



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

Processo n° 15504.011964/2010-60
Recurso n° 928.957 Voluntário
Acórdão n° **1802-01.352 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 11 de setembro de 2012
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente JOSÉ EUSTÁQUIO GONÇALVES (RESPONSÁVEL POR ALÔ MINAS REPRESENTAÇÕES LTDA - EXTINTA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO, CUMULADA COM DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Respondem igualmente os sócios com poderes de administração que promovem a dissolução irregular da pessoa jurídica.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados

ARBITRAMENTO DOS LUCROS

O imposto devido será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o sujeito passivo deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, quando demonstrado que a conduta do sujeito passivo se enquadra no art. 71, I, da Lei nº 4.502/64.

JUROS SELIC

O Supremo Tribunal Federal - STF considerou legítima a incidência da taxa Selic sobre débitos tributários (RE nº 582461, julgado em 18/05/2011, com efeito de repercussão geral).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL, PIS e COFINS

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula. Ao contribuinte que tiver o lucro arbitrado não pode ser aplicado o regime não cumulativo para a apuração de PIS e COFINS. Estas duas contribuições incidem sobre o faturamento e em nenhuma hipótese é admitida a dedução de custos incorridos na aquisição de mercadorias a serem revendidas. Ao contestar o próprio regime cumulativo, o sujeito passivo também não trouxe qualquer comprovação de que estas duas contribuições estariam incidindo sobre receitas com origem em outras fontes que não a atividade operacional normal da empresa, ou que estariam incidindo sobre o ICMS. Inócuos, portanto, os argumentos relativos à inconstitucionalidade de normas referentes à apuração destas contribuições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, que considerou parcialmente procedente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa da Jurídica – IRPJ, à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, conforme autos de infração às fls. 2 a 31, nos valores de R\$ 83.471,50, R\$ 33.549,76, R\$ 55.563,52 e R\$ 154.845,81, respectivamente, incluindo-se nesses montantes a multa de ofício qualificada de 150% e os juros moratórios.

A autuação abrangeu operações da empresa Alô Minas Representações Ltda. no ano-calendário 2006, e foi motivada pela constatação de omissão de receitas apurada a partir de depósitos bancários com origem não comprovada. O lançamento de IRPJ e CSLL se deu mediante o arbitramento dos lucros, e de PIS e COFINS pelo regime cumulativo.

A Fiscalização entendeu que a referida empresa não mais existia e imputou a responsabilidade pelo crédito tributário aos sócios José Eustáquio Gonçalves e Gleison Pires Dutra.

Os fundamentos da autuação e os argumentos de impugnação estão muito bem descritos na decisão de primeira instância, Acórdão nº 02-28.8276 (fls. 954 a 995):

DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES IMPUTADAS

(...)

Termo de verificação fiscal

No termo de verificação fiscal a folhas 34 a 38 o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

Contexto

- *Relata-se o procedimento de fiscalização de Alô Minas Representações Ltda, doravante denominada apenas Alô Minas.*
- *A empresa foi excluída do sistema Simples de recolhimento de tributos, alterou seu domicílio fiscal do Ceasa-MG em Contagem, para Belo Horizonte e passou a entregar declarações como inativa. Pesquisas sobre sua situação fiscal apontaram divergências entre a receita declarada, a movimentação financeira e operações de débito e crédito de ICMS com terceiros.*

Procedimentos iniciais de fiscalização

- *Em 17.12.2009 foi efetuada diligência no domicílio fiscal informado ao CNPJ: rua Cataguazes, 25 — bairro Carlos Prates, Belo Horizonte, MG. Conforme constado na diligência e*

posteriormente ratificado por pesquisa no cadastro imobiliário da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, o endereço informado é inexistente e o contribuinte não pode ser localizado.

• O primeiro imóvel, possivelmente o de nº 25, é uma garagem. O seguinte imóvel já é o de nº 39. A garagem pertence à casa da rua lateral: rua Rio Pomba, 14. Nesse local funciona a empresa Ribeiro & Associados — Serviços Contábeis e Jurídicos, da qual foram obtidas informações sobre o endereço procurado. O contabilista Wanderson Ribeiro Gonçalves confirmou a situação já descrita do imóvel e, questionado sobre a Alô Minas, esclareceu que a empresa já não funcionava havia aproximadamente 3 anos. Esse prazo coincide com a data de alteração de domicílio realizada pela empresa, cuja DIPJ relativa ao mesmo período teve como responsável pelo preenchimento e pela entrega o Sr. Wanderson..

• O termo de início de ação fiscal enviado para o endereço cadastral da empresa retornou dos correios com o aviso de “número inexistente”. Nova intimação foi enviada aos dois sócios, José Eustáquio Gonçalves e Gleison Pires Dutra, solicitando esclarecimentos sobre a situação da empresa. Após a reintimação, o sócio responsável, o Sr. Eustáquio, informou a paralisação temporária das atividades da empresa. Entretanto, não indicou onde ela estaria domiciliada.

• A Alô Minas, cuja inscrição estadual se encontra cancelada pela SEF/MG desde 2007 por desaparecimento do contribuinte, não efetuou a correta atualização de seus dados cadastrais na RFB, pois manteve sua situação como ativa e indicou como seu domicílio endereço inexistente. Ficou ainda caracterizado que o contribuinte já não dispõe de patrimônio nem de capacidade operacional necessária para seu objeto social.

• Diante de tais fatos, em 04.02.2010 foi feita representação fiscal para eleição de ofício do domicílio fiscal do contribuinte, que foi alterado para o endereço conhecido do sócio responsável, com vistas à declaração de inaptidão de seu cadastro no CNPJ desde a alteração do domicílio de Contagem para Belo Horizonte (PAF nº 15504.001462/2010-21).

• De acordo com a nova legislação sobre o CNPJ, a inscrição da empresa foi considerada inapta e, sem manifestação contrária do contribuinte, foi baixada de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 246, de 2010.

O contribuinte

• A Alô Minas foi excluída do Simples pelo ADE nº 1, de 07.01.05, com efeitos desde 01.01.03. Na RFB encontrava-se ativa e entregou declaração referente ao ano-calendário de 2006 como lucro real trimestral, porém com todos os campos com valor zero, não retificada até o momento. Nos anos seguintes entregou declaração como inativa. Apresentou Dacon com PIS e Cofins apurados de janeiro a julho de 2006, e DCTF apenas para o 1º semestre de 2006, porém sem débitos. Perante a

SEF/MG declarou receita de janeiro a julho de 2006, e deixou os períodos seguintes sem informação.

Movimentação financeira

• O sócio responsável foi intimado a apresentar contrato social e alterações, livros contábeis, balancetes e demonstração do resultado, notas fiscais emitidas e extratos bancários. Somente após reintimação apresentou contrato social e alterações e solicitou sua primeira dilatação do prazo. Sem atendimento dos itens solicitados com a terceira intimação, foi também alertado sobre as penalidades pelo não cumprimento das intimações e sobre providências administrativas para obtenção das informações negadas à fiscalização. Mais uma vez, em caráter visivelmente protelatório, solicitou novo prazo para cumprimento da intimação.

• Diante da falta de atendimento à fiscalização e demais fatos já relatados, só restou à fiscalização o recurso previsto na Lei Complementar nº 105, de 2001. A situação foi sintetizada em solicitação enviada em 01.03.2010 à DRF/BHE, que expediu requisição de informação sobre movimentação financeira.

• Foram solicitadas cópias de fichas cadastrais do correntista, sócios, possíveis procuradores e avalistas, com os respectivos documentos, inclusive instrumentos de procuração e cartões de assinaturas; contratos de financiamentos, empréstimos e outros, de todas as contas correntes e de investimentos, em papel e meio magnético. Foram recebidas informações do Banco ABN Amro Real S/A, do Banco Bradesco S/A (duas contas correntes) e da União dos Bancos Brasileiros S/A (duas contas correntes).

Análise do extrato bancário

• Com base nos extratos e demais informações sobre a movimentação financeira, procedeu-se à análise individualizada dos créditos e depósitos. Foi efetuada a conciliação das contas, depurando os valores creditados dos decorrentes de transferências entre contas do titular, de transferência e resgate de aplicações financeiras ou de poupança, abonos, bonificações e quaisquer outros que não indicassem origem externa, tudo de acordo com o § 3º, inciso I, do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Por critério de relevância foram excluídos todos os créditos ou depósitos no valor de até R\$ 100,00, inclusive. Foi então elaborada a planilha denominada “relação de créditos e depósitos bancários para comprovação de origem”, a qual passou a integrar o presente termo de verificação.

• Em 16.04.2010, José Eustáquio Gonçalves tomou ciência de intimação com vistas a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos valores creditados ou depositados. Na mesma ocasião foi novamente solicitada a apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais da empresa.

• *Transcorrido o prazo para atendimento, o sócio limitou-se a solicitar novo prazo para juntada de documentos. Com o objetivo de demonstrar a boa vontade em oferecer todos os recursos disponíveis para que a fiscalizada apresentasse esclarecimentos e contra argumentações, foi emitido novo termo de intimação. Vencido novamente o prazo, o intimado, em resposta padronizada, sem apresentar justificativa objetiva, solicita nova prorrogação do prazo. Por fim, após seis meses, sem apresentação de nenhum livro ou documento contábil ou fiscal, e após dois meses sem comprovação da origem dos créditos efetuados em suas contas bancárias, ficou caracterizada a dissimulada conduta do contribuinte em recusar-se a atender as intimações fiscais.*

• *Dessa forma, os valores depositados em suas contas bancárias caracterizam-se, por presunção legal, como omissão de receita. Os valores apurados a partir da planilha “relação de créditos e depósitos bancários para comprovação de origem” encontram-se demonstrados em totais mensais no termo de verificação e perfazem no ano-calendário de 2006 R\$ 1.753.037,99.*

• *Em 17.06.10, de acordo com o artigo 7º do Decreto nº 3.724, de 2001, e com o artigo 9º da Portaria RFB nº 180, de 2001, procedeu-se à destruição das informações contidas em meio magnético, recebidas em decorrência das requisições de movimentação financeira expedidas. Foi dada ciência, por via postal, do termo de destruição ao sócio José Eustáquio Gonçalves.*

Os responsáveis pelo crédito tributário

• *Em 18.04.2007, conforme alteração contratual registrada na Jucemg em 26.06.2007, os sócios José Eustáquio Gonçalves e Gleison Pires Dutra mudam a razão social da empresa para Alô Minas Representações Ltda e a localização de sua sede para rua Cataguazes, 25, bairro Carlos Prates, Belo Horizonte, MG. Além do contrato registrado na Jucemg, o novo endereço também foi informado ao fisco estadual e ao CNPJ.*

• *Tal endereço é inexistente. Assim, a Alô Minas deixa de existir fisicamente e já não pode ser localizada pela fiscalização. A Alô Minas havia sido excluída do Simples e o seu real faturamento foi autuado pela RFB. O débito respectivo encontra-se pendente de pagamento na PGFN. No ano-calendário de 2006, abrangido por esta fiscalização, a empresa apresentou movimentação financeira, mas declarou rendimentos e atividades nulas em sua DIPJ.*

• *É ponto pacífico na legislação e nos órgãos julgadores que constitui infração de lei e de contrato o desaparecimento da sociedade sem prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias. A alteração do domicílio fiscal com a indicação de endereço inexistente é comprovação inequívoca de má-fé, abuso de poder ou excesso de mandato, conforme preceituam os artigos 124 e 135 do CTN.*

• *Provada a dissolução irregular da empresa, além de latentes a má-fé e o abuso de poder, torna-se legítimo redirecionar a execução fiscal para o sócio-gerente. Portanto, o auto de infração terá como sujeito passivo José Eustáquio Gonçalves. E por conseguinte foi lavrado termo de sujeição passiva solidária em nome do outro sócio.*

