



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15540.720115/2011-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.919 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de novembro de 2020
Recorrente AVENIDA 339 COMÉRCIO DE VIDROS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2008

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta corrente, cuja origem não seja comprovada, presumem-se receitas omitidas. Como bem ressaltado na decisão recorrida, a partir de 1º de janeiro de 1997, com a edição da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Consolida-se, administrativamente, matéria tributária não expressamente impugnada.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

É cabível a aplicação da multa qualificada, quando restar comprovado que o envolvido na prática da infração tributária objetivou deixar de recolher, intencionalmente, os tributos devidos.

A prática de declarar ao fisco, de forma reiterada, parcela ínfima ou nada da receita auferida, ocultando o efetivo valor da obrigação tributária principal, constitui fato que evidencia intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício, além de formalização de representação fiscal para fins penais. Não se trata de mero inadimplemento ou equívoco do contribuinte que omitiu receitas de forma permanente ao longo do período fiscalizado além de valer-se de interpostas pessoas para manter as suas empresas em regime de tributação diferenciado.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de

lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

LANÇAMENTO REFLEXO. DECORRENTE DO MESMO FATO.

Aplica-se a mesma decisão ao demais tributos lançados, por decorrer dos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Letícia Domingues Costa Braga, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada) e Nelso Kichel. Ausente o conselheiro Carlos Andre Soares Nogueira, substituído pelo conselheiro Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro (RJ) que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte em virtude das exigências tributárias de o imposto sobre a renda de pessoa jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 6.085,37 (fls.34/41), a contribuição para o programa de integração social-PIS, no valor de R\$ 2.746,84 (fls. 60/67), a contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, no valor de R\$ 4.564,03 (fls.75/81), a contribuição para financiamento da seguridade social - COFINS, no valor de R\$ 12.677,86 (fls.68/74), todos acrescidos de multa de ofício de 75 % e 150% e de encargos moratórios.

Os fatos verificados pela fiscalização no curso dos trabalhos de auditoria foram registrados no termo de verificação fiscal - TVF de fls. 42/57, a seguir sintetizados:

O interessado é uma microempresa, aberta em 26/02/2008, que tem por objeto o comércio varejista de vidros e encontrasse estabelecido no mesmo local em que funcionava a Filial 4 da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA, CNPJ nº 31.716.780/000102.

Com capital social subscrito e integralizado de R\$ 10.000,00, o seu quadro societário foi formado por interpostas pessoas: Sr. FLÁVIO REIS, CPF 868.543.80715, com 95% das quotas, “*com todos os poderes e atribuições de sócio gerente*” e pela esposa, Sra. LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS, CPF 019.029.44771, com 5% das quotas do capital.

O Sr. FLÁVIO REIS é funcionário do Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES na VIDRAÇARIA ALCÂNTARA desde 02/06/18997 e tornou-se também interposta pessoa da empresa VIDRAÇARIA MARLUMAR III LTDA, CNPJ 06.193.903/000112, também de propriedade do Sr. ANTÔNIO.

Da exclusão do Simples Nacional.

Constatada que a sua constituição ocorreu por interpostas pessoas e que não escriturou a movimentação bancária no ano-calendário de 2008, por Ato Declaratório Executivo–ADE nº 71, de 25/07/2011, do delegado da Receita Federal do Brasil em Niterói/RJ, com fulcro nos § 1º e 2º, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, o interessado foi excluído de ofício do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2008, sendo impedido de optar pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos dez anos-calendário seguintes.

O interessado não apresentou contestação à sua exclusão do Simples Nacional dentro do prazo legal. Intimado a apresentar a escrituração contábil e fiscal ou manifestar-se quanto ao regime de tributação do imposto de renda pessoa jurídica IRPJ e contribuição social sobre o lucro líquido CSLL a que sujeitar-se-ia a partir do momento em que se processarem os efeitos da exclusão do Simples Nacional (art. 32 da LC nº 123, de 2006), manifestou-se pelo lucro presumido.

Das infrações.

- 1) Omissão de receita correspondente aos depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas. Enquadramento legal: art.27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/1996; arts. 532 e 537 do RIR/1999.
- 2) Diante da falta de apresentação de documentação contábil e fiscal que permitisse aferir as bases de cálculo dos tributos e contribuições federais, foi levado a efeito o arbitramento do lucro, em conformidade com os arts. 529, 530 c/c 251, 253, 258, 259, 260, incisos I, II e III e §§1º, 2º e 3º, 265 e 266 , do RIR/1999, sendo consideradas, para efeito de cálculo da receita bruta conhecida, a receita declarada e a omitida.

Em decorrência, foram ainda lavrados os autos de infração de CSLL, COFINS e PIS.

Da qualificação da multa de ofício.

A aplicação da multa qualificada de 150%, com fundamento no inciso II do art.957 do RIR/1999 c/c o art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, decorreu da utilização de interposta pessoa e omissão fraudulenta e reiterada de receitas oriundas de sua atividade comercial.

Da responsabilidade tributária.

Foi ainda lavrado o Termo de Sujeição Passiva Pessoal e Solidária (fls.28/33) para imputar aos sócios de fato e de direito, Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, Sr. FLÁVIO REIS e a Sra. LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS a responsabilidade fiscal pessoal pela prática dolosa de atos que configuraram infração de lei, consoante o arts. 124, II e 135 do CTN.

Inconformada com a autuação os interessados (Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, Sr. FLÁVIO REIS e a Sra. LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS, em conjunto) apresentam impugnação em 31/10/2011, fls. 248/266, apresentando as seguintes razões:

- a) Ao utilizar o extrato bancário a autoridade fiscal não se ateu aos mandamentos do art. 43 do CTN, devendo ser aplicada a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos TFR;
- b) Não ocorreu o fato gerador do imposto de renda previsto no art. 43 do CTN, não houve acréscimo patrimonial e não ocorreu a disponibilidade econômica de renda ou proventos;
- c) Embasa o seu entendimento no acórdão 10417499 da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes e no Agravo Regimental do Recurso Especial 609.290RJ, de 27/09/2004;
- d) Inaplicabilidade da multa de 150%, pois a autoridade fiscal ao configurar a interposta pessoa para dar validade ao lançamento, não atentou para a norma contida no § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;
- e) Conforme acórdão nº 0105.435 da CSRF, não existe previsão na norma para agravar multa na hipótese de utilização de terceira pessoa para gerir sociedade empresarial; a autoridade fiscal não atentou para os comandos exigidos pelas Súmulas 14 e 25 do CARF;
- f) A tentativa de ocultar da autoridade fato gerador não está tipificada como atitude dolosa; inexistência de responsabilidade solidária ou pessoal dos sócios.
- g) A sujeição passiva prevista no inciso I do art.124 e inciso III do art. 135 do CTN deverá ser provada e não presumida;

- h) A autoridade fiscal está confundindo interesse jurídico (inciso I do art. 124 do CTN) com interesse econômico. No caso em lide, não há fatos nem provas do interesse jurídico;
- i) O CARF há muito tempo delimitou que o inciso I do art. 124 do CTN se refere exclusivamente ao interesse jurídico e não econômico;
- j) Se for mantida a sujeição passiva pelo inciso I do art. 124 do CTN, nulo é o lançamento pelas razões expostas e nos exatos termos da Súmula 29 do CARF;
- k) Quanto ao inciso III do art. 135 do CTN, a autoridade fiscal constatou fatos que configuram atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, porém não indicou quais fatos;
- l) Descrição vaga de uma certa hipótese acarreta cerceamento de defesa na medida em que impossibilita o sujeito ter plena ciência do que deve se defender;
- m) Devem ser deduzidos do crédito tributário os valores recolhidos no primeiro (R\$ 364.003,97) e segundo (R\$ 410.100,08) semestres de 2008.

O Acórdão ora Recorrido (1246.066 - 2ª Turma da DRJ/RJ1) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008

DEPÓSITO NÃO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Configura-se omissão de receita o ingresso de numerários em conta corrente bancária do contribuinte, quando não comprovada a origem desses valores mediante a apresentação de documentação hábil e idônea.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Consolidasse, administrativamente, matéria tributária não expressamente impugnada.

DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE SIMPLES.

Da exigência tratada nos autos devem ser deduzidas as parcelas correspondentes aos recolhimentos unificados de Simples do período alcançado pela ação fiscal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

É cabível a aplicação da multa qualificada, quando restar comprovado que o envolvido na prática da infração tributária objetivou deixar de recolher, intencionalmente, os tributos devidos.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Anocalendário:2008

PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Pela relação de causa e efeito, estendem-se aos lançamentos decorrentes a decisão prolatada em relação à exigência principal.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Isto porque, segundo entendimento da Turma, (...) que “inconteste é o fato que depósito bancário não constitui, por si só, fato gerador de imposto de renda, cuja definição reside no art. 43 do Código Tributário Nacional — CTN. Todavia, o fato de elevadas importâncias terem sido depositadas em instituição bancária pode ser indício da materialização da hipótese fática do tributo.

Em realidade, determinados indícios, por se verificarem tão intimamente ligados ao fato gerador, tornaram-se objeto das chamadas presunções legais tributárias. Trata-se de instituto cuja propriedade é a de inverter o ônus da prova contra o sujeito passivo, autorizando o Fisco a presumir a ocorrência do fato gerador pela verificação da situação tipificada em lei. Como exemplos de presunção legal, têm-se: (i) o saldo credor de caixa e o passivo fictício; (ii) o ingresso de numerários em conta corrente bancária do contribuinte, quando não comprovada a origem desses valores mediante a apresentação de documentação hábil e idônea”.

No caso em apreço, conforme consta no TVF de fls.42/57, ainda que intimado a justificar a origem de diversos valores creditados nas contas bancárias mantidas no Banco Itaú e Bradesco, o interessado não logrou êxito em comprová-la, restando, assim, configurada a presunção de omissão de receita prevista no art. 42 da Lei 9.430/96.

Quanto ao arbitramento ressaltou a DRJ que o interessado não impugna o arbitramento levado a efeito após a exclusão de ofício do Simples Nacional. Apenas alega que não foram excluídos dos valores apurados como devidos os espontaneamente recolhidos (R\$ 126.025,04). Entretanto, nenhum documento foi trazido à colação para a comprovação dos

pagamentos supostamente efetuados e em consulta aos sistemas informatizados da RFB, só foram comprovados recolhimentos pelo Simples Nacional no total de R\$ 2.247,51, razão pela qual acolheu parcialmente o Recurso para deduzir os valores efetivamente recolhidos.

No que se refere à qualificação da multa ressaltou que a fundamentação fática da aplicação da multa qualificada encontra-se detalhadamente descrita no TVF. Destaca-se que não obstante a movimentação financeira procedida em 2008 (R\$ 366.406,88) o interessado, optante pelo regime diferenciado do Simples Nacional declarou como receita bruta auferida tão somente o valor de R\$ 56.190,06. E mais, utilizou-se de “laranjas “ em seu quadro societário. Em razão desses fatos e por entender restar comprovado nos autos a intenção dolosa exigida na lei manteve a qualificação sobre os valores omitidos.

Quanto à responsabilidade tributária excluiu a imputação para a Sra. LAODICEIA DE MACEDO COSTA REIS (esposa do Sr. Flávio Reis), mas manteve a responsabilização do Sr. Antônio Miguel e Flávio Reis por entender que os sócios de fato e de direito agiram de forma ilícita, com afronta à legislação tributária, comercial e penal, o que justifica a sua inclusão no polo passivo da relação tributária na qualidade de responsáveis solidários.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às (fls. 376), alegando em síntese os mesmos argumentos trazidos em sede manifestação de inconformidade. (fls. 356).

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado constitui-se basicamente em cópia da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida (grifos nossos):

Da omissão de receita. Depósitos bancários de origem não comprovada.

Inconteste é o fato que depósito bancário não constitui, por si só, fato gerador de imposto de renda, cuja definição reside no art. 43 do Código Tributário Nacional-CTN. Todavia, o fato de elevadas importâncias terem sido depositadas em instituição bancária pode ser indício da materialização da hipótese fática do tributo. Em realidade, determinados indícios, por se verificarem tão intimamente ligados ao fato gerador, tornaram-se objeto das chamadas presunções legais tributárias. Trata-se de instituto cuja propriedade é a de inverter o ônus da prova contra o sujeito passivo, autorizando o Fisco a presumir a ocorrência do fato gerador pela verificação da situação tipificada em lei. Como exemplos de presunção legal têm-se o saldo credor de caixa e o passivo fictício.

Com o advento do art. 42 da Lei 9.430/96, sempre que o titular de conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento está o Fisco autorizado/obrigado a proceder ao lançamento do imposto correspondente, não mais havendo a obrigatoriedade de se estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão somente a inquestionável observância do novo diploma.

Ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o Fisco fica dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se de presunção legal, tida como relativa (*juris tantum*), passível de ser afastada caso o sujeito passivo da relação jurídica prove que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

Sobre a matéria, a Câmara de Recursos Fiscais assim se pronunciou:

O certo é que, cabendo ao Fisco detectar os fatos que constituem o conteúdo das regras jurídicas em questão, e constituindo-se esses fatos em presunções legais relativas de rendimentos tributáveis, não cabe ao Fisco infirmar a presunção, pena de laborar em ilicitude jurídica absoluta. Pois, se o Fisco tem a possibilidade de exigir o tributo com base na presunção legal, não me parece ter o menor sentido impor ao Fisco o dever de provar que a presunção em seu favor não pode subsistir. Parece elementar que a prova para infirmar a presunção há de ser produzida por quem tem interesse para tanto. No caso, o contribuinte. (Acórdão 010.071/80).

PRESUNÇÕES LEGAIS A constatação, no mundo factual, de infrações capituladas como presunções legais juris tantum, tem o condão de transferir o ônus probante da autoridade fiscal para o sujeito passivo da relação jurídico tributária, o qual, para elidir a respectiva imputação, deverá produzir provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração (Acórdão 1º CC 10320.397/00)."

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

No caso em apreço, conforme consta no TVF de fls.42/57, ainda que intimado a justificar a origem de diversos valores creditados nas contas bancárias mantidas no Banco Itaú e Bradesco, o interessado não logrou êxito em comprová-la, restando, assim, configurada a presunção de omissão de receita.

Na fase impugnatória, os argumentos apresentados, assim como a jurisprudência citada, estão todos embasados na Súmula 182 do extinto TFR, que não tem mais aplicação a partir do advento da Lei nº 9.430, de 1996, conforme já decidido pelo antigo Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais/CARF):

SÚMULA 182 DO TFR A Súmula 182 do TFR não se aplica aos lançamentos feitos com base na Lei nº 9.430, de 1996, tendo em vista ter ela vigência anterior à edição dessa lei. (acórdão 10421.053, de 19/10/2005).

Mesmo entendimento já foi exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.

TRIBUTÁRIO. AGTR. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. AUTUAÇÃO COM BASE APENAS EM DEMONSTRATIVOS DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/TFR. EXISTÊNCIA DE REGULAR PAT EM QUE FOI DADA AO CONTRIBUINTE A OPORTUNIDADE DE COMPROVAR A ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA NÃO ELIDIDA. AGTR PROVIDO.1. A decisão agravada deferiu, nos autos da Medida cautelar originária, o pedido de liminar para suspender os efeitos do auto de infração nº 0410200/00147/03, por entender que não é possível a caracterização de omissão de receita com base apenas em depósitos bancários, não havendo um nexo causal entre depósito bancário e omissão de receita, aplicando-se o enunciado da Súmula 182 do TFR (fls. 12/14), que enuncia ser "ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".2. O egrégio STJ, em caso

idêntico ao ora em análise, já declarou a inoperância da referida súmula diante do novel quadro legislativo existente sobre a matéria, admitindo que o imposto de renda seja lançado com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, configurando-se a omissão de receita (REsp. 792.812/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 02.04.07, p. 242).

3. Há que se salientar que houve regular processo administrativo tributário, no qual foi dada oportunidade ao ora agravado de apresentar os documentos comprobatórios da origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias, o que não foi feito, não tendo o contribuinte elidido a presunção de omissão de receita. 4. AGTR provido (grifei).

Em sendo assim, por falta de prova em contrário, há de se considerar receitas omitidas os depósitos bancários de origem não comprovada.

Do arbitramento.

O interessado não impugna o arbitramento levado a efeito após a exclusão de ofício do Simples Nacional. Apenas alega que não foram excluídos dos valores apurados como devidos os espontaneamente recolhidos (R\$ 126.025,04).

Nenhum documento foi trazido à colação para a comprovação dos pagamentos supostamente efetuados. Em consulta aos sistemas informatizados da RFB, só foram comprovados recolhimentos pelo Simples Nacional no total de R\$ 2.247,51.

Nos termos do art. 21, § 10, da LC nº 123, de 2006, incluído pela LC nº 139, de 10 de novembro de 2011, os créditos apurados no Simples Nacional poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas após a exclusão da empresa do Simples Nacional. Somente é permitida a compensação de créditos para extinção de débitos para como o mesmo ente federado e relativos ao mesmo tributo (art. 21, § 11, da LC nº 123, de 2006, incluído pela LC nº 139, de 2011).

Desta forma, há de se excluir os valores abaixo demonstrados:

Período de apuração	total Recolhido	Total Recolhido por tributos federais (discriminado no Documento de Arrecadação do Simples-DAS – fls.344/355)			
		IRPJ	CSLL	PIS	COFINS
Jan/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Fev/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Mar/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Abr/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Mai/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Jun/08	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Jul/08	439,21	0,00	23,05	0,00	81,25
Ago/08	395,71	0,00	20,77	0,00	73,20
Set/08	356,53	0,00	18,71	0,00	65,95
Out/08	290,76	0,00	15,26	0,00	53,79
Nov/08	386,81	0,00	20,30	0,00	71,55
Dez/08	378,49	0,00	19,87	0,00	70,02
Total	2.247,51	0,00	117,96	0,00	415,76

Da multa qualificada.

A aplicação da multa qualificada fundamentou-se no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que prevê o percentual de 150% para os casos em que houver evidente intuito de fraude, conforme definido nos arts. 71, 72 e 73 de Lei nº 4.502/1964 *in verbis*:

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

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

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

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

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

Os delitos acima elencados têm em comum o dolo como elemento subjetivo de vontade, essencial, portanto, à configuração do delito. O conceito de dolo encontrasse no art. 18, inciso I do Código Penal, ou seja, crime doloso é aquele em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

A conduta fraudulenta está dissociada do simples fato jurídico da infração legal, ou seja, a infração legal pode ou não ter ocorrido por meio de conduta fraudulenta. E mais, enquanto que para a infração fiscal vigora a responsabilidade objetiva prevista no art. 136 do CTN, para a fraude fiscal vigora a responsabilidade subjetiva, porquanto atrelada à intenção e à conduta do agente.

A fundamentação fática da aplicação da multa qualificada encontrasse detalhadamente descrita no TVF. Destaca-se que não obstante a movimentação financeira procedida em 2008 (R\$ 366.406,88) o interessado, optante pelo regime diferenciado do Simples Nacional declarou como receita bruta auferida tão somente o valor de R\$ 56.190,06. E mais, utilizou-se de “laranjas” em seu quadro societário.

Nos termos da Súmula nº 25 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com efeito vinculante em relação à administração tributária federal, atribuída pela Portaria nº 383 do Ministério da Fazenda, “a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária à comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71,72 e 73 da Lei nº 4.502/1964”.

Note-se que o próprio enunciado da súmula afasta o entendimento de que lançamentos motivados em presunção legal (prova indireta) não podem ter a imputação de conduta fraudulenta. O que se exige é a comprovação da conduta dolosa, ainda que a partir de um conjunto probatório, como, por exemplo: reiterada conduta relacionada à infração fiscal, utilização de benefício fiscal (enquadramento no SIMPLES), que não seria possível caso não houvesse a infração fiscal (omissão de receita), interposição de pessoa, etc. Tal qual evidenciado nos autos.

Primeiro pelos atos simulados praticados já no momento de sua constituição. Fazendo figurar a sociedade em nome de interpostas pessoas (sem patrimônio para garantir o crédito tributário), com o propósito de omitir receitas tributáveis ou atribuí-las a terceiras pessoas que não eram os reais responsáveis até o mês de setembro de 2008.

Washington Monteiro de Barros, ao analisar a figura do ato simulado, assim nos ensina:

*“Espécies: A doutrina distingue duas espécies de simulação, a absoluta e a relativa.
.....*

É relativa, quando efetivamente há intenção de realizar algum ato jurídico, mas este: a) – é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar.....; b) não é efetuado entre as próprias partes, aparecendo então o testa-de-ferro, o prestanome, ou a figura de palha.....; c) não contém elementos verdadeiros, ou melhor, seus dados são inexatos. Diz-se, nesse caso, que a simulação é parcial, hipótese em que subsiste o ato, ressalvado à Fazenda, é óbvio, a percepção dos respectivos direitos fiscais.

A prova da simulação pode assentar em indícios e presunções, desde que precisos, graves e concordantes, ainda mais em face do estatuído no art. 332 do Código do Processo Civil.

Dispõe o art. 102, do Código Civil, que haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem;

II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira;

*III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. Três, por conseguinte, as espécies de simulação consideradas pelo legislador pátrio: a) – por interposição de pessoa (nº I). O intuito do declarante é o de inculcar a existência de um titular de direito, mencionado na declaração, ao qual, todavia, nenhum direito se outorga ou se transfere, servindo seu nome exclusivamente para encobrir o da pessoa a quem de fato se quer outorgar ou transferir o direito de que se trata;
Estabelece o art. 105 que ‘poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda’.” (grifei).*

A simulação praticada pelo interessado ocasionou a sua exclusão de ofício do Simples Nacional (art. 29, IV, da LC123/2006), com impedimento de retornar nos próximos dez anos calendário seguintes.

Outrossim, não procede a alegação de que a autoridade fiscal ao configurar a interposição de pessoa não atendeu para a norma contida no § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

(...)

§ 5o Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

Isto porque o dispositivo legal visa a regular situação diversa da tratada nos autos, ou seja, a alcançar o verdadeiro titular dos valores creditados em conta de

terceiros (interposta pessoa). E, em exame, encontra-se a omissão de receita detectada por meio de movimentação financeira de origem não comprovada nas contas bancárias do próprio interessado (pessoa jurídica), que em nenhum momento negou ser o efetivo titular.

Da responsabilidade solidária.

Os autos de infração foram todos lavrados contra o interessado, na qualidade de contribuinte, assim definido no art. 121, I do CTN, que, tempestivamente, impugnou as exigências, instaurando, assim, a fase litigiosa do procedimento.

Foi ainda atribuída responsabilidade pessoal e solidária por atos praticados com infração de lei, aos sócios ANTONIO MIGUEL ZUNINGA MENDES, FLÁVIO REIS e Sr. FLÁVIO REIS e a Sra. LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS, com fundamento nos arts. 124, II e 135, III, do CTN, in verbis, como se depreende do item 107 do TVF (fl.55) e do Termo de Sujeição Passiva de fls. 28/33.

Equivocadamente os sócios de fato e de direito arguem em sua defesa que a sujeição passiva que lhe foi imputada encontra-se também fundamentada no inciso I do art.124 do CTN (interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal).

Tecem algumas considerações a respeito do alcance do citado artigo, amparado na jurisprudência administrativa e judicial ali citadas. Como são alegações estranhas à lide, deixo de examiná-las.

No que diz respeito ao art. 135, III, do CTN, a responsabilidade tributária é imputada não ao sócio, mas ao diretor, gerente ou representante da empresa. Ou seja, o sócio-gerente é responsável não pelo simples fato de ser sócio, mas por exercer a função de administrador. Desta forma, somente podem ser incluídos no polo passivo da relação tributária os administradores designados no contrato social ou nos estatutos da sociedade e que têm seus poderes de gestão definidos em lei, contrato social ou estatutos.

Uma vez que a sócia LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS não exerceu de fato ou de direito a função de administradora, deve ser excluída do polo passivo.

A expressão “pessoalmente responsáveis” constante do *caput* do art.135 não pode ser lida como “somente responsáveis”, não limita a responsabilidade, exclusivamente, às pessoas ali arroladas, com exclusão do contribuinte originário (no caso, a sociedade).

A responsabilidade do contribuinte pessoa jurídica continua, posto que só se deve admitir a exclusão do sujeito passivo originário se por lei expressa, razão pela qual com base no inciso II do art.124 os Srs. ANTONIO MIGUEL ZUNINGA MENDES e FLÁVIO REIS foram arrolados como responsáveis solidários.

Alegam em sua defesa a falta de descrição objetiva de fatos a caracterizar sua responsabilidade pessoal e solidária, dado que a expressão “atos praticados com excesso de poder ou infração de lei” não é suficiente para caracterizar a sujeição passiva solidária (...).

Com efeito, a comprovação da tipicidade (estreita correlação entre o fato e a hipótese descrita na norma legal) é requisito essencial à demonstração do ilícito.

No TVF (item 107), parte integrante do auto de infração, a fiscalização descreve que os atos dolosos praticados pelos sócios configuram infração de lei. Quais atos? Indagam os arrolados.

Os atos minuciosamente descritos no TVF, que não se resumem à mera inadimplência, mas a todo um conjunto fraudulento comprovado nos autos, desde a utilização de interposta pessoa para simular a descontinuidade de sua atividade comercial, com objetivo de não caracterizar a sucessão empresarial, culminando com a utilização das contas corrente da sociedade para a movimentação de recursos, ocultando-os do fisco e sem o pagamento dos tributos devidos.

Inconteste, pois, o fato de que os sócios de fato e de direito agiram de forma ilícita, com afronta à legislação tributária, comercial e penal, o que justifica a sua inclusão no polo passivo da relação tributária na qualidade de responsáveis solidários.

Da conclusão.

Ante o acima exposto, dou provimento parcial à impugnação para:

- I. Considerar devidos o imposto sobre a renda de pessoa jurídica, no valor de R\$ 6.085,37, a contribuição para o programa de integração social, no valor de R\$ 2.746,84, a contribuição social sobre o lucro líquido, no valor de R\$ 4.446,07, a contribuição para financiamento da seguridade social, no valor de R\$ 12.262,10, acrescidos de multa de ofício (75% 150%) e de encargos moratórios;
- II. Excluir do polo passivo da relação tributária a Sra. LAODICEIA DE MACEDO ROSA REIS;
- III. Ratificar a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. FLÁVIO REIS e Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES.

A decisão recorrida foi absolutamente clara e direta, resolvendo a questão em total consonância com o que dispõe a legislação e de acordo com as provas e realidade fática apresentada.

Quanto à aplicação do art. 42 da Lei 9.430/96 o Recorrente basicamente defende a aplicação da antiga Súmula 182 do extinto TFR, o qual não é mais aplicável com o advento do próprio texto legal.

Com a edição da Lei nº 9.430/1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários, cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, aplicável também na sistemática do Simples, na medida em que o contribuinte é obrigado a manter minimamente Livro Caixa, e a ele incorporar toda a movimentação bancária, observando também a guarda dos documentos e demais papéis que serviram de base para sua escrituração. Desta forma, passou a ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo da relação jurídica provar que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

Diante da falta de apresentação de documentos que comprovassem sua movimentação bancária, o Auditor-Fiscal efetuou o lançamento dos Autos de Infração em discussão, cumprindo com as obrigações impostas pela legislação pertinente.

Ante as intimações fiscais, cumpriria ao contribuinte comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes, juntamente com os documentos que lhe dão suporte, com vistas a elidir a presunção de omissão de receitas. Assim correto o enquadramento legal da omissão de receitas no art. 42 da Lei n. 9.430/1996, uma vez que resta evidenciado que o contribuinte não comprovou a origem de todos os valores integrados às suas contas correntes, indício sério e veemente de que tais recursos são provenientes de uma fonte não identificada e provavelmente sujeita a tributação.

Assim, diante da falta de comprovação, plenamente aplicável a presunção legal, a qual é relativa, cabendo ao Recorrente trazer provas para elidi-la, o que não fez.

Quanto ao arbitramento o mesmo não foi impugnado, tão somente fora requerida a dedução dos valores recolhidos na sistemática do SIMPLES o que fora acatado pela DRJ para deduzir os valores comprovadamente recolhidos. Em Recurso o contribuinte não contesta a decisão nesse ponto.

No que se refere à multa qualificada e à responsabilidade solidária a decisão recorrida é irretocável.

A prática de declarar ao fisco, de forma reiterada, parcela ínfima ou nada da receita auferida, ocultando o efetivo valor da obrigação tributária principal, constitui fato que evidencia intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício, além de formalização de representação fiscal para fins penais. Não se trata de mero inadimplemento ou equívoco do contribuinte que omitiu receitas de forma permanente ao longo de todo período fiscalizado.

E não foi apenas isso. A fiscalização comprovou e as partes confessaram a utilização de interpostas pessoas.

O Sr. Antônio Miguel no Termo de Constatação de fl. 8 confessa ser o efetivo proprietário e administrador de diversas empresas constituídas em nome de terceiros, entre elas a Recorrente. Além disso foi juntado aos autos (fl. 9) procuração pública outorgada pelos sócios de direito da recorrente ao sócio de fato (Sr. Antônio Miguel).:

NITERÓI DRF

Fl. 8


MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil
TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL

IDENTIFICAÇÃO	
Unidade	Número do RFP/MPF
0710200 NITERÓI - DRF	07.1.02.00-2011-00287-7
Nome/Nome Empresarial	CPF/CNPJ
MARVIDROS GONCALENSE COMERCIO DE VIDROS LTDA	09.247.622/0001-93
Endereço	
Rua Thiago Cardoso, 158, Alcântara, São Gonçalo / RJ	
Local de Lavratura	Data Hora
O mesmo acima	05/05/2011 11:30h

CONTEXTO

No exercício das funções inerentes ao cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal junto ao contribuinte acima identificado, no interesse da Fazenda Nacional e de acordo com o disposto no art. 35 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o disposto nos arts. 904, 905, 910, 911 e 927 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), compareci no endereço acima e **CONSTATAMOS** que:

A Vidraria MARVIDROS está estabelecida no mesmo local, em que funcionou a Vidraria ALCÂNTARA, o que foi confirmado pelo Sr. Antônio Miguel Zuniga Mendes, sócio responsável de ambas as pessoas jurídicas.

Acrescento o Sr. Antônio que o galpão no número 259, na mesma rua e ao lado, é de propriedade da Vid. Alcântara e o estabelecimento de número 158, também galpão e onde sempre foi o ponto de vendas de ambas as empresas, é de sua propriedade como pessoa física.

O Sr. Antônio informou que sempre foi o administrador e proprietário das duas empresas, atuando somente ele, e que a Sra. Lediane R. de Sousa e o Sr. Almir S. Brito, não compareceram a empresa, não alugaram o imóvel e nem administraram a Marvidros, ou seja, não fizeram nada na empresa enquanto estiveram formalmente registrados como sócios.

O Sr. Antônio afirmou, ainda, que as outras empresas, Avenida 339 Comércio de Vidros Ltda e Vidraria MALMOM III Ltda, estabelecidas nos locais das antigas filiais da Vidraria Alcântara, também são de sua propriedade e gestão, apesar de estarem em nome de Flávio Reis e sua esposa Laodiceia M.R. Reis.

Face a entrega das cópias das procurações públicas outorgadas ao Sr. Antônio amplas poderes para administrar as empresas Marvidros, Malmom III e Avenida 339, a fiscalização entregou os Termos de Intimação Fiscal para a apresentação dos livros e documentos ali relacionados.

Sem mais nada a acrescentar e, para constar e surtir os efeitos legais que lhe são próprios, lavra-se o presente Termo de Constatação em 02 (duas) vias de igual forma e teor, assinadas pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil abaixo signatário.

Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil		
Nome	Matrícula	Assinatura
EDGAR BRAGANÇA BAZHUNI	64.881	
JARBAS ANTONIO DE BARROS	15.538	

Declaro, sob as penas da lei, que as declarações contidas neste Termo são a expressão da verdade. Recebi, neste ato, uma via do Termo.

Nome	Cargo
Antônio Miguel Zuniga Mendes	Sócio
CPF	Assinatura
	A.M.F.M.
Data	
05/05/11	

Conteúdo de página(s) confirmado digitalmente. Pode ser consultado no endereço <https://www.receita.fazenda.gov.br/CAIXA/publico/legitim.aspx> pelo de localização EP24.0720.15527.YJ8Q.

Por sua vez, à fl. 94 consta Termo de Esclarecimentos prestados pelo Sr. Flávio Reis onde resta claro que tinha pleno conhecimento que estava sendo usado como “laranja” do Sr. Antônio e que é seu gerente trabalhando no grupo desde 1997.

Resta portanto, absolutamente clara a intenção dolosa de sonegar bem como a prática de ilícitos pelos sócios de fato e de direito, razão pela qual deve ser mantida a qualificação da multa e a responsabilidade solidária ao Sr. FLÁVIO REIS e Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES.

No mais, a decisão recorrida foi absolutamente clara e direta, resolvendo a questão em total consonância com o que dispõe a legislação, razão pela qual a adoto como razão de decidir.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, adoto a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de afastar as preliminares e negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva