



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

Processo n° 13888.005218/2010-44
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1401-002.049 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2017
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente PLÁSTICOS SANTA TEREZINHA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não havendo caracterizada nenhuma circunstância daquelas previstas no art. 59 do Decreto n° 70.235/1972, tampouco alguma condição de anulabilidade do art. 10 do mesmo regramento legal, impõe-se o afastamento do pedido de nulidade.

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

Ano-calendário: 2006, 2007

IMPUGNAÇÃO SOBRE ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE NORMA QUE IMPEÇA O LANÇAMENTO FISCAL.

Não há imperativo legal que impossibilite o lançamento fiscal em razão de manifestação sobre o ato de exclusão do Simples. Lançamento que se mantém.

IMPUGNAÇÃO SOBRE ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EFEITO SUSPENSIVO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de manifestação sobre o ato de exclusão do Simples não pode ser alegada, por falta de previsão legal. Assim, cabível a lavratura do auto de infração com aplicação da multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS.

A falta de apresentação dos livros comerciais exigidos pela legislação deve ensejar o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, III, do RIR/1999

DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Aos depósitos bancários creditados nas contas correntes da empresa, aplica-se a presunção de omissão de receitas conforme disposto no *caput* do art. 42, da Lei nº 9.430/1996. Em não se comprovando os depósitos, converte-se tal presunção em omissão de receitas, passíveis de tributação.

COEFICIENTE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO. ATIVIDADE DA EMPRESA.

Se os documentos levantados durante o procedimento fiscal indicam que a atividade da empresa é a de industrialização, a alíquota de presunção do IRPJ é de 8%, e, por conseguinte, a alíquota do lucro arbitrado é de 9,6%.

DUPLICATAS DESCONTADAS. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO NÃO COMPROVADA. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Não estando comprovado nos autos que os valores advindos do desconto de duplicatas necessariamente transitaram pelas contas bancárias da recorrente, não se concretiza a alegação de duplicidade de lançamento de tais valores.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO DEVIDO.

Comprovada a contabilização de receitas que não foram oferecidas à tributação, correto o lançamento fiscal efetuado.

SIGILO BANCÁRIO. REQUISIÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELA AUTORIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE.

O STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 601.314, julgado com repercussão geral, reconheceu a legalidade do fornecimento de informações sobre movimentação bancária dos contribuintes, pelas instituições financeiras ao fisco, para fins de apuração de créditos tributários.

MULTA QUALIFICADA.

Comprovada a intenção dolosa da empresa em deixar de declarar e tributar os impostos obrigatórios e inerentes à sua atividade mercantil, mormente pela prática reiterada de omitir informações durante 2 (dois) anos consecutivos, impõe-se a qualificação da multa de ofício, por subsunção da prática do sujeito passivo com o disposto no §1º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Pela íntima relação de causa e efeito, o lançamento do IRPJ aplica-se à CSLL, ao PIS e à COFINS.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

O lançamento tributário deve ser feito em nome do contribuinte, que é quem tem relação direta e pessoal com o fato jurídico tributário.

ART. 135 III DO CTN. RESPONSABILIDADE PESSOAL SOLIDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO SUJEITO PASSIVO "PRINCIPAL".

O signo "pessoalmente" constante na redação do art. 135 do CTN não tem o propósito de representar "exclusividade", mas tão somente de demonstrar que o sujeito que violar norma também será responsabilizado pelo lançamento fiscal, juntamente com o sujeito passivo "principal"; no caso, a recorrente. É este segundo (sujeito passivo) quem sempre responde pelo lançamento fiscal, não cabendo ter sua responsabilidade afastada, mas tão somente dividida.

SOLIDARIEDADE COM BASE NO ART. 135, III, DO CTN. SÓCIO QUE INGRESSOU NA SOCIEDADE APÓS O PERÍODO DO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Não cabe imputar responsabilidade solidária com base no art. 135, III, do CTN, a pessoa que, na época da ocorrência dos fatos geradores, não pertencia ao quadro societário da empresa autuada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao Recurso de Ofício e aos Recursos Voluntários da empresa e dos responsáveis solidários Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto, Daniel Ribeiro Silva e José Roberto Adelino da Silva. Ausentes, momentaneamente, as Conselheiras Livia De Carli Germano e Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face de decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (DRJ/RPO), que, por meio do Acórdão 14-38.034, de 14 de junho de 2012, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela empresa e afastou a responsabilidade tributária imputada a Paulo Henrique Correa Campeão.

O crédito tributário lançado se refere à exigência do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e COFINS) devidos nos anos-calendário 2006 e 2007, decorrentes dos seguintes fatos geradores:

- a) omissão de receitas decorrentes de depósitos de origem não comprovadas;
- b) omissão de receitas de vendas de mercadorias e prestação de serviços apuradas por meio de duplicatas descontadas em instituições financeiras; e
- c) falta de recolhimento de tributos referentes a receitas contabilizadas.

Em decorrência das condutas praticadas, a fiscalização aplicou a multa qualificada de 150%. Outrossim, houve atribuição de responsabilidade solidária aos sócios Nilton César Sinicato, José Ederaldo Campeão, Paulo Henrique Correa Campeão.

Em razão dos fatos apurados, o lançamento correspondeu, na época, ao montante de R\$ 10.240.948,22, incluídos juros de mora e multa de ofício qualificada.

Por bem delineado, reproduzo relatório da Resolução nº 1103-000.124 da 3ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, da sessão de 07 de novembro de 2013, que propôs o sobrestamento do processo nos termos do art. 62-A, §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF vigente à época, publicado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, em razão da discussão da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela autoridade fiscal:

(início da transcrição do relatório da resolução do CARF)

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 849/895 contra decisão da 3ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto (fls. 4659/4693), que apresentou a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2006, 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL.