Crime de sonegação fiscal

• *Conforme demonstrado no presente relatório, ficou provado que a localização da Alô Minas foi premeditadamente alterada de forma fraudulenta, com a utilização de endereço inexistente, no sentido de torná-la inacessível. A estratégia não tinha como objeto simplesmente a sonegação do próprio tributo devido, mas principalmente o conhecimento de fatos relevantes para o exercício do poder-dever de lançamento pelo fisco. O fornecimento de informação sabidamente falsa aos órgãos fiscalizadores teve como fim prejudicar o direito da Fazenda Pública, principalmente quanto aos créditos constituídos e em fase de cobrança.*

• *Apesar do abandono da Alô Minas, o Sr. José Eustáquio manteve-se atuante no ramo de comércio atacadista de alimentos. Com as mesmas pessoas que passaram pelo quadro societário da Alô Minas (Gleison Pires Dutra e Fabrício Guimarães Gonçalves), administra as seguintes empresas: DJG Comércio Ltda - comércio varejista de mercadorias em geral - supermercado; FIT Mercantil Representações Ltda - representante comercial e agente do comércio de mercadorias em geral; Mercantil Guimarães e Gonçalves Distribuidora de Alimentos Ltda - comércio atacadista de chocolates, confeitos, balas, bombons e semelhantes; GAM Empreendimentos e Participações Ltda - atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica.*

• *O débito tributário não pode ser objeto de evasão nem redução, mediante o abuso de formas jurídicas de direito privado. O direito tributário deve levar em conta, sobretudo, a realidade econômica, superando quaisquer desvios formais nocivos ao interesse público. Trata-se, portanto, de ações claramente tipificadas como infração do artigo 1º, incisos I e IV, da Lei nº 8.137, de 1990, o que configura, em tese, crime contra a ordem tributária.*

• *Em cumprimento da Portaria RFB nº 665, de 24.04.2008, foi formalizada representação fiscal para fins penais em desfavor de José Eustáquio Gonçalves, Gleison Pires Dutra e Wanderson Ribeiro Gonçalves.*

Forma de apuração - arbitramento

• *A fiscalizada foi intimada várias vezes, na pessoa de seu sócio responsável, a apresentar a escrituração contábil elaborada de acordo com as leis comerciais e fiscais. Nenhuma informação objetiva foi apresentada, nem mesmo as notas fiscais de venda,*

que são de manutenção obrigatória e devem ser de imediato apresentadas ao fisco.

• Daí se pode concluir que, sem nenhuma manifestação de parte do responsável pela empresa, eles não dispõem dos elementos solicitados. Independentemente de qualquer outra dilação de prazo, a falta de documentos tão imprescindíveis jamais será contornada de forma satisfatória, do que resulta sempre numa escrituração imprestável e incapaz de comprovar sua veracidade.

• Dessa forma, compromete-se de forma irreparável a escrituração contábil regular. Inexistindo registro do faturamento com base em documentação idônea e de factível verificação, não existirão meios de apurar o lucro real. Impõe-se, nesse caso, o arbitramento do lucro como última alternativa.

• Está liminarmente afastada a possibilidade de tributação pelo regime do lucro real, visto que a pessoa jurídica para tanto deve manter a escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (artigo 197, RIR 1999). Invoca-se aqui o artigo 47, incisos I, II e VII da Lei nº 8.981, de 1995.

A receita operacional omitida

• Para fim de determinação do lucro arbitrado, foi considerado como receita bruta conhecida o valor mensal dos depósitos e créditos bancários cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte. Toda a receita da empresa foi considerada como decorrente do comércio atacadista de gêneros alimentícios, como definido no contrato social. Como não houve valores declarados em DCTF nem pagos, os valores devidos para cada tributo correspondem aos valores apurados pela fiscalização, conforme planilhas anexas.

• Foi aplicado o coeficiente de 9,6% sobre as receitas para a obtenção da base de cálculo do IRPJ, de acordo com o artigo 532 do RIR 1999. A base de cálculo da CSLL corresponde a 12% do valor das receitas.

• As receitas citadas correspondem à base de cálculo da contribuição para o PIS, visto que não existem exclusões nem adições por computar. Considerando ainda o arbitramento do lucro, a alíquota do PIS é de 0,65%, pelo regime da cumulatividade, conforme artigo 10, inciso II, da Lei nº 10.833, de 2003.

• As mesmas receitas também correspondem à base de cálculo da Cofins, visto que não existem adições ou exclusões por considerar. Em virtude do arbitramento, a alíquota a que se sujeita a empresa é de 3%, pelo regime da cumulatividade.

Qualificação da multa de ofício

• Provou-se, com os documentos apresentados, ter a fiscalizada registrado na Junta Comercial informações inexatas quanto à

sua localização, e o fez de forma reiterada, pelo registro das alterações contratuais seguintes. O fornecimento de informação sabidamente falsa aos órgãos fiscalizadores teve como fim direto prejudicar o direito da Fazenda Pública.

• No ano-calendário de 2006 movimentou recursos financeiros da ordem de R\$1.753.000,00. Contudo, entregou declaração à RFB sem nenhuma operação nem valores, e jamais a retificou. A prática de ocultar o fisco a ocorrência do fato gerador, mediante a apresentação de declarações inverídicas, sem o registro de nenhuma movimentação, aliada à constatação de atividade durante o período fiscalizado, constitui evidência de intuito de fraude e sonegação.

• A entrega de declarações inverídicas, o desaparecimento e encerramento irregular das atividades, a utilização de informação falsa em alterações do contrato social e os valores mantidos em contas bancárias à margem da contabilidade demonstraram a vontade reiterada dos responsáveis pela empresa de impedir totalmente o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, da sua natureza e de suas circunstâncias materiais. Acrescente-se a caracterização nos autos da recusa do atendimento de intimações fiscais, dissimulada em infundáveis pedidos de prorrogação de prazo sem nenhuma razoabilidade. Ficou ainda configurado o ajuste doloso entre pessoas naturais, visando à simulação e à sonegação verificadas e demonstradas no curso da ação fiscal.

• Uma vez que as práticas mencionadas se encontram clara e individualmente tipificadas nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, torna-se, pois, indubitável a pertinência da qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei nº 9.340, de 1996.

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A folhas 88 encontra-se o termo de sujeição passiva solidária pelo qual Gleison Pires Dutra é declarado co-responsável pelo pagamento da exigência tributária constituída por meio dos lançamentos objeto deste processo.

Ao fundamentar a emissão do termo, a autoridade fiscal apresenta uma síntese dos fatos já relatados na subseção anterior deste relatório e conclui que ficou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do artigo 124, incisos I e II, do artigo 135, inciso III, e do artigo 137, inciso I, todos do CTN (Código Tributário Nacional), e do artigo 207, inciso V, parágrafo único, inciso III, do RIR 1999.

Conforme aviso de recebimento a folhas 89, a ciência ao sujeito passivo solidário da lavratura do termo deu-se por via postal em 30.06.2010.

IMPUGNAÇÃO DO LANÇAMENTO

Conforme assinatura aviso de recebimento a folhas 90, o sujeito passivo principal (José Eustáquio Gonçalves) foi notificado dos lançamentos por via postal em 08.07.2010. Em 09.08.2010, uma segunda-feira, ele os contestou, mediante a apresentação de uma impugnação para cada um deles, acompanhadas de documentos, as quais foram juntadas a folhas 95 a 138 (Cofins), 228 a 272 (PIS), 360 a 391 (IRPJ) e 464 a 497 (CSLL).

Já o sujeito passivo solidário, conforme aviso de recebimento a folhas 91, foi notificado dos lançamentos, também por via postal, em 08.07.2010. Em 09.08.2010, uma segunda-feira, ele também contestou as exigências fiscais, mediante a apresentação de uma impugnação para cada lançamento, as quais foram juntadas a folhas 585 a 631 (PIS), 683 a 728 (Cofins), 782 a 816 (CSLL) e 868 a 901 (IRPJ).

Os enunciados seguintes resumem o conteúdo das impugnações apresentadas.

IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELO SUJEITO PASSIVO PRINCIPAL

IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE COFINS

- A lavratura do auto de infração é totalmente equivocada, imprópria e infundada, de modo que não pode prosperar.

Questões preliminares

Preliminar de nulidade

- Ao auto de infração faltam requisitos essenciais de validade, tais como a motivação, objeto, os meios utilizados pelo fisco, as circunstâncias.
- O auto de infração é ato administrativo para cuja validade se faz indispensável que estejam presentes os requisitos da competência, finalidade, forma, motivo e objeto.
- No caso presente, o auto de infração não está devidamente instruído, pois não demonstra efetivamente e de maneira descritiva como se deu a verificação fiscal, tampouco o arbitramento aplicado. Isso cerceia o direito constitucional à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal e comprova a necessidade de ser declarada a nulidade do lançamento.
- Desrespeitou-se completamente o disposto no capítulo XII da Lei nº 9.784, de 1999.
- Segundo expressa previsão legal, quando a motivação advenha de declaração de concordância com procedimentos outros, estes têm, obrigatoriamente de ser parte integrante do ato administrativo. O artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê a obrigatoriedade de os autos de infração e as notificações de lançamento serem instruídos com todos os termos, depoimentos,

laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

• Transcrevem-se passagens doutrinárias, para concluir que a lógica inconcussa a que se chega é a total nulidade do auto de infração, por não preencher os requisitos de validade, a ponto de cercear o direito de defesa, uma vez que não permite à impugnante a boa compreensão dos motivos que ensejaram a autuação, a compreensão dos valores exigidos e quais as irregularidades imputadas.

• Todavia, em atenção ao princípio da eventualidade, o impugnante passa a tratar do mérito da autuação, na medida em que lhe foi possível a compreensão.

Ilegitimidade passiva do impugnante

• A responsabilização do impugnante é totalmente absurda e não encontra embasamento jurídico.

• O patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o patrimônio da pessoa física, e a desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade tributária é medida extrema e limitada.

• Não houve nenhuma cobrança visando à satisfação do suposto crédito tributário da efetiva contribuinte, a Alô Minas, requisito indispensável para que haja cobrança dos sócios, e desde que esses tenham agido comprovadamente com excesso de poderes ou infração de lei.

• É certo que o impugnante jamais agiu com excesso de poder, nem praticou qualquer ato que importe em infração de lei, contrato social ou estatuto. Não é possível, pois, a imputação da desconstituição da personalidade jurídica e da responsabilidade solidária, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN. Ilustra-se o argumento com citação doutrinária e com a ementa de acórdão atribuído ao Judiciário.

• Ao contrário do que pretende fazer crer o fisco, a Alô Minas é empresa existente há vários anos e jamais houve a sua dissolução, muito menos de maneira irregular.

• De acordo com o artigo 134 do CTN, somente diante da impossibilidade de ser satisfeita a obrigação tributária por parte do contribuinte é que haverá responsabilidade solidária. Não existe a previsão da desconsideração da personalidade jurídica. Ilustra-se o argumento com citação doutrinária e com a ementa de acórdão atribuído ao Judiciário.

• O artigo 134 do CTN, ao tratar da responsabilidade solidária quanto aos créditos resultantes de obrigações tributárias diante da impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, só imputa aquela aos sócios quando se trata de sociedade de pessoas.

