade de fato ou grupo econômico (denominado naquela ação fiscal como “Grupo Del Rey”). Tal grupo tinha interesse comum na situação que constitui o fato gerador dos tributos ora lançados, pois conjugavam esforços para beneficiarem-se mutuamente do lucro ou das receitas auferidos, indevidamente subtraídos da tributação cabível.

Entre aquela ação fiscal, encerrada em novembro de 2006, para fatos geradores de 2002 a 2004, e a presente, encerrada em janeiro de 2012, para os períodos de 2007 e 2008, houve a continuidade deste mesmo esquema. O Fisco apontou, nesse sentido, um forte indício, qual seja, “a situação societária não foi alterada na Junta Comercial e também na RFB, mantém-se a responsabilidade da “família Bicalho”” (Grifos acrescentados).

Ou seja, o esquema foi mantido com as mesmas interpostas pessoas, o que denota a total falta de preocupação dos verdadeiros donos do empreendimento tocado pela Distribuidora Pequi Ltda em, pelo menos, regularizar a situação societária da empresa.

Assim, à luz do art. 124, I, e 135, ambos do CTN, foi dado enfoque à responsabilidade pessoal e solidária das pessoas físicas arroladas nos já citados Termos de Sujeição Passiva Solidária.

...

De fato, no TVF, o autuante transcreve operações descritas nos processos administrativos nº 13603.720076/2006-10, transitado em julgado no CARF e 13609.720025/2006-20, julgado no CARF (Distribuidora Pequi Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, respectivamente) relativos aos anos calendário de 2002 a 2004.

Apesar de a Fiscalização afirmar que entre aquela ação fiscal, encerrada em novembro de 2006, para fatos geradores de 2002 a 2004, e a presente, encerrada em janeiro de 2012, para os períodos de 2007 e 2008, houve a continuidade do mesmo esquema com as mesmas interpostas pessoas, não apresenta nos autos, operações/fatos que demonstrem a responsabilidade pessoal e solidária decorrente de ato ilícito praticado pelas pessoas físicas, ora Recorrentes: **ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, ROSILENE BICALHO, MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO**, relativos aos períodos de apuração de 2007 e 2008.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional, assim dispõe:

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Sobre o inciso III do art.135 do CTN, a Fazenda Pública Federal já se manifestou acerca do tema, conforme consta no **Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009**, que ora se reproduz excertos de sua conclusão:

VII CONCLUSÃO

106. *Em resumo, alinhamos aqui os fundamentos e as conclusões do presente Parecer:*

a) A responsabilidade do dito “sócio-gerente”, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de “gerente” (administrador), e não da sua condição de sócio;

b) A responsabilidade do administrador, por força do art.135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito;

[...]

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

[...]

j) A jurisprudência do STJ aponta para a responsabilidade solidária, inclusive em precedentes desfavoráveis à Fazenda Nacional, em que se afirma que o “sócio-gerente” só pode ser responsabilizado solidariamente se detiver poderes de gerência e se tiver praticado ato ilícito no exercício dessa gerência, na forma do art.135, III, do CTN;

[...]

u) Sendo solidária a responsabilidade decorrente de ato ilícito praticado pelo administrador, este, uma vez atestada administrativamente sua responsabilidade, está sujeito a todos instrumentos de proteção do crédito tributário, como o arrolamento de bens e direitos, a inscrição no CADIN e a medida cautelar fiscal, estando, sujeito, outrossim, à negativa de expedição de Certidão Negativa de Débito.

107. *Por fim, ressaltamos que nossas conclusões aplicam-se exclusivamente ao regramento ordinário do art.135, III, do CTN, não alcançando, portanto, regras especiais previstas na*

legislação que responsabilizam com mais rigor os sócios ou os administradores das pessoas jurídicas.

Na obra Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, de Maria Rita Ferragut, tem-se:

5.9 Da Imprescindibilidade do dolo

...

A existência de uma infração é condição necessária ao desencadeamento da responsabilidade do administrador, mas não suficiente. Para que identifiquemos o fato típico e antijurídico previsto no artigo 135, a conduta do agente deve ser necessariamente dolosa.

O elemento subjetivo, aqui, significa que a responsabilidade nasce somente se o administrador agir intencionalmente, com o animus de praticar a conduta típica, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico proíbe tal comportamento.

Por outro lado, não consideramos que a culpa seja elemento suficiente para a caracterização do tipo. A conclusão que não acatamos só poderia ser construída a partir do entendimento de que, como a norma não dispõe expressamente sobre a necessidade do dolo, a culpa já seria suficiente para ensejar a responsabilidade do administrador, entendimento esse fundado, ademais, na supremacia do interesse público.

Nada mais equivocado. A separação das personalidades e a necessidade de gerir sociedades economicamente estáveis e instáveis, somadas ao direito constitucional à propriedade e ao princípio da não-utilização do tributo com efeitos confiscatórios, vedam que um administrador seja responsável por ato não doloso. A intenção de fraudar, de agir de má-fé e de prejudicar terceiros é fundamental.

[...]

Assim, para que reconheçamos a recepção do artigo 135 pela ordem constitucional de 1988, é indispensável a aplicação de seu preceito em fiel harmonia com a necessidade da presença da conduta dolosa, de modo que a responsabilidade pessoal não atinja senão aqueles que cometeram dolosamente o ilícito típico.

Por fim, a prática dolosa impõe o reconhecimento de que o administrador tinha opção entre praticar ou não a infração. Se a opção de evitá-la inexistia, a pessoa não poderá ser considerada responsável, pois lhe faltava o animus, em que pese o resultado de seu ato. A única exceção é se o administrador provocou intencionalmente a impossibilidade da opção, a fim de, em última análise, beneficiar-se do ilícito e, ao mesmo tempo, afastar a sua responsabilidade.

Enfim, não há prova nos presentes autos que as recorrentes eram de fato, administradoras da Autuada, e, com a atribuição de administração dos negócios sociais, com

interesse comum nos resultados da empresa fiscalizada, de forma a impedir o conhecimento por parte da Fazenda Pública Federal de suas **reais** receitas tributáveis.

Portanto, incorreta a aplicação do artigo 135,III, c/c o artigo 124, I do CTN, para se reconhecer, inequivocamente, a aplicabilidade da responsabilidade solidária às Recorrentes: **ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, ROSILENE BICALHO, MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO**, sobre o objeto da autuação fiscal neste processo.

O autuante descreve fatos que repercutem no arbitramento do lucro, a constatação de omissão de receitas da autuada conforme o item 4 do Termo de Verificação Fiscal, mas em nada configura a responsabilidade tributária das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidárias, mormente quando se verificou que os fatos dados como fundamento ao lançamento de ofício, e sua tributação se deu por arbitramento do lucro, em virtude de receitas apuradas pelo Fisco decorrentes de vendas à empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, a partir das notas fiscais de saída emitidas pelo sujeito passivo.

Assim, não caracterizada que a sujeição passiva solidária deu-se em função da constatação de interesse comum entre a fiscalizada e as pessoas físicas ditas sócias de fato, deve ser afastada a imputação de sujeição passiva solidária às recorrentes.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntária da pessoa jurídica autuada e DAR provimento ao recursos voluntário apresentado pelas responsáveis (Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho), para afastar a responsabilidade tributária dessas pessoas físicas recorrentes.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa.