



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

Processo nº 15563.000139/2009-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.054 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de junho de 2016
Matéria IRPJ - EXCLUSÃO DO SIMPLES/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente FRIGOTI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006, 2007

Ementa:

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO.

A teor do disposto no art. 150 do Código Tributário Nacional, o denominado lançamento por homologação opera-se pelo ato em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte no sentido de apurar o tributo devido, expressamente a homologa. O referido artigo fixa o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para que a autoridade administrativa promova essa homologação. Contudo, se comprovada a ocorrência de dolo, tal prazo, tido como decadencial, não é aplicável. Nesse caso, a decadência é regida pelas disposições do art. 173 do mesmo diploma legal.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA

Revela-se procedente a exasperação da penalidade na circunstância em que foram aportados aos autos elementos capazes de criar a convicção de que os tributos que deixaram de ser recolhidos à Fazenda Pública decorreram de conduta dolosa por parte do fiscalizado.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. PROCEDÊNCIA.

A partir da constatação indubitosa da hipótese prevista na lei, o arbitramento do lucro constitui dever da autoridade fiscal, e não uma opção. Assim, revelando-se incontroverso o fato de que o contribuinte, embora reiteradamente intimado, não apresentou os livros de escrituração obrigatória, cabe à referida autoridade, nos exatos termos do inciso III do art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995, determinar o lucro tributável com base nos critérios do arbitramento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. CONSTATAÇÃO.

Reunidos ao processo elementos capazes de criar a convicção de que, embora ausentes as formalidades legais, efetivamente a pessoa jurídica encontrada no domicílio fiscal da fiscalizada a sucedeu na exploração da atividade econômica, cabível a imputação de responsabilidade por sucessão, de natureza subsidiária na circunstância em que a referida fiscalizada não cessou, legal e formalmente, as suas atividades.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FUNDAMENTOS LEGAIS. CONSTATAÇÃO FÁTICA. PROCEDÊNCIA.

Se a autoridade executora do procedimento de fiscalização logra êxito na demonstração da relação direta de determinadas pessoas com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a solidariedade tributária pelo crédito tributário constituído, sendo autorizada, assim, a inclusão de referidas pessoas no pólo passivo das obrigações constituídas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. PROVA. ÔNUS INVERTIDO.

A partir da edição da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

Tratando-se de prática reiterada de infração, a exclusão do SIMPLES, nos termos da legislação aplicável à matéria, tem efeitos retroativos.

PEDIDO DE PERÍCIA OU DILIGÊNCIA.

À luz do regramento processual vigente, a autoridade julgadora é livre para, diante da situação concreta que lhe é submetida, deferir ou indeferir pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, *ex vi* do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento aos recursos. Fez Sustentação oral o Sr. Fábio Mendonça e Castro, OAB/DF Nº 18.484.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Flávio Franco Correa, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, José Eduardo Dornelas Souza e Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro.

Processo nº 15563.000139/2009-00
Acórdão n.º **1301-002.054**

S1-C3T1
Fl. 5.852

CÓPIA

Relatório

FRIGOTI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA e OUTROS, já devidamente qualificados nos presentes autos, inconformados com a decisão da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, que manteve, na íntegra, os lançamentos tributários efetivados, interpõem recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Aproveito o relatório constante na decisão de primeira instância exarada em 15 de maio de 2014 para descrever os fatos e as razões trazidas por meio das impugnações interpostas.

Trata o presente processo do auto de infração de fls. 864 a 907, lavrado pela DRF/NIU, no qual consta a exigência de:

- Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 6.889.436,01, multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros moratórios;
- Contribuição para o programa de integração social (PIS), no valor de R\$ 1.885.388,75, multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros moratórios;
- Contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), no valor de R\$ 3.132.646,21, multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros moratórios; e
- Contribuição para o financiamento social (COFINS), no valor de R\$ 8.701.795,02, multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros moratórios.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal de fl. 866 a 868 e do termo de verificação fiscal de fls. 843 a 855, os lançamentos se devem a apuração de omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, apesar da autuada ter sido regularmente intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários em suas contas, tendo sido efetuado o arbitramento do lucro, tendo em vista que a contribuinte deixou de apresentar os livros e documentos de sua escrituração, mesmo após ter sido notificada para tanto.

Em razão da apuração da infração acima mencionada por 3 (três) anos consecutivos, a interessada foi excluída do Simples, a partir de 01/01/2004, pela prática reiterada de infração à legislação tributária, com fundamento no artigo 14, inciso V, e 15, inciso V, da Lei nº 9.317/96, o que se fez através da publicação do Ato Declaratório Executivo nº 26, de 07/05/2009, expedido pelo Delegado-Adjunto da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu.

Em razão da constatação da ocorrência de sonegação, na forma prevista no art. 71, inciso II, da Lei nº 4.502/64, com a utilização de interpostas pessoas, foi aplicada a multa qualificada, no percentual de 150 %, tendo sido ainda feita representação fiscal para fins penais, uma vez que a conduta apurada caracterizaria crime contra ordem tributária, previsto na Lei nº 8.137/90.

A autuação tem como fundamento legal os artigos 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96, e artigos 532 e 537, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo

Decreto nº 3.000/99 (RIR/99). O arbitramento do lucro foi efetuado com base no inciso II, do art. 530, do RIR/99.

Foi ainda atribuída pela autoridade fiscal a co-responsabilidade tributária às pessoas jurídica e físicas e abaixo listadas:

- Frigorífico Novo Meriti Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda, CNPJ nº 08.630.890/0001-27, sucessora;
- Pedro de Freitas Nogueira, CPF nº 129.301.487-72, sócio, pessoa interposta;
- Luiz de Freitas Nogueira, CPF nº 129.301.307-25, sócio, pessoa interposta;
- José Cláudio Chagas Nogueira, CPF nº 831.963.157-20, procurador e sócio de fato; e
- Carlos Augusto Chagas Nogueira, CPF nº 023.272.177-76, e sócio de fato.

A responsabilidade subsidiária pelo crédito tributário lançado da pessoa jurídica acima mencionada, decorreria da sua condição de sucessora da autuada, uma vez que permaneceu em atividade, com fundamento no art. 133, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Os sócios Pedro de Freitas Nogueira e Luiz de Freitas Nogueira responderiam solidariamente pelo crédito tributário lançado por terem, em tese, praticado atos com infração a lei, caracterizados como crimes contra ordem tributária, e em decorrência da dissolução irregular da sociedade, com fundamento no art. 135, inciso I, conjugado com o art. 134, inciso VII, do CTN.

Quanto a José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira, sócio do Frigorífico Novo Meriti, pela prática, em tese, de infração ao contrato social, responderiam solidariamente pelo crédito tributário, com fulcro no art. 135, inciso I, conjugado com o art. 134, inciso VII, do CTN, tendo aquele ainda infringido no inciso II, do art. 135, da mesma norma, em virtude de que foi procurador da autuada com poder para movimentação de suas contas correntes.

Em decorrência do lançamento foram arrolados bens e direitos da interessada e dos demais responsáveis solidários, conforme termos de fls. 908 a 919.

Cientificada da autuação em 24/06/2009, conforme AR de fl. 940, a interessada apresentou em 23/07/2009 impugnação de fls. 954 a 972, de fls. 1095 a 1097, de fls. 1157 a 1159 a de fls. 1219 a 1222, nas quais, alega a tempestividade, e:

1) a nulidade da autuação, tendo em vista a falta de elementos comprobatórios da suposta infração, bem como ante a atipicidade da conduta da impugnante, a ausência de dolo ou mesmo de culpa;

2) que a autuação por arbitramento feriu os princípios do estado de direito, da legalidade restrita, na medida que só estaria autorizada a ser usada em último recurso, por absoluta ausência de qualquer outro elemento que possua mais condições de aproximar-se do lucro real;

3) que possui todos os livros e documentos contábeis pertinentes e devidos, sendo, por isso, válida sua escrituração, estando a mesma à plena disposição do Fisco;

4) requer que seja feita a perícia contábil em sua escrita fiscal de modo a comprovar a regularidade da mesma, e respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, requereu o arquivamento da autuação, considerando-se procedente a impugnação.

Cientificada da autuação em 24/06/2009, conforme AR de fl. 943, Pedro de Freitas Nogueira apresentou em 23/07/2009 impugnação de fls. 1024 a 1035 e 1040 a 1051, nas quais, alega os mesmos argumentos da impugnação da autuada fazendo os mesmo pedidos, além de pugnar por sua ilegitimidade passiva, tendo em vista que a autuada possui personalidade própria, com autonomia patrimonial, que a autuada originária não cessou suas atividades, e é dotada de liquidez, que seu comportamento não possui tipicidade que desse azo a atribuição de solidariedade.

Cientificados da autuação em 24/06/2009, conforme AR de fl. 943, Frigorífico Novo Meriti Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda, José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira, apresentaram em 22/07/2009 impugnação de fls. 5515 a 5525, nas quais, alegam os mesmos argumentos da impugnação da autuada fazendo os mesmo pedidos, além de pugnar por suas ilegitimidades passivas, tendo em vista que não há sucessão com a autuada e o Frigorífico Novo Meriti, que esta não faz parte do mesmo grupo econômico da autuada, tendo quadros societários diversos, sendo na verdade concorrentes. Não haveria provas da existência de qualquer relação entre empresas, razão pela qual seu comportamento não possui tipicidade que desse azo a atribuição de solidariedade.

Através do Acórdão nº 12-32.878, de 19/08/2010 esta turma de julgamento não deu provimento as impugnações supramencionadas, julgando procedente o lançamento e a responsabilidade tributária solidária de todos os interessados.

Contra a referida decisão todos os interessados apresentaram recursos voluntários aos quais foram julgados em 04/12/2013 pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que por meio do acórdão nº 1302-001.267 anulou a decisão de primeira instância, tendo em vista que a mesma deixou de apreciar os argumentos da impugnação apresentada pela pessoa jurídica Frigorífico Novo Meriti Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda., José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira, tendo em vista que as referidas peças impugnatórias foram formalizadas em processos administrativos distintos (processos administrativos nº 10735.001291/2009-69, 10735.001292/2009-11, 10735.001293/2009-58 e 10735.001294/2009-01), que, por ocasião do julgamento em primeira instância, tramitavam em separado do presente processo.

Após a ciência dos interessados do teor da decisão da segunda instância administrativa, os autos foram remetidos para esta turma de julgamento para que fosse elaborada nova decisão.

Para uma melhor compreensão acerca da ocorrência dos fatos acima, destaco a seguir, em ordem cronológica, aspectos relevantes refletidos nos autos a partir da instauração da fase litigiosa.

Em 19 de agosto de 2010, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro prolatou o acórdão nº 12-32.878, fls. 1.305/1.318¹, por meio do

qual julgou improcedentes as impugnações interpostas pela autuada e pelos responsáveis solidários LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA e PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA.

Em 06 de outubro de 2010, apresentaram recursos voluntários: a autuada (fls. 1.345/1.361); PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA e LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA (fls. 1.387/1.407); FRIGORÍFICO NOVO MERITI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA (fls. 1.408/1.421).

Em 04 de dezembro de 2013, a 2ª Turma Ordinária desta 3ª Câmara, prolatou o acórdão nº 1302-001.267, por meio do qual decretou a nulidade da decisão exarada em primeira instância em virtude da constatação de que a impugnação apresentada conjuntamente por FRIGORÍFICO NOVO MERITI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA, não havia sido apreciada. Esclarece o citado acórdão que referida impugnação foi formalizada em processos distintos. O voto condutor do acórdão em referência assinala:

Faz-se necessário relatar que o processo administrativo nº 10735.001291/2009-69, ao qual estão apensados os processos nº 10735.001292/2009-11, 10735.001293/2009-58 e 10735.001294/2009-01, foi, em ocasião anterior, distribuído mediante sorteio a este Conselheiro, para relato e voto. Ao examiná-los, constatou-se que tratavam de impugnação aos lançamentos objeto do presente processo nº 15563.000139/2009-00, apresentadas pela pessoa jurídica Frigorífico Novo Meriti Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda. e os Srs. José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira. Mediante a Resolução nº 1301-00.048 (fls. 260/261 do processo nº 10735.001291/2009-69), de 15/03/2012, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF determinou que o processo nº 10735.001291/2009-69 fosse juntado ao presente processo nº 15563.000139/2009-00, e que este último fosse distribuído a este Conselheiro, por conexão.

A mencionada Resolução foi cumprida. O presente processo nº 15563.000139/2009-00 vem agora para julgamento, e a ele está juntado por apensação o processo nº 10735.001291/2009-69. A esse, por sua vez, já se encontravam apensados os processos nº 10735.001292/2009-11, nº 10735.001293/2009-58 e nº 10735.001294/2009-01.

Em 15 de maio de 2014, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro prolatou o acórdão nº 12-65.437, fls. 5.633/5.647, por meio do qual considerou definitiva a decisão que excluiu a fiscalizada da sistemática do SIMPLES e julgou improcedentes as impugnações interpostas pela autuada e pelos responsáveis solidários. Referido julgado restou assim ementado:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS. SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, decorrente de atos

praticados com infração de lei, bem como da adquirente, a qualquer título de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, que continuar a respectiva exploração.

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. DEFINITIVIDADE DA DECISÃO.

Considera-se definitiva a decisão que excluir a pessoa jurídica optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples ante a ausência de impugnação.

PERÍCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE QUESITOS E DE PERITO. PEDIDO NÃO FORMULADO.

Considera-se não formulado o pedido de perícia sem a indicação de quesitos, bem como de nome, endereço e qualificação profissional do perito.

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO.

A prática reiterada de infração à legislação tributária é causa de exclusão da pessoa jurídica do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. NEGATIVA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS PELA PESSOA JURÍDICA.

A lei autoriza o Fisco a fixar os lucros tributáveis, mediante arbitramento, quando falte a documentação comprobatória da escrita contábil, situação que alcança a hipótese de ela não ter sido apresentada pela pessoa jurídica após regular intimação para fazê-lo.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos creditados em conta de depósito ou de investimento, após regular intimação, autoriza o lançamento do imposto correspondente, por presunção legal de omissão de rendimentos, transferindo o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. SONEGAÇÃO. CABIMENTO.

É cabível a qualificação da multa no caso de sonegação, caracterizado pela utilização de interpostas pessoas, de modo a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade tributária das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS e COFINS.

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

Em 08 de julho de 2014, a autuada interpôs RECURSO VOLUNTÁRIO, fls. 5.655/5.661, sustentando: a exclusão das "competências" de janeiro a junho de 2004, em virtude de "prescrição"; o fato de a movimentação financeira não representar medida de faturamento; a deficiência da autuação em razão da desconsideração dos valores declarados no ano calendário de 2004; a necessidade de retorno dos autos à unidade administrativa de origem para que seja determinada perícia técnica nos extratos bancários e nos documentos contábeis existentes; a tributação segundo o regime a que estava submetida; a irretroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES; e a improcedência da alegação de interposição fraudulenta de pessoas e, por decorrência, a insubsistência da multa qualificada de 150%.

Em 21 de setembro de 2015, foi emitido DESPACHO DE SANEAMENTO, fls. 5.685/5.686, para que fosse promovida a ciência do acórdão nº 12-65.437 a FRIGORÍFICO NOVO MERITI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA, PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA, vez que foi constatado que a ciência em referência só havia sido promovida em relação à contribuinte autuada.

Cientificados da decisão exarada em primeira instância, conforme avisos de recebimento de fls. 5.700, 5.703, 5.706, 5.709 e 5.712, interpuseram recurso voluntário: FRIGORÍFICO NOVO MERITI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA, fls. 5.716/5.749, por meio do qual alegam:

- que o abandono das atividades da FRIGOTI não se deu de forma ardilosa e com premeditação, como insinua a Fiscalização;
- que o fato de ter existido no mesmo local empresas com o mesmo ramo de atividade não constitui prova da ocorrência de sucessão empresarial;
- que, relativamente às pessoas jurídicas objeto de circularização, foram desconsideradas as respostas que militavam em favor da demonstração da ausência de sucessão empresarial;
- que, no que tange aos valores das notas fiscais, os comentários da Fiscalização são feitos sem "*o menor nexo lógico, chegando mesmo a misturar com valores de notas de outros fornecedores*";
- que os fatos apurados pela Fiscalização demonstram que "*enquanto a FRIGOTI reduzia as suas atividades (por motivos - sic - de saúde de um dos sócios e não por fraude tributária como alegado pela Autoridade Fiscal) FRIGORÍFICO NOVO MERITI não absorvia o seu faturamento, tendo que trilhar um caminho próprio e independente*";
- que qualquer empresa envolvida na atividade de distribuição frigorífica de alimentos tem como fornecedora a PERDIGÃO, que é a empresa de maior expressão no setor;
- que "*várias empresas, com os mais variados sócios e não apenas os mencionados pelo Auditor Fiscal, têm seus negócios na Estrada Arthur Sendas nº 1.752, através de relação de locação comercial com FERNANDES COUTINHO FRIGORÍFICO LTDA., cabendo destacar, ainda, que os contratos relativos à FRIGOTI e FRIGORÍFICO NOVO MERITI foram devidamente juntados à primeira defesa*;

-
- que, no caso, não se trata de utilização do mesmo espaço físico, mas, sim, do mesmo endereço, que comporta o funcionamento de várias empresas ao mesmo tempo;
 - que são improcedentes as alegações da Fiscalização acerca de uma suposta utilização de uma mesma MARCA;
 - que a responsabilização é relativa aos tributos do fundo ou estabelecimento adquirido, não dizendo respeito à integralidade dos tributos devidos pelo alienante;
 - que, tendo ficado demonstrado que a FRIGOTI permaneceu em suas atividades até 2008, as exações devem ser exigidas dela, e, somente no caso de não satisfação da dívida, caberá ao FRIGORÍFICO MERITI cumprir com a obrigação;
 - que a tese sustentada pela Fiscalização para servir de suporte à responsabilização dos Srs. José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira não encontra suporte fático nem jurídico, devendo ser desconsiderada;
 - que a existência de uma procuração com poderes exclusivos para movimentação de contas não autoriza a conclusão de que o Sr. José Cláudio exercia função de administrador da FRIGOTI.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos apelos.

Cuida a lide de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS; e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS), relativas aos anos calendário de 2004, 2005 e 2006, formalizadas em virtude imputação de omissão de receitas, caracterizada por depósitos de origem não comprovada.

Esclareço inicialmente que não identifico nos autos interposição de recurso por parte de LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA e PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA.

Aprecio, pois, os recursos voluntários interpostos.

FRIGOTI DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA

"PRESCRIÇÃO"

Alega a Recorrente que os lançamentos tributários devem ser revisados, visto que as competências de janeiro a junho de 2004 devem ser excluídas da autuação, uma vez que passados mais de cinco anos da data da lavratura do auto de infração.

De certo, a Recorrente quis fazer referência à DECADÊNCIA, e não à PRESCRIÇÃO.

Para que se possa apreciar a ocorrência, ou não, de caducidade do direito de a Fazenda constituir os créditos tributários correspondentes aos fatos geradores apontados pela Recorrente, torna-se necessário, primeiro, analisar a procedência, ou não, da qualificação da penalidade aplicada, visto que, em tal circunstância (qualificação da penalidade), há um deslocamento do termo inicial do prazo de decadência. Vejo também como relevante a análise, de início, dos elementos relacionados à caracterização, pela Fiscalização, de sucessão empresarial.

Objetivando contextualizar a ação fiscal e destacar os elementos que serviram de suporte à imputação de multa de ofício de 150% e de sucessão empresarial, colho do Termo de Verificação e Constatação de fls. 814/826 as seguintes informações:

i) a ação fiscal na autuada foi deflagrada a partir da constatação de movimentação financeira incompatível com a receita declarada no período de 2004 a 2006, cabendo observar que nos anos de 2005 e de 2006 ela foi OMISSA na apresentação de declaração;

ii) embora intimada a apresentar livros e documentos, a fiscalizada não apresentou quaisquer documentos ou informações, fosse por escrito, fosse por meio verbal;

iii) diante do silêncio da contribuinte, foram expedidas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) à Instituições Financeiras, objetivando obter os extratos bancários correspondentes às contas movimentadas pela investigada;

iv) com base em informações obtidas da Junta Comercial do estado do Rio de Janeiro (JUCERJA), o quadro societário da fiscalizada era o seguinte: PALMERINDO FERREIRA DA COSTA e WILSON DE CARVALHO FERNANDES, até 29/12/2004; PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA e LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA a partir de 30/12/2004 (não foi verificada a existência de DISTRATO SOCIAL);

v) no local indicado como sendo o domicílio fiscal da autuada, não foram identificadas instalações ou logotipos da empresa, mas, sim, da pessoa jurídica FRIGORÍFICO NOVO MERITI (o nome MERITI encontrava-se impresso nos uniformes dos funcionários que estavam presentes por ocasião da visita da Fiscalização);

vi) indagado acerca da FRIGOTI, funcionário que encontrava-se na Portaria da empresa informou que desconhecia tal empresa, momento em que asseverou que não existia outra empresa em funcionamento naquele local que não a FRIGORÍFICO NOVO MERITI;

vii) o gerente da empresa FRIGORÍFICO NOVO MERITI, Sr. JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA, é filho do Sr. PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, sócio da fiscalizada, e, indagado acerca da FRIGOTI, informou que a empresa havia sido encerrada por dificuldades econômicas e devido a problemas de saúde de seu pai, e que, no lugar dela, havia sido fundada, por ele e pelo Sr. CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA, a empresa FRIGORÍFICO NOVO MERITI;

viii) pesquisas em controles internos da Receita Federal indicaram que a autuada integra um conjunto de seis empresas instaladas no mesmo endereço, sendo que nenhuma delas havia sido encerrada;

ix) conforme quadro de fls. 816, em cinco das seis empresas acima referenciadas, constata-se ao menos uma das seguintes pessoas físicas: PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA (não obstante, a Fiscalização assegura que em todas as empresas havia pelo menos um desses senhores);

x) em virtude da ausência de esclarecimentos acerca da origem dos recursos movimentados em contas bancárias, a fiscalizada foi excluída do SIMPLES com fundamento na prática reiterada de infração (Ato Declaratório Executivo nº 26, de 07/05/2009), tendo sido intimada a apresentar livros que viabilizassem a apuração das exações devidas segundo o regime de tributação de opção, porém, nada foi apresentado;

xi) para a Fiscalização, a autuada representa a quinta empresa de um total de seis, constituídas pelo que denominou FAMÍLIA NOGUEIRA, no mesmo endereço, com objeto idêntico ou similar, sendo que nenhuma foi regularmente encerrada;

xii) os sócios originais da fiscalizada, Srs. PALMERINDO FERREIRA DA COSTA e WILSON DE CARVALHO FERNANDES não detinham, à época em que participavam do quadro societário, capacidade econômica para constituir uma empresa do porte da fiscalizada (quando constituída, o seu capital era de R\$ 100.000,00);

xiii) foi constatado que os Srs. PALMERINDO FERREIRA DA COSTA e WILSON DE CARVALHO FERNANDES haviam sido funcionários de alguma das seis empresas da FAMÍLIA NOGUEIRA;

xiv) juntamente com extratos bancários do BRADESCO, foram identificados diversos instrumentos de procuração outorgando poderes ao Sr. JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA, filho do sócio da fiscalizada Sr. PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, para movimentar a conta bancária da FRIGOTI;

xv) o prédio no qual encontram-se domiciliadas as seis empresas identificadas é de propriedade do Sr. JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA

xvi) no ano em que a fiscalizada apresentou declaração ao Fisco (2004), foi informada uma receita bruta de R\$ 552.329,76, enquanto os créditos em conta bancária totalizaram R\$ 92.527.640,80;

xvii) embora a alegação seja em sentido contrário, comparando-se os contratos sociais da fiscalizada e da FRIGORÍFICO MERITI, verifica-se que elas têm o mesmo objeto social;

xviii) o atual Contrato Social consolidado da FRIGOTI e o Contrato Social da FRIGORÍFICO NOVO MERITI, em suas cláusulas quartas (terceira, no Contrato Social original da FRIGOTI), possuem exatamente a mesma redação, inclusive com o mesmo erro de pontuação, conforme reprodução abaixo:

A sociedade tem por objeto a exploração do ramo de distribuição e comércio de carnes de bovinos, suínos e seus derivados, bem como, de gêneros alimentícios em geral

xix) convergem para a caracterização da sucessão, os seguintes dados: conforme DIPJ de 2004 e de 2007 (2005 e 2006 a empresa foi omissa), a FRIGOTI praticamente cessou suas atividades; em 2004 a receita foi de R\$ 552.329,76 e em 2007 foi de R\$ 137.547,01; nesse período, o número de empregados foi reduzido de vinte para dois; o FRIGORÍFICO NOVO MERITI, ao contrário, teve nesse mesmo período elevado crescimento de sua folha de pagamento;

xx) com base em circularização foi possível caracterizar a cessação das atividades da FRIGOTI e a continuidade da exploração da atividade pelo FRIGORÍFICO NOVO MERITI, e a constatação da existência de contatos comuns para as duas empresas (Sr. MARCELO² e R&A REPRESENTAÇÕES LTDA);

xxi) notas fiscais de emissão da FRIGOTI, colhidas no procedimento de circularização, indicam no logotipo da FRIGOTI a expressão FRIGORÍFICO MERITI e representa o mesmo logotipo da FRIGORÍFICO NOVO MERITI, como acréscimo da expressão NOVO.

² O número de telefone associado a este senhor pertence à Dulucar Transportes, também localizada no mesmo endereço da FRIGOTI e do FRIGORÍFICO NOVO MERITI e igualmente pertencente a membros da família (Srs. Luiz Márcio Chagas Nogueira e Marcelo Alfenas Nogueira).

Com base nos elementos acima explicitados, a Fiscalização, com fundamento nas disposições normativas e legais adiante apontadas, promoveu: a) o arbitramento do lucro (inciso III do art. 530 do RIR/99); b) a qualificação da multa de ofício aplicada (inciso I, parágrafo 1º, art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996); a imputação de sucessão empresarial à FRIGORÍFICO NOVO MERITI (inciso II do art. 133 do Código Tributário Nacional); e a imputação de responsabilidade tributária aos Srs. PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA.

Em discussão, portanto, a partir dos elementos apontados nos itens de i a xxi acima, a qualificação da penalidade, o arbitramento do lucro, a responsabilidade subsidiária imputada à pessoa jurídica FRIGORÍFICO NOVO MERITI e a responsabilidade tributária solidária imputada aos Srs. PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA, LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA.

A meu ver, os elementos acima elencados, isoladamente, não têm o condão de servir de suporte nem à qualificação da penalidade, nem à imputação de responsabilidade. Porém, como habitualmente tem-se dito, visto o "filme" como um todo, servem de lastro tanto para uma coisa como para a outra.

Com efeito, estamos diante de um conjunto de empresas, todas localizadas em um mesmo endereço, administradas por pessoas integrantes de uma mesma família, em que, no que tange à fiscalizada, resta patente: a interposição de pessoa no seu quadro societário; a movimentação financeira de recursos vultosos, declarada em montante significativamente inferior ou mesma não declarada; a cessão gradativa da exploração da atividade econômica; e a comprovada continuidade por meio de empresa pertencente ao mesmo grupo familiar.

Para entender como procedente as medidas adotadas pela Fiscalização que ora aprecio (qualificação da penalidade, imputação de responsabilidade tributária e arbitramento do lucro), destaco os seguintes elementos: titularidade do capital do Grupo de empresas distribuída entre pessoas integrantes de uma mesma família; a ausência de escrituração das operações; a evidente interposição de pessoas no quadro societário da fiscalizada, caracterizada pela titularidade formal do seu capital em nome de funcionários de empresa integrante do Grupo e a subsequente outorga de procuração a verdadeiro titular; as evidências refletidas em documentos fiscais e nos atos societários; e as evidências descritas pela autoridade fiscal a partir das circularizações efetuadas.

Como é cediço, na circunstância em que o dolo está presente na conduta infracional, a decadência rege-se pelas disposições do art. 173 do Código Tributário Nacional, e não pelo § 4º do art. 150 do mesmo diploma.

No caso vertente, em que o fato gerador mais antigo ocorreu em janeiro de 2004 e o lançamento foi efetivado em junho de 2009, considerado o inciso I do art. 173 acima mencionado, descabe falar em caducidade do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, eis que ela detinha poderes para fazê-lo até 31 de dezembro deste mesmo ano (2009).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Argumenta a Recorrente que a movimentação bancária não representa medida idêntica de faturamento, vez que envolve valores referentes à devolução de fornecedores (compras estornadas), aportes financeiros de sócios, empréstimos bancários, transferências entre contas, etc. Diz que, além disso, ao invés de a autuação incidir apenas sobre a diferença, foram desconsiderados os valores efetivamente declarados no ano de 2004.

Equivoca-se a Recorrente.

É certo que a movimentação bancária pode mesmo corresponder à devolução de fornecedores, aportes financeiros de sócios, empréstimos bancários, transferências entre contas, etc., porém, uma vez não comprovado que o crédito feito em conta corrente bancária teve qualquer dessas origens ou qualquer outra não tributável, nasce para o Fisco o direito de tributar tal crédito como omissão de receitas.

É o que estabelece o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, senão vejamos:

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

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 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.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos

nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Vê-se, pois, que, no caso, o ônus de provar que o crédito bancário não decorre de receita omitida é do contribuinte.

Nota-se, também, que inexistente na lei a presunção de que os depósitos bancários alcançam, necessariamente, os valores declarados, ou a determinação de que, para fins de tributação com suporte na presunção, deve-se excluir os valores declarados. No caso, caberia à autuada provar que referidos valores declarados transitaram pelas suas contas bancárias, e mais: que os valores declarados foram confessados em instrumentos declaratórios próprios ou foram devidamente recolhidos.

PERÍCIA TÉCNICA

Alternativamente, a Recorrente solicita que o presente processo retorne à unidade administrativa de origem para que seja determinada a realização de uma perícia técnica nos extratos bancários e documentos contábeis, a fim de que se possa apurar o valor correto base tributável supostamente omitida.

Impróprio o solicitado pela Recorrente.

Como dito, tratando-se de tributação com base em depósitos bancários, o ônus probatório é invertido, de modo que revela-se absolutamente impertinente requerer que, por meio de perícia ou diligência, o Fisco envie esforços para colher provas que caberia ao fiscalizado apresentá-las.

Ademais, em conformidade com o inciso IV e §1º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, no caso de perícia, além da formulação dos quesitos referentes ao exame desejado, o contribuinte deve indicar o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, considerando-se não formulado o pedido que tenha sido efetuado sem a observância de tais requisitos.

REGIME DE TRIBUTAÇÃO E EXCLUSÃO DO SIMPLES

Sustenta a Recorrente que, no caso, uma vez determinada a base tributável, o regime de tributação a ser adotado deveria ser o utilizado por ela, *"e não o criado pelo Auditor Fiscal e apurado de modo retroativo"*. Diz que os efeitos da exclusão do SIMPLES operam de modo *ex nunc*, e não *ex tunc*.

Aqui, à evidência, não se trata de regime de tributação *"criado pelo Auditor"*, mas, sim, de aplicação de regime de tributação diante da constatação da ocorrência da hipótese autorizadora prevista na lei.

De igual forma, a disciplina acerca dos efeitos da exclusão do SIMPLES é ditada pela lei.

No presente caso, como se verifica na transcrição abaixo, o inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, diploma legal que regia a sistemática simplificada de recolhimento de tributos e contribuições até então vigente, estabelecia de forma expressa a retroatividade dos efeitos da exclusão.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

...

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

...

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

...

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

MULTA QUALIFICADA

Alega a Recorrente que a qualificação da penalidade teve por fundamento a existência de interpostas pessoas, mas que, no período investigado, a empresa já era de titularidade do Sr. PEDRO DE FREITAS NOGUEIRA e LUIZ DE FREITAS NOGUEIRA, *"sendo desnecessária qualquer medida de desconsideração de personalidade jurídica, afastando, assim, a alegação de interposição fraudulenta de pessoas."*

Penso que os elementos justificadores da qualificação da penalidade e o juízo acerca da procedência da medida, já foram devidamente apontados (os elementos) e declinados (juízo). No mais, cabe apenas destacar que, no caso, não estamos diante de desconsideração de personalidade jurídica, mas, sim, de identificação da verdadeira titularidade dos recursos financeiros movimentados e, por decorrência, da imputação da responsabilidade pelos tributos advindos da renda refletida na movimentação dos recursos.

FRIGORÍFICO NOVO MERITI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS EIRELI, JOSÉ CLÁUDIO CHAGAS NOGUEIRA e CARLOS AUGUSTO CHAGAS NOGUEIRA

APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 133 DO CTN

Alegam os Recorrentes que o abandono das atividades da FRIGOTI não se deu de forma ardilosa e com premeditação, como insinua a Fiscalização. Afirmam que o fato de ter existido no mesmo local empresas com o mesmo ramo de atividade não constitui prova da ocorrência de sucessão empresarial. Argumentam que, relativamente às pessoas jurídicas objeto de circularização, foram desconsideradas as respostas que militavam em favor da demonstração da ausência de sucessão empresarial. Sustentam que, no que tange aos valores das notas fiscais, os comentários da Fiscalização são feitos sem *"o menor nexo lógico, chegando mesmo a misturar com valores de notas de outros fornecedores"*. Afirmam que os fatos apurados pela Fiscalização demonstram que *"enquanto a FRIGOTI reduzia as suas atividades (por motivos - sic - de saúde de um dos sócios e não por fraude tributária como alegado pela Autoridade Fiscal) FRIGORÍFICO NOVO MERITI não absorvia o seu faturamento, tendo que trilhar um caminho próprio e independente"*. Alegam que qualquer empresa envolvida na atividade de distribuição frigorífica de alimentos tem como fornecedora a PERDIGÃO, que é a empresa de maior expressão no setor. Argumentam ainda que *"várias empresas, com os mais variados sócios e não apenas os mencionados pelo Auditor Fiscal, têm*

seus negócios na Estrada Arthur Sendas nº 1.752, através de relação de locação comercial com FERNANDES COUTINHO FRIGORÍFICO LTDA., cabendo destacar, ainda, que os contratos relativos à FRIGOTI e FRIGORÍFICO NOVO MERITI foram devidamente juntados à primeira defesa; que, no caso, não se trata de utilização do mesmo espaço físico, mas, sim, do mesmo endereço, que comporta o funcionamento de várias empresas ao mesmo tempo; que são improcedentes as alegações da Fiscalização acerca de uma suposta utilização de uma mesma MARCA; que a responsabilização é relativa aos tributos do fundo ou estabelecimento adquirido, não dizendo respeito à integralidade dos tributos devidos pelo alienante; que, tendo ficado demonstrado que a FRIGOTI permaneceu em suas atividades até 2008, as exações devem ser exigidas dela, e, somente no caso de não satisfação da dívida, caberá ao FRIGORÍFICO MERITI cumprir com a obrigação; que a tese sustentada pela Fiscalização para servir de suporte à responsabilização dos Srs. José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira não encontra suporte fático nem jurídico, devendo ser desconsiderada; e que a existência de uma procuração com poderes exclusivos para movimentação de contas não autoriza a conclusão de que o Sr. José Cláudio exercia função de administrador da FRIGOTI.

Como já dito, tenho por suficientes os elementos trazidos aos autos pela autoridade fiscal, tanto para a exasperação da penalidade aplicada, como para a imputação de responsabilidade tributária, seja em relação ao FRIGORÍFICO MERITI, seja em relação às pessoas físicas indicadas na peça de autuação.

Equivocam-se os Recorrentes ao sustentarem que, no caso do art. 133 do CTN, a responsabilidade tributária não alcança a integralidade dos tributos devidos pelo sucedido. À evidência, tratando-se de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, relativamente aos fatos geradores ocorridos até a data do evento, a responsabilidade tributária em questão alcança a integralidade dos tributos devidos.

Importa destacar, contudo que, em convergência com sustentado pelos Recorrentes, no que diz respeito à responsabilidade tributária imputada ao FRIGORÍFICO MERITI, ela teve por suporte, acertadamente, o disposto no inciso II do art. 133 do CTN, de modo que ela tem caráter subsidiário.

Repiso que, para fins de apreciação das questões suscitadas pelos Recorrentes, especialmente os relacionados à sucessão empresarial e à responsabilidade dos Srs. José Cláudio Chagas Nogueira e Carlos Augusto Chagas Nogueira, é necessário jogar luzes sobre os fatos aportados ao processo de forma conjunta, e não isoladamente. Não obstante, diferentemente do sustentado na peça recursal, tenho como de extrema relevância para corroborar a conclusão esposada no presente pronunciamento, a constatação da existência de PROCURAÇÃO outorgando poderes ao Sr. José Cláudio para movimentar recursos da fiscalizada.

Por todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos recursos.

"documento assinado digitalmente"

Wilson Fernandes Guimarães - Relator

Processo nº 15563.000139/2009-00
Acórdão n.º **1301-002.054**

S1-C3T1
Fl. 5.868

CÓPIA