• *É pacífico o entendimento de que a sociedade limitada não se classifica como sociedade de pessoas, conforme afirma o autor P. R. Tavares Paes, em passagem transcrita na impugnação. O próprio STJ regulamenta a matéria por meio da Súmula nº 430, que põe fim a qualquer discussão ao estabelecer que o inadimplemento da obrigação tributária de uma sociedade empresária não gera, por si só, a responsabilidade do sócio gerente.*

• *Logo, está cabalmente demonstrada e comprovada a ilegitimidade passiva do impugnante. É totalmente arbitrária e equivocada a lavratura do auto de infração que o tem como responsável.*

Contestação da baixa de ofício do CNPJ da Alô Minas

• *A Alô Minas é pessoa jurídica com existência de fato e de direito desde 1990, legalmente constituída e com sócios perfeitamente identificados. Durante anos exerceu regularmente a atividade social indicada em seus atos constitutivos. Jamais houve a sua dissolução, muito menos irregular.*

• *Mesmo na atual situação de inatividade, o que é permitido expressamente na legislação vigente, a Alô Minas continua a cumprir com todas as obrigações tributárias, especialmente as de natureza acessória, o que comprova sua efetiva existência no mundo fático e jurídico.*

• *O fisco afirma que o endereço indicado em alteração contratual seria inexistente. Decorrido mais de ano do registro da alteração contratual em causa, porém, a Alô Minas sofreu fiscalização naquele endereço que resultou na lavratura, em 02.12.2008, de autos de infração, os quais por sua vez deram origem ao processo administrativo fiscal nº 10680.015468/2008-14. Compulsando-se as cópias anexas dos autos de infração lavrados naquela ocasião, verifica-se que a própria Receita Federal reconhece como efetivamente existente o endereço ora questionado.*

• *Os autos de infração daquele processo foram impugnados. Depois de a DRJ/BHE ter julgado as impugnações, foi aviado recurso voluntário dirigido ao Carf conforme se comprova pelo extrato impresso de consulta processual.*

• *Em outras oportunidades, a Receita Federal enviou ao endereço da Alô Minas notificações intimações e estas foram efetivamente recebidas. Ainda não houve notificação dos integrantes do QSA, que não se refutaram em prestar as informações solicitadas pela Receita Federal do Brasil.*

• *Está, pois, completamente comprovada a efetiva existência de direito da empresa Alô Minas, e não existe a sua dissolução irregular. Conclui-se daí forçosamente que eventual auto de infração só poderia ter sido lavrado em nome dela, e não jamais em face de seu sócio.*

• *No tocante à inscrição estadual da empresa, essa perdeu sentido e se tornou dispensável em virtude de alteração da razão social, pela qual a empresa passou a desenvolver a atividade de prestação de serviços.*

• *A propósito da informação constante no auto de infração acerca da declaração de inaptidão do CNPJ da Alô Minas, invoca-se o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (CF 1988), segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Os particulares não estão submetidos ao império da vontade da Administração, mas somente à vontade da lei, de modo que as suas obrigações e as restrições de sua conduta só podem ser estabelecidas em virtude de lei.*

• *Tal princípio aplica-se ao Executivo, por expressa disposição do artigo 37 da CF 1988, ou seja, a legalidade é o padrão de conduta da Administração Pública em todos os níveis. Por essa razão, a doutrina erige o motivo como um dos requisitos necessários de todo ato administrativo. Em abono do argumento transcreve-se passagem atribuída a Hely Lopes Meireles.*

• *O ato administrativo, para ser válido, deve-se apoiar numa dupla demonstração: a) da existência de lei autorizadora de sua emanção, o que se denomina motivo legal . b) da verificação concreta da situação fática para a qual a lei previu o cabimento daquele ato, o que se denomina motivo de fato. Segundo Hely Lopes Meireles, se tais motivos são falsos ou inexistentes, o ato praticado é nulo.*

• *A correta indicação do motivo legal e do fático, bem como a perfeita correlação entre um e outro, são requisitos indispensáveis para a validade do ato, sempre que a aplicação da lei o exigir ou quando afetar situações jurídicas subjetivas, como é o caso das sanções versadas no caso em tela.*

• *No caso de penalidades tributárias, a necessidade de lei que preveja expressamente a hipótese passível de sanção consta do artigo 97, inciso V, do CTN.*

• *A lei não autoriza declaração de inaptidão do CNPJ por divergências com autoridades fiscais. De acordo com os artigos 80 e 81 da Lei nº 9.430, de 1996, as únicas hipóteses de declaração de inaptidão do CNPJ são: falta de entrega de declaração anual do IRPJ por, no mínimo, dois exercícios consecutivos; b) falta de comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência de recursos empregados em operação de comércio exterior; c) falta de localização no endereço informado ao CNPJ.*

• *Nos procedimentos instaurados até o momento, a fiscalização não alega, nem comprova, que a Alô Minas teria deixado de apresentar declarações de IRPJ, ou que teria deixado de comprovar a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência de recursos empregados em operação de comércio exterior. Tampouco ficou provado de forma inequívoca que a Alô Minas*

não estaria estabelecida no endereço indicado à Receita Federal. Conforme cópia anexa, contrariando a alegação do fiscal autuante, a empresa foi notificada pela Receita Federal para a devolução de documentos no endereço constante no CNPJ.

• As hipóteses de declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ previstas no artigo 81 da Lei nº 9.430, de 1996, carecem de regulamentação, conforme ressalvado pelo próprio preceito.

• Ocorre que a Receita Federal pretendeu usurpar a competência do Ministro da Fazenda ao editar a Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, com violação do disposto nos artigos 11, 13 e 14 da Lei nº 9.784, de 1999.

• O ato administrativo que fixa requisitos e condições para a declaração de inaptidão do CNPJ reveste-se de caráter normativo, nos termos do artigo 100 do CTN, de modo que a delegação não é admitida.

• Nenhum dos atos indicados na preâmbulo da Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, autoriza a delegação de competência do Ministro da Fazenda para a Receita Federal. Ao examinar situação análoga, o Tribunal Regional da Primeira Região decidiu-se pela ilegalidade do ato praticado pelo Secretário da Receita Federal, conforme ementa de decisão que se transcreve.

• É forçoso concluir que são manifestamente ilegais as disposições da referida instrução normativa que pretendem disciplinar as hipóteses de inaptidão da inscrição no CNPJ, por terem sido editadas por autoridade incompetente.

• Paralelamente, nem mesmo os artigos 28, 30, 39 e 41 do ato normativo em causa dão amparo à pretensão fiscal de tornar inapto o CNPJ da Alô Minas. Estando esta em total situação de regularidade cadastral, eventual auto de infração só poderia ter sido lavrado contra ela, jamais contra seu sócio.

• A Alô Minas não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 39 da Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, para fins de declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ. Mesmo estando inativa, é legalmente permitido permanecer a cumprir todas as obrigações tributárias, o que exclui a hipótese do inciso I. A hipótese do inciso II também não se lhe aplica, tendo sido demonstrada a existência fática e jurídica da Alô Minas, reconhecida pela própria Receita Federal em fiscalização anterior.

• Além disso, o inciso I do art. 41 da mesma instrução normativa estabelece que a pessoa jurídica somente poderá ser considerada como não localizada quanto por duas vezes ou mais retornem negativas correspondência que lhe são enviadas. Em nenhum momento o fisco autuante comprovou tal situação.

- *A Cocad deve emitir ADE, publicado em sítio eletrônico da RFB com a relação de pessoas jurídicas inaptas. O conteúdo e o alcance dos atos editados pelas autoridades administrativas subordinam-se aos das leis que lhe servem de fundamento (arts. 99 e 100 do CTN). Dessa forma, como inexistente autorização legal para a declaração de inaptidão na hipótese demonstrada, não há espaço para que assim disponha mera instrução normativa, como já decidiu o Tribunal de Justiça da 5ª Região.*
- *A inexistência de fato é situação só aplicável, logicamente, à empresa que tenha sido criada com a exclusiva finalidade de encobrir o nome do real praticante de determinados atos jurídicos, uma empresa de fachada, que nunca desenvolveu atividades reais, o que não é o caso da Alô Minas.*
- *Independentemente de o CNPJ da Alô Minas ter sido arbitrariamente declarado inapto, em face do disposto no artigo 44 da Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, não existe previsão legal de que a inaptidão acarrete a possibilidade de o fisco simplesmente promover a desconsideração da personalidade jurídica, como sanção para qualquer fim.*
- *Não há falar em responsabilidade do sócio administrador, uma vez que a sociedade empresária não é inexistente, mas sim inativa, situação totalmente legal.*

Questões de mérito

- *No tocante ao mérito, melhor sorte não assiste à autuação.*

Movimentação financeira e análise do extrato bancário — presunções e indícios

- *Quando se deseja saber se ocorreu no passado um evento no qual não se teve participação, recorre-se a provas de sua existência, que podem ser diretas ou indiretas, estas também chamadas de indícios, que são aqueles elementos que não dizem respeito diretamente ao fato ser provado.*
- *Moacyr Amaral dos Santos define o indício como o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido. O indício não é uma prova diretamente relacionada ao fato que se deseja provar. Apenas representa outro fato, mas que por intermédio do raciocínio pode indicar sua ocorrência. Quanto se tem um indício, e não uma prova direta, o procedimento de comprovação divide-se em duas partes: a comprovação da existência do fato inicial e a demonstração da presunção de que ele indica o fato que se deseja provar. Ambas as partes são de igual importância.*
- *Para que um indício seja passível de consideração deve ter as seguintes características: propiciar um convencimento seguro; não permitir que dele se extraia mais de uma consequência possível; e apontar diretamente para o fato conhecido de forma que não alcance nenhum outro.*

• *A prova por indícios e presunções demanda zelosa cautela, por não ser direta e por envolver uma maior possibilidade de erro. Logo, um indício pode ser usado como meio de prova, dando origem a uma presunção, quando o indício e a presunção geram a convicção de que não existe nenhuma alternativa razoável.*

• *No campo administrativo a necessidade de correlação é ainda mais acentuada, tendo em vista os princípios constitucionais e legais que regem a relação entre o Estado e os particulares.*

• *A presunção, por sua natureza, pode deflagrar fatos que podem ir contra a realidade, de modo que não pode ser adotada como fundamento para a prática de qualquer ato gravoso se não traduzir com adequado grau de segurança a ocorrência do fato imputado.*

• *O auto de infração, bem como o mandato de procedimento fiscal são atos jurídicos que têm como pressuposto ou motivo a ocorrência de um ilícito. Somente deve haver a realização do ato quando o agente administrativo se depara com o descumprimento de uma prestação tributária.*

• *Todo o procedimento fiscal de autuação deve trazer os elementos formadores de convicção do respectivo agente. Estes, por sua vez, devem ser sustentados em documentos probatórios ou métodos de avaliação empíricos. Afasta-se, pois, a utilização de suposições e indícios infundados como ocorrido no presente caso. Em abono do argumento, cita-se passagem atribuída a Ricardo Mariz de Oliveira.*

• *O Conselho de Contribuintes, ao examinar casos em que o fisco pretendeu efetuar lançamentos tributários com base em fatos que não guardam estreita relação com o fato gerador que se deseja provar, ou em indícios e presunções destituídos de gravidade, precisão e coerência, sempre foi uníssono em cancelar as exigências fiscais. Ilustra-se o argumento com a citação de ementa de duas decisões administrativas e de uma judicial.*

• *O auto de infração impugnado se funda totalmente em indícios e presunções fiscais, baseadas em conjecturas mirabolantes, destituídas de lógica e de prova capaz de sustentar quaisquer das afirmações do atuante.*

• *Baseia-se o fisco em extratos do período de janeiro de 2006 a dezembro de 2006 e considera todos os valores apurados como se fossem faturamento da Alô Minas, quando em verdade deveria haver inspeção minuciosa com o objetivo de verificar o valor real ente faturamento e despesa.*

• *Nem todo o crédito em conta corrente representa lucro da empresa. Muitas vezes estão em seu caixa para adimplemento de despesas. Desconsiderar tal fato é demonstrar a arbitrariedade e fragilidade das alegações fiscais.*

- *Os indícios reunidos pela fiscalização não propiciam convencimento seguro acerca do suposto crédito do fisco, o que compromete a lisura do trabalho fiscal e torna imperiosa a sua anulação.*

Impossibilidade de aplicar o arbitramento, e não a omissão de receita

- *O arbitramento é medida extrema. Sua utilização é possível apenas se o fisco verificar a ausência de escrituração regular, o que não se vislumbra no caso.*

- *O entendimento de que é medida extrema é tranqüilo e unânime. Ele não pode ser usado ao bel-prazer do fisco, que teria perfeitamente como realizar a fiscalização pelos métodos normais, consoante se comprova pela transcrição na impugnação de ementas atribuídas ao Conselho de Contribuintes e também a diversas DRJ.*

- *O arbitramento não pode ser usado por mera conveniência e apenas por se revelar mais vantajoso para os cofres públicos, sob pena de se distorcer totalmente a realidade dos fatos, como no presente caso.*

- *O montante que se exige na autuação foi encontrado ilusoriamente, pelo equivocado arbitramento, o que invalida, pois, o trabalho fiscal, o qual tem de ser integralmente desconsiderado e anulado e não se presta a fundamentar nenhuma cobrança.*

- *O arbitramento incorre em gritantes erros e é certo que inexiste a prática das supostas infrações aludidas na autuação*

- *A impugnante, na qualidade de comerciante, apenas realiza a revenda de produtos. Não os fabrica, mas sim os compra de fornecedores. Assim, precede à operação de venda uma correspondente operação de compra. O verdadeiro e real lucro que possa vir a obter a impugnante decorre sempre da diferença entre o que se despense na compra das mercadorias e o que se obtém com a revenda, ou seja, a agregação de valor imposta às mercadorias comercializadas. Dessa forma, o real faturamento da impugnante é composto apenas desse valor agregado.*

- *Equivocadamente, no arbitramento de lucro considera-se como faturamento inclusive a parte do preço de compra da mercadoria. Conseqüentemente, engloba-se dentro do faturamento da impugnante o faturamento de terceiro. Isso se reflete na base de cálculo apurada pelo fisco e a torna completamente ilusória, ilegal e irreal, e a impede de prosperar.*

- *O faturamento de terceiro não pode compor a base de cálculo da Cofins, uma vez que nesse caso a Cofins teria uma base imponible constituída também por valores que não correspondem receita auferida pelo próprio contribuinte, o que configura evidente confisco, vedado pelo artigo 150, inciso IV, da CF 1988.*

• *Ao pretender fazer a Cofins incidir sobre o faturamento bruto das vendas de mercadorias, o fisco cobra valores muito além do montante efetivamente devido.*

• *Sobre o valor destacado em nota fiscal do fornecedor da impugnante já houve, em princípio, incidência da Cofins, visto que essas somas representam seu faturamento. Dessa forma, ao considerar como integrante da base de cálculo todo o montante do faturamento bruto, ainda mais por meio de arbitramento, o autuante deforma a base de cálculo real e extrapola a capacidade contributiva da impugnante, além de acarretar bitributação, haja vista que, em relação ao valor pago pela aquisição da mercadoria está incluída Cofins paga pelo fornecedor.*

• *Por ter sido essa receita base de cálculo da Cofins recolhida pelo fornecedor, o recolhimento da Cofins sobre a mesma receita pela impugnante caracteriza-se como verdadeiro bis in idem vedado pela legislação.*

• *A escolha da situação econômica pelo legislador encontra limites na discriminação constitucional de competências. A capacidade contributiva não está adstrita à capacidade financeira, nem tem esse significado, mas a restrição legal é de ordem jurídica e busca coibir efeito confiscatório do tributo, na medida em que proíbe o legislador de exigir tributo sem uma base impositiva justa, aplicável à realidade do conjunto de fatos economicamente apreciáveis, formadores do fato gerador.*

• *O princípio da capacidade contributiva proíbe o confisco do patrimônio e impede que o tributo alcance receita, ganhos e rendimentos que não retratem a capacidade econômica do contribuinte. Obviamente essa restrição alcança receita e faturamento de terceiro. O preço pago não pode ser tido como sinônimo de faturamento próprio.*

• *Se o fato impositivo é o faturamento próprio, todo o valor que representar faturamento de terceiro não pode constituir base de cálculo de Cofins. Se assim for permitido, exige-se a contribuição de forma não isonômica, ferindo, pois, o princípio constitucional da isonomia.*

• *O fato de os valores apontados pelo autuante se encontrarem totalmente incorretos reflete-se na base de cálculo, de modo que por equívoco se apurou suposta falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins. Destarte, as diferenças apuradas são ilusórias e decorrem exclusivamente do erro nos valores arbitrados. Em verdade, inexistente falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins e nada deve a impugnante.*

O regime não cumulativo da Cofins

• *O regime não cumulativo para a Cofins foi instituído a partir de fevereiro de 2004 pela Lei nº 10.833. Diante da elevada carga tributária e tendo em vista o caráter cumulativo da Cofins, tributo que por incidir sobre a totalidade da receita bruta não é*

capaz de mensurar a capacidade contributiva do contribuinte, o governo dispôs-se a atender o pedido do setor empresarial e tornar a Cofins não cumulativa.

• Nos termos da nova legislação, as empresas passaram a recolher a Cofins à alíquota de 7,6% sobre o faturamento, definido como o total das receitas independentemente de sua denominação ou classificação contábil. A pessoa jurídica pode descontar créditos acumulados em relação às operações anteriores.

• No caso, a apuração da Cofins realizada pela impugnante revela-se correta e regular, com estrita observância do regime não cumulativo, de modo que deve ser afastada a pretensão fiscal de cobrança de valores.

Inconstitucionalidade e ilegalidade da base de cálculo definida pela Lei nº 9.718, de 1998

• O alargamento da base de cálculo da Cofins previsto na Lei nº 9.718, de 1998, é absolutamente inconstitucional e ilegal, conforme decidido pelo plenário do STF. Receita bruta não é faturamento.

• O trabalho fiscal não considera a ilegalidade da ampliação da base de cálculo prevista na Lei nº 9.718, de 1998, mas a aplica no cálculo dos valores pretendidos. Portanto, esses valores são irreais e indevidos. Em abono do argumento, transcreve-se ementa de decisão atribuída ao Conselho de Contribuintes.

• A Cofins é uma das contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social, conforme dispõe o artigo 195 da CF 1988. Até a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, ela incidia exclusivamente sobre o faturamento do contribuinte e somente desde então é que passou a ser exigida sobre receita ou faturamento.

• O conceito de faturamento, citado no texto original do artigo 195 da CF 1988 foi definido pela Lei Complementar nº 70, de 1991, como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Segundo a doutrina, o conceito de faturamento utilizado nessa redação não poderia englobar nenhum outro tipo de receita. Conclui-se que é cabal a inconstitucionalidade e ilegalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998. A lei ordinária, violando a CF 1988 e a Lei Complementar nº 70, de 1991, alterou a base de cálculo da Cofins.

• Nem mesmo a posterior edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, tem o condão de constitucionalizar a Lei nº 9.718, de 1998, por ter sido publicada após a edição desta última. Considerando que uma lei só pode regulamentar um preceito constitucional preexistente, conclui-se que a Lei nº 9.718, de 1998, não pode ser içada da inconstitucionalidade e ilegalidade em que se encontrava.

• *A inconstitucionalidade e ilegalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, foi amplamente discutida pelo STF, que a reconheceu expressamente. A partir desse entendimento fixado pelo Plenário do STF, ele tem sido adotado pelos seus ministros, consoante exemplificam os julgados citados na impugnação.*

• *E manifesta a incorreção dos valores do auto de infração, visto que a apuração da base de cálculo da Cofins tem por fundamento a Lei nº 9.718, de 1988, de modo que não deve prevalecer. A mesma sorte tem a tributação de receitas financeiras, que também, nos termos da decisão do STF, não podem sofrer tributação pela Cofins.*

Inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins

• *Ao determinar a base de cálculo da Cofins, o autuante considerou o ICMS como parcela dela integrante, o que é totalmente ilegal. Invoca-se em favor do argumento o disposto no artigo 195, inciso I, letra "b", da CF 1988; nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; no artigo 1º da Lei nº 10.833, de 2003; nos artigos 1º, 2º e 13 da Lei Complementar nº 87, de 1996; no artigo 49 do Decreto Estadual de Minas Gerais nº 43.800, de 2002. Dessa legislação infere-se que a Cofins incide sobre a receita bruta advinda das vendas de mercadorias, representadas pelo faturamento, incluído neste o ICMS a ser recolhido.*

• *Há um conceito pressuposto de faturamento e receita na CF 1988 e este deve ser o norte do legislador ordinário. Ao escolher o faturamento ou a receita bruta para ser base de cálculo da Cofins, o inciso I do artigo 195 da CF 1988 identificou que a empresa seria a detentora do faturamento que serviria de base para a citada contribuição, e não terceiros.*

• *No que tange ao IPI, é expressa a sua exclusão da base da Cofins (artigo 2º, parágrafo alínea "a" da Lei Complementar nº 70, de 1991). Quanto ao ICMS, porém, nada determina a lei e é nesse ponto em que reside a inconstitucionalidade e ilegalidade da questão, uma vez que o montante do ICMS faz base de cálculo para as contribuições federais sem ser receita nem faturamento das empresas.*

• *O ICMS é receita dos estados da federação e não pertence ao patrimônio dos contribuintes, por isso, não caracteriza o conceito constitucional e legal de faturamento ou receita, faltando a característica de riqueza do contribuinte e não pode ser incluído na base de cálculo da Cofins. Ilustra-se o argumento com a citação de decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos e de voto do Ministro Marco Aurélio, do STF. Conclui-se, dessas citações, que o ICMS não tem permissão constitucional para integrar a base de cálculo da Cofins. Nenhum imposto, por sinal, o tem, pelo que a própria lei retirou o IPI dessa base.*

- *O ICMS é um ônus para o contribuinte e uma receita de terceiros, pelo que não pode integrar a base de cálculo da Cofins.*
- *Unanimemente a doutrina invoca a quantificação da base de cálculo como capaz de determinar a natureza jurídica do tributo, a ponto de pô-lo a perder, conforme sustenta Paulo de Barros Carvalho. Deve haver uma correlação lógica entre a riqueza que se quer alcançar, seu sujeito passivo e a parcela dessa riqueza que será destinada aos cofres públicos a título de tributo. Sem essa correlação, descaracteriza-se o próprio gênero jurídico do tributo, como bem demonstrou Alfredo Augusto Becker.*
- *Ao incluir na base de cálculo da Cofins o ICMS, riqueza pertencente aos estados da Federação, o que o legislador acabou por fazer foi amesquinhar o conceito constitucional de receita e faturamento. Por via reflexa, avançou tal base de cálculo no patrimônio consolidado do contribuinte. Em abono do argumento, transcreve-se passagem de votos proferidos em julgamentos atribuídos ao STF e ao Conselho de Contribuintes.*
- *O ICMS não pode integrar a base de cálculo da Cofins, uma vez que o conceito de faturamento não o abarca. Ele é rendimento do estado, afinal ninguém comercializa nem fatura imposto. Desta feita, devem ser decotados da base de cálculo da Cofins todos os valores referentes ao ICMS devido nas operações.*

Aplicação das multas de ofício

- *No tocante às multas, estas se mostram totalmente indevidas e arbitrárias.*
- *As multas consistem em sanção pela prática de ilícito. No caso, não houve a prática de nenhum ilícito por parte da impugnante, de modo que não lhe deve ser cobrada multa alguma.*
- *O autuante equivocou-se ao alegar que houve encerramento irregular das atividades da empresa, utilização de informações falsas em alterações do contrato social, vontade dos responsáveis da empresa em impedir o conhecimento da ocorrência de fato gerador da obrigação tributária, recusa ao atendimento de intimações fiscais e ajuste doloso entre pessoas naturais e jurídicas, visando simulação e sonegação.*
- *A Alô Minas não se encontra encerrada, mas sim inativa.*
- *Também não merece respaldo a alegação de informações falsas, visto que o próprio relatório fiscal informa que houve informação do contabilista Wanderson Ribeiro Gonçalves de que a empresa já não funcionava, e não que nunca havia funcionado no endereço constante no CNPJ. Uma vez que a impugnante estava inativa, isso pode ter desencadeado a resposta do contabilista.*

- *Também não se sustentam as alegações de que os responsáveis da empresa tinham vontade de impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador e de que se recusavam a atender intimações, visto que todas as intimações foram respondidas pela Alô Minas.*
- *Assim, não houve nenhum ajuste entre pessoas naturais e jurídicas visando simulação e sonegação.*
- *Conclui-se que o agravamento da multa é totalmente arbitrário e inadmissível. Este é até mesmo o melhor entendimento da jurisprudência administrativa, a exemplo das ementas de decisões atribuídas ao Conselho de Contribuintes que se transcrevem na impugnação.*
- *A Alô Minas e seu sócio José Eustáquio Gonçalves sempre tentaram atender de forma mais rápida e completa as intimações fiscais, sem deixar de apresentar nenhum documento solicitado. Eventuais pedidos de dilação de prazo foram feitos em razão do excesso de documentação solicitada a todo o momento e da necessidade de tempo para separar a referida documentação, o que não se pode caracterizar em tentativa de embaraço (sob pena de o fisco incorrer em abuso e excesso de poder), nem justificar a aplicação da multa confiscatória de 150%, em total afronta dos princípios basilares consagrados na CF 1988.*
- *Cita-se passagem atribuída a Paulo de Barros Carvalho, para concluir que fica claro que as multas aplicadas são sanções de natureza pecuniária equivocadamente imputadas, uma vez que não houve infração tributária por parte da impugnante. Em verdade, a impugnante não infringiu nenhuma norma jurídica de conduta.*

Impossibilidade de aplicação da taxa Selic

- *No tocante à taxa Selic, muito se vem questionando a legalidade do seu uso como índice de atualização do crédito tributário, mormente ante a desvirtuação da sua origem e finalidade, o que prejudica e impede o emprego pretendido pelo sujeito ativo da obrigação tributária.*
- *A disseminação observada no uso da taxa Selic para cálculo dos juros de mora é algo que deve ser acolhido com extrema cautela, pois não raro causa a própria inadimplência do devedor.*
- *A utilização da Selic não atende ao intento do legislador, pois, além de desvirtuar os conceitos já arraigados no direito tributário, choca-se com outros de ordem pública e interesse social, causando verdadeiro enriquecimento sem causa do credor.*
- *Os juros de mora e a multa punitiva complementam a composição do crédito tributário a destempo, ou seja já preservado o próprio capital ante a sua atualização monetária,*

resta obter a indenização pelo atraso no pagamento e a penalidade para dissuadir o devedor na reincidência do ilícito.

• A legislação não permite a cobrança de forma compressiva dos títulos incidentes na mora tributária, mas exige o seu desdobramento, com a meação individualizada de cada um dos respectivos valores.

• Conclui-se que a legislação limita o cômputo dos juros de mora ao efetivo valor do prejuízo sofrido pelo credor, bem como exige que cada título seja indicado de forma individualizada, por ocasião da apuração de crédito tributário em mora. Não obstante, o legislador ordinário está cruzando tais fronteiras, visto que atrela a apuração dos juros de mora à divulgação de juros de cunho eminentemente remuneratório.

• É forçoso concluir que a cobrança dos juros de mora não pode ser substituída por um título mais abrangente, sob pena de desvirtuamento da lei fiscal.

• O Superior Tribunal de Justiça — STJ reconheceu a impertinência da taxa Selic como juros de mora, bem como concluiu que os respectivos encargos gerados constituem nova hipótese de incidência tributária.

• A conclusão exarada pelo Ministro Franciulli Netto de que a taxa Selic impõe aumento da carga tributária deixa evidente o excesso que tal encargo impõe ao contribuinte.

• O artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional — CTN estipula que os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% ao mês.

• Portanto, caso não se decida por anular integralmente as multas e os juros de mora, que sejam substancialmente reduzidos os seus valores.

Aplicabilidade do princípio in dubio pro contribuinte

• Verifica-se no caso em tela a total aplicabilidade do princípio in dubio pro contribuinte, previsto expressamente no artigo 112 do C'TN. Cita-se passagem atribuída a Sacha Calmon Navarro Coelho, para concluir que a lavratura do auto de infração é totalmente equivocada e deve, pois, ser ele anulado, cancelando-se todas as exigências fiscais.

Pedido

• É requerida a total improcedência da impugnação, com o acolhimento das preliminares de nulidade argüidas. Caso não se entenda assim, pede-se que seja determinado o cancelamento do lançamento e a conseqüente extinção do crédito tributário.

• Caso não se decida pela extinção do crédito tributário, pede-se que a multa e os juros sejam desconsiderados ou ao menos reduzidos substancialmente.

- *É requerida a produção de provas por todos os meios admitidos em direito, em especial a pericial e a juntada ulterior de documentos.*

IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS

Além de suscitar as mesmas questões e argüições já resumidas na subseção deste voto em que se relata a impugnação do auto de infração de Cofins, esta impugnação contém novos argumentos e argüições que são sintetizados adiante. Quanto às partes em comum das duas impugnações, remete-se o leitor ao resumo da impugnação do auto de infração de Cofins, pois aqui elas não são reiteradas. Note-se ainda uma distinção no que se refere à legislação invocada. E que, no lugar de se referir à Lei nº 10.833, de 2003 (que institui a Cofins não cumulativa), nela se faz referência à Lei nº 10.637, de 2002 (que institui a contribuição- para o PIS não cumulativo).

Impossibilidade de aplicar o método de arbitramento

- *A propósito do entendimento esposado em ementas transcritas na impugnação, no caso em tela, contrariamente, o fisco valeu-se da apuração da contribuição para o PIS por meio de arbitramento, sob a alegação de omissão de receita no prazo inicial.*
- *O contribuinte, porém, requereu prazo para apresentar os documentos e, ainda que não o houvesse solicitado, tal alegação não merece respaldo, conforme se verifica nas jurisprudências citadas, pois é totalmente imprópria, de modo que não pode prosperar o auto de infração.*

IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE IRPJ

Além de suscitar as mesmas questões e argüições já resumidas na subseção deste voto em que se relata a impugnação do auto de infração de Cofins, esta impugnação contém novos argumentos e argüições que são sintetizados adiante. Quanto às partes em comum das duas impugnações, remete-se o leitor ao resumo da impugnação do auto de infração de Cofins, pois aqui elas não são reiteradas. Note-se ainda que as questões que dizem respeito exclusivamente a essa contribuição são omitidas da presente impugnação, a exemplo da discussão a respeito do regime não cumulativo.

Impossibilidade de aplicar o método de arbitramento

- *A propósito do entendimento esposado em ementas transcritas na impugnação, no caso em tela, contrariamente, o fisco valeu-se da apuração do IRPJ por meio de arbitramento, sob a alegação de omissão de receita no prazo inicial.*
- *O contribuinte, porém, requereu prazo para apresentar os documentos e, ainda que não o houvesse solicitado, tal alegação não merece respaldo, conforme se verifica nas jurisprudências*

citadas, pois é totalmente imprópria, de modo que não pode prosperar o auto de infração.

- *O valor apurado na movimentação financeira não representa o lucro da empresa, uma vez que desconsidera a existência de despesas fixas e variáveis da sociedade.*
- *Não assiste razão ao auditor fiscal, visto que se trata de empresa idônea constituída em 1990, que zela por sua imagem e reputação e honra suas obrigações tributárias e fiscais e que no entanto se encontra inativa.*
- *A base de cálculo define-se como o valor fixado em lei sobre o qual se aplica a alíquota para determinar o montante do tributo devido. Em se tratando de IRPJ, o lucro tributável é o acréscimo, em cada exercício social, do patrimônio líquido da sociedade. Dessa forma, os valores encontrados pela fiscalização por meio do indevido arbitramento são inverídicos e equivocados e não refletem a realidade econômico-fiscal da empresa. Ilustra-se o argumento com a ementa de decisão judicial.*
- *Conclui-se que não houve omissão de receita e que, ainda que houvesse, não poderia ser usado o método do arbitramento.*

IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE CSLL

Além de suscitar as mesmas questões e argüições já resumidas na subseção deste voto em que se relata a impugnação do auto de infração de Cofins, esta impugnação contém novos argumentos e argüições que são sintetizados adiante. Quanto às partes em comum das duas impugnações, remete-se o leitor ao resumo da impugnação do auto de infração de Cofins, pois aqui elas não são reiteradas. Note-se ainda que as questões que dizem respeito exclusivamente a essa contribuição são omitidas da presente impugnação, a exemplo da discussão a respeito do regime não cumulativo.

Impossibilidade de aplicar o método de arbitramento

- *A propósito do entendimento esposado em ementas transcritas na impugnação, no caso em tela, contrariamente, o fisco valeu-se da apuração da CSLL por meio de arbitramento, sob a alegação de omissão de receita no prazo inicial.*
- *O contribuinte, porém, requereu prazo para apresentar os documentos e, ainda que não o houvesse solicitado, tal alegação não merece respaldo, conforme se verifica nas jurisprudências citadas, pois é totalmente imprópria, de modo que não pode prosperar o auto de infração.*
- *O valor apurado na movimentação financeira não representa o lucro da empresa, uma vez que desconsidera a existência de despesas fixas e variáveis da sociedade.*
- *Não assiste razão ao auditor fiscal, visto que se trata de empresa idônea constituída em 1990, que zela por sua imagem e*

reputação e honra suas obrigações tributárias e fiscais e que no entanto se encontra inativa.

• *A base de cálculo define-se como o valor fixado em lei sobre o qual se aplica a alíquota para determinar o montante do tributo devido. Em se tratando de CSLL, o lucro tributável é o acréscimo, em cada exercício social, do patrimônio líquido da sociedade. Dessa forma, os valores encontrados pela fiscalização por meio do indevido arbitramento são inverídicos e equivocados e não refletem a realidade econômico-fiscal da empresa. Ilustra-se o argumento com a citação de passagem doutrinária.*

• *Conclui-se que não houve omissão de receita e que, ainda que houvesse, não poderia ser usado o método do arbitramento.*

IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO

Além de suscitar as mesmas questões e argüições já resumidas na subseção deste voto em que se relatam as impugnações apresentadas pelo sujeito passivo principal, reproduzindo seu texto literalmente, as quatro impugnações contém novos argumentos e argüições apenas no que diz respeito à argüição de ilegitimidade passiva, os quais são sintetizados adiante.

Quanto às partes em comum das oito impugnações, remete-se o leitor ao resumo das impugnações apresentadas pelo sujeito passivo principal, pois aqui elas não são reiteradas.

Ilegitimidade passiva do impugnante

• *O fato de terem os agravantes participado do quadro societário da empresa não configura responsabilidade pelo pagamento da dívida. O artigo 121, inciso I, do CTN estabelece que a responsabilidade tributária cabe, em regra, ao contribuinte.*

• *Apenas excepcionalmente um terceiro, não relacionado pessoal e diretamente com o fato gerador, pode assumir, por determinação legal, a responsabilidade pela obrigação tributária.*

• *O impugnante compôs o quadro societário da autuada entre junho de 2007 e maio de 2008, nos termos da 8ª e da 9ª alteração contratual, na qualidade de sócio meramente quotista, com apenas 1% do capital social. Antes de junho de 2007 o impugnante não integrava o quadro societário, conforme comprovado pela cópia anexa da 8ª alteração contratual.*

• *O impugnante não fazia parte do quadro social da Alô Minas ao tempo da ocorrência do fato gerador do suposto crédito tributário. Não existe nenhuma determinação legal que imponha responsabilidade a sócio que não compunha o quadro social no momento do fato gerador.*

• *Somente o sócio-gerente de sociedade limitada que efetivamente praticou ato abusivo, ou infração de lei, contrato*

social ou estatuto pode ser responsabilizado solidariamente. Nesse sentido é uníssona a jurisprudência do STJ, a exemplo da ementa transcrita na impugnação.

• Nos termos do artigo 135, inciso III, excepcionalmente o sócio-administrador pode ser responsabilizado pelos débitos da pessoa jurídica, nas estritas situações como excesso de poderes ou infração de lei. Comprovar as eventuais infrações constitui ônus da Fazenda Pública, conforme já decidiu o STJ. O sócio meramente quotista nunca poderá ser responsabilizado. Ilustre-se o argumento com a ementa de duas decisões atribuídas a esse órgão.

• A falta de pagamento de tributo, de per si, não caracteriza violação de lei, conforme entendimento do STJ.

• O fato gerador do crédito tributário exigido em momento algum é proveniente de qualquer ato realizado pelo impugnante. E não há falar em excesso de poderes ou infração de lei de sua parte.

• Nem sequer foram exauridas as possibilidades de recebimento do suposto débito pela Alô Minas, requisito indispensável para que ele seja cobrado dos demais supostos devedores. Nos termos do artigo 134 do CTN, somente diante da impossibilidade de ser satisfeita a obrigação tributária por parte do contribuinte, é que haverá responsabilidade solidária. Em abono do argumento, cita-se precedente judicial e passagem doutrinária.

• O artigo 134 do CTN, além disso, só imputa responsabilidade aos sócios quando se trata de sociedade de pessoas. Todavia, é pacífico o entendimento de que a sociedade limitada não se classifica como tal. É o que ensina P. R. Tavares. O STJ regulamentou o assunto por meio da Sumula 430, segundo a qual o inadimplemento da obrigação tributária dum sociedade empresária não gera por si só a responsabilidade do sócio-gerente.

• Portanto não restam dúvidas quanto à total ilegitimidade passiva do impugnante para figurar como co-obrigado no presente auto de infração.

Como mencionado, a DRJ Belo Horizonte/MG considerou parcialmente procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

ARBITRAMENTO DE LUCRO - CABIMENTO

Sujeita-se ao arbitramento de lucro, o contribuinte que não atender a intimação fiscal para apresentar sua escrituração fiscal e contábil.

Tributam-se como omissão de receita os depósitos e créditos em conta bancária cuja origem não seja comprovada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2006

ARBITRAMENTO DE LUCRO - CABIMENTO

Sujeita-se ao arbitramento de lucro, o contribuinte que não atender a intimação fiscal para apresentar sua escrituração fiscal e contábil.

OMISSÃO DE RECEITAS

Tributam-se como omissão de receita os depósitos e créditos em conta bancária cuja origem não seja comprovada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006

BASE DE CÁLCULO DO PIS - CONTRIBUINTE CUJO LUCRO FOR ARBITRADO

Os contribuintes cujo lucro for arbitrado não poderão adotar o regime não cumulativo para a determinação do montante devido de contribuição para o PIS. Esta sempre incide sobre o faturamento e em nenhuma hipótese é admitida a dedução do custo incorrido na aquisição ou na produção dos produtos ou mercadorias vendidas.

OMISSÃO DE RECEITAS

Tributam-se como omissão de receita os depósitos e créditos em conta bancária cuja origem não seja comprovada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2006

BASE DE CÁLCULO DA COFINS - CONTRIBUINTE CUJO LUCRO FOR ARBITRADO

Os contribuintes cujo lucro for arbitrado não poderão adotar o regime não cumulativo para a determinação do montante devido de Cofins. Esta sempre incide sobre o faturamento e em nenhuma hipótese é admitida a dedução do custo incorrido na aquisição ou na produção dos produtos ou mercadorias vendidas.

OMISSÃO DE RECEITAS

Tributam-se como omissão de receita os depósitos e créditos em conta bancária cuja origem não seja comprovada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - EXTINÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO.

Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas extintas os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação. São ainda igualmente responsáveis os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica pelos créditos resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Os sócios sem poder de administração, porém, não podem ser responsabilizados nessas circunstâncias.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

A parcial procedência foi apenas para acatar a arguição de ilegitimidade passiva apresentada por Gleison Pires Dutra e o exonerar da condição de sujeito passivo solidário.

Em relação ao outro sujeito passivo, as exigências fiscais foram mantidas integralmente.

Inconformado com essa decisão, da qual tomou ciência em 13/10/2011, José Eustáquio Gonçalves, para o qual foi imputada a responsabilidade pelo crédito tributário, apresentou recurso voluntário em 16/11/2001, onde reitera a mesma linha de argumentos contidos em sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 13/10/2011 (quinta-feira) e o prazo final para a apresentação do recurso seria 14/11/2011 (segunda-feira), conforme o art. 33 do Decreto 70.235/72 c/c o art. 210 do Código Tributário Nacional - CTN.

Ocorre que o Secretário Executivo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Portaria nº 870, de 24/10/2011, considerando o dia 14/11/2011 como “ponto facultativo no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, alusivo à comemoração do Dia do Servidor Público Federal”.

Como o dia 15/11/2011, em que se comemora a Proclamação da República, é feriado nacional, o prazo final para a apresentação do recurso foi deslocado para o dia 16/11/2011, data em que o mesmo foi apresentado pelo sujeito passivo.

O recurso, portanto, é tempestivo e dotado dos demais pressupostos para a sua admissibilidade. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de exigência de IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e COFINS), fundada em omissão de receitas apurada a partir de depósitos bancários com origem não comprovada.

O lançamento abrangeu fatos ocorridos ao longo do ano-calendário de 2006. O IRPJ e a CSLL foram apurados mediante arbitramento dos lucros, e o PIS e a COFINS, pelo regime cumulativo.

A Fiscalização imputou a responsabilidade pelo crédito tributário ao Sr. José Eustáquio Gonçalves, sócio-gerente da empresa Alô Minas, por ter constatado que a empresa não mais existia de fato, que o último endereço fornecido ao CNPJ era inexistente e que teria havido a dissolução irregular da empresa, dentre outros fatos que serão analisados na seqüência deste voto.

Em sede de recurso voluntário, o sujeito passivo reiterou a mesma linha dos argumentos apresentados na fase de impugnação.

Contudo, suprimiu do recurso o tópico relativo à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, pelo qual havia alegado que o auto de infração não permitiu a boa compreensão dos motivos que ensejaram a autuação, a compreensão dos valores exigidos e quais as irregularidades que lhe foram imputadas.

Tal preliminar merecia mesmo a rejeição, como ocorreu na primeira instância administrativa. O Termo de Verificação Fiscal apresenta grande detalhamento sobre os fatos que motivaram a autuação e também sobre a indicação dos critérios adotados no lançamento, não havendo qualquer margem para alegação desta espécie.

Quanto às demais questões, as quais foram renovadas no recurso voluntário, praticamente nada há a acrescentar à decisão recorrida, que realmente exauriu o exame das matérias, conforme restará demonstrado a seguir.

A análise do recurso seguirá a seqüência de seus tópicos.

LEGITIMIDADE PASSIVA DO RECORRENTE E BAIXA NO CNPJ DA EMPRESA ALÔ MINAS REPRESENTAÇÕES LTDA.

A decisão recorrida examinou essa matéria nos termos abaixo:

Não se sustentam os argumentos do impugnante por meio dos quais defende que houve eleição errônea do sujeito passivo

No relatório fiscal, o autuante invoca como fundamento jurídico para a escolha do sócio-gerente da Alô Minas como sujeito passivo principal o disposto no artigo 124, inciso I e II, e no artigo 135, inciso III, ambos do CTN, os quais textualmente estabelecem que:

(...)

De acordo com o princípio da entidade, o patrimônio da pessoa jurídica, composto de bens, direitos e obrigações, não se confunde com o dos membros que a integram ou com o de pessoas que com ela mantém algum vínculo. No caso de sociedades empresárias ou de sociedades simples que assumam uma das formas de sociedade empresária, a consequência de tal princípio é que a responsabilidade dos sócios e acionistas é em geral limitada ao valor do capital individualmente subscrito e ainda não integralizado.

O princípio da entidade, contudo, não é absoluto, pois a legislação civil, a comercial e a tributária prevêm expressamente diversas hipóteses em que ele pode ser total ou parcialmente rompido, para que os sócios, cotistas ou terceiros vinculados possam responder pelas obrigações da pessoa jurídica. Algumas das exceções ao princípio da entidade encontram-se no CTN, a exemplo das previstas nos seus artigos 124 e 135, transcritos acima.

Assim, configuradas as circunstâncias e condições que, nos termos da lei, permitem a responsabilização de terceiros pela obrigação da pessoa jurídica, é descabido falar em violação do princípio que distingue a responsabilidade da sociedade limitada daquela dos sócios que a integram. Evidentemente, se não houver prova de que os requisitos legais foram preenchidos, a responsabilização dos sócios ou de terceiros vinculados será ilegítima, mas em tese não há obstáculo intransponível para que outras pessoas sejam chamadas a responder pelas obrigações da pessoa jurídica.

A responsabilidade prevista nos artigos 124 e 135 do CTN não é subsidiária, diferentemente daquela estabelecida pelo artigo 134 do CTN, que o é. O próprio parágrafo único do artigo 124

dispõe que a responsabilidade nele prevista não comporta benefício de ordem. Uma vez que o autuante não invoca o artigo 134 do CTN como fundamento jurídico da responsabilização do sócio-administrador, não há nenhuma necessidade de demonstrar que, antes da responsabilização do sócio, houve tentativa frustrada de cobrar o crédito tributário da pessoa jurídica.

Pela mesma razão, é igualmente irrelevante a discussão acerca de se classificarem ou não as sociedades limitadas como sociedade de pessoas, uma vez que apenas o inciso VII do artigo 134 faz tal distinção. A redação dos artigos 124 e 135 não restringe a sua aplicação ao crédito tributário devido pelas sociedades de pessoas.

Ao contrário do que afirma o impugnante, está cabalmente provada nos autos a ocorrência de circunstância prevista no artigo 135, inciso III, do CTN que justifica a responsabilização do sócio (atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos).

A folhas 52 a 55 do anexo I encontra-se a cópia das duas alterações contratuais pelas quais, entre outras modificações, o endereço da sede social da Alô Minas passou a ser a rua Cataguazes nº 25, bairro Carlos Prates, Belo Horizonte. Subscrevem os dois atos, os sócios José Eustáquio Gonçalves e Gleison Pires Dutra. O contrato social consolidado após as duas alterações, atribui ao Sr. José Eustáquio as funções de administrador e representante legal da sociedade. O mesmo endereço foi informado à Receita Federal e passou a constar no cadastro da Alô Minas no CNPJ.

A folhas 40 encontra-se correspondência oficial enviada ao endereço mencionada e devolvida pelos correios sob a justificativa de que o número é inexistente. Já a folhas 41 a 46 vê-se o resultado impresso de pesquisa no cadastro imobiliário da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, que confirma que não há o registro de nenhum imóvel com o endereço em causa.

A folhas 47 encontra-se o termo de constatação fiscal lavrado pelo auditor fiscal que esteve pessoalmente no local. Ele relata que no lado ímpar da Rua Cataguazes o primeiro imóvel é o de nº 39. No lugar onde possivelmente haveria o imóvel de nº 25, depara-se, em verdade, com uma garagem, a qual, por sua vez, pertence a uma casa cujo registro a situa na rua contígua, de modo que seu endereço é Rio Pomba nº 14.

Também no anexo I, a folhas 18, verifica-se que desde 21.12.2007 a inscrição estadual da Alô Minas foi cancelada, por ter sido anteriormente bloqueada em virtude de desaparecimento do contribuinte.

Além disso, a folhas 4 desse anexo verifica-se que as declarações de rendimentos da Alô Minas, desde a referente ao ano-calendário de 2008, indicam inatividade.

A relativa a 2006, embora tenha sido entregue no formulário de lucro real, continha valores todos nulos.

Contra todos esses fatos bem documentados, o impugnante apresenta não mais que uma série de alegações e afirmações não comprovadas.

A prestação de informação falsa e que diga respeito a aspecto tão relevante como a sede do estabelecimento da sociedade caracteriza, sim, infração de lei, contrato social ou estatuto. A informação não só é falsa, como o endereço nem sequer existe. Mais ainda, não foi encontrado nenhum estabelecimento da sociedade, o que implica que de fato não tem sede e portanto não existe. Se lhe restaram bens, isso é igualmente incerto, em face de semelhante quadro.

Embora insista que a empresa existe, o impugnante não traz aos autos nenhuma prova satisfatória de sua afirmação.

As obrigações acessórias que o impugnante alega que a Alô Minas continua a cumprir, pelo que se depreende dos autos, limitam-se à entrega anual da declaração de inatividade. O ato, porém, não demonstra que a empresa existe, que possua bens e algum estabelecimento concreto, nem muito menos que a informação acerca de seu endereço seja verdadeira.

O impugnante fez juntar aos autos, a folhas 187 e seguintes, cópias de autos de infração lavrados pela Receita Federal em 2008 nos quais é indicado como endereço da Alô Minas a rua Cataguazes nº 25. Contudo, isso não constitui prova de que a Receita Federal reconheceu ou certificou a existência de algum estabelecimento da autuada naquele endereço. A qualificação do sujeito passivo no auto de infração deve coincidir com os dados cadastrais do contribuinte, os quais são fornecidos por ele próprio ao CNPJ. Não haveria razão para o fisco indicar endereço diverso, a não ser que tivesse visitado o local e verificado que os dados informados pelo contribuinte eram inverídicos. No relatório da decisão de primeira instância juntada aos autos pelo impugnante, porém, não há nenhuma alusão a semelhante visita. Em verdade, o endereço da Alô Minas não constitui matéria de discussão naquele processo. Mais importante ainda é que, conforme relatado nessa mesma decisão, a notificação do lançamento não se fez por via postal, mas pessoalmente, recebido que foi por um dos sócios. Caso o auto de infração tivesse sido entregue pelos correios no endereço em causa, o fato poderia erigir-se em indício de que, ao menos naquela ocasião, algum estabelecimento da Alô Minas houvesse no local. Todavia, não é esse o caso, e a alegação da presente impugnação torna-se inócua.

O impugnante afirma que posteriormente houve, no endereço questionado, o recebimento de outras notificações e intimações enviadas pela Receita Federal. Não trouxe aos autos, porém, nenhuma prova dessa alegação. O termo de devolução de documentos do qual uma cópia o impugnante fez juntar a folhas 222 não comprova que a Alô Minas foi notificada pela Receita

Federal no seu endereço cadastral, uma vez que a ciência do documento não se fez por via postal, mas pessoalmente, assinado que foi por José Eustáquio Gonçalves, o sócio-gerente. O endereço da Rua Cataguazes, 25 é apenas mencionado no cabeçalho do termo porque é o que, como se sabe, consta do cadastro da empresa.

Ainda que se admita, conforme a alegação do impugnante, que a inscrição estadual se tenha tornado dispensável em virtude da alteração do objeto social da Alô Minas, o procedimento correto seria dar baixa regular dessa inscrição perante o fisco estadual. No entanto, o documento a folhas 18 do Anexo I demonstra que, em verdade, a inscrição estadual foi cancelada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais não para atender a requerimento da Alô Minas, mas sim, conforme dizeres expressos constantes do documento, em razão do desaparecimento do contribuinte.

Não bastassem todos os fundamentos acima para caracterizar que realmente houve a dissolução irregular da empresa, o próprio comportamento de seu responsável ao longo da auditoria fiscal também a caracteriza.

Por seis vezes (em 22/12/2009, 15/01/2010, 10/02/2010, 12/04/2010, 16/04/2010 e 12/05/2010) ele foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais, e outros esclarecimentos, e em todas essas ocasiões limitou-se a solicitar novo prazo para a juntada de documentos, alegando “a exigüidade do prazo concedido e o volume de documentos solicitados”.

Durante todo esse prazo, nenhum livro ou documento fiscal foi apresentado à Fiscalização, evidenciando que a intenção era mesmo de fazer a empresa desaparecer, sem deixar vestígio, o que inclusive já havia motivado o cancelamento pela SEF/MG de sua inscrição estadual.

Na esfera da Receita Federal, também houve procedimento administrativo que resultou na baixa de ofício do CNPJ da empresa Alô Minas Representações Ltda., conforme processo nº 15504.001462/2010-21.

A decisão recorrida, embora tenha mencionado que as discussões a respeito da declaração de inaptidão ou de baixa de ofício da Alô Minas deveriam se dar no âmbito daquele outro processo, acabou de certo modo adentrando nos argumentos do sujeito passivo que questionam a legalidade das normas estabelecidas pela Receita Federal para disciplinar o procedimento administrativo de baixa de inscrição.

Mas além da baixa do CNPJ ser objeto de outro processo, trata-se de um procedimento administrativo de atualização e controle do cadastro CNPJ, que, embora aponte no mesmo sentido do que foi sustentado pela Fiscalização, não implica direta e isoladamente na solução do processo ora analisado.

Tanto o é que foram examinados os argumentos que sustentam a existência da empresa. Com efeito, essa matéria não foi considerada preclusa.

O que interessa, no caso, é que restaram constatados débitos tributários em um contexto que enseja a responsabilização de terceiros, porque a empresa, embora com um faturamento considerável em 2006, na ordem de R\$ 1.753.037,99, entregou DIPJ com valores zerados, e passou a informar ao Fisco um endereço falso e inexistente.

Além disso, a conduta do sujeito passivo no decorrer da auditoria fiscal não só teve implicações com a apuração do fato gerador e a constituição do crédito tributário, mas também veio corroborar a afirmação de que houve a dissolução irregular da empresa, o que também implica na responsabilização de terceiros.

Assim, de qualquer forma o Recorrente seria chamado a responder pelo crédito tributário, ainda que a inscrição da empresa no CNPJ continuasse ativa, e que também constasse o nome dela no cabeçalho do auto de infração.

Diante dos fatos apurados, o sócio-gerente seria igualmente chamado a responder pelo crédito tributário constituído, na condição de responsável, de acordo com as regras do art. 124 c/c 135, III, do CTN, exatamente como ocorreu aqui, o que torna inócua qualquer discussão em torno das normas instituídas pela Receita Federal para os atos relativos ao cadastro CNPJ.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA E ANÁLISE DE EXTRATOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÕES E INDÍCIOS DA AUTUAÇÃO FISCAL

Não há nada a acrescentar aos fundamentos da decisão recorrida, relativamente a este tópico, pelo que os adoto nesta decisão:

É infundada a postulação de que seja o lançamento fiscal anulado em virtude de supostamente ter sido baseado em indícios frágeis e arbitrários.

Primeiramente, advirta-se que o impugnante cometeu uma impropriedade vocabular ao falar em anulação, uma vez que a matéria suscitada diz respeito ao mérito do lançamento, e não às formalidades de sua constituição. Assim, o que realmente pretende é que se julgue improcedente o lançamento e que o impugnante seja exonerado do respectivo crédito tributário. Tanto é assim, que o próprio impugnante situa essa argüição na parte de sua defesa em que se dedica a atacar o mérito da exigência fiscal. Portanto, é como matéria de mérito que a argüição é aqui examinada.

A argumentação do impugnante inicia-se com uma digressão acerca da impropriedade de usar meros indícios como fundamento material do lançamento tributário. Contudo, a argumentação é inteiramente despropositada, pois a falta de comprovação da origem de valores depositados ou creditados em conta corrente constitui presunção legal de omissão de receita. Em face do disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, uma vez intimado pela fiscalização, cumpre ao contribuinte comprovar a origem dos recursos que ingressar em suas contas bancárias, mediante documentação hábil e idônea, sob pena de se sujeitar à tributação dos respectivos valores como omissão de receita. Conforme termos de intimação a folhas

74 a 79 e 82, o sócio gerente da Alô Minas foi intimado e reintimado a apresentar documentos hábeis e idôneos que comprovassem a origem dos valores creditados nas contas correntes bancárias da empresa. Não tendo sido atendidas as intimações nos prazos estipulados, é absolutamente legítimo e de acordo com a lei considerar essas importâncias como omissão de receita. O impugnante, por sua vez, tampouco trouxe aos autos prova alguma da origem dos créditos.

Por essa mesma razão, é infundada a queixa formulada pelo impugnante de que o autuante considerou todos os valores apurados como faturamento da Alô Minas, sem efetuar inspeção mais minuciosa e confrontar supostas despesas com receitas. Ora, não havia como a fiscalização aprofundar as averiguações, se não lhe foi fornecido nenhum elemento de prova pelo autuado. Além disso, no termo de verificação fiscal, o autuante observa que foram excluídos do montante dos créditos os ingressos em conta corrente decorrentes de transferências entre contas do mesmo titular, de transferências ou resgates de aplicações financeiras, de abonos ou qualquer outro que não aparentasse ter origem externa. Foram ainda subtraídos todos os valores menores ou iguais a R\$ 100,00. O impugnante não demonstra, e nem sequer alega que, entre os créditos computados no levantamento fiscal, houvesse algum que, com base nesses critérios, devesse ser excluído. Na sua argumentação limita-se a aventar a hipótese de que talvez parte dos créditos se destinassem a pagar despesas. Sem provas, tal cogitação não pode ser levada em consideração.

Em conseqüência, não cabe fazer nenhum reparo no trabalho fiscal, no que diz respeito à matéria discutida nesta subseção. Segue-se também que se deve rejeitar a argüição do impugnante.

APLICAÇÃO DO MÉTODO DE ARBITRAMENTO

O mesmo ocorre em relação ao lançamento por arbitramento dos lucros. O sujeito passivo apenas reiterou os argumentos de sua impugnação, que em nada afetam os sólidos fundamentos da decisão recorrida, abaixo descritos:

O RIR 1999 dispõe textualmente que:

Art.530.O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

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;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

De acordo com o texto legal supra, uma das hipóteses de arbitramento é a falta de apresentação da escrituração à autoridade tributária que a requisitar. Os termos de intimação a folhas 65, 74 e 82 certificam que o autuado foi sucessivas vezes intimado a apresentar sua escrituração, sempre em vão. Sendo assim, o arbitramento não só está justificado, como também é medida absolutamente necessária, visto que, sem a escrituração, a fiscalização está impedida de verificar a correta apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Além de não apresentar a escrituração, recorde-se que a Alô Minas havia entregue declaração de rendimentos relativa ao ano-calendário de 2006 com os campos de preenchimento todos zerados. E agora, ao impugnar o lançamento, o sujeito passivo não traz aos autos nenhum elemento de sua escrituração que comprove ter havido alguma impropriedade no arbitramento efetuado ou nos cálculos adotados pelo autuante.

O caminho do arbitramento não foi adotado pelo fisco por lhe ser o mais conveniente, mas sim em virtude da falta de cumprimento do próprio contribuinte de suas obrigações acessórias.

Omitida a receita bruta, apurada por meio de depósitos bancários de origem não comprovada, esta deve integrar a base de cálculo do arbitramento, nos termos do artigo 537 do RIR 1999. Uma vez que se trata de receita omitida, sem que o contribuinte demonstre a sua origem, o autuante adotou o procedimento correto ao lhe aplicar o coeficiente fixado pelo artigo 532 do RIR 1999 para a atividade descrita no contrato social da Alô Minas. Portanto, não se sustenta a arguição do impugnante segundo o qual o montante do crédito assim apurado seria ilusório.

Em se tratando de arbitramento de lucro, no caso do IRPJ e da CSLL, cuja parâmetro de determinação é a receita omitida, e de Cofins e de contribuição para o PIS, cuja base de incidência é o mesmo montante de receita omitida, não há lugar para dedução de despesas nem custos.

O IRPJ e a CSLL não incidem diretamente sobre o montante da receita omitida, mas sobre o produto resultante da aplicação do coeficiente de apuração do lucro arbitrado sobre a receita bruta. O coeficiente de apuração do lucro arbitrado reflete a estimativa que fez o legislador da margem de lucro para cada atividade. Sua aplicação implica a dedução indireta e aproximada dos custos que em média incorre cada setor. Mais importante ainda é que, quando se recorre ao arbitramento, o contribuinte não possui escrituração contábil e fiscal que lhe permite apurar a base tributável pelas vias ordinárias. Ora, a dedução de custos, despesas e perdas, seja com a aquisição de mercadorias, seja de qualquer outra natureza, requer que o contribuinte mantenha regularmente sua escrituração e documentação. No presente caso, o arbitramento foi adotada exatamente por não ter a Alô Minas apresentado sua escrituração. Por sua vez, o impugnante tampouco trouxe aos autos a escrituração. Pretender a dedução de custos ou despesas com base em meras conjecturas é inteiramente fora de propósito.

No caso da contribuição para o PIS e da Cofins, os erros na determinação da base de cálculo que o impugnante argüi não consistem em discrepâncias numéricas nem aritméticas, e nem mesmo implicam uma versão dos fatos distinta da relatada pelo autuante. Em verdade, sua tese é que, para a determinação da base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS, deveria ser subtraído o montante correspondente ao custo de aquisição das mercadorias vendidas.

Semelhante tese, porém, somente faria sentido se as duas contribuições tivessem por incidência o lucro bruto ou o valor agregado, e não o faturamento, conforme expressa determinação legal. Assim é porque, se do valor das receitas obtidas com a venda de mercadorias, produtos e serviços forem subtraídos os custos de aquisição ou de produção, o que se obtém não é faturamento, mas a margem bruta, lucro bruto, ou o valor agregado.

O campo de incidência dos tributos é, em grande medida, delineado pela CF 1988, quando esta distribui a competência tributária entre a União, os Estados e os Municípios. No que concerne ao lucro, o artigo 153, inciso III, da CF 1988 atribui à União a competência para instituir o imposto de renda e proventos de qualquer natureza, enquanto o seu artigo 195, inciso I, alínea "c" permite a cobrança de contribuição social sobre o lucro. Mas esse mesmo artigo 195, no inciso I, alínea "b", permite ainda a cobrança de contribuição social incidente sobre o faturamento ou a receita. Uma vez que o legislador constituinte prevê em disposições distintas as contribuições incidentes sobre o lucro e as incidentes sobre o faturamento ou a

receita, não se deve confundir uma com a outra, da mesma forma que está claro que uma espécie pode ser cobrada sem prejuízo da outra.

Evidentemente quando se permite que se institua um tributo sobre o faturamento, permite-se tacitamente que ele tenha uma incidência cumulativa, pois em situações normais o fornecedor dum determinado produto ou mercadoria não cobrará do seu adquirente menos do que despendeu com a sua produção ou aquisição. Logo, não tem respaldo legal a tese de que o bis in idem ou bitributação estariam vedados. No sentido que é dado ao fenômeno pela impugnante, na verdade isso é admitido. Nas hipóteses em que o legislador constituinte quis evitar esse efeito cumulativo, ele expressamente o determinou, e isso só ocorre com o imposto sobre produtos industrializados e com o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, quanto aos quais a CF 1988 diz que deverão ser não cumulativos. No caso das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento ou receita, não existe tal restrição, de modo que não há nenhum fundamento constitucional para o argumento de que se subtraia do valor da venda o montante correspondente ao custo de aquisição.

A Lei Complementar nº 7, de 1970, que institui a contribuição para o PIS, estabelece categoricamente em seu artigo 3º, alínea “b”, que esta incidirá sobre o faturamento. Por sua vez, a Lei Complementar nº 70, de 1991, que instituiu a Cofins, igualmente dispõe que esta incidirá sobre o faturamento e define este como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Nenhuma norma subsequente e que diga respeito a essas contribuições viria a reduzir o seu campo de incidência, nem muito menos determinar que o custo de aquisição fosse subtraído. Pelo contrário, a Lei nº 9.718, de 1998, ampliou a base de cálculo, equiparando faturamento à totalidade das receitas auferidas pela empresa, independentemente de sua classificação contábil. E as Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, reiteram a ampliação da base de cálculo introduzida pela Lei nº 9.718, de 1998.

De resto, essas mesmas Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, que instituíram o regime não cumulativo respectivamente para a contribuição para o PIS e para a Cofins, tampouco permitem a dedução do custo de aquisição, mas sim concede aos contribuintes abrangidos por esse regime o direito de deduzir créditos específicos vinculados a aquisição de mercadorias, serviços e produtos intermediários. De qualquer forma, conforme explanado adiante, sendo o lucro arbitrado, o sujeito passivo fica impedido de adotar o regime não cumulativo para efeito de apurar o montante devido de Cofins e de contribuição para o PIS.

O princípio da capacidade contributiva e o da isonomia, a vedação de efeito confiscatório dos tributos, são normas constitucionais dirigidas ao legislador, e não à autoridade administrativa que aplica as leis em vigor. Tendo sido uma norma aprovada pelo Poder Legislativo, sancionada e publicada

pelo poder Executivo, presume-se que esteja em conformidade com a CF 1988. A autoridade administrativa somente deixará de aplicar se for revogada, expressa ou tacitamente, ou se receber ordem expressa em sentido contrário por decisão judicial com efeito erga omnes ou que tiver sido proferida em processo judicial de que o sujeito passivo seja parte.

Por conseguinte, rejeitam-se as argüições do impugnante de que teria havido erros na apuração dos valores lançados das contribuições em causa em virtude de não ter sido abatido o custo de aquisição das mercadorias revendidas. Segue-se também que não se sustenta a afirmação da impugnante de que, por semelhante razão, não haveria nenhuma falta ou insuficiência de recolhimento que pudesse ser objeto de lançamento de ofício.

Por fim, deve também ser rejeitada a pretensão de que o crédito tributário seja revisto a pretexto de que o arbitramento foi indevidamente realizado.

REGIME DE APURAÇÃO DE PIS E COFINS

O sujeito passivo sustenta que deveria ter sido observado o regime não-cumulativo para a apuração das contribuições PIS e COFINS.

Ocorre que há disposições legais expressas determinando que as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado devem apurar estas contribuições pelo regime cumulativo (art. 8º, II, da Lei 10.637/2002 e art. 10, II, da Lei 10.833/2003).

Como foi mantido o lançamento do IRPJ pelo lucro arbitrado, conforme consignado no tópico anterior, fica prejudicada a linha de defesa do Recorrente.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA BASE DE CÁLCULO TRAZIDA NA LEI 9.718/1998

O Recorrente faz uma série de considerações sobre os problemas em torno da Emenda Constitucional nº 20/1998, e sobre o julgamento proferido pelo STF relativamente à ampliação da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, implementada pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.

Ocorre que, como também já restou esclarecido pela decisão recorrida, a Fiscalização adotou o conceito restrito de faturamento, já previsto nas normas anteriores à Lei 9.718/1998:

Conforme se acha bem esclarecido no termo de verificação fiscal, para efeito de apurar a base de cálculo das contribuições exigidas, o autuante levou em conta apenas as receitas omitidas pela autuada e cujo valor foi apurado por meio da presunção legal estabelecida pelo artigo 287 do RIR 1999. Não foi computada na base de cálculo nenhuma receita de qualquer outra origem. Ainda se poderia cogitar da questão na hipótese de o impugnante comprovar que montante relativo à omissão de

receita teve natureza diversa de faturamento. Como se sabe, nenhuma prova de semelhante força foi trazida aos autos.

O fato é que a Fiscalização, mediante a presunção legal do art. 42 da Lei 9.430/1996, aplicou sobre as receitas omitidas o coeficiente legal para o arbitramento do lucro, de acordo com o tipo da atividade desenvolvida pela empresa.

O Recorrente, por sua vez, não trouxe qualquer elemento para demonstrar que a receita omitida, ou pelo menos parte dela, tinha origem em outras fontes que não a atividade operacional normal da empresa.

Correto, portanto, o lançamento.

INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS

Da mesma forma como ocorreu no tópico anterior, fundado apenas em manifestações de doutrina e jurisprudência, o Recorrente questiona o lançamento das referidas contribuições, com o argumento de que o ICMS estaria indevidamente incluído em suas bases de cálculo.

Ocorre que, como já mencionado, o lançamento se deu por omissão de receitas apuradas a partir de depósitos bancários com origem não comprovada. Registre-se, mais uma vez, que a empresa Alô Minas Representações Ltda. havia apresentado DIPJ com valores zerados, omitindo totalmente as receitas auferidas no período autuado.

Além disso, a despeito de qualquer posicionamento jurídico acerca desta matéria, registre-se também que o Recorrente não apresentou nenhum documento ou livro fiscal durante a fase de auditoria, mesmo depois de seis intimações para fazê-lo. O mesmo se deu no decorrer da fase litigiosa.

Os questionamentos são puramente teóricos. O Recorrente não apresentou nenhuma nota fiscal correspondente à receita autuada, ou livro de saídas, etc., para comprovar que o ICMS fazia parte desta receita.

Sendo assim, diante da completa ausência de elementos probatórios mínimos, resta prejudicada a alegação da inclusão indevida do ICMS na receita autuada, eis que, ainda que a tese jurídica fosse acolhida (do ponto de vista teórico), tal fato não restou materialmente comprovado.

APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Também são improcedentes os argumentos no sentido de que não teria havido nenhum ato ilícito a justificar a aplicação da multa qualificada.

Restou demonstrado que a empresa Alô Minas Representações Ltda., embora com um faturamento considerável em 2006, na ordem de R\$ 1.753.037,99, entregou DIPJ com valores zerados, e passou a informar ao Fisco um endereço falso e inexistente.

Além disso, a conduta do Recorrente no decorrer da auditoria fiscal confirma a natureza dolosa de sua conduta anterior, eis que por seis vezes (em 22/12/2009, 15/01/2010, 10/02/2010, 12/04/2010, 16/04/2010 e 12/05/2010) ele foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais, e outros esclarecimentos, e em todas essas ocasiões limitou-se a solicitar

novo prazo para a juntada de documentos, alegando “a exigüidade do prazo concedido e o volume de documentos solicitados”.

Durante toda a fase de auditoria, nenhum livro ou documento fiscal foi apresentado à Fiscalização, evidenciando que a intenção era mesmo de fazer a empresa desaparecer, para que a autoridade fiscal não tomasse conhecimento da ocorrência dos fatos geradores que acabaram sendo objeto de autuação.

A Lei nº 4.502/1964 é bastante clara a esse respeito:

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;

E o art. 44 da Lei 9.430/1996 estabelece a multa de 150% para os casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Portanto, correto também o lançamento em relação a esse aspecto.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

No tocante às críticas apresentadas relativamente à aplicação da taxa Selic como juros moratórios, cabe mencionar que a matéria já está sumulada no âmbito deste Conselho:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Além disso, cabe ressaltar o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, com efeito de Repercussão Geral, tal qual estabelecido no artigo 543-B da Lei nº 5.869/1973:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. (...). (RE 582461, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)

Assim, descabida se torna qualquer discussão sobre o tema, eis que ele já está definitivamente decidido pelo STF.

PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO CONTRIBUINTE

Conforme registrou a decisão recorrida, apesar de o sujeito passivo sustentar que deveria ser aplicado o disposto no artigo 112 do CTN, ele não aponta nenhuma circunstância concreta que justificasse essa medida.

Realmente, no caso presente, tanto os fatos que ensejaram os lançamentos quanto as normas legais que fundamentam as exigências fiscais não apresentam nenhuma incerteza nem dificuldade de interpretação. Todos estão claramente expostos e demonstrados nos autos. Por conseguinte, a pretensão do Recorrente não pode ser acolhida.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa