



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15563.720136/2013-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1004-000.129 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Turma Extraordinária**
Sessão de 12 de março de 2024
Recorrente MULTI MERCADO DE EDEN LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009

RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO

Garante-se ao contribuinte o prazo de trinta dias, subsequentes à intimação do acórdão de primeira instância, para a interposição de recurso voluntário. Ultrapassado este prazo sem que o recurso seja apresentado, ocorre a preclusão do direito de recorrer. Recursos protocolados após este período são intempestivos e, por consequência, não podem ser conhecidos.

SIGILO BANCÁRIO.

Não constitui violação do dever de sigilo e independe de autorização judicial a prestação de informações pelas instituições financeiras nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA. ART. 124, INCISO I, DO CTN.

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. VÍCIO NA MOTIVAÇÃO. AFASTAMENTO.

Ao se exigir a multa qualificada deve a Autoridade Fiscal necessariamente expor os motivos de fato e de direito que fundamentam a exigência qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso do contribuinte e dar parcial provimento ao recurso do responsável solidário para afastar a multa qualificada, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jeferson Teodorovicz, Henrique Nimer Chamas, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Diljessa de Moura Pessoa de Vasconcelo Filho, Fernando Beltcher da Silva e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Turma da DRJ/BHE (Acórdão 02-57.238, fls. 3213 e ss.) que julgou improcedente as impugnações apresentadas pelos ora recorrentes.

Do Relatório da Decisão Recorrida — EUCLIDES ALFENAS MILAGRES (e-fls. 3271 e ss.)

Os autos de infração a fls. 2967/2985 exigem o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 7.023.816,33, assim discriminado:

	TRIBUTO	JUROS DE MORA	MULTA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	1.794.500,42	685.809,83	2.691.750,64	5.172.060,89
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	642.491,20	245.527,43	963.736,81	1.851.755,44

Descrição das infrações imputadas

A autuante atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

RECEITAS ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS. LUCRO REAL APURADO E NÃO DECLARADO. Matéria tributável apurada conforme termo de constatação fiscal anexo. Datas dos fatos geradores: 31/03/2009 e 30/06/2009. Multa: 150%.

Enquadramento legal para o IRPJ: art. 3º da Lei nº 9.249/95; arts. 247, 248, 251 e parágrafo único, 277, 278, 279 e 280 do RIR/99.

Enquadramento legal para a CSLL: art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; art. 2º da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08.

[Os valores declarados em DCTF (Anexo 10) são iguais àqueles efetivamente recolhidos e foram compensados no crédito tributário constituído]

Termo de constatação fiscal

No termo de constatação fiscal a fls. 2944/2966, a autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

Contexto

- A ação fiscal decorre do MPF n.º 0710300.2011.01373-6, tributo IRPJ, relativo ao ano-calendário 2009.

Das considerações gerais

- O contribuinte apresentou, em 18/06/2010, DIPJ do ano-calendário 2009 (lucro real trimestral) com valores iguais a zero em todos os campos.
- Mas as declarações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito (Decreds) indicavam o pagamento de repasses de R\$ 1.944.487,20 para aquele ano-calendário.
- A movimentação financeira apurada representa meramente indício de inconsistência entre as receitas declaradas pelo contribuinte e os recursos por ele movimentados.
- Eventual omissão de receitas somente pode ser apurada através do aprofundamento da ação fiscal, o que foi feito conforme descrito a seguir.

Da responsabilidade solidária dos administradores de direito e de fato

- A empresa registrou na Jucerja, em 04/01/2008, a 2ª alteração contratual, datada de 18/09/2007, em que os sócios Euclides Alfenas Milagres e Dermenval Alfenas Milagres, transferiram a totalidade de suas cotas do capital social (7.500 cotas de cada um) para Renato Cavalcante Bittencourt, recebendo deste R\$ 15.000,00 pagos “em moeda corrente no país”.
- Na mesma alteração, as sócias Jandira Santana de Souza Gomes e Elisângela Rodrigues Barbosa transferiram a totalidade de suas cotas (7.500 cotas de cada uma) para Renata Cristina Pacheco dos Santos, recebendo desta R\$ 15.000,00 pagos “em moeda corrente no país”
- De acordo com a alteração, o capital social, de R\$ 30.000,00, ficou assim dividido: 50% para Renato Cavalcante Bittencourt e 50% para Renata Cristina Pacheco dos Santos.
- Segundo pesquisas nos bancos de dados da RFB, o sócio Renato Cavalcante Bittencourt:
 - *declarou não possuir bens e direitos nos anos-calendário 2007, 2009, 2010 e 2011;*
 - *não declarou, no ano-calendário 2007, a compra pelo valor de R\$ 15.000,00 de cotas do Multi Mercado de Éden Ltda;*
 - *não declarou, no ano-calendário 2009, a compra pelo valor de R\$ 375.000,00 de cotas do Multi Mercado Millenium de Anchieta Ltda., conforme sua 3ª alteração contratual, datada de 22/12/2009 e registrada na Jucerja em 29/03/2010;*
 - *nos anos-calendário 2007 e 2009, não declarou rendimentos que suportassem essas transações;*
 - *o somente declarou no ano-calendário 2008, e pelo valor de R\$ 10.000,00, a aquisição de cotas do Multi Mercado de Éden (baixada em sua declaração de 2009, sem o registro da baixa na Jucerja);*
 - *trabalhou, conforme consulta a “Vínculos Empregatícios do Trabalhador” no CNIS, de 04/05/1981 a 30/06/1981 na Sendas S/A, de 01/08/1983 a 22/03/1985 na Armetal Comércio*

e Representações Ltda, e de 01/04/1988 a 07/08/1991 na Fábrica de Máquinas Bemfica Ltda, não constando outro vínculos empregatícios.

- Segundo consta dos bancos de dados da RFB, a sócia Renata Cristina Pacheco dos Santos:
 - *declarou não possuir bens e direitos nos anos-calendário 2007, 2008, 2010 e 2011;*
 - *não declarou, no ano-calendário 2007, a compra pelo valor de R\$ 15.000,00 de cotas do Multi Mercado de Éden Ltda (a compra só foi registrada no ano-calendário 2009, e pelo valor de R\$ 10.000,00, tendo sido baixada em 2010, sem o registro na Jucerja);*
 - *não declarou, no ano-calendário 2009, a compra pelo valor de R\$ 125.000,00 de cotas do Multi Mercado Millenium de Anchieta Ltda., conforme sua 3ª alteração contratual, datada de 22/12/2009 e registrada na Jucerja em 29/03/2010;*
 - *no ano-calendário 2009, não declarou rendimentos que suportassem essa transação;*
 - *possuiu, conforme consulta no CNIS em 23/08/2011, vínculo empregatício, de 18/01/2002 a 13/06/2007, na função 4110 da CBO (escriturários em geral, agentes, assistentes e auxiliares administrativos), com a Multi Mercado de Éden Ltda (em 18/09/2007 ela supostamente adquiriu 50% de suas cotas).*
 - *possuiu também os vínculos empregatícios relacionados na tabela a fls. 2946, permanecendo vinculada ao último empregador, em regime CLT.*
 - *exerce a atividade de “costureiro em geral”, conforme consulta a “Atividades do Contribuinte Individual” no CNIS.*
- Em consulta ao sistema Renavam, não identificou nenhum veículo em nome de Renato Cavalcante Bittencourt e Renata Cristina Pacheco dos Santos. Também não foram registradas aquisições ou alienações de imóveis no sistema DOI.
- Em 08/03/2013, foram emitidos MPFs - Diligência em nome dos sócios anteriores: Elisângela Rodrigues Barbosa, Dermenval Alfenas Milagres, Euclides Alfenas Milagres e Jandira Santana de Souza Gomes.
- Foram lavrados em 21/03/2013, e encaminhados por via postal, termos de intimação para que os mesmos, no prazo de 20 dias, prestassem esclarecimentos em relação à 2ª alteração contratual, informando as datas efetivas das transferências das cotas e do recebimento dos valores.
 - *O termo de intimação em nome de Jandira foi recepcionado em 26/03/2013, não tendo sido respondido.*
 - *O termo de intimação em nome de Elisângela foi devolvido pelos Correios em 26/03/2013 com a informação "Mudou-se". Ela foi intimada por edital afixado em 07/05/2013 e desafixado em 22/05/2013, sem resposta.*
 - *O termo de intimação em nome de Dermenval foi recebido em 27/03/2013 e respondido em 12/04/2013, declarando que a transferência das cotas ocorreu em 18/09/2007 e o pagamento, de R\$ 7.500,00, em janeiro de 2008.*
 - *O termo de intimação em nome de Euclides foi recebido em 26/03/2013 e respondido em 12/04/2013, também declarando que a transferência das cotas ocorreu em 18/09/2007 e o pagamento, de R\$ 7.500,00, em janeiro de 2008.*
- Euclides e Jandira somente declararam a venda das cotas do Multi Mercado de Éden no ano-calendário 2008.
- Dermenval somente declarou a venda das cotas do Multi Mercado de Éden no ano- calendário 2009.
- Elisângela não declarou a propriedade nem a alienação de cotas do Multi Mercado de Éden.

- Ante o exposto e a baixa capacidade financeira dos sócios, entende-se que houve simulação na operação de transferência de titularidade.
- Caracteriza-se a sujeição passiva solidária nos termos dos artigos 124, I, e 135, III, do CTN.
- Lavram-se os termos de sujeição passiva solidária em nome dos quatro sócios anteriores.
- Salvo melhor juízo, os sócios de direito Renato e Renata não são os sócios de fato.
- O procedimento descrito, em tese, pode ser capitulado como sonegação, fraude e conluio, nos termos da Lei n.º 4.502, de 1964.

Dos termos lavrados e da documentação apresentada

- Para dar início à fiscalização, a autuante dirigiu-se em 27/09/2011 ao endereço cadastral do contribuinte, não o localizando.
- Lavrou-se termo de diligência, e desenvolveram-se os procedimentos para a declaração da inaptidão da inscrição no CNPJ, formalizada por ato declaratório executivo de 03/10/2011.
- Em 03/10/2011 foram lavrados dois termos de início de ação fiscal, encaminhados por via postal, intimando o contribuinte, na pessoa de sua sócia administradora Renata e de seu sócio Renato, a apresentar, em relação ao ano-calendário 2009, livros comerciais e fiscais, talonários de notas fiscais emitidas, documentação comprobatória dos registros contábeis, inclusive extratos de operações com cartões de crédito, atos constitutivos e alterações e, se fosse o caso, termos de opção pelo REFIS/PAES/PAEX e a relação dos débitos neles incluídos.
- O termo em nome da sócia-administradora Renata foi recepcionado em 14/10/2011.
- O termo em nome do sócio Renato foi encaminhado para o endereço cadastral (o mesmo da alteração contratual registrada em 04/01/2008), mas devolvido pelos Correios, em 17/10/2011, após três tentativas de entrega.
- Em 23/11/2011, a empresa, por seu procurador/contador requereu prorrogação do prazo para atendimento ao termo de início.
- Foram entregues, em 16/12/2011, os livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, Termo de Opção PAES e duas caixas contendo fitas de emissão de cupom fiscal referentes a 2009, desordenadas e muitas delas ilegíveis.
- Em 13/03/2012, foi lavrado termo de prosseguimento de fiscalização, encaminhado para a sócia-administradora. Foi devolvido pelos Correios em 15/03/2012 com a indicação “desconhecido”.
- Foi lavrado, em 02/05/2012, termo de reintimação, encaminhado para a sócia-administradora e recepcionado em 05/05/2012, para que, no prazo de dez dias, fosse apresentada a documentação comprobatória dos registros contábeis relativos ao ano-calendário 2009, inclusive extratos de operações com cartões de crédito, mas sem resposta.
- Também em 02/05/2012 foi lavrado termo de reintimação, encaminhado para o sócio Renato, para que, no prazo de dez dias, fosse apresentada a documentação comprobatória

dos registros contábeis relativos ao ano-calendário 2009, inclusive extratos de operações com cartões de crédito. Foi devolvido pelos Correios, em 08/05/2012, com a indicação “ausente”.

- Em 15/05/2012, a empresa encaminhou correspondência alegando que “encontra-se atualmente inativa, devido ao encerramento de suas atividades, motivo pelo qual os documentos (extratos de operações com cartões de crédito) não estão sendo encontrados, tendo em vista que há ainda muitos destes a serem arquivados, se tornando inviável a sua apresentação neste momento, sendo portanto, necessário tempo hábil para que enfim possa ser cumprido o determinado”.
- Em 03/07/2012 e 27/08/2012, foram lavrados termos de prosseguimento, encaminhados para a sócia-administradora. O primeiro foi recepcionado em 05/07/2012. O segundo foi devolvido pelos Correios, em 28/08/2012, com a indicação “recusado”.
- Em 01/11/2012 e 03/01/2013, foram lavrados termos de prosseguimento, encaminhados por via postal para a sócia-administradora e recepcionados em 06/11/2012 e 07/01/2013.

Da Requisição de Informação sobre a Movimentação Financeira (RMF)

- Emitiu-se solicitação para emissão de RMF em 22/05/2012, dando origem às RMFs encaminhadas, em 23/05/2012, para Cielo S/A e Redecard S/A.
- A Redecard atendeu em 13/06/2012 e a Cielo em 18/06/2012, encaminhando extratos das operações com cartões de crédito.
- A autuante elaborou demonstrativo de repasses de cartões de crédito, encaminhado em 21/03/2013, anexo a termo de intimação, do qual o contribuinte tomou ciência em 26/03/2013, para que comprovasse o lançamento em sua escrituração contábil das receitas representadas pelos repasses recebidos, bem como a inclusão das mesmas na base de cálculo do seu IRPJ e tributos reflexos no ano-calendário 2009.
- Em 29/04/2013, o contribuinte solicitou prorrogação de prazo para atendimento, não se manifestando até data da lavratura do termo de constatação.

Da apuração do lucro real

- Somente em 08/05/2013, ou seja, um ano e seis meses após haver sido regularmente intimado, o contribuinte entregou os livros Diário ns. 01, 02, 03 e 04 relativos ao período sob fiscalização (registrados na Jucerja no dia 03 daquele mesmo mês).
- Não foram apresentados o Razão e o Lalur, obrigatórios nos termos dos artigos 259 e 260 do RIR/99, uma vez que o contribuinte é optante pelo lucro real.
- Também não foram apresentados os documentos comprobatórios de sua escrituração, limitando-se a entregar apenas o material já descrito (fitas de emissão de cupom fiscal).
- Foi lavrado, em 04/06/2013, termo de intimação, encaminhado para a sócia-administradora e recepcionado em 07/06/2013, para entregar documentação comprobatória dos valores lançados em contas de receitas e despesas no ano-calendário 2009, escriturados em seus livros Diário, apresentados separadamente e agrupados pelo mês de registro.
- Em 14/06/2013, o contribuinte apresentou diversos comprovantes de despesas referentes ao ano-calendário 2009, separadamente por mês.

- Após cuidadosa análise, aqueles que preenchiam os critérios legais de dedutibilidade deram origem aos Anexos 2, 3, 4 e 5 (Comprovantes de Despesas), observando-se que:
 - Sempre que o valor dos comprovantes era inferior ao registrado no Diário, a diferença foi glosada.
 - Foram glosados também os valores contabilizados sem comprovação.
 - Nos casos em que o valor dos comprovantes era superior ao contabilizado pela empresa, a diferença foi tributada como omissão de receitas e adicionada ao lucro real.
 - Embora na escrituração do livro Diário a conta 3997 - Vale Transporte tenha apresentado saldos credores nos três primeiros trimestres de 2009, foram aceitos os valores dos comprovantes apresentados, por representarem despesas efetivas da empresa.
 - Os valores recolhidos através das GPS apresentadas eram superiores aos valores da conta 1652-Previdência Social escriturados como despesas no Diário. Como a GPS engloba o valor devido pelo empregador e os valores retidos dos empregados, o total é sempre superior ao registrado como despesa. Por conta disto, foram considerados como despesas comprovadas os valores escriturados pelo contribuinte na conta 1652.
- Foi lavrado, em 14/06/2013, termo de intimação, encaminhado para a sócia-administradora e recepcionado em 18/06/2013, para entregar documentação comprobatória dos valores lançados na conta 1442 - Custo das Mercadorias no ano-calendário 2009, escriturados em seus livros Diário, apresentados separadamente por mês de registro.
- Embora o termo não tenha sido respondido, os valores das compras de mercadorias escriturados no livro Diário, que deram origem ao Custo das Mercadorias Vendidas, estão sendo acatados por guardarem consistência com as vendas informadas pelos fornecedores no SPED/NF-e.
- Em 13/08/2013, foi lavrado termo de prosseguimento, encaminhado para a sócia-administradora e recepcionado em 15/08/2013.
- Com o objetivo de determinar o lucro real do contribuinte, foram elaborados os Anexos 6, 7, 8 e 9 (Apuração do Lucro Real), observando-se que:
 - Os valores de receitas de revendas de mercadorias e de custo das mercadorias vendidas são aqueles escriturados nos livros Diário ns. 01, 02, 03 e 04.
 - Os valores de deduções da receita bruta e de despesas operacionais correspondem aos gastos efetivamente comprovados pelo contribuinte, conforme Anexos 2, 3, 4 e 5.
 - Foram adicionados ao lucro real os valores das despesas efetuadas e não escrituradas, por caracterizarem omissão de receita nos termos do artigo 281, II, do RIR/99.

Da apuração das bases de cálculo e da determinação dos coeficientes aplicáveis

- Para fins de apuração do IRPJ e da CSLL devidos com base no lucro real (Anexos 6, 7, 8 e 9), aplicaram-se os respectivos coeficientes de 15% e 9%.

Do evidente intuito de sonegação/fraude e da qualificação da multa de ofício

- Foi aplicada a multa de ofício de 150%, pelos fatos expostos no tópico “Da responsabilidade solidária dos administradores de direito e de fato”.

Da constituição dos créditos tributários devidos

- O contribuinte efetuou recolhimentos de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2009 e apresentou as DCTFs dos 1º e 2º semestres de 2009.
- Os valores declarados em DCTF (Anexo 10) são iguais aos recolhidos e estão sendo compensados no crédito tributário constituído.

Do encerramento da ação fiscal

- Encerra-se, na data de ciência do termo de constatação, a ação fiscal.

Ciência do contribuinte

Em 19/09/2013, conforme aviso de recebimento a fls. 2998, a sócia-administradora Renata Cristina Pacheco dos Santos teve ciência, por via postal, dos autos de infração, do termo de constatação fiscal e de termo de destruição de informações em meio magnético.

Em 30/09/2013, conforme edital a fls. 3006, o sócio Renato Cavalcante Bittencourt teve ciência dos autos de infração, do termo de constatação fiscal e de termo de destruição de informações em meio magnético.

Ciência dos responsáveis solidários

Em 21/09/2013, conforme aviso de recebimento a fls. 2999, Dermenvál Alfenas Milagres teve, por via postal, ciência dos autos de infração, do termo de constatação fiscal e do termo de sujeição passiva solidária lavrado em seu nome (fls. 2991/2992).

Em 19/09/2013, conforme aviso de recebimento a fls. 3000, Euclides Alfenas Milagres teve, por via postal, ciência dos autos de infração, do termo de constatação fiscal e do termo de sujeição passiva solidária lavrado em seu nome (fls. 2993/2994).

Em 19/09/2013, conforme aviso de recebimento a fls. 3001, Jandira Santana de Souza Gomes teve, por via postal, ciência dos autos de infração, do termo de constatação fiscal e do termo de sujeição passiva solidária lavrado em seu nome (fls. 2995/2996).

Em 30/09/2013, conforme edital anexado a fls. 3007, Elisângela Rodrigues Barbosa da Rocha teve ciência do termo de sujeição passiva solidária lavrado em seu nome (fls. 2989/2990).

Representação fiscal para fins penais (processo apensado)

Formalizou-se representação fiscal para fins penais, a qual deu origem ao processo de n.º 15563.720243/2013-92, juntado em apenso ao presente processo.

Impugnações apresentadas por Euclides Alfenas Milagres e Dermenval Alfenas Milagres

Em 11/10/2013, Euclides Alfenas Milagres e Dermenval Alfenas Milagres, por intermédio de um mesmo advogado, apresentaram, separadamente, as impugnações a fls. 3015/3048 e 3112/3145.

Por apresentarem idêntico conteúdo, as duas peças impugnatórias são adiante resumidas em conjunto:

1. Tempestividade

- É tempestiva a impugnação.

2. Das infrações

- Apresenta-se a descrição do fato gerador contida no auto de infração.
- Ainda como motivo para a autuação, a Multi Mercado de Éden Ltda. teria movimentado, no ano-calendário de 2009, montante incompatível com os recebimentos dos cartões de crédito/débito e o valor declarado das receitas.
- Informa-se ainda que a auditoria está analisando fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2009, embora alguns elementos de outros anos, especialmente os cadastrais da empresa, sejam essenciais ao trabalho.
- Discorre ainda o auto de infração sobre novas composições societárias, mas de períodos posteriores ao ano fiscalizado de 2009.
- Citam-se ainda tentativas de intimar sócios da fiscalizada, porém sócios que não são do ano de 2009, objeto da fiscalização.
- É realizada uma verdadeira investigação, mas de períodos posteriores ao ano fiscalizado.
- Cita-se que foi solicitada a emissão de RMF.
- Foram ainda emitido ofícios para as instituições financeiras com o objetivo de estas informarem os valores movimentados, o que de fato ocorreu, sem contudo haver ordem judicial.
- Com base nos extratos encaminhados pelas instituições financeira, elaborou-se o “Demonstrativo dos depósitos/créditos”.

- São informadas ainda no auto de infração as diversas intimações e diligências feitas aos atuais sócios.
- Houve ainda circularização, com diversas intimações a fornecedores e clientes da fiscalizada.
- Foi arbitrado o lucro com base nos extratos fornecidos pelas instituições financeiras e em especial do recebimento dos cartões de crédito/débito.
- Alega a fiscalização que os depósitos bancários não tem origem comprovada e estão em desacordo com a receita bruta declarada.
- Compensaram-se impostos e contribuições, conforme demonstrativo que integra o auto de infração.
- Impõe-se responsabilidade solidária ao impugnante.
- Tal responsabilidade não se sustenta, uma vez que o impugnante retirou-se da sociedade empresária em 16 de setembro de 2007, conforme inclusa alteração contratual.
- Por fim, foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL, com multa de ofício agravada para 150%.

3. Do enquadramento legal

- O auto de infração alinha a legislação que entende infringida, apontada na impugnação.

4. Fatos necessários

- A notificada é empresa constituída no Estado do Rio de Janeiro há vários anos, tendo como objeto a atividade de comercialização de produtos alimentícios e de limpeza (CNAE de mercearia).
- Sempre procurou cumprir com suas obrigações fiscais.
- A notificação ocorreu em erro que a torna nula.
- Durante vários anos e em várias revisões fiscais, a notificada em nenhum momento foi alvo de autos de infração.
- Tal fato demonstra suas qualidades empresariais.
- A notificação não tem esteio tributário.
- As multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, garantida pela Constituição Federal.

5. Da suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do auto de infração

- A interposição da impugnação suspende a exigibilidade do tributo e das multas.

6. Preliminarmente - Da nulidade da notificação

- A notificação está eivada de nulidade.
- O demonstrativo elaborado pela fiscalização deveria relacionar depósito a depósito, discriminando-o um a um.

- Afirma-se que a fiscalizada movimentou em suas contas bancárias valores incompatíveis com os recebimentos dos cartões de crédito e débito.
- Apresentou-se um quadro resumo no auto de infração, com totais de créditos nas contas fiscalizadas incompatíveis com os documentos apresentados pelo impugnado.
- É requisito indispensável, para configurar a infração, a discriminação detalhada dos depósitos considerados “excessivos”.
- Citam-se os requisitos do auto de infração.
- O cumprimento dos requisitos tem como finalidade assegurar a ampla defesa.
- O auto de infração não descreve detalhadamente os depósitos e não considera os recebimentos das mercadorias em consignação (as notas foram emitidas pelos fabricantes e o autuado apenas promoveu a venda e o recebimento do numerário).
- Não foi cumprido o princípio da clareza.
- A fiscalização auferiu valores aleatórios no período fiscalizado.
- A falta da discriminação dos depósitos, um a um, e respectivos lançamentos dos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro.
- A fiscalização alega depósitos incompatíveis, mas não os discrimina de forma clara no resumo do auto de infração, tendo como contrapartida uma receita de vendas de mercadorias declarada, sem, contudo, discriminar os valores mensalmente.
- A fiscalização não informa no quadro resumo os totais de créditos mensais.
- A falta da discriminação dos depósitos, um a um, cerceia a ampla defesa.
- Tal fato eiva de nulidade o auto de infração, pois desobedece ao art. 142 do CTN.
- Não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provadas, resta nula a notificação.
- Cita-se o posicionamento da jurisprudência neste sentido.
- Denota-se ainda outra nulidade.
- A notificação não descreve como deveria a legislação aplicável aos juros de mora, bem como o cálculo da multa dela advinda, acarretando novo cerceamento de defesa.
- Torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração e inexigibilidade da multa.
- Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos.

7. No mérito

- Adentra-se no mérito da questão face ao princípio da eventualidade.

8. Da multa e dos juros

- Cita-se o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.
- O percentual da multa de 75% somente poderá ser duplicado nos casos previstos nos

arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964.

- Cita-se a súmula vinculante n.º 25 do CARF.
- Os personagens citados no auto de infração não podem retroagir no tempo, para sair de 2009 e contaminar os fatos de 2007, quando o impugnante ainda era sócio da sociedade empresária.
- Não há a figura de fraude ou conluio.
- Cita-se a súmula vinculante n.º 24 do CARF.
- Não há interpostas pessoas.
- Todos os depósitos foram feitos nas contas correntes da pessoa jurídica atuada.
- Cita-se o art. 47 da Lei n.º 9.430, de 1996 (redação atual e anterior).
- Não é lícita a majoração da multa de ofício de 75% para 150%.
- Requer-se sua redução para 75%.
- O valor alocado pela notificação e a multa imposta são reveladoras da integral incapacidade de pagamento.
- Tem-se a prática de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda da defesa do consumidor.
- Cita-se o art. 150, IV, da Constituição Federal.
- A multa exponenciada pela notificação, acrescida aos supostos valores principais da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita.
- O auto de infração esbarra na inexistência de liame legislativo entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente.

9. Do termo de sujeição passiva solidária

- Citam-se os arts. 134 e 135 do CTN.
- Os sócios, ex-sócios gerentes ou procuradores de sociedade de capital respondem pelas dívidas tributárias quando, cumulativamente: I - exerce ou exerceu a gerência ou administração da sociedade; II - praticou atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

O impugnante retirou-se da sociedade em 18 de setembro de 2007, conforme alteração contratual anexa, ou seja, mais de um ano antes do fato gerador, razão porque não pode responder pelo auto de infração.

- Ainda que o fiscal queira arguir a possibilidade de a firma ter sido vendida a pessoas sem condição sócio-econômica para possuir o estabelecimento, a sujeição passiva não se sustenta, haja vista o fato gerador ser de mais de um ano após a saída do impugnante.
- Citam-se decisões do STJ.
- Não houve dissolução irregular da sociedade empresária.
- A empresa encontra-se ativa, consoante consulta ao *site* da RFB no dia 30/09/2013.

- Citam-se as súmulas n.º 430 e n.º 450 do STJ.
- O impugnante não pode se sujeitar à solidariedade passiva, pois contraria todos os preceitos legais e jurisprudenciais.
- Imputar responsabilidade solidária compete exclusivamente à PFN, nos caso de responsabilidade prevista nos arts. 128 e 138 do CTN, sendo tal inserida no bojo da cobrança executiva.
- A imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização é nula, por sua incompetência para praticar tal ato.
- Requer-se a exclusão do impugnante da sujeição passiva solidária.

10. Da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pelo fisco sem respaldo judicial

- É inconstitucional o art. 5º da Lei Complementar n.º 105, de 2001.
- O citado artigo transforma a “quebra” do sigilo em regra sem exceções.
- O artigo deixa nas mãos da administração, parte interessada, e não do Poder Judiciário, em tese imparcial, o juízo acerca da presença das circunstâncias que justificam a quebra.
- Não se invoque que haveria apenas “transferência” do sigilo para o fisco.
- A Lei Complementar n.º 104, de 2001, procedeu a alterações no art. 198 do CTN que praticamente aboliram o dever de sigilo fiscal.
- Cita-se o RE 389808/PR.
- Os ministros do STF entenderam que não pode haver acesso aos dados fiscais sem ordem judicial.
- No caso, houve o descumprimento desta regra, afrontando o julgado do STF.
- Torna-se nulo o auto de infração, pois foi obtido com provas ilícitas ao arrepio da lei.
- Cita-se a súmula n.º 182 do TFR.
- Citam-se decisões da CSRF e dos Conselhos de Contribuintes.
- Ainda que a Lei n.º 9.430, de 1996, afirmasse que a mera existência de um depósito bancário, sem outro dado exterior que comprove a omissão de rendimento, autoriza a tributação pelo Imposto de Renda e transfere o ônus da prova em contrário para o contribuinte, essa norma seria inválida.
- Esse entendimento harmoniza-se com aquele sempre adotado pelo Poder Judiciário, segundo o qual o que estaria vedado ao fisco seria o lançamento baseado exclusivamente em depósitos bancários.
- O STJ decidiu que o sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo fiscal (REsp 37566/RS).
- Conforme art. 197 do CTN e art. 38, § 5º, da Lei n.º 4.595, de 1964, os auditores fiscais somente poderão ter acesso às informações bancárias quando houver processo instaurado e as mesmas forem consideradas indispensáveis pela autoridade competente, desde que haja autorização judicial.

- Não pode o fisco arbitrar receitas ou rendimentos com base meramente nos extratos bancários, não só por sua inconstitucionalidade, como por não ter esgotado todos os meios persecutórios.

11. Da prescrição e decadência do fato gerador da exação em relação ao responsável solidário

- Discorre-se sobre decadência e prescrição.
- Citam-se os arts. 173 e 174 do CTN.
- O auto de infração relata fato gerador de 2009.
- O impugnante retirou-se da sociedade em 2007.
- A lavratura do auto de infração deu-se em 13/09/2013.
- O sujeito passivo da obrigação foi notificado em 18/09/2013, via postal.
- Daí que os fatos geradores de janeiro a dezembro de 2007, época em que o impugnante ainda era sócio, foram atingidos pela prescrição.
- Cita-se o RE n.º 94.462/SP.
- No caso, se passaram cinco anos do fato gerador e somente agora foi feito o lançamento do pretense crédito tributário, assim operou-se indubitavelmente a decadência.
- Cita-se Câmara Leal.
- A título de ilustração, na hipótese de o fato gerador do imposto de renda ocorrer no dia 1º de janeiro de 2007, o prazo decadencial já está em curso desde 1º de janeiro de 2008, com seu marco terminal em 31 de dezembro de 2012.
- Deve o auto de infração ser cancelado pelo menos no que diz respeito ao período atingido pelo prazo decadencial.
- Está o fisco impedido de aplicar qualquer medida coercitiva para exigir o crédito tributário prescrito de janeiro a dezembro de 2007, data que o impugnante ainda era sócio da empresa autuada.
- A decadência e a prescrição tributárias podem ser reconhecidas de ofício.
- Citam-se os art. 142 e 150 do CTN.
- O lançamento do débito tributário dos meses de janeiro a dezembro de 2007 foi efetuado tendo decorrido o prazo de cinco anos sem a Fazenda Pública se manifestar.
- Está homologado o lançamento feito através da declaração de renda apresentada pelo contribuinte.

Está assim definitivamente extinto o crédito tributário reclamado no presente auto de infração e imposição de multa, devendo tal exação ser imediatamente cancelada.

12. Da necessidade de lançamento definitivo do tributo para tipificar crime tributário.

- A súmula vinculante n.º 29 do STF criou jurisprudência no sentido de que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, I, da Lei n.º 8.137, e 1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

- Apoiada em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, a notificada requer:
 - seja regularmente distribuída e conhecida a impugnação, sendo processada pelo órgão competente; e após
 - seja, face à nulidade da notificação pelos motivos acima desfilados, declarada a nulidade do auto de infração, destinando-o ao arquivo administrativo, suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da impugnação.
- Se assim não entendido pela anulação do auto de infração, que:
 - seja reconhecida a decadência do direito de cobrar o imposto, multa e juros de mora do período de janeiro a dezembro de 2007, data em que o impugnante ainda fazia parte da sociedade, já que após esta data não compete ao mesmo a responsabilidade; ou
 - seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de ser lançado depósito a depósito para sua perfeita verificação a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo fiscal nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas; e ainda
 - Seja adentrado no mérito da defesa, reconhecendo-se a exclusão da responsabilidade solidária do impugnante, uma vez que o mesmo desligou-se da sociedade empresarial em 18 de setembro de 2007.

Do Recurso Voluntário — MULTI MERCADO DE ÉDEN LTDA (e-fls. 3340 e ss.)

A autuada, ora recorrente, não impugnou o lançamento na primeira instância.

Foi cientificada em foi cientificado por meio de edital em 17/04/2015 (fls.3247) e protocolizou o recurso voluntário em 16/03/2016 (fls.3340/3352).

Do Recurso Voluntário — EUCLIDES ALFENAS MILAGRES (e-fls. 3271 e ss.)

5. — PRELIMINARMENTE - DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO

O recorrente argumenta que a notificação sofre de nulidade por não atender aos requisitos legais necessários para sua validade. Especificamente, aponta a falha do fiscal em discriminar individualmente cada depósito, contrariando o que é exigido pelo ordenamento jurídico, pois os valores movimentados nas contas bancárias foram considerados incompatíveis com os recebimentos de cartões de crédito e débito sem a devida discriminação detalhada. O recorrente sustenta que tal omissão viola diretamente os direitos à ampla defesa, pois a clareza e a precisão são essenciais para a elaboração de uma defesa apropriada.

Além disso, o recorrente ressalta a importância de cumprir com os requisitos formais do Auto de Infração, como a identificação do autuado, a descrição do fato, a disposição legal infringida, e outros aspectos que garantem o direito à ampla defesa. A falha em descrever detalhadamente os depósitos e

considerar outros aspectos relevantes para a defesa do notificado levou ao levantamento de valores indevidos, configurando um erro que torna o Auto de Infração nulo por falta de clareza e por desobedecer ao Art. 142 do CTN.

O recorrente também faz referência à jurisprudência, citando um acórdão que aponta a necessidade de uma descrição perfeita dos fatos e a menção dos dispositivos legais infringidos como fundamentais para evitar prejuízos ao direito de defesa, culminando na nulidade do Auto de Infração. Além disso, destaca a omissão na notificação quanto à legislação aplicável aos juros de mora e ao cálculo da multa, o que acarretaria um adicional cerceamento de defesa. Consequentemente, solicita a declaração de nulidade do Auto de Infração e a inexigibilidade da multa aplicada.

6. — NO MÉRITO

Apesar de confiante no acolhimento da preliminar acima pleiteada permite-se a notificada adentrar no mérito da questão face ao princípio da eventualidade.

7. — DA MULTA E DOS JUROS

O recorrente discute a aplicação de multas de ofício e seus percentuais, conforme estabelecido pelo artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, com alterações posteriores. Argumenta que a alíquota de 75% para casos de falta de pagamento ou declaração inexata não deveria ser duplicada sem a comprovação das circunstâncias que caracterizam infração qualificada conforme os artigos 71, 72, e 73 da Lei n.º 4.502/1964. Além disso, invoca Súmulas Vinculantes do CARF que limitam a qualificação da multa de ofício, indicando que não houve fraude ou conluio que justificasse tal qualificação no caso em questão.

O recorrente sustenta que as presunções legais de omissão de receita ou rendimentos, por si só, não autorizam a qualificação da multa de ofício, requerendo que, sem a comprovação de fraude ou conluio, a multa aplicada seja recalculada para 75% em vez de 150%. Também argumenta sobre a capacidade de pagamento, apontando que a quantia exigida pela notificação e a multa imposta superam a capacidade de pagamento da empresa, sugerindo um efeito confiscatório contrário ao Art. 150 da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

8. — DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVO SOLIDÁRIA

O recorrente aborda a responsabilidade de terceiros nas obrigações tributárias, conforme disposto nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN). O artigo 134 estabelece que, em casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, terceiros podem responder solidariamente, incluindo os sócios no caso de liquidação de sociedade de pessoas. O artigo 135 detalha que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O recorrente argumenta que, dado que se retirou da sociedade empresária MULTI MERCADO DE ÉDEN LTDA. antes do fato gerador, em 18 de setembro de 2007, e considerando que a fiscalização e o subsequente Auto de Infração referem-se a eventos posteriores, a imputação de responsabilidade solidária não se sustenta. Ressalta ainda que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento sobre a responsabilidade tributária dos sócios gerentes e procuradores, não aplicando responsabilidade solidária automaticamente pelo simples inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade.

Cita as Súmulas 430 e 435 do STJ, que estabelecem, respectivamente, que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, e que presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Finaliza argumentando que a competência para imputar responsabilidade solidária compete exclusivamente à Procuradoria da Fazenda Nacional, e que qualquer imputação de responsabilidade

solidária efetuada pela fiscalização é nula por incompetência. Portanto, requer a exclusão do impugnante da sujeição passiva solidária.

9. — DA INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO SEM RESPALDO DE ORDEM JUDICIAL

O recorrente argumenta que é inconstitucional a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, conforme previsto no artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001. O argumento central é que tal dispositivo legal torna a quebra do sigilo uma regra sem exceções, o que contradiz princípios constitucionais. Além disso, critica o fato de que a administração, parte interessada no resultado da fiscalização, tem o poder de decidir sobre a quebra do sigilo, o que deveria caber ao Judiciário, considerado imparcial.

O recorrente menciona que a legislação em questão também promoveu mudanças no artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN), praticamente eliminando o dever de sigilo fiscal e permitindo a divulgação de informações sob certas condições. Reforça seu argumento com a referência a um Recurso Extraordinário (RE 389809) julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 15 de dezembro de 2010, onde a maioria dos ministros decidiu que o acesso a informações fiscais sem fundamentação adequada e sem autorização judicial é inconstitucional.

O recorrente sustenta que, no caso em análise, houve uma violação direta desse entendimento do STF, pois os dados bancários foram obtidos sem qualquer autorização judicial, baseando-se apenas na Lei nº 10.174/2001, na Lei Complementar nº 105/2001, e no Decreto nº 3.721/2001, configurando uma ação ilícita sem respaldo constitucional. Conclui que tal prática invalida o Auto de Infração, tornando-o nulo por ter sido fundamentado em provas obtidas de maneira ilegal.

10. — DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DO FATO GERADOR DA EXAÇÃO EM RELAÇÃO AO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO.

Discute-se a aplicação dos conceitos de prescrição e decadência dentro do contexto tributário, especialmente em relação ao responsável solidário. Destaca o recorrente a distinção entre esses dois institutos jurídicos, onde a prescrição refere-se à perda do direito de ação para a cobrança do crédito tributário após a sua constituição definitiva, enquanto a decadência diz respeito à perda do próprio direito de constituir o crédito tributário, caso não seja exercido dentro do prazo legal para seu lançamento.

O argumento central é que a decadência impede a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário após o transcurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o art. 173 do CTN. A prescrição, por sua vez, limita a ação de cobrança a um período de cinco anos após a constituição definitiva do crédito, conforme o art. 174 do CTN.

A discussão evidencia a situação em que o impugnante, tendo se desligado da sociedade empresária antes do período dos fatos geradores em questão, não poderia ser responsabilizado solidariamente pelos débitos tributários referentes a um período posterior à sua saída. Reforça-se a tese de que a decadência operou-se para os eventos ocorridos no período em questão, impedindo a constituição válida de crédito tributário contra o impugnante.

Portanto, defende-se a exclusão do impugnante da sujeição passiva solidária, argumentando que o lançamento dos débitos tributários referentes ao período após sua saída da sociedade empresária é inválido, tanto pela aplicação dos prazos de decadência quanto pela inexistência de responsabilidade solidária após sua retirada da empresa.

11. — DA NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO PARA TIPIFICAR CRIME TRIBUTÁRIO.

Enfatiza o recorrente a importância do lançamento definitivo do tributo para a caracterização de crimes contra a ordem tributária. O texto menciona a existência de processos gerados durante a ação fiscal,

incluindo um específico para representação fiscal para fins penais relacionados a crimes contra a ordem tributária.

Contrariamente a este procedimento, destaca-se uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), sintetizada na Súmula Vinculante n.º 29, que estabelece a impossibilidade de tipificação de crime material contra a ordem tributária, conforme previsto no artigo 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Essa jurisprudência é fundamentada na necessidade de pré-definição do crédito tributário, condicionando a procedibilidade da ação penal à existência certa do crédito supostamente sonegado. Portanto, sem o lançamento definitivo do tributo, não se pode configurar o crime tributário.

12- DOS PEDIDOS

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a notificada, na exata forma processual administrativa,

REQUERER

Seja regularmente distribuída e conhecida o presente RECURSO ORDINÁRIO, sendo processada pelo órgão competente, e após,

Seja face a nulidade da notificação pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE do Auto de Infração objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção do presente recurso, ou ainda,

Se assim não entendido pela anulação do Auto de Infração que seja reconhecida à decadência do direito de cobrar o imposto, multa e juros de mora do período de Janeiro a Dezembro de 2007 data em que o impugnante ainda fazia parte da sociedade, já que após está data não compete ao mesmo a responsabilidade,

Ou,

Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de ser lançado depósito a depósito para sua perfeita verificação a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Senhor Fiscal nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda,

Seja adentrado no mérito do presente recurso reconhecendo-se a exclusão da responsabilidade solidária do impugnante EUCLIDES ALFENAS MILAGRES uma vez que o mesmo desligou-se da sociedade empresarial em 18 de setembro de 2007.

[...]

É o relatório.

Fl. 19 do Acórdão n.º 1004-000.129 - 1ª Sejul/4ª Turma Extraordinária
Processo n.º 15563.720136/2013-64

Voto

Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator.

Do Recurso Voluntário da MULTI MERCADO DE ÉDEN LTDA (e-fls. 3340 e ss.)

A autuada, ora recorrente, não impugnou o lançamento em primeira instância.

Ainda, conforme informação fiscal da e-fl. 3357, “o devedor principal foi cientificado por meio de edital em 17/04/2015 (fls.3247) e protocolizou o recurso voluntário em 16/03/2016 (fls.3340/3352).”

Desse modo, voto pelo não conhecimento do recurso em razão da preclusão.

Do Recurso Voluntário do Sr. EUCLIDES ALFENAS MILAGRES (e-fls. 3271 e ss.)

Em relação Recurso Voluntário do Sr. EUCLIDES ALFENAS MILAGRES, o qual reflete questões idênticas, as quais já foram percutientemente enfrentadas pelo Colegiado de primeira instância, a recorrente não logrou êxito em infirmar quaisquer das razões postuladas e acatadas pela Turma Julgadora.

Decido então pela transcrição integral e ratificação das razões decisórias apresentadas pelo julgador de primeira instância, com exceção ao que toca à qualificação da multa, questão que será vista na sequência.

Do Voto Condutor da Decisão Recorrida (e-fls. 3227 e ss.)

As impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários Euclides Alfenas Milagres e Dermerval Alfenas Milagres são tempestivas e delas se toma conhecimento.

Tendo em vista o idêntico conteúdo das duas impugnações apresentadas, tanto no que diz respeito ao crédito tributário como ao vínculo de responsabilidade, elas serão adiante apreciadas em conjunto.

Ademais, como não foi apresentada contestação distinta para cada um dos lançamentos, a apreciação que se segue aplica-se a todos os eles, isto é, à exigência de IRPJ e CSLL, salvo se porventura, em virtude de suas peculiaridades, cada tributo requeira manifestação específica por parte da autoridade julgadora.

Ressalte-se que a pessoa jurídica autuada e as demais responsáveis solidárias (Jandira Santana de Souza Gomes e Elisângela Rodrigues Barbosa da Rocha) não apresentaram impugnação. Contudo, nos termos do art. 7º da Portaria RFB n.º 2.284, de 29 de novembro de 2010, a impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

Consideração geral

Em suas defesas, os impugnantes amiúde invocam o exemplo de opiniões doutrinárias e de decisões judiciais e administrativas, não raro argumentando como se o entendimento nelas expresso fosse de observância compulsória.

Contudo, é desnecessário dizer que a opinião de qualquer autor, por mais alta que seja sua reputação, não impede que dele se divirja.

Mais importante ainda é que tanto na doutrina como na jurisprudência raramente se produzem opiniões e decisões uniformes e homogêneas acerca dum mesmo assunto, de modo que a cada parte em disputa sempre é possível selecionar aquelas que mais lhe convier.

E ainda que a respeito de determinado tema se tenha realmente formado consenso no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou no Judiciário, a autoridade julgadora de primeira instância administrativa não está obrigada a adotar tal entendimento, salvo, por óbvio, quando em relação a ela tiver efeito vinculante.

Pedido de diligência

O art. 16, IV, do Decreto n.º 70.235, de 1972, estabelece que a impugnação deve mencionar as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Os impugnantes, porém, não satisfizeram tais requisitos.

Ademais, o art. 18 do mesmo decreto dispõe que a autoridade julgadora determinará as perícias e diligências que entender necessárias e indeferirá as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

E, no presente julgamento, tanto a perícia como a diligência mostram-se desnecessárias. Isso porque aqui não se afigura nenhuma questão que requeira o parecer de técnico especializado ou de profissional habilitado. Além disso, o material probatório reunido nos presentes autos mostra-se suficiente para a formação da convicção deste julgador sobre as questões em litígio.

Acrescente-se que a perícia ou a diligência não podem ser usadas como instrumento de produção de provas que cumpria à parte interessada apresentar por ocasião da apresentação da impugnação; do contrário se permite violar, por via indireta, a regra do artigo 16, § 4º, ainda do Decreto n.º 70.235, de 1972, segundo o qual a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Por conseguinte, cumpre indeferir o pedido de realização de diligência.

Alegação de nulidade

Segundo os impugnantes,

(...) o Auto de Infração não descreve detalhadamente os depósitos e não considera os recebimentos das mercadorias em consignação, ou seja, cujas notas foram emitidas pelos fabricantes e o autuado apenas promoveu a venda e o recebimento do numerário, fica evidente que não foi cumprido o princípio da CLAREZA, requisito indispensável a persecução da presente impugnação.

Ante esta falha e omissão, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento fiscal, pois se denota que o fiscal auferiu valores aleatórios no período fiscalizado do ano base de 2009.

Assim, verifica-se que a falta da discriminação dos depósitos um a um e respectivos lançamentos dos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal, pois, o mesmo alega depósitos incompatíveis, mas não os discrimina de forma clara no resumo do Auto de Infração, tendo como contrapartida uma Receita de Vendas de Mercadorias declarada sem, contudo discriminar os valores mensalmente. O próprio fiscal não informa no "QUADRO RESUMO" os totais de créditos mensais, assim sendo, como de fato é, a falta da discriminação dos depósitos um a um, CERCEIA o DIREITO a AMPLA DEFESA do notificado.

Cumprido observar, primeiramente, que a autuada sujeitava-se à tributação com base no lucro real trimestral, razão pela qual se afigura correta a apuração por trimestre da matéria tributável no auto de infração.

A propósito, constou do auto de infração que a matéria tributável foi apurada conforme termo de constatação fiscal, parte integrante e inseparável do auto de infração.

E é justamente nesse termo de constatação que a autuante esclarece que elaborou “*Demonstrativo de Repasses de Cartões de Crédito, encaminhado por via postal em 21/03/2003 anexo ao Termo de Intimação n.º 1587-03/182/2013, do qual o contribuinte tomou ciência em 26/03/2013*”.

O referido demonstrativo encontra-se a fls. 1536 e nele podem ser conferidos, mês a mês, os valores repassados por cada administradora de cartão de crédito. O total repassado no 1º trimestre foi de R\$ 626.288,03. No 2º trimestre, foi de R\$ 587.144,17.

De qualquer forma, o certo é que tais valores não foram considerados como receita omitida para fins de cálculo da matéria tributável (lucro real).

Com efeito, na apuração do lucro real (vide tabelas a fls. 2962/2963), a autuante levou em consideração tão somente os valores que a própria autuada lançou no livro Diário a título de receita da revenda de mercadorias: R\$ 2.368.416,76 (1º trimestre) e R\$ 7.404.088,82 (2º trimestre). Não houve adição dos repasses de cartões de crédito.

Vale registrar que os valores adicionados ao resultado líquido do exercício a título de omissão de receitas (1º trimestre: R\$ 23.151,26; 2º trimestre: R\$ 38.354,21) correspondem, em verdade, aos valores das despesas efetuadas e não escrituradas, por caracterizarem omissão de receita (art. 281, II, do RIR de 1999), conforme bem se esclareceu no termo de constatação fiscal. O detalhamento das despesas pode ser conferido nas tabelas elaboradas pela autuante a fls. 2954/2957.

Como se vê, é inteiramente descabida a alegação de nulidade pelo fato de que “*o Auto de Infração não descreve detalhadamente os depósitos e não considera os recebimentos das mercadorias em consignação*”.

Os impugnantes alegam ainda que “*a notificação não descreve como deveria a legislação aplicável aos Juros de Mora, bem como o cálculo da multa dela advinda, acarretando novo cerceamento de defesa*”.

Entretanto, novamente não lhes assiste razão alguma, uma vez que os “demonstrativos de multa e juros de mora” que integram os autos de infração (vide fls. 2975 e 2984) não só indicam com precisão o enquadramento legal como também detalham pormenorizadamente o cálculo desses acréscimos legais.

Cumprido, pois, rejeitar a alegação de nulidade.

Contestação dos vínculos de responsabilidade

Assente-se, de início, que, nos termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a, entre outras verificações, identificar o sujeito passivo. Por sua vez, o art. 121 do CTN dispõe que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte ou responsável.

Além disso, a Portaria RFB n.º 2.284, de 29 de novembro de 2010, dispõe que os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

Portanto, ao contrário do que defendem os impugnantes, a autoridade fiscal tem, sim, competência para imputar responsabilidade solidária pelo crédito tributário lançado.

Os termos de sujeição passiva solidária lavrados em nome dos impugnantes Euclides Alfenas Milagres e Dermival Alfenas Milagres tiveram por base os arts. 121, 124 e 135 do CTN, o art. 10 do Decreto n.º 3.708, de 1919, a Portaria RFB n.º 2.284, de 2010 e o Parecer PGFN/CRJ n.º 1.956, de 2011 (fls. 2991/2994).

Transcreve-se abaixo o teor dos citados dispositivos do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

- I. - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*
- II. - as pessoas expressamente designadas por lei.*

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

- I. - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;*
- II. - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;*
- III. - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.*

(...)

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

- I. - as pessoas referidas no artigo anterior;*
- II. - os mandatários, prepostos e empregados;*
- III. - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*

Por sua vez, o artigo 10 do Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, assim dispõe:

Art. 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

Já segundo o Parecer PGFN/CRJ n.º 1.956, de 2011, devem os Procuradores da Fazenda Nacional pugnar pelo redirecionamento da execução fiscal:

- (1) tanto para o sócio-gerente ou administrador da sociedade ao tempo da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, quanto para aquele que deu causa à sua dissolução irregular, quando comprovada que a saída daquele da sociedade é fraudulenta;*
- (2) para o sócio-gerente ou administrador da sociedade ao tempo da dissolução irregular, sempre que configurada esta hipótese.*

A motivação para a responsabilização solidária dos impugnantes está devidamente explicitada no termo de constatação fiscal (fls. 2945/2948).

[*cf.* e-fls. 2945 do Relato Fiscal e TSPS – Sr. Euclides, *cf.* e-fl. 2993]

De acordo com o referido termo, constatou a autuante que, em 18/02/2007, os dois sócios ora impugnantes e as outras duas sócias da sociedade autuada transferiram a totalidade das suas cotas (que juntas perfazem 100% do capital social) para Renato Cavalcante Bittencourt e Renata Cristina Pacheco dos Santos.

Todavia, além de nenhum dos antigos sócios ter informado a venda das cotas na declaração de rendimentos do ano-calendário de 2007, constatou-se a baixa capacidade financeira dos novos sócios, a evidenciar a simulação na operação de transferência de titularidade. Assim, os novos sócios de direito não seriam os verdadeiros sócios de fato.

Ressalte-se que a baixa capacidade financeira dos novos sócios foi devidamente demonstrada nos autos. Conforme expôs a autuante no termo de constatação fiscal, a sócia Renata Cristina Pacheco dos Santos:

- *declarou não possuir bens e direitos nas declarações dos anos- calendários 2007, 2008, 2010 e 2011;*
- *não informou, na declaração do ano-calendário 2007, a compra, pelo valor de R\$ 15.000,00, de cotas da sociedade autuada (a compra só foi registrada na declaração do ano-calendário 2009 e pelo valor de R\$ 10.000,00, tendo sido baixada na declaração do ano-calendário 2010, sem o registro na Jucerja);*
- *não informou, na declaração do ano-calendário 2009, a compra, pelo valor de R\$ 125.000,00, de cotas da sociedade Multi Mercado Millenium de Anchieta Ltda;*
- *na declaração do ano-calendário 2009, não declarou rendimentos que suportassem essa transação;*
- *exerce a atividade de “costureiro em geral”, conforme “Consulta Atividades do Contribuinte Individual – CNIS” (fls. 2927).*
- *teve vínculo empregatício com a própria autuada, de 18/01/2002 a 13/06/2007, na função 4110 da CBO (escriturários em geral, agentes, assistentes e auxiliares administrativos), conforme consulta ao CNIS a fls. 2926 (em 18/09/2007, ela supostamente adquiriu 50% da cotas da autuada);*
- *teve também os vínculos empregatícios indicados na tabela abaixo, permanecendo, inclusive, vinculada ao último empregador, em regime celetista (fls. 2926):*

Nome e CNPJ	CBO	Data de Admissão	Data de Rescisão
Avro Diversões Eletrônicas Ltda. 40.253.668/0001-65	45190	01/08/1991	19/02/1992
Fórmula Vital Farmácia de Manipulação Ltda. 35.771.344/0001-89	39310	01/07/1992	31/01/1993
KK Pedras e Artefatos de Mármore Ltda. ME 39.411.566/0001-41	39310	01/04/1993	30/11/1994
Lave'Stop Auto Serviços Ltda. EPP 00.239.630/0001-13	39410	01/11/1995	16/04/1997
Assistcar Resgate Assist. Automotiva 24 Horas Ltda. 01.774.147/0001-00	39310	01/07/1998	30/07/1998
Transcoopass Cooperativa Ltda. 33.725.029/0001-90	33290	03/11/1998	02/07/2001
Hipermarket Importação e Exportação Ltda. 10.712.135/0001-33	4102	15/01/2010	Não houve
Classificação Brasileira de Ocupações (CBO): 45190 – Outros vendedores de comércio atacadista, varejista e trabalhadores assemelhados 39310 – Auxiliar de escritório em geral 39410 – Recepcionista em geral 33290 – Outros atendentes de guichê, bilheteiros e trabalhadores assemelhados 4110 – Escriturários em geral, agentes, assistentes e auxiliares administrativos 4102 – Supervisores de serviços financeiros, de câmbio e de controle			

Ainda segundo o exposto no termo de constatação fiscal, o sócio Renato Cavalcante Bittencourt:

- *declarou não possuir bens e direitos nas declarações dos anos- calendários 2007, 2009, 2010 e 2011;*
- *não informou, na declaração do ano-calendário 2007, a compra, pelo valor de R\$ 15.000,00, de cotas da sociedade autuada;*
- *não informou, na declaração do ano-calendário 2009, a compra, pelo valor de R\$ 375.000,00, de cotas da sociedade Multi Mercado Millenium de Anchieta Ltda;*

- *na declaração dos anos-calendários 2007 e 2009, não declarou rendimentos que suportassem essas transações;*
- *somente informou na declaração do ano-calendário 2008, e pelo valor de R\$ 10.000,00, a aquisição de cotas da sociedade autuada (baixada na declaração do ano-calendário 2009, sem o registro na Jucerja);*
- *trabalhou, conforme consulta ao CNIS, de 04/05/1981 a 30/06/1981 na Sendas S/A, de 01/08/1983 a 22/03/1985 na Armetal Comércio e Representações Ltda, e de 01/04/1988 a 07/08/1991 na Fábrica de Máquinas Bemfica Ltda, não constando outro vínculos empregatícios (fls. 2934).*

Vale registrar ainda que, em consulta ao sistema Renavam, não se identificou nenhum veículo em nome de Renato Cavalcante Bittencourt e Renata Cristina Pacheco dos Santos.

Também não foram registradas aquisições ou alienações de imóveis em nome deles no sistema DOI (fls. 2929/2930 e 2935/2936).

Ora, caracterizada a condição de sócio de fato dos impugnantes, não há como negar a existência do “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, nos termos do art. 124, I, do CTN, um dos fundamentos para a responsabilização solidária dos quatro antigos sócios, entre eles os dois impugnantes.

O interesse comum de que trata o art. 124, I, do CTN configura-se entre todas as pessoas envolvidas que, estando do mesmo lado, ganham simultaneamente com o fato econômico correspondente ao fato gerador tributário.

É evidente que os sócios de fato tem interesse comum no faturamento e lucratividade da empresa, bem como se beneficiam de seus resultados econômicos, mostrando- se justo que sejam solidariamente obrigados pela satisfação do crédito tributário daí resultante. Mas ainda que lucros não sejam obtidos, não deixa de existir o interesse comum. Basta a expectativa de lucratividade, razão maior pela qual se constituem as sociedades.

A situação irregular do sócio de fato de uma sociedade limitada em muito se assemelha à daquele que integra uma sociedade em comum – denominação que engloba tanto a sociedade irregular como a sociedade de fato.

De acordo com o art. 990 do Código Civil, todos os sócios da sociedade em comum respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, ressalvado, em regra, o benefício de ordem previsto no art. 1.024 do mesmo Código Civil.

Cabe salientar que esse benefício não é admitido pela legislação tributária. O CTN, em seu art. 124, parágrafo único, dispõe expressamente que a solidariedade ali prevista não comporta benefício de ordem.

Assim sendo demonstrada a simulação na operação de transferência das cotas sociais, revela-se acertada a responsabilização solidária, com base no art. 124, I, do CTN, dos verdadeiros sócios de fato da sociedade.

Por conseguinte, impõe-se manter os vínculos de responsabilidade solidária dos impugnantes (Euclides Alfenas Milagres e Dermenval Alfenas Milagres).

Desnecessário dizer que ficam também mantidos, por não terem sido impugnados, os vínculos de responsabilidade solidária de Elisângela Rodrigues Barbosa da Rocha e Jandira Santana de Souza Gomes.

Alegação de decadência

Segundo os impugnantes, “o lançamento do débito tributário dos meses de janeiro a dezembro de 2007, foi efetuado, tendo decorrido o prazo de 5 (cinco) anos sem a Fazenda Pública se manifestar”.

Todavia, o crédito tributário exigido neste processo diz respeito tão somente a fatos geradores ocorridos no primeiro e no segundo trimestres de 2009.

E como os sujeitos passivos tomaram ciência dos autos de infração ainda no ano de 2013, não há que se falar nem em homologação tácita com base no art. 150, § 4º, do CTN, muito menos em extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário nos termos do art. 173, I, do CTN. Confira-se abaixo a redação dos dispositivos citados (sem grifos no original):

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

- do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Conforme já exposto neste voto, ainda que os impugnantes tenham se retirado formalmente da sociedade autuada em 2007, demonstrou-se que a operação de transferência das cotas sociais foi simulada, razão pela qual eles foram considerados responsáveis solidários pelo crédito tributário em questão.

Impõe-se, pois, rejeitar a alegação de decadência.

Alegação de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e de impossibilidade de arbitramento de receitas com base apenas em extratos bancários

Alegam os impugnantes que a autuante, contrariando a tendência jurisprudencial, procedeu à quebra do sigilo bancário sem ordem judicial.

Contudo, o acesso do fisco aos dados bancários dos contribuintes, em verdade, prescinde de autorização judicial e não configura quebra de sigilo, conforme se infere da leitura do art. 6º da Lei complementar nº 105, de 2001 (sem grifos no original):

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

A própria Lei complementar nº 105, de 2001, em seu art. 1º, § 3º, VI, dispõe expressamente que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos em seu art. 6º, acima reproduzido. Confira-se:

Art. 1o As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3o Não constitui violação do dever de sigilo: (...)

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar.

Registre-se ainda que as informações fornecidas pelas instituições financeiras serão conservadas sob sigilo fiscal, nos termos do art. 5º, § 5º, da mesma lei complementar:

Art. 5o O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

§ 5o As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Não custa lembrar, por oportuno, que é vedado a este órgão julgador, sob fundamento de inconstitucionalidade, afastar a aplicação ou deixar de observar os dispositivos supracitados. É o que dispõe o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6o O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

– que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

– que fundamente crédito tributário objeto de:

dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002;

súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Quanto à jurisprudência do STF, cumpre observar que a matéria em questão é, de fato, objeto de diversas ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade), mas ainda não julgadas.

É certo também que o Plenário do STF, em 15/12/2010, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) n.º 389.808, decidiu que a RFB não pode acessar os dados bancários da empresa recorrente sem prévia autorização judicial.

Trata-se, contudo, de controle incidental de constitucionalidade, exercido de modo difuso pelo STF, cujos efeitos aplicam-se apenas às partes do processo. Ademais, foram opostos embargos de declaração, ainda não julgados, de sorte que a decisão não transitou em julgado.

Cumprе ressaltar que a matéria teve sua repercussão geral reconhecida em 22/10/2009, no RE n.º 601.314, cujo mérito ainda não foi julgado, sendo possível, pois, a alteração do entendimento em favor do fisco.

De mais a mais, mesmo que seja desfavorável ao fisco o entendimento a ser adotado pelo STF nesse julgamento sob o rito da repercussão geral, ele só deverá ser reproduzido pelas unidades da RFB após a decisão definitiva de mérito e manifestação da PGFN. É o que se extrai do art. 19, § 5º, da Lei n.º 10.522, de 2002 (sem grifos no original):

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei n.º 11.033, de 2004)

(...)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei n.º 12.844, de 2013)

(...)

§ 5o As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei n.º 12.844, de 2013).

Em resumo, no que tange à legislação que ampara o acesso do fisco aos dados bancários dos contribuintes, não se tem nenhuma decisão pela sua inconstitucionalidade cujos efeitos sejam vinculantes em relação a esta instância administrativa de julgamento.

E não vem a propósito, diga-se de passagem, a alegação de que “*não pode o fisco arbitrar receitas ou rendimentos de uma pessoa física ou jurídica com base meramente nos extratos bancários*”. Com efeito, não há, no presente processo, lançamento algum com base em extratos bancários.

Conforme já exposto neste voto, os valores dos repasses informados pelas administradoras de cartões de crédito nem sequer foram considerados como receita omitida para fins de cálculo da matéria tributável. Na apuração do lucro real, a autuante levou em consideração tão somente os valores que a própria autuada lançou no livro Diário a título de receita da revenda de mercadorias. Não houve adição dos repasses de cartões de crédito.

Não cabe, pois, nenhum reparo nos lançamentos fiscais em decorrência das alegações em questão.

Contestação da multa de ofício qualificada e dos juros de mora

Os impugnantes contestam a multa no percentual de 150% aplicada. Mas sua pretensão não merece acolhimento. Senão, veja-se:

A redação original do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, que comina multas para o caso de lançamento de ofício, era a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

- I. - *de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*
- II. - *cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

Já a redação atualmente vigente do mesmo artigo é a estabelecida pela Lei n.º 11.488, de 2007, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 351, de 2007, mas sua substância não sofreu alterações, conforme se verifica pela transcrição abaixo.

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

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

(...)

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

De acordo com o preceito supra, sendo lançadas de ofício diferenças de tributo ou contribuição não pagas ou recolhidas, deverá ser aplicada em princípio a multa de 75%. Na hipótese de o fato ser enquadrado numa das circunstâncias previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, a infração é qualificada e o percentual da multa sobe para 150%.

Os impugnantes, em essência, alegam que a exigência fiscal é improcedente porque a multa qualificada somente pode ser imposta havendo conduta dolosa ou fraude, mas a autoridade lançadora não teria comprovado que tais circunstâncias ocorreram.

Contudo, sua argumentação não se sustenta. A causa de qualificação está devidamente apontada e alcança todo o lançamento, conforme expôs a autuante em seu termo de constatação fiscal.

Atente-se, primeiramente, ao fato de a pessoa jurídica autuada ter entregue sua DIPJ relativa ao período fiscalizado (ano-calendário 2009) com todos os valores zerados (fls. 03/44). Além disso, ela não foi localizada no endereço constante do CNPJ, razão pela qual sua inscrição veio a ser declarada inapta nos autos do processo administrativo n.º 15563.720206/2011-12. Mais grave ainda é constatação de que houve simulação na operação de transferência das cotas sociais, revelando, assim, a existência de sócios de fato da sociedade, conforme já exposto neste voto.

Não há dúvida de que se verificam, no presente caso, as circunstâncias qualificativas previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, a seguir transcritos:

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

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

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

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a

excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Como se vê, a autuante não presumiu o evidente intuito de fraude. As circunstâncias que legitimam e determinam a aplicação da multa qualificada estão, em verdade, materialmente comprovadas.

De outra parte, é infundada a tese de que o percentual da multa aplicada, por seus supostos efeitos confiscatórios, contraria princípio constitucional.

Apesar de o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 vedar o uso de tributo com efeito de confisco, nela não há limite expresso às sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias, nem muito menos vedação do confisco de bens como meio punitivo. Ao contrário, o artigo 5º, inciso XLVI, da mesma Constituição Federal até arrola entre as penas permitidas a perda de bens.

Ademais, ainda que uma exegese ampliativa do texto constitucional pudesse levar a tal conclusão, ela entraria em conflito com disposição expressa de lei, uma vez que o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, prescreve taxativamente os percentuais da multa ora em discussão.

Logo, acatar a tese dos impugnantes implicaria deixar de dar aplicação a norma em vigor na época dos fatos, a pretexto de que seria incompatível com outra norma de hierarquia superior.

Contudo, não compete à autoridade administrativa reconhecer tal incompatibilidade, mas sim tão somente cumprir fielmente a legislação tributária em vigor na época dos fatos, já que, nos termos do parágrafo único do art. 142 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A propósito, nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Já a Portaria MF nº 341, de 2011, que disciplina a constituição e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ, em seu artigo 7º, V, dispõe que o julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da RFB expresso em atos normativos. Por sua vez, o inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que entre os deveres do servidor está o de observar as normas legais e regulamentares.

Tampouco há como acolher a alegação de que a incidência de juros moratórios cria “*uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita*”.

Isso porque o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, prevê categoricamente a taxa Selic como parâmetro para fixação dos juros de mora. E essa norma foi aplicada à risca pela fiscalização. E, como já dito, negar aplicação à legislação vigente é vedado à autoridade administrativa.

Cumprido manter, por conseguinte, a multa de ofício qualificada no percentual de 150% bem como a exigência dos juros de mora calculados nos termos do artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

[...]

Conclusão

À vista do exposto, voto por julgar improcedente as impugnações, para:

- INDEFERIR os pedidos de diligência;
- REJEITAR as alegações de nulidade e demais preliminares suscitadas;
- REJEITAR a prejudicial de decadência;
- MANTER os vínculos de responsabilidade solidária dos impugnantes (Dermerval Alfenas Milagres e Euclides Alfenas Milagres).
- MANTER a qualificação da multa de ofício e a incidência dos juros de mora;
- MANTER integralmente as exigências de IRPJ e CSLL.

Sala das Sessões da DRJ - Belo Horizonte (MG), 11 de junho de 2014.

Assinado digitalmente

Marcello Godinho Filho – Relator

Da Qualificação da Multa

A Autoridade Lançadora fundamentou a qualificação da multa no capítulo referente à responsabilização dos sócios de fato da recorrente (*cf.* e-fls. 2945). Finaliza da seguinte forma:

12) O procedimento acima descrito, em tese, pode ser capitulado como sonegação, fraude e conluio, nos termos da Lei n.º 4.502, de 30/11/1964, *in verbis*:

[arts. 71, 72 e 73 da L. 4.502/64]

Com efeito, entendo que aqui a qualificação da multa não foi devidamente motivada o que enseja o seu afastamento por vício na motivação. Os fatos que embasaram a responsabilização dos sócios por simulação no ato jurídico de transferência das cotas não se confundem com a conduta necessária para a qualificação da multa.

Conclusão

Desta forma, voto não conhecer do recurso voluntário apresentado pela empresa MULTI MERCADO DE ÉDEN LTDA e por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário do Responsável Solidário para afastar a multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator

Fl. 31 do Acórdão n.º 1004-000.129 - 1ª Sejul/4ª Turma Extraordinária
Processo n.º 15563.720136/2013-64