A pessoa jurídica que incorrer nas hipóteses de prática reiterada de infração à legislação tributária deve ser excluída de ofício do Simples e/ou do Simples Nacional, cujos efeitos começam a operar a partir, inclusive, do mês de ocorrência da infração.

SIMPLES. EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo deve estar expresso em lei, o que impede à Delegacia da Receita Federal de Julgamento receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples com efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a

contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

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

ARBITRAMENTO. COEFICIENTE DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO.

Restando sem comprovação que a contribuinte auferiu receitas de prestação de serviços sujeitas ao coeficiente de 38,4%, altera-se o lançamento nessa parte.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

O lançamento tributário deve ser feito em nome do contribuinte que é quem tem relação direta e pessoal com o fato jurídico tributário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO.

A juntada posterior de documentação só é possível em casos especificados na lei.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Dos Fatos.

No decorrer da ação fiscal, constatou a autoridade autuante que a contribuinte, enquadrada na condição de empresa de pequeno porte, omitiu receitas tributáveis no montante de R\$15.666.176,50 e R\$6.296.221,17 nos anos-calendário 2006 e 2007, respectivamente, incorrendo em duas infrações:

1) da análise da escrituração contábil (Livro Diário), constatou-se que foram omitidas receitas de vendas de produtos no valor de R\$440.000,00 e R\$1.728.200,51 nos anos bases de 2006 e 2007;

2) omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada no montante de R\$15.226.176,50 e R\$4.568.020,66 nos anos bases de 2006 e 2007, respectivamente, já deduzidos os montantes de receitas de vendas de produtos contabilizados.

Nesse contexto, foi a contribuinte excluída do Simples Federal (ano-calendário de 2006) e do Simples Nacional (ano-calendário de 2007), em razão de prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme Despacho Decisório de fls. 382/387 e Atos Declaratórios Executivos DRF/PCA nº 109 e 110, ambos de 06 de dezembro de 2010 (fls. 388 e 389).

Tendo em vista a exclusão da contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional, foram lavrados os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins relativos aos anos calendário de 2006 e 2007 (fls. 511/598). O lucro foi arbitrado com fulcro nos incisos II e III do art. 530 do RIR/99, vez que a contribuinte não manteve a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, não escriturou a efetiva movimentação financeira e deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal obrigatórios.

A multa de ofício foi qualificada (150%) com base no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, conforme relato da autoridade autuante no Relatório de Fiscalização de fls. 403/124:

O ato consciente e voluntário da fiscalizada de ocultar fraudulentamente o fato gerador da obrigação tributária, com o resultado de supressão e redução de tributos, ficou caracterizado pelas práticas: a) omitir completamente as operações dos numerosos depósitos/créditos bancários na escrituração dos livros contábeis, representativos de receitas auferidas de elevado valor contábil, deixando de fazer as retificações e correções na escrituração dos Livros exigidas pela Receita Federal; b) deixar de fornecer as consideráveis duplicatas e o Livro Registro de Duplicatas, bem como por deixar de escriturar as relevantes operações de emissão e desconto de duplicatas; c) deixar declarar e reduzir ou suprimir os tributos devidos contabilizados nos Livros Diário e Razão, considerados imprestáveis; d) omitir nas declarações e na escrituração as receitas de vendas ou prestação de serviços relativas as duplicatas emitidas e/ou compradas pelos bancos; e) deixar de comprovar, com apresentação de documentação hábil

e idônea, a origem, causa, contabilização e subsunção à tributação dos recursos dos depósitos/créditos bancários.

Ainda, a Fiscalização relacionou como responsáveis tributários, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN, os sócios José Ederaldo Campeão e Paulo Henrique Correa Campeão, e o ex-sócio Nilton César Sinicato, por terem exercido a administração ou gerência da sociedade com a prática de atos com infração à lei, na medida em que fraudaram o Fisco, omitiram informações na escrituração e não forneceram documentos obrigatórios, Enfim, foi formulada Representação Fiscal para Fins Penais.

Da Fase Contenciosa.

Devidamente cientificada a pessoa jurídica e os sócios, foram apresentadas as impugnações de fls. 616/640 (PLÁSTICOS SANTA TEREZINHA LTDA ME), 769/789 (Nilton Cesar Sinicato), 793/809 (Paulo Henrique Campeão) e 814/828 (José Ederaldo Campeão) e manifestações de inconformidade em face da exclusão do Simples de fls. 4496/4506 (em face do ADE DRF/PCA nº 109, de 06/12/2010) e 4508/4520 (em face do ADE DRF/PCA nº 110, de 06/12/2010).

Foi encaminhada Resolução de fls. 4472/4488 pela DRJ/Ribeirão Preto, cujo resultado encontra-se no Termo de Diligência Fiscal/Solicitação de Documentos de fls. 4522/4523.

As manifestações de inconformidade e as impugnações foram apreciadas pela 3ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto, em sessão realizada no dia 14/06/2012. O Acórdão nº 1438.034, de fls. 4659/4693, decidiu:

1) julgar improcedentes as manifestações de inconformidade contra os ADE DRF/PCA nº 109 e 110, que excluíram a pessoa jurídica do Simples Federal e do Simples Nacional;

2) julgar procedente em parte a impugnação contra os autos de infração, no sentido de excluir da autuação os depósitos bancários denominados item 338 (R\$21.000,00 - 03/08/2007), 340 (R\$27.000,00 - 04/08/2007), 347 (R\$ 6.000,00 - 03/05/2006) e 348 (R\$ 6.000,00 - 03/05/2006) da Nossa Caixa, agência 6823, conta nº 3073, e alterar o coeficiente de determinação do lucro arbitrado, de 38,4% para 9,6%, o que resultou na manutenção do IRPJ no valor de R\$ 591.413,85, da CSLL no valor de R\$ 281.929,53, do PIS no valor de R\$ 169.448,68 e da Cofins no valor de R\$ 779.109,79;

3) julgar procedente a qualificação da multa;

4) afastar a responsabilidade tributária imputada a Paulo Henrique Correa Campeão.

Em razão da exoneração do crédito, a Presidente da 3ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto submeteu a decisão ao recurso de ofício, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

Os sujeitos passivos tomaram ciência da decisão *a quo* da seguinte maneira:

1) PLÁSTICOS SANTA TEREZINHA LTDA ME: em 16/08/2012, por meio do “AR” de fl. 4702;

2) José Everaldo Campeão: em 29/08/2012, por meio do “AR” de fl. 4718;

3) Nilton Sinicato em 20/09/2012, por meio do Edital de fl. 4800.

O ex-sócio Paulo Campeão foi cientificado por meio do Edital de fl. 4799 sobre a sua exclusão do pólo passivo da autuação fiscal.

Foram interpostos os recursos voluntários de fls. 4724, em 14/09/2012 (PLÁSTICOS SANTA TEREZINHA LTDA ME), fls. 4758/4781, em 13/09/2012 (Nilton Sinicato) e fls. 4785/4797, em 12/09/2012 (José Everaldo Campeão).

O recurso voluntário interposto pela recorrente PLÁSTICOS SANTA TEREZINHA LTDA ME discorre sobre os seguintes pontos:

- a autoridade fiscal não teve autorização judicial para obter as informações junto às instituições financeiras;

- a atribuição de responsabilidade pessoal aos sócios exigiria a lavratura de autos de infração específicos para cada pessoa física;

- os lançamentos fiscais foram efetuados antes de a contribuinte ter sido excluída definitivamente do Simples;

- não caberia imposição de multa de ofício para os lançamentos efetuados para prevenir a decadência, como ocorreu no caso concreto;

- ocorrência de erros em operações aritméticas e na determinação do coeficiente do arbitramento, inclusive reconhecido pela DRJ;

- equívocos na determinação do montante tributável;

- impossibilidade de qualificar a multa de ofício, em face das Súmulas CARF nº 14 e 25;

- erro na apuração dos valores autuados, ao se considerar os valores das duplicatas em duplicidade;

- quanto aos depósitos bancários de origem não comprovada, não foram descontados os valores relativos a transferências entre contas da mesma titularidade e de cheques devolvidos;

- não foi esclarecida a motivação que resultou na exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional.

O recurso voluntário interposto pelo sócio Nilton César Sinicato, por sua vez, discorre sobre os seguintes pontos:

- não foi aberto prazo para impugnação quando apresentado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório;

- a atribuição de sujeição passiva solidária não foi devidamente fundamentada, sendo caso de nulidade da autuação;

- não foram comprovados o preenchimento dos requisitos previstos no art. 135, inciso III, do CTN, e, além disso, a atribuição de sujeição passiva solidária não poderia ter como base legal tal artigo;

- há incompatibilidade entre a sujeição passiva solidária e a autuação lavrada com base em presunção legal.

O recurso voluntário interposto pelo sócio José Ederaldo Campeão discorre sobre os seguintes pontos:

- não foi aberto prazo para impugnação quando apresentado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório;

- a atribuição de sujeição passiva solidária não foi devidamente fundamentada, sendo caso de nulidade da autuação;

- não foram comprovados o preenchimento dos requisitos previstos no art. 135, inciso III, do CTN, e, além disso, a atribuição de sujeição passiva solidária não poderia ter como base legal tal artigo;

- há incompatibilidade entre a sujeição passiva solidária e a autuação lavrada com base em presunção legal.

(término da transcrição do relatório da resolução do CARF)

O processo foi sobrestado, por meio da Resolução nº 1103-000.124 da 3ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, da sessão de 07 de novembro de 2013.

Em seu voto, o Relator enfrentou as questões de nulidade suscitadas pela recorrente e pelos responsáveis solidários pelo débito, afastando-as. Ao adentrar na questão da falta de autorização judicial para solicitação de informações bancárias por parte da fiscalização, o Relator entendeu que suposta autorização, por parte da fiscalizada, mencionada pela fiscalização como constante deste processo, não fora encontrada. Assim, em razão da falta desse documento comprobatório e tendo em vista que, em relação à matéria de fundo - referente à constitucionalidade da solicitação de extratos bancários pela autoridade fiscal -, o STF havia decretado repercussão geral nos autos do RE 601.314 e com sobrestamento do feito no RE 410.054 AgRg até o julgamento do processo em repercussão geral (RE 601.314), e ante o disposto no artigo 62-A, §1º, do antigo Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256, de 22/06/2009), a turma decidiu pelo sobrestamento do feito, inicialmente, até decisão final do STF.

Uma vez que o citado dispositivo legal do Regimento Interno do CARF foi revogado pela Portaria MF nº 545/2013, na data de 13/02/2014 foi proferido Despacho de Reinclusão de Processo Sobrestado (fls. 4.821).

Como o relator do processo não julga mais processos da câmara baixa deste CARF, o processo foi redistribuído, cabendo a mim sua relatoria.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Os recursos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, portanto devem ser conhecidos.

RECURSO DE OFÍCIO

O recurso de ofício cinge-se a verificar o que segue:

1) a procedência em parte da impugnação contra os autos de infração, no sentido de excluir da autuação os depósitos bancários denominados item 338 (R\$21.000,00 - 03/08/2007), 340 (R\$27.000,00 - 04/08/2007), 347 (R\$ 6.000,00 - 03/05/2006) e 348 (R\$ 6.000,00 - 03/05/2006) da Nossa Caixa, agência 6823, conta nº 3073.

2) a procedência da impugnação para alterar o coeficiente de determinação do lucro arbitrado, de 38,4% para 9,6%.

A exclusão acima resultou na manutenção do IRPJ no valor de R\$ 591.413,85, da CSLL no valor de R\$ 281.929,53, do PIS no valor de R\$ 169.448,68 e da Cofins no valor de R\$ 779.109,79.

3) a procedência da impugnação para afastar a responsabilidade tributária imputada a Paulo Henrique Correa Campeão.

Do limite de alçada

Conforme Portaria MF nº 63, de 09/02/2017, publicada no Diário Oficial da União de 09/02/2017, o valor de alçada para fins de interposição de recurso de ofício é de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

A verificação do limite de alçada deve ser feita na época do julgamento do recurso de ofício, conforme disposto na Súmula CARF nº 103:

Súmula CARF nº 103: *Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.*

Como a exoneração de parte da autuação decorrente da impugnação da empresa correspondeu a montante superior ao limite de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), cabível a análise do recurso voluntário.

Outrossim, uma vez que a responsabilidade solidária tratada no art. 121 do CTN não comporta benefício de ordem, quer dizer, o responsável solidário pode inclusive responder integralmente pelo débito aqui lançado - valor de R\$ 10.240.948,22, na época da lavratura do auto de infração - tem-se que o valor do recurso de ofício referente à exoneração da responsabilidade solidária ultrapassou o limite de alçada. Esta interpretação foi confirmada pelo § 2º do art. 1º da Portaria MF nº 63:

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Diante disso, o recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade, devendo pois ser conhecido.

Análise do Recurso de Ofício

A DRJ efetuou a análise dos valores constantes na autuação e decidiu por exonerar parte dos valores lançados pela fiscalização, pois sequer estavam contidos nos extratos bancários da empresa.

Neste ponto, entendo que a decisão de piso não merece reparos, uma vez que restou comprovado que os valores abaixo não estavam lançados em nenhum extrato bancário da recorrente. Convém reproduzir a referida decisão:

Entretanto, quanto aos itens 338 (R\$21.000,00 – 03/08/2007) e 340 (R\$ 27.000,00 – 04/08/2007) do Anexo IV (Nossa Caixa, agência 682-3, conta nº 307-3, fl.281) e 347 (R\$ 6.000,00-03/05/2006) e 348 (R\$ 6.000,00-03/05/2006) do Anexo III (Nossa Caixa, agência 682-3, conta nº 307-3, fl.266), assiste razão à contribuinte quando alega que tais valores não constam nos extratos do citado banco, como se pode ver às fls. 1645/1646 e 1734/1735.

Dessa forma, tais valores devem ser excluídos dos depósitos bancários tributados dos meses de maio de 2006 e de agosto de 2007, passando a ser de R\$ 4.003.194,83 (maio/2006) e de R\$ 184.164,31 (agosto/2007) os valores da omissão de receitas provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada.

Quanto à alteração da aplicação da alíquota de 38,4% para 9,6%, entendo também correta a decisão da DRJ.

A fiscalização utilizou a alíquota de 38,4% por entender que o desconto de duplicatas poderia pressupor um auferimento de receita decorrente de prestação de serviços. Assim, a fiscalização utilizou a alíquota de presunção de 32%, e por decorrência, de 38,4% para o arbitramento.

Entretanto, não restou comprovada a efetividade do desenvolvimento de tal atividade de prestação de serviços. Pelo contrário. Em análise do contrato social e das respostas prestadas pela recorrente à fiscalização, demonstra-se que a atividade desenvolvida pela empresa é de “plastificação e comercialização de cabos de madeira e lata, transformação de material plástico, reciclagem de plástico e industrialização para terceiros”, típicas da industrialização.

Desta forma, deve-se manter a decisão da DRJ para aplicar a alíquota de presunção para o arbitramento do lucro de 9,6%.

Quanto à responsabilidade solidária atribuída ao sócio Paulo Henrique Correa Campeão, vê-se que somente em agosto/2009 é que tal sócio foi admitido nos quadros societários da empresa. Como a responsabilidade solidária decorre de atos praticados durante a ocorrência do fato gerador, *in casu*, referente aos anos-calendário 2006 e 2007, deve ser

mantida a exoneração de sua responsabilidade solidária atribuída nos termos do art. 135, III, do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO

NULIDADE

Extratos Bancários

A recorrente alega que deve ser decretada a nulidade do lançamento visto que a fiscalização se utilizou dos extratos bancários sem autorização judicial para tanto.

Observo que, embora a fiscalização tenha afirmado que a empresa autorizara a solicitação dos extratos bancários junto às instituições financeiras com as quais transacionou, não há prova nos autos desta autorização.

Entretanto, independentemente de autorização, entendo que este argumento já foi superado em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, que reconheceu a legalidade do fornecimento de informações sobre movimentação bancária dos contribuintes pelas instituições financeiras, para apuração de créditos tributários, confira:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DOS CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Como a fiscalização solicitou os extratos bancários da empresa por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) junto às instituições bancárias elencadas neste processo, entendo correto o procedimento da fiscalização, devendo ser afastado o pedido de nulidade do lançamento fiscal.

Exigência de auto de infração específico para cada responsável solidário

Alega que a tese defendida pela instância de piso para manter a sujeição passiva da recorrente, não obstante a atribuição de responsabilidade pessoal dos sócios e ex-sócios nos termos do art. 135, III, do CTN, reconhece, por via oblíqua, que a lei pode conter palavras inúteis. É que, segundo a recorrente, o art. 135 autoriza a desconsideração da personalidade jurídica para fins de atribuir responsabilidade às pessoas que praticaram atos contrários à lei. Desta forma, pugna pela nulidade do lançamento.

Com a devida *venia*, não entendo que merece acolhida o argumento da recorrente.

A responsabilidade pelo recolhimento do tributo é sempre da pessoa jurídica, embora saibamos que se trata de uma personalidade fictícia criada pelo direito, uma vez que sempre por detrás da pessoa jurídica há uma pessoa física. O fato de deixar de recolher tributo por meio de conduta fraudulenta, não altera o sujeito passivo da relação obrigacional tributária, pois a exigência tributária será sempre imputada à empresa.

Imagine-se que uma empresa deixe de recolher os tributos decorrentes do desenvolvimento de sua atividade. Entretanto, a conduta se perpetua por anos, e, em razão da prática reiterada de omissão, a fiscalização aplica a multa qualificada e comprova que os sócios-administradores participaram da prática dolosa. Assim, a fiscalização atribui a responsabilidade solidária por subsunção do fato à norma descrita no art. 135, III do CTN. Questiono: a empresa deve ser exonerada do pólo passivo da relação tributária, somente pela constatação de conduta dolosa por parte de seus administradores?

Entendo que tal argumento não pode subsistir em razão das ponderações acima.

Além disso, cumpre transcrever o teor da redação legal do art. 135 do CTN:

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.

A meu ver, a referência ao signo "pessoalmente" na redação supra não tem o propósito de representar "exclusividade", mas tão somente de demonstrar que o representante legal que violar norma também será responsabilizado pelo lançamento fiscal, juntamente com o sujeito passivo "principal"; no caso, a recorrente. É este segundo (sujeito passivo) quem sempre responde pelo lançamento fiscal. Eventualmente, pode ter sua responsabilidade dividida, quando, por exemplo, terceiros se aproveitam de cargos de gestão para se beneficiar.

Desta forma, afasto o pedido de exclusão da recorrente do pólo passivo da obrigação tributária e, por conseguinte, o pedido de nulidade do lançamento.

Lançamento antes da exclusão do simples

A recorrente alega que o auto de infração foi lavrado dentro do período em que ainda se discutia a sua permanência ou não no regime do Simples. Apresenta fundamento legal que, em tese, suspende a exigibilidade do ato de exclusão do Simples, e, por fim, solicita a nulidade do lançamento.

Não assiste razão à recorrente.

A manifestação sobre o ato de exclusão do Simples não tem o condão de permitir que a fiscalização deixe de efetuar eventual autuação fiscal. Aliás, tal ato administrativo é de competência privativa da autoridade fiscal e um dever seu, estabelecidos no *caput* e no parágrafo único do art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Também não entendo haver nulidade, com base no artigo supra, a supostos erros de cálculo cometidos pela fiscalização, como se verá adiante, nas questões de mérito.

Subsidiariamente, pede a recorrente que seja afastada a multa de ofício, uma vez que o lançamento fiscal de tributos com exigibilidade suspensa serve tão somente para prevenir a decadência.

Entendo que se trata de questão de mérito, devendo ser enfrentada mais adiante.

MÉRITO

Exclusão do Simples

A RFB excluiu a empresa do Simples Federal por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/PCA Nº 109 de 06 de dezembro de 2010 (e-fl. 388), com efeitos a partir de 01/01/2006; e do Simples nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/PCA Nº 110, também de 06 de dezembro de 2010, (e-fl. 389) com efeitos a partir de 01/07/2007.

O Despacho Decisório (e-fls. 382 a 387) que propõe tal exclusão da empresa nos anos-calendário de 2006 e 2007 tem como fundamento os dispositivos abaixo:

O procedimento foi baseado na constatação de que a empresa não declarava à RFB a totalidade da Receita Bruta escriturada (vide Livros Diário ou Razão), bem como na omissão de receitas por força da presunção legal art. 42 da Lei 9430/96, haja vista a falta de comprovação da origem, causa e contabilização de depósitos/créditos bancários, durante os anos-calendário de 2006 e 2007.

A Lei nº 9.317/96, regulamentada pela IN/SRF nº 355/2003 e alterações posteriores, dentre elas a IN/RFB Nº 608/2006, trata das vedações à permanência no Simples Federal.

A IN SRF 608/2006, art. 23, incisos II e V, dispõe:

Exclusão de ofício

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não-justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

(...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

A prática de infração à legislação tributária encontra-se definida no Art. 64 da Lei nº 4.502/64:

Art. 64. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em Inobservância, por parte do sujeito passivo de obrigação tributária, positiva ou negativa, estabelecida ou disciplinada por esta lei, por seu regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

Posteriormente, quando trata das penalidades aplicáveis à prática de infração, cita as circunstâncias qualificativas, dentre elas a sonegação, definindo-a:

Art. 68.(...)

§ 2. São circunstâncias qualificativas a sonegação, a fraude e o conluio.

(...)

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; (...)

Documentos anexados aos autos demonstram a discrepância entre os valores declarados DSPJ antes do início da ação fiscal, escriturados (Livro Razão) e os depósitos/créditos bancários de origem, causa e contabilização não comprovados, relativamente ao período entre 01/2006 e 12/2007, conforme demonstrado na Representação Fiscal às fls 01 a 04.

Resta, portanto, caracterizada a incidência em situação que enseja a exclusão de ofício do Simples Federal, à medida em que o contribuinte não oferecia à tributação a totalidade da Receita Bruta por ele auferida, acarretando recolhimento de tributos em valores inferiores ao efetivamente devido.

A exclusão dar-se-á na forma prevista na IN/SRF nº 608/2006, em seus Arts. 23 e 24, mediante a expedição de Ato Declaratório de Exclusão:

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

VII - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do art. 23;

(...)

Desta forma, a exclusão dar-se-á mediante a emissão de termo de Exclusão, na forma prevista na Resolução CGSN nº 15/2007:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ I - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5., a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

Assim sendo, considerando o disposto acima e os documentos anexados aos autos, proponho a emissão de ADE de exclusão do Simples Federal com efeitos retroativos a 01/01/2006, bem como a emissão de Termo de Exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/07/2007, com impedimento de nova opção no prazo de 10 anos-calendário seguintes.

Como visto acima, foi afastado, na preliminar de nulidade, pedido de reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Subsidiariamente a tal pedido de nulidade e tendo em vista que o lançamento foi feito antes da exclusão da empresa do Simples, pede a recorrente que seja afastada a multa de ofício, uma vez que o lançamento fiscal de tributos com exigibilidade suspensa serve tão somente para prevenir a decadência. Para isso, traz o disposto no Súmula CARF nº 17:

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Pois bem.

O precedente trazido aqui não se aplica ao caso concreto.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e sua decorrência em se não aplicar a multa de ofício - lançamento para prevenir decadência - não se aplica aos atos de exclusão do simples; logo, cabível a lavratura do auto de infração com aplicação da multa de ofício.

A DRJ bem trouxe os fundamentos de seu voto quanto a este ponto:

Com relação à alegação de nulidade dos lançamentos pelo fato de que a apresentação de defesa contra o ato de exclusão do SIMPLES suspende todos os efeitos que podem advir da exclusão da sistemática simplificada, conforme prescrito no § 3º- A, do art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, cabe transcrever o citado parágrafo:

Art. 4º.

(...)

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (grifei)

(...)

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

Verifica-se assim, que citada defesa não possui efeito suspensivo no que tange à possibilidade de a fiscalização lavrar autos de infração de exigência de impostos e contribuições fora do Simples. Todavia, aplica-se a suspensão da exigibilidade às exigências fiscais formalizadas nos presentes autos, relativos aos anos-calendário 2006 e 2007, em razão da impugnação apresentada, nos termos do art. 151, III do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

(...) (grifei)

Evidentemente, a efetividade da exclusão só se dará depois de concluído o contraditório e alcançada decisão definitiva, porém, uma vez confirmada, seus efeitos serão conforme especificado nos ADE.

Arbitramento

A fiscalização arbitrou o lucro, uma vez que a contribuinte não manteve a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, não escriturou a efetiva movimentação financeira e deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal obrigatórios.

Após verificar a movimentação financeira incompatível com a receita declarada, e tendo em vista a exclusão da recorrente do regime do Simples, a fiscalização intimou a empresa a apresentar os livros contábeis e fiscais que demonstrassem a efetiva demonstração financeira e a nova forma de apuração do lucro fiscal (e-fl. 407):

Em 04/11/2010 a fiscalizada foi cientificada da Representação Fiscal para fins de exclusão do Simples, ao tempo em que foi intimada a apresentar diversos documentos, inclusive “declaração de opção pelo regime de apuração do lucro real, para o período de 01/01/2006 a 30/06/2007, ou pelo lucro real ou presumido, para o período a partir de 01/07/2007, sendo cabido o arbitramento dos lucros pela falta de apresentação de opção pelo regime de tributação no prazo especificado.

Entretanto, a fiscalizada não logrou apresentar os livros contábeis e fiscais aptos a demonstrar a nova forma de apuração do lucro fiscal.

Sendo assim, a fiscalização fundamentou o arbitramento do lucro com base nos incisos II e III do art. 530 do RIR/99:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

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;

Desta forma, entendo correto o lançamento com base no lucro arbitrado.

Depósitos de origem não comprovada

Para o lançamento fiscal, a fiscalização serviu-se de presunção legal de omissão de receitas decorrente de depósitos de origem não comprovada, conforme teor do art. 42 da Lei nº 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 omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Tal presunção, inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo comprovar que determinados depósitos (ou sua totalidade) não merecem ser tributados.

Não tendo comprovado a tributação dos depósitos, nem tendo afastado sua tributação, correta a utilização de tais valores para se efetuar o lançamento fiscal.

Duplicidade na tributação de valores correlacionados. Unicidade da omissão por movimentação bancária.

A recorrente pede que os valores decorrentes de duplicatas descontadas sejam abatidos dos valores constantes como depósitos de origem não comprovadas, pois afirma que tais valores transitaram por suas contas bancárias.

Não entendo desta forma.

Não está comprovado nos autos que os valores de duplicata necessariamente transitaram pelas contas bancárias da recorrente. Os valores os quais a recorrente não faz prova concreta de que transitaram pelos extratos bancários, não devem ser reconhecidos para abater a base de presunção decorrente dos depósitos de origem não comprovada.

Como a recorrente não o fez, proponho afastar tal argumento.

Demais alegações

Quanto às alegações abaixo, já combatidas pela instância *a quo*, reproduzo e utilizo-me da referida decisão, como razões de decidir:

Quanto à alegação de que o autuante não considerou a comprovação de nenhum dos depósitos bancários constantes nas intimações, ao contrário do alegado, constam nos anexos XV, XVI e XVII os documentos apresentados e o autuante indicou a razão de não tê-los aceitado, consignando em alguns que se trata de documento em nome de pessoa estranha ao processo, em outros esclarece que apenas comprovam que a contribuinte efetuou depósitos em suas contas correntes sem, no entanto, comprovar a origem de tais recursos depositados ou transferidos.

A contribuinte alega que, não obstante, o DEMONSTRATIVO DE OMISSÃO DE RECEITAS” elaborado pela autoridade fiscal (referido Anexo XIV) não tenha apurado omissão de receitas nos três primeiros trimestres de 2006, “ao apontar no Auto de Infração os valores tributáveis a serem considerados na apuração do tributo, a ilustre autoridade autuante considerou como omissão os valores relativos aos três primeiros trimestres de 2006 (doc. 07), contrariando, assim, o demonstrativo que ela mesma preparou”. Só este “equivoco resultou na majoração da base tributável em R\$ 1.451.471,50”, como demonstrado no recurso.

Ao contrário do que alega a contribuinte, no anexo XIV, consta a apuração de omissão de receitas de vendas ou prestação de serviços relativas a duplicatas descontadas em bancos e omissão de receitas provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada, como se pode ver à fl.506.

Consta no auto de infração (fls.513/514) na descrição dos fatos, que os valores relativos à infração discriminada no nº 001 foram declarados em DSPJ com tributos calculados indevidamente pelo regime do Simples e que devem compor a base de cálculo da tributação pelo Lucro Arbitrado, conforme apurado no Relatório de Fiscalização que integra o presente Auto de infração. Portanto, correto o procedimento fiscal.

Com relação ao item 002 do auto de infração (omissão relativa a duplicatas descontadas), a contribuinte alega que vários desses créditos possuem origem em uma mesma duplicata e que contratou perícia técnica que não pôde ser concluída até o prazo para apresentação de sua defesa. Entretanto, não foram anexados ao processo até a presente data quaisquer documentos que comprovassem a citada alegação, razão pela qual não se pode acatá-la.

Quanto às alegações de que os créditos feitos por meio de Ted e Doc são relativos a transferências entre contas de mesma titularidade, ou que os depósitos em cheques são relativos a cheques emitidos pela própria empresa e que os créditos possuem origem em cheques devolvidos, cabe registrar que tais ocorrências deveriam ter sido comprovadas pela contribuinte, o que não foi feito nem mesmo na fase impugnatória.

Da mesma forma, os valores que se alega serem relativos a empréstimos e reapresentação de cheques descontados devem ser comprovados com documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, o que não ocorreu.

Relativamente à alegação de que os títulos colocados para cobrança foram considerados em duplicidade (anexos VIII e IX) e que o valor de R\$ 54.668,82 não representa receita, a contribuinte não comprova tais alegações.

Desta forma, afasto os pedidos da recorrente.

Multa Qualificada

A recorrente pede pelo afastamento da multa qualificada, por entender que a mera omissão de receitas não pode ser associada a qualquer conduta que autorize a exasperação da multa.

Entretanto, entendo que não merece guarida a sugestão da recorrente.

A fiscalização fundamentou a qualificação da multa de ofício no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, uma vez que ficou demonstrada a conduta do contribuinte e de seus

sócios na tentativa de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação principal. Veja-se trecho do TVF (e-fl. 422):

O ato consciente e voluntário da fiscalizada de ocultar fraudulentamente o fato gerador da obrigação tributária, com o resultado de supressão e redução de tributos, ficou caracterizado pelas práticas: a) omitir completamente as operações dos numerosos depósitos/créditos bancários na escrituração dos livros contábeis, representativos de receitas auferidas de elevado valor contábil, deixando de fazer as retificações e correções na escrituração dos Livros exigidas pela Receita Federal; b) deixar de fornecer as consideráveis duplicatas e o Livro Registro de Duplicatas, bem como por deixar de escriturar as relevantes operações de emissão e desconto de duplicatas; c) deixar declarar e reduzir ou suprimir os tributos devidos contabilizados nos Livros Diário e Razão, considerados imprestáveis; d) omitir nas declarações e na escrituração as receitas de vendas ou prestação de serviços relativas as duplicatas emitidas e/ou compradas pelos bancos; e) deixar de comprovar, com apresentação de documentação hábil e idônea, a origem, causa, contabilização e subsunção à tributação dos recursos dos depósitos/créditos bancários.

Seguem trechos legais:

Lei nº 9.430/1996

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.

Lei nº 4.502/1964

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 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 arts. 71 e 72.

Pois bem.

Conforme ensinamentos de De Plácido e Silva:

Fraude é o vocábulo derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), que serve para caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Portanto, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. É, por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regra jurídica, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empregada contra aquele com quem se contrata¹.

A sonegação fiscal aproxima muito do conceito de fraude, apenas se diferenciando, a deleite do legislador, em razão do impedimento do conhecimento do fato gerador (sonegação) e do impedimento da ocorrência do fato gerador (fraude). Entretanto, ambos conceitos estão dentro do gênero de dolo, ou seja, a ocorrência de ambos pressupõe a intenção, a má-fé em lesar terceiros.

No caso concreto, a conduta perpetrada pela recorrente e por seus sócios Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão, os quais, na busca da maior lucratividade possível, ludibriaram o fisco ao reduzir consideravelmente sua carga tributária, demonstra o nítido intento doloso de se beneficiar financeiramente, em detrimento de toda a regra tributária vigente.

A fiscalização demonstrou que parte da renda do negócio fraudulento era revertida em prol das pessoas elencadas como responsáveis solidárias, comprovando, mais uma vez, que a conduta era dolosa, não cabendo sequer ponderações sobre eventual conduta elisiva.

Além disso, mister ressaltar que a recorrente omitiu reiteradamente, durante dois anos-calendário, as informações sobre a correta apuração de seu resultado contábil e fiscal, nos montantes de R\$ 15.666.176,50 (2006) e de R\$ 6.296.221,17 (2007).

Ainda, importante afirmar que não cabe a aplicação das Súmulas CARF nº 25:

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

¹ Silva, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, Volume II - D-I, Editora Forense, 1978, pág. 718. Texto extraído do sítio: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=110238&key=2241519

A referida norma não tem o condão de sempre afastar a multa qualificada nas situações de autuação por presunção de omissão de receitas. O que se quer dizer é que a fiscalização deve efetuar aprofundamento nas investigações a ponto de caracterizar a conduta dolosa por parte do sujeito passivo.

No caso concreto, a recorrente reiteradamente omitiu informações dos fatos geradores por ela praticados durante o período de 2 anos, conduta esta que se subsume ao conceito de fraude e sonegação.

Como visto, não houve outra intenção, por parte da recorrente e de todas as pessoas envolvidas nas operações aqui descritas, a não ser o límpido intuito de sonegar tributos, sem nenhum temor, devendo ser afastado pedido de redução da multa qualificada.

CSLL, PIS e COFINS

Por decorrerem dos mesmos fundamentos, aplico aos referidos tributos o quanto disposto no IRPJ, mantendo, portanto, o lançamento fiscal.

Responsabilidade Solidária

Os responsáveis solidários Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão apresentaram recurso voluntário, basicamente trazendo os mesmos argumentos.

Como se pode verificar, a fiscalização responsabilizou os sócios da recorrente com base nos seguintes fundamentos:

Assim, pelo fato dos sócios José Ederaldo Campeão e Paulo Henrique Correa Campeão, bem como do ex-sócio Nilton César Sinicato, exercerem ou terem exercido a administração ou gerência da sociedade com a prática de atos com infração à lei, pondo em execução a fraude e omitindo informações na escrituração e não fornecendo documentos obrigatórios ao fisco, com a supressão e redução dos tributos, estes devem responder pelas dívidas tributárias, nos termos do art. 135, inciso III, CTN, verbis:

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:

(...)

II - mandatário, prepostos e empregados;

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

Extrai-se de parte do dispositivo legal que a responsabilidade do art. 135, III, do CTN pressupõe uma conduta contrária à lei.

Pois bem.

Tenho que concordar com a decisão da DRJ. Os sócios da empresa, ao deixarem de informar, declarar e recolher tributos que eram de sua obrigação, em dois anos-calendário consecutivos, praticaram conduta dolosa que contraria aos mandamentos da legislação fiscal. Transcrevo as razões da DRJ e sirvo-me delas para firmar meu entendimento:

As pessoas físicas apontadas como responsáveis pelo crédito tributário lançado alegam nas impugnações apresentadas que no Termo Fiscal e também no Relatório Fiscal não existe fundamentação plena que sustente a atribuição de sujeição passiva solidária pretendida pela fiscalização com base no art. 135, III, do CTN”, tendo apenas se limitado a transcrever em parte o referido comando legal.

Defendem que não há nos autos “comprovação de que os impugnantes teriam exercido a gerência da sociedade e que, nessa condição, teriam agido com infração à lei ou ao contrato social ou ainda com excesso de poderes”.

Acrescentam que é nulo o ato de atribuição de sua responsabilidade, “por absoluto cerceamento do direito de defesa, uma vez que “o direito ao contraditório administrativo não lhe foi oportunizado”. Também é nulo “pois desprovido de motivação”.

Finalizam afirmando que “não há como imputar sujeição passiva solidária nos lançamentos ultimados com base em presunção legal.”

Inicialmente, quanto ao cerceamento do direito de defesa, verifica-se que aos responsáveis foi dada oportunidade de apresentação de impugnação acompanhada de documentos e esclarecimentos que julgassem necessários, como se pode ver pelas defesas apresentadas, as quais demonstram que eles compreenderam os motivos da autuação, rebatendo as infrações apontadas, não havendo de se cogitar de prejuízo aos responsáveis solidários.

A motivação de tal imputação de responsabilidade encontra-se especificada no relatório fiscal, a seguir transcrito:

Assim, pelo fato dos sócios José Ederaldo Campeão e Paulo Henrique Correa Campeão, bem como do ex-sócio Nilton César Sinicato, exercerem ou terem exercido a administração ou gerência da sociedade com a prática de atos com infração à lei, pondo em execução a fraude e omitindo informações na escrituração e não fornecendo documentos obrigatórios ao fisco, com a supressão e redução dos tributos, estes devem responder pelas dívidas tributárias, nos termos do art. 135, inciso III, CTN, verbis.

O Contrato Social da empresa Plásticos Santa Terezinha Ltda. ME, fls. 96 a 99, discorre sobre os administradores da sociedade:

CLÁUSULA NONA:

*A sociedade será administrada pelos sócios, **Sr. NILTON CESAR SINICATO E JOSÉ EDERALDO CAMPEÃO**, que assumirão os cargos de administradores, e representarão a sociedade ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.*

Portanto, tais sócios exerceram sim a gerência da sociedade e, no julgamento do mérito do lançamento, restou demonstrada a ocorrência de fraude, nos termos da Lei nº 4.502, de 1964, art. 72, portanto a ocorrência do dolo e a infração à lei. Assim, sendo as pessoas acima citadas sócios com poderes de gestão à época e comprovada sua atuação nesses atos de gestão, correta a imputação de sujeição passiva solidária, nos termos do CTN, art. 135, III.

Processo nº 13888.005218/2010-44
Acórdão n.º **1401-002.049**

S1-C4T1
Fl. 4.851

Pelas circunstâncias acima descritas, reputa-se irreparável o procedimento da fiscalização no tocante à imputação de responsabilidade solidária aos sócios Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão.

Desta forma, proponho a manutenção, no pólo passivo da obrigação tributária, aos solidários Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão.

Conclusão

Diante do exposto, voto por AFASTAR a preliminar de nulidade e, no mérito, voto por NEGAR provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário da empresa e dos responsáveis solidários Nilton César Sinicato e José Ederaldo Campeão, pelas razões acima aduzidas.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa