



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.001202/2009-59
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-006.060 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de novembro de 2021
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BOREALLIS TRANSPORTE DE CARGAS LTDA ME

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

Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Comprovada a utilização de interpostas pessoas no quadro societário, nos termos do art. 14, IV, c/c art. 15, V, ambos da Lei nº 9.317/96, exclui-se de ofício a pessoa jurídica a partir do mês da ocorrência do fato apurado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMOS. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS. ATIVIDADES COMERCIAIS. REVENDA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente há insumos geradores de créditos da não cumulatividade da Contribuição para o PIS/Pasep nas atividades de produção de bens destinados à venda e de prestação de serviços a terceiros. Para fins de apuração de créditos da referida contribuição, não há insumos na atividade de revenda de bens, notadamente porque a esta atividade foi reservada a apuração de créditos em relação aos bens adquiridos para revenda.

PENALIDADES. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

A arguição da natureza confiscatória dos percentuais de multa envolve matéria de caráter constitucional. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, (i) não conhecer dos recursos interpostos pelo Sr. José Anselmo da Rocha Ferreira e pela sra. Maria de Lourdes Costa, (ii) conhecer do recurso voluntário da empresa autuada e, no mérito, negar-lhe provimento e (iii) conhecer parcialmente do recurso de ofício, no que tange a responsabilidade solidária dos sócios de fato e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, André Severo Chaves, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, André Luis Ulrich Pinto, Lucas Issa Halah e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Tratam-se de recursos voluntário e de ofício, interpostos contra o acórdão n.º 12-32.237 da 2ª Turma da DRJ/RJ1, que julgou parcialmente procedente a Impugnação apresentada para:

- I - rejeitar as preliminares de cerceamento de direito de defesa e vícios de formalidade o auto de infração;
- II - manter a exclusão do SIMPLES levada a efeito a partir de 05/05/2005, nos termos do Ato Declaratório DRF/VTA n.º 146/2009;
- III - considerar devidos os tributos abaixo elencados, acrescidos de multa de ofícios de 75% e 150% e encargos moratório.

IRPJ/SIMPLES	R\$ 65.695,20
CSLL/SIMPLES	R\$ 101.069,55
COFINS/SIMPLES	R\$ 202.139,09
PIS/SIMPLES	R\$ 65.695,20
INSS/SIMPLES	R\$ 434.599,04
IRPJ	R\$ 6.290,68
CSLL	R\$ 3.774,41
COFINS	R\$ 139.447,10
PIS	R\$ 30.275,29

- IV - Excluir a responsabilidade solidária dos Srs. JOSÉ ANSELMO DAVID FERREIRA e LUIZ DAVID FERREIRA.

Transcreve-se o relatório da DRJ que resume o presente litígio:

Relatório

Trata o presente processo de autos de infração lavrados no âmbito da DRF/VITÓRIA/ES, por meio dos quais são exigidos do interessado acima identificado, relativos a fatos geradores ocorridos entre 31/01/2005 e 30/04/2005, o imposto sobre a renda de pessoa jurídica- IRPJ/SIMPLES, no valor de R\$ 65.695,20 (fls. 1.225/1.238), a contribuição social sobre o lucro líquido- CSLL/SIMPLES, no valor de R\$ 101.069,55 (fls. 1.239/1.245), a contribuição para seguridade social- INSS/SIMPLES, no valor de R\$ 434.599,04 (fls.1.246/1.252), a contribuição para financiamento da seguridade social- COFINS/SIMPLES, no valor de R\$ 202.139,09 (fls. 1.253/1.259) e a contribuição para o programa de integração social- PIS/SIMPLES, no valor de R\$ 65.695,20 (fls.1.260/1.266), acrescidos de multas de ofício de 75% e 150% e de encargos moratórios. Relativos a fatos geradores ocorridos entre 30/06/2005 e 31/12/2005, o imposto sobre a renda pessoa jurídica-IRPJ, no valor de R\$ 760.666,92 (fls. 1.199 e 1.202/1.207), a contribuição social sobre o lucro líquido-CSLL, no valor de R\$ 279.600,08 (fls. 1.208/1.213), a contribuição para o programa de integração social-PIS, no valor de R\$ 30.275,29 (fls. 1.215/1.219) e a contribuição para financiamento da seguridade social-COFINS, no valor de R\$ 139.447,40 (fls. 1.220/1.224), acrescidos de multa de ofício de 150% e de encargos moratórios.

2. Dos fatos.

3. Extrai-se do termo de encerramento de ação fiscal-TEAF, às fls. 1.269/1.321, que o interessado ao longo dos primeiros anos de existência (constituído em 19/12/2001) explorava a atividade econômica de comércio atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados, participando de seu quadro societário os Srs. José Anselmo David Ferreira e Luiz David Ferreira.

4. Os dois sócios retiraram-se da sociedade em 05/05/2005, passando a fazer parte do quadro societário o Sr. José Anselmo da Rocha Ferreira (tio dos ex-sócios) e Sra. Maria de Lourdes Costa (funcionária da empresa).

5. Posteriormente, houve ainda alteração do domicílio fiscal e da razão social, uma vez que a atividade econômica passou a ser o transporte rodoviário de carga.

6. Desde sua constituição, optou por aderir ao regime de tributação simplificada do SIMPLES, seja como empresa de pequeno porte seja como microempresa.

7. Relativamente ao ano calendário de 2005, constatou-se movimentação financeira na ordem de R\$ 22.000.000,00, não obstante o interessado ter declarado na declaração simplificada de pessoa jurídica- SIMPLES (PJSI) receita bruta de R\$ 1.200.000,00.

8. O interessado foi intimado (fls.203/205) a apresentar diversos documentos, entre eles os extratos bancários e a comprovação das origens dos recursos depositados nas referidas contas bancárias.

9. Em resposta, alegou que os documentos fiscais encontravam-se desorganizados, pois encerrou suas atividades no seguimento de comércio desde 16/10/2005, requerendo, assim, prorrogação de prazo (fls.206/208).

10. Encerrado o trabalho de recomposição da documentação fiscal, o interessado disponibilizou diversos documentos (fls.327/331), tais como: livros de Registro de Entrada, Saídas e de Apuração de ICMS do ano calendário de 2005; todas as notas fiscais de despesas; serviços contratados e outros custos de 2005; notas fiscais de vendas e de entrada referentes ao mês de fevereiro de 2005, para análise por amostragem; cópia do livro Razão do principal fornecedor (Cooperativa Central Oeste Catarinense Ltda) etc.

11. Disponibilizou, também, relatório com a apuração do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS não cumulativos (fls.377/387), balancete de verificação (fls.388/399 e 402/414) e livros Razão e Diário.

12. O sócio José Anselmo da Rocha Ferreira foi intimado a comparecer à repartição fiscal, ocasião em que declarou desconhecer as contas correntes do interessado e sua movimentação, bem como os livros fiscais e contábeis. Informou ainda que a administração da empresa e de suas contas correntes continuaram a ser efetivadas pelos antigos sócios. No ano de 2005, recebeu um salário mínimo a título de pro labore e não recebeu qualquer valor a título de dividendos (fls.49/51).

13. Os ex-sócios foram também intimados a prestar esclarecimentos (fls.340/343 e 348/351). Respostas às fls. 345/347 e 353/355.

14. A fiscalização expediu Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira dirigidas ao banco ABN Amro Real, Banco do Brasil e Unibanco para que fossem apresentadas as seguintes informações e documentos: a) cartão de autógrafo contendo assinatura dos sócios, responsáveis ou terceiros autorizados a movimentar a conta corrente do sujeito passivo; b) cópia de frente e verso de documentos de débito constantes de relação anexa à requisição; c) dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo; d) identificação de representante e preposto que mantinham contato e atuava em nome do interessado durante o ano de 2005; e) instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta corrente do sujeito passivo.

15. Conforme documentos enviados pelas instituições financeiras, os Srs. Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira eram identificados como sócios dirigentes, responsáveis e contatos do interessado durante todo o ano de 2005. Os cheques eram assinados em sua grande maioria por Sr. José Anselmo David Ferreira mas Sr. Luiz David Ferreira também movimentou as contas correntes e dispunha dos mesmos poderes.

16. Em nenhum documento havia uma menção sequer aos nomes de Maria de Lourdes Costa e José Anselmo da Rocha Ferreira como donos ou responsáveis pelo interessado. Em nenhuma das instituições financeiras contatadas havia qualquer instrumento de procuração por parte dos novos sócios autorizando a atuação de Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira frente aos recursos financeiros do interessado.

17. Diligenciada a Cooperativa Central Oeste Catarinense, principal fornecedor no ano de 2005, a fiscalização apurou que o interessado adquiriu mercadorias até a rescisão contratual em 10/10/2005. O documento de rescisão foi subscrito por Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira, como responsáveis pelo interessado.

18. Concluiu então a fiscalização pela presença de indícios visíveis da utilização de Maria de Lourdes Costa e José Anselmo da Rocha Ferreira como interpostas pessoas, com o //

propósito de ocultar a identidade dos administradores e reais responsáveis (Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira), mantendo-os à margem da exigência de tributos.

19. **Das infrações apuradas.**

19.1. **Opção indevida pelo SIMPLES.**

19.2. A partir da auditoria fiscal realizada, constatou-se a utilização de interpostas pessoas por parte do interessado, o que impõe a sua exclusão do SIMPLES em procedimento de ofício, nos termos do art. 14 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996. Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no inciso V do 15 da Lei nº 9.317, de 1996, no caso, a partir de maio de 2005, conforme Ato Declaratório DRF/VTA nº 146/2009, de fl.1.325.

19.3. **Receita não declarada.**

19.4. Cotejando-se os valores contabilizados no livro Razão a título de vendas de mercadorias como os valores declarados na PJSI, apurou-se receita não declarada no valor de R\$ 21.135.316,58.

2005	Receita bruta apurada em auditoria	Receita declarada na PJSI	Receitas não declaradas
janéiro	2.304.972,08	100.000,00	2.204.972,08
fevereiro	2.060.184,25	100.000,00	1.960.184,25
março	2.103.182,49	100.000,00	1.913.182,49
abril	2.465.053,69	100.000,00	2.365.053,69
maio	2.310.221,00	100.000,00	2.210.221,00
junho	2.322.964,16	100.000,00	2.222.964,16
julho	2.698.997,74	100.000,00	2.598.997,74
agosto	2.346.278,51	100.000,00	2.246.278,51
setembro	2.183.333,87	100.000,00	2.083.333,87
outubro	1.430.128,79	100.000,00	1.330.128,79
novembro		100.000,00	
dezembro		100.000,00	
total	22.135.316,58	1.200.000,00	21.135.316,58

Enquadramento legal: arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “a”, 5º e 7º, §1º, da Lei nº 9.317/1996. Art. 3º da Lei nº 9.732/1998. Arts. 186 e 188, 249, 250 e 926, do RIR/1999.

19.5. As receitas não declaradas foram tributadas no SIMPLES até abril de 2005. A partir do período em que se processaram os efeitos da exclusão, ou seja, maio de 2005, foi seguida a norma tributária vigente para as demais pessoas jurídicas, conforme determinado pelo art. 16 da Lei nº 9.317/1996.

19.6. No presente caso, diante da documentação apresentada, a fiscalização chegou à conclusão que os elementos trazidos forneciam subsídios suficientes para a apuração do crédito tributário pela sistemática do lucro real trimestral.

19.7. **Insuficiência de recolhimento de SIMPLES.**

19.8. Em face da receita não declarada apurada em procedimento de ofício, constatou-se insuficiência de valores anteriormente recolhidos pelo interessado a título de SIMPLES.

///

Enquadramento legal: art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996, c/c art. 3º da Lei nº 9.732/1998. Arts. 186 e 188 do RIR/1999.

19.9. **Lançamentos de outros tributos e contribuições.**

19.10. As inflações descritas nos parágrafos 19.3 e 19.7 originaram também os lançamentos de PIS/SIMPLES, CSLL/SIMPLES, COFINS/SIMPLES E INSS/SIMPLES para os fatos geradores ocorridos até abril de 2005. A infração descrita no parágrafo 19.3 originou a exigência de CSLL, PIS e COFINS não cumulativos, para os fatos geradores ocorridos a partir de maio de 2005.

19.11. **Multa de ofício de 75%.**

19.12. Incidente sobre a insuficiência de recolhimento de SIMPLES.

19.13. **Multa de ofício qualificada de 150%.**

19.14. Em face da caracterização da intenção fraudulenta do sujeito passivo em se eximir dos tributos devidos, uma vez que omitiu receitas que deveriam constar em suas declarações de imposto de renda e inseriu informações falsas nas alterações do contrato social, fazendo neles figurar como sócios interpostas pessoas, a fiscalização concluiu que o comportamento do interessado se enquadra ao tipo estabelecido no art. 1º, incisos I e IV da Lei nº 8.137/1990 e art. 44, §1º da Lei nº 9.430, de 1996, com nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

20. **Da responsabilidade tributária.**

21. Por considerar que os verdadeiros responsáveis pelo interessado são os Srs. Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira, a fiscalização os considerou sujeitos passivos solidários pelo crédito tributário lançado em nome do interessado, nos termos dos arts. 121, inciso II, 128, 129 e 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 1966. Ambos foram cientificados por meio de cópias do termo de encerramento de ação fiscal.

22. A fiscalização também procedeu à alteração de ofício do quadro societário do interessado, com fundamento no art. 27 da Instrução Normativa nº 748/2007, uma vez que concluiu que Luiz David Ferreira e José Anselmo David Ferreira são de fato os seus administradores.

23. **Da impugnação do interessado aos autos de infração.**

24. Irresignado, o interessado apresentou a impugnação de fls.1.329/1.394 e 1.347/1.416 alegando, em síntese, o que segue:

- nulidade do procedimento fiscal decorrente de vícios de formalidade no auto de infração;

- o sintético histórico do procedimento fiscalizatório não faz referência a folhas e documentos, o que torna impossível depreender quais documentos formaram a convicção da fiscalização para o lançamento tributário;

- o auto não relatou especificamente cada uma das supostas infrações, discriminando os fatos e capitulações legais e das penalidades de cada tributo e contribuição exigível;

- não existe fundamentação para tributar pelo SIMPLES uma empresa que em 2005 ultrapassou o limite de faturamento de um milhão e duzentos reais;
- tratou-se de um erro formal que gerou uma majoração inestimável de carga tributária, pois se houve estouro de faturamento deve-se considerar para efeito de tributação o lucro real desde o mês de janeiro de 2005;
- na apuração do IRPJ deixou de deduzir o ICMS, PIS e COFINS devidos no mês, conforme determina a legislação, assim como não deduziu a despesa operacional;
- não foi demonstrado inequivocadamente a suposta omissão apontada, o que prejudica a sua defesa;
- os defeitos do ato administrativo redundaram em cerceamento de defesa e violaram os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;
- os autos do processo só foram disponibilizados oito dias após o recebimento do auto de infração, o que não representou possibilidade de vista dos mesmos;
- a vista dos autos foi agendada para o dia 09/12/2009, ou seja, apenas 27 dias após o recebimento da autuação;
- não foi possível solicitar cópia dos autos, pois o prazo concedido pela DRF/VITÓRIA/ES é de 10 (dez) dias. As cópias não ficariam prontas antes do encerramento do prazo para a apresentação da defesa administrativa em 14/12/2009;
- requer o retorno dos autos à ARF/Vila Velha para que seja devolvido o prazo de 30 dias para defesa;
- a apuração sob a sistemática do SIMPLES realizada pela fiscalização no período de janeiro a abril é ilegal e inconstitucional;
- desde janeiro de 2005, a apuração deve ser pela sistemática do lucro real;
- na apuração do lucro real, foram deduzidos valores infinitamente inferiores como despesas operacionais e analisando as contas realizadas no auto de infração, é impossível identificar como a fiscalização apurou valores tão pequenos, totalmente discrepantes das despesas comprovadas por notas fiscais, livros Razão e Diário e Entrada;
- anexa os balancetes mensais e trimestrais de 2005, em que se comprovam as despesas operacionais, bem como o livro Razão, que discrimina detalhadamente as despesas;
- na apuração trimestral do IRPJ e CSLL, foram aproveitadas as despesas operacionais constantes no balancete de verificação com o código 4.2 (despesas essenciais);
- não foram aproveitadas as despesas constantes no Razão com a descrição "Despesas Gerais", com o código 4.2.2.04-017, uma vez que esta conta é composta por diversas espécies de despesas;
- apurou lucro no primeiro e quarto trimestres, e prejuízo no segundo e terceiro trimestres de 2005;

(D)

- relativamente ao PIS e COFINS não cumulativos, foi lançado o período de maio a outubro, quando o correto seria a partir de janeiro; além do que, não foram aproveitados créditos absolutamente aceitos pela Receita Federal;
- a fiscalização utilizou premissas absolutamente inexistentes para concluir que os atuais sócios não são os verdadeiros titulares da empresa;
- a empresa foi vendida em maio de 2005 por questões comerciais, pois os sócios anteriores receberam informações de que nos próximos meses a fornecedora Aurora Alimentos encerraria o contrato de fornecimento com a empresa, mas restaria a opção de organização de logística e transporte para unidades da Aurora Alimentos, atividade que não interessava aos antigos sócios;
- os sócios atuais adquiriram a empresa apenas considerando a oportunidade futura que existia a expectativa de ocorrer, tanto que mudaram o domicílio da empresa para o Espírito Santo justamente porque as unidades da Aurora Alimentos dos estados próximos prometeram disponibilizar a prestação de serviços;
- a fiscalização não abarcou estas considerações na autuação, pressionando o Sr. José Anselmo da Rocha em interrogatório, de forma a manipular toda uma situação e criar uma estória irreal quanto à aquisição da empresa;
- foi passada uma procuração para os antigos sócios, para que cooperassem na administração na fase transitória e pudessem assinar alguns documentos como cheques até o final do ano de 2005;
- não atua como uma transportadora, mas na disponibilização de caminhoneiros e ajudantes para carga e descarga de mercadorias, tanto que possui 30 funcionários;
- não necessita de caminhões nem de pátios e galpões, pois trabalha para empresas do grupo Aurora Alimentos, que revende produtos perecíveis e necessita de terceiros que lhe ajudem em situações especiais, como entrega mais rápida, grande excesso de entregas, necessidade de carga e recarga com agilidade;
- por isso possui uma estrutura pequena em seu endereço, onde apenas guarda documentos e realiza o atendimento com funcionários e terceiros quando necessário;
- para comprovar as alegações, segue cópia da GFIP que comprova a contratação dos 30 funcionários;
- resta configurada a inconstitucionalidade da autuação da fiscalização ao obter ilicitamente nos bancos dados e documentos financeiros, desrespeitando o princípio do sigilo fiscal previsto no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal;
- por tratar-se de provas ilícitas, requer o desentranhamento dos mesmos;
- requer a realização de perícia para que se comprove o verdadeiro tributo devido;
- é ilegal a cobrança simultânea de juros moratórios e multa moratória, fato que vicia a presente autuação;



- a multa de 150% tem natureza confiscatória;
- a aplicação da multa de 150% foi baseada em dispositivo modificado da Lei nº 9.430/1996;
- o dispositivo alterado atualmente (inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996) determina a aplicação de multa de 50% e não de 150%.
- assim, é ilegal a multa exigida no auto de infração;
- a utilização da taxa SELIC como juros de mora é inconstitucional; caso assim não entenda, devem ser cobrados os juros moratórios no limite máximo de 1% ao mês;
- seja suspensa a exigibilidade dos créditos e de eventuais responsabilidades decorrentes da presente autuação, mantendo-se a empresa no Simples até o julgamento final;

25. **Da impugnação do interessado à exclusão do Simples Nacional (fls. 1.681/1696):**

- a fiscalização apurou que a receita bruta do interessado no mês de janeiro de 2005 foi de R\$ 2.304.972,08, ou seja, muito acima do valor limite do Simples em 2005, que era de R\$ 1.200.000,00 anuais;
- dessa forma, deveria ter sido excluído do Simples desde o mês de janeiro de 2005, não existindo lógica em mantê-la no Simples nos meses de janeiro a abril;
- são incorretas as conclusões que chegou a fiscalização para a exclusão do Simples, posto que foi legítima a alienação da empresa aos atuais sócios, não havendo intenção de fraudar o fisco;
- requer a nulidade do ato declaratório e a sua reinclusão quanto aos períodos posteriores a 2005.

26. **Da impugnação dos responsáveis solidários Srs. Luiz David Ferreira (fls. 1.698/1.778 e 1.781/1.803) e José Anselmo David Ferreira (fls. 1.814/1918).**

- seja afastada a quebra da personalidade jurídica da empresa e a desconstituição do quadro societário;
- seja afastada a responsabilidade tributária, pois não preenche os requisitos do art. 135, III, do CTN, pois não é mais sócio há mais de quatro anos e em sua gestão não realizou nenhum ato de infração à lei, bem como não possui nenhuma relação com a empresa desde que saiu e ajudou na fase transitória da administração;
- no mais, repisa as mesmas alegações já apresentadas pelo interessado.

27. Posteriormente, em face da alegação de cerceamento à obtenção de cópia dos autos, foi reaberto o prazo ao interessado e aos responsáveis solidários para apresentarem elementos de defesa que julgassem necessários (fls. 1935/1942).

28. Em consequência, foram apresentadas as petições de fls. 1.943/1.946, em que apenas reiteram o pedido de perícia e indicam o Sr. Edvaldo dos Santos Silva para responder aos quesitos ora formulados.

29. É o relatório.

Ao julgar o caso, a DRJ destacou as seguintes razões, por tópicos:

31 – Da nulidade. Neste tópico, o julgador argumenta que a nulidade do lançamento só corre quando do descumprimento dos requisitos de validade previstos no art. 142, CTN, o que não aconteceu no presente caso.

33 – Dos vícios de formalidade do auto de infração. Neste tópico, o julgador entende o TEAF n.º 717/2008 (e-Fls. 1.269/1.321), parte integrante do auto, ao longo de 53 páginas a fiscalização relata toda a ação fiscal empreendida, identifica as páginas em que foram acostados os documentos comprobatórios, bem como cada uma das infrações e os respectivos enquadramentos legais.

37 – Do cerceamento de defesa em face do prazo exíguo para vista dos autos. Neste tópico, o julgador destaca que não obstante a contribuinte ter sido capaz de defende-se do mérito do lançamento, fora reaberto novo prazo para apresentação de novos argumentos e documentos que entendesse necessários, entretanto, limitou-se a reiterar o pedido de perícia. Conclui que restou sanada a alegação de cerceamento do direito de defesa.

40 – Do pedido de perícia. Neste tópico, o julgador indeferiu o pedido de perícia, por entender estarem presentes nos autos todos os elementos necessários para formar a sua convicção.

42. Da quebra do sigilo bancário. Neste tópico, o julgador defende a legalidade do acesso às informações financeiras da contribuinte, por haver previsão legal.

49. Da receita não declarada. Neste tópico, o julgador sintetiza que a contribuinte não questiona o valor das receitas não declaradas, mas insurge-se apenas quanto ao regime de tributação utilizado: SIMPLES (janeiro a abril) e lucro real (a partir de maio de 2005). Conclui que no entender da contribuinte, a apuração sob a sistemática do SIMPLES no período de janeiro a abril é ilegal e inconstitucional.

54. Da exclusão do SIMPLES FEDERAL. Neste tópico, o julgador defende que a fundamentação para exclusão do SIMPLES não foi o fato de o interessado ter ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido em lei, mas sim pela utilização de interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios. Assim, entende que cabe ao julgador tão somente apreciar se, de fato, houve a utilização de interpostas pessoas, e que a ilegalidade da apuração pelo SIMPLES até o mês de abril de 2005 não matéria de competência do órgão julgadores.

61. Das interpostas pessoas. Neste tópico, o julgador faz uma aprofundada análise dos elementos apurados no Termo de Fiscalização, principalmente os depoimentos e procurações juntadas aos autos, e conclui que o sr. JOSÉ ANSELMO DA ROCHA FERREIRA e a sra. MARIA DE LOURDES COSTA,

não são sócios de fato, o que caracteriza a utilização de interpostas pessoas, sendo devida a exclusão do SIMPLES, nos termos do Ato Declaratório.

80. Dos tributos apurados na sistemática do SIMPLES. Neste tópico, entende que não merece qualquer reparo o lançamento no que diz respeito à apuração dos tributos devidos até 30/04/2005.

82. Dos tributos apurado com base no lucro real. Quanto a este tópico, transcreve-se alguns dos argumentos do julgador:

(...)

84. Conforme consta no TEAF, às fls. 1.297/1.302, diante da documentação colocada à disposição, a fiscalização conclui que os elementos apresentados forneceram subsídios suficientes para que se empreendesse a apuração do crédito tributário devido pela sistemática do lucro real trimestral (iniciando-se em maio de 2005). Foram utilizados dados obtidos nos livros Diário e Razão, assim como o documento intitulado “apuração IRPJ/CSLL/PIS/COFINS”, elaborado a partir de balancetes trimestrais de verificação (fls.377/387), como referência básica para o entendimento da contabilidade do interessado.

85. Em face de divergências de valores na apuração do custo de mercadorias vendidas, o interessado foi intimado a prestar alguns esclarecimentos, bem como apresentar a apuração do estoque de mercadorias relativas ao 2º trimestre.

86. Com base nos dados apresentados, a fiscalização elaborou planilha de apuração trimestral do lucro real, assim discriminada:

	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
Receita venda de mercadorias	4.633.185,16	7.228.610,12	1.430.138,79
(-) vendas canceladas	89.901,33	174.381,40	23.071,57
(-) ICMS	41.888,46	102.485,77	89.768,38
(-) Cofins	11.526,47	37.203,54	44.020,79
(-) Pis	2.502,46	8.077,08	9.557,15
(=) receita líquida	4.487.366,44	6.906.462,33	1.263.710,90
(-) CMV	3.106.392,27	4.561.116,79	583.009,13
(=) lucro bruto	1.380.974,17	2.345.345,54	680.701,77
(-) despesas operacionais	498.350,69	718.965,07	83.038,01
(=) lucro operacional	882.623,48	1.626.380,47	597.663,76
LÚCRO REAL	882.623,48	1.626.380,47	597.663,76

87. O interessado alega em sua impugnação que a fiscalização deixou de deduzir da receita bruta os tributos incidentes na operação: ICMS, PIS e o COFINS. Alega, ainda, que nas planilhas constantes do auto de infração foram utilizados valores inexistentes para serem deduzidos da receita bruta, muito inferiores aos comprovados pelos documentos apresentados.

88. Outra alegação diz respeito à dedução de despesas operacionais, posto que a fiscalização teria considerado valores infinitamente inferiores, sendo impossível identificar como concluiu por valores tão pequenos e discrepantes das despesas comprovadas por notas fiscais e livros disponibilizados. O interessado apresenta nova apuração do lucro real (1.356/1.361), com base no balancete de verificação, em que deduz todas as despesas operacionais, com exceção daquelas contabilizadas na conta contábil n.º 4.2.2.04-017 (Despesas Gerais), por serem compostas de diversas espécies de despesas.

89. De plano, cabe destacar que improcede a alegação de que não foram deduzidos da receita bruta os tributos incidentes sobre vendas. Basta observar o demonstrativo de apuração do lucro real acima.

90. Destaque-se também que os valores deduzidos como impostos incidentes sobre as vendas não são inexistentes, ainda que indevidos. Na verdade, correspondem à soma dos valores informados mês a mês a este título na planilha de fl.1387, elaborada pelo próprio interessado, subsidiando a planilha intitulada “ Apuração pelo Lucro Real (Trimestral)”, juntada às fls. 381/386.

91. O erro da fiscalização foi não ter percebido que os valores ali registrados não correspondiam aos impostos contabilizados pelo interessado em contas de resultado (3.1.2.03- Impostos Incidentes sobre Vendas e Serviços – fls. 199, 406 e 412), como abaixo demonstrado, mas sim de passivo (ICMS, PIS e COFINS a Recolher), apurados após a subtração dos créditos relativos às aquisições efetuadas no período.

mês	ICMS (3.1.2.03-001)	PIS (3.1.2.03.004)	COFINS (3.1.2.03-003)
maio	279.354,95	38.118,65	175.576,80
junho	272.833,97	38.328,91	176.545,28
Total do 2º trimestre	552.188,92	76.447,56	352.122,08
julho	315.113,58	44.533,46	205.123,83
agosto	271.565,18	38.713,80	178.317,17
setembro	253.110,59	36.025,01	165.933,37
Total do 3º trimestre	839.789,35	119.272,27	549.374,37
outubro	170.315,43	23.597,13	108.689,79
Total do 4º trimestre	170.315,43	23.597,13	108.689,79

92. No que diz respeito às despesas operacionais, o interessado insurge-se quanto aos valores infinitamente inferiores considerados na apuração do lucro real, conquanto tenha sido ele quem os quantificou nas planilhas intituladas “Apuração pelo Lucro Reais (Trimestral)”, juntada às fls. 381/386.

93. Nestas planilhas, apenas informou as despesas com vendas e gerais, muito embora, conforme balancete de verificação de fls. 395/399 e 402/413 e livro Razão de fls. 1.544/1.578 e 1.581/1.655, tenha incorrido em outras despesas operacionais, tais como: despesas com pessoal administrativo, tributárias, financeiras.

94. Nos termos do art. 299 do RIR/1999, para efeito de apuração do lucro real, são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção do respectiva fonte pagadora.

95. Em sendo assim, há que se considerar como dedutíveis as demais despesas operacionais contabilizadas que guardam correlação com a sua atividade e, por consequência, mister se faz alterar a apuração do lucro real, como a seguir demonstrado:

	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
Receita venda de mercadorias	4.633.185,16	7.228.610,12	1.430.138,79
(-) vendas canceladas	89.901,33	174.381,40	23.071,57
(-) ICMS	552.188,92	839.789,35	170.315,43
(-) Cofins	352.122,08	549.374,37	108.689,79
(-) Pis	76.447,56	119.272,27	23.597,13
(=) receita líquida	3.562.525,27	5.545.792,73	1.104.464,87
(-) CMV	3.106.392,27	4.561.116,79	583.009,13
(=) lucro bruto	456.133,00	984.675,94	521.455,74
(-) despesas operacionais	851.584,69	1.113.882,25	461.544,50
(=) lucro operacional	(395.451,69)	(129.206,31)	59.911,24
LUCRO REAL			59.911,24
(-) compensação de prejuízo fiscal – 30%			(17.973,37)
(=) lucro real após compensação de prejuízo fiscal			41.937,87

96. Ante o exposto, é devido o IRPJ, no 4º trimestre de 2005, no valor de R\$ 6.290,68 (R\$ 41.937,87 x 15%).

97. Relativamente à CSLL, na medida em que não há fatos novos a ensejarem conclusões diversas, igual sorte colhe o que tenha sido decidido em relação ao IRPJ. Portanto, é devida a CSLL no valor de R\$ 3.775,41 (R\$ 41.937,87 x 9%) no 4º trimestre de 2005.

98. Da apuração do PIS e da COFINS não cumulativos. Neste tópico, o julgador entende que a empresa, à época da ocorrência dos fatos geradores, tinha como objeto social o “*comércio varejista e atacadista de produtos com predominância em embutidos em geral, importação e exportação de produtos alimentícios*”. Argumenta que, como não produzia ou fabricava bens, apenas os revendia, inexistente fundamentação legal para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores pagos a título de combustíveis e lubrificantes, manutenção de veículos, pneus e câmaras e manutenção de equipamentos de refrigeração. Conclui por manter incólume a exigência de PIS e COFINS.

COFINS	R\$ 139.447,10
PIS	R\$ 30.275,29

108. Da cobrança simultânea de juros moratórios e multa moratória. Neste tópico, o julgador inicialmente alega que no processo não fora exigida multa de mora, mas sim multa de ofício. Em seguida, apresenta a fundamentação legal do art. 161 do CTN, e conclui afirmando que multa e indenização não se confundem.

116. Do efeito confiscatório da multa qualificada de 150%. Neste tópico, o julgador deixa de apreciar as alegações da contribuinte, por entender que a via

administrativa não é apropriada para se arguir a inconstitucionalidade de ato legislativo formalmente editado.

121. Da incorreta capitulação da multa aplicada de 150%. Neste tópico, o julgador aprecia o argumento da contribuinte de que a aplicação da multa de 150% foi baseada em dispositivo modificado da Lei nº 9.430/1996, e que o atual inciso II, determina a aplicação de multa de 50, e não de 150%. Entende a DRJ que, inobstante o auto de infração prever a multa com base nesse dispositivo, fato é que o TEAF além de constar descrição minudente dos fatos que motivaram a qualificação da multa, a fiscalização reproduziu corretamente o dispositivo legal já alterado. Ao analisar aplicação da multa para o caso, entende que a comprovação do evidente intuito de fraude infere-se do fato de que muito embora tenha emitido notas fiscais em valor superior a 20 milhões, apresentou declaração simplificada informando valores padronizados de receita bruta, no valor de R\$ 100.000,00 em todos os meses do anos, para permanecer no regime tributário do SIMPLES, optando por lesar o fisco ao omitir informações e fraudar declarações. Além disso, entende que a alteração do quadro societário da empresa para a utilização de interpostas pessoas, constitui simulação e fraude, o que também justifica a aplicação da multa qualificada.

134. Dos juros de mora. Neste tópico, o julgador defende a legalidade da taxa SELIC para atualização dos créditos tributários.

143. Da responsabilidade tributária do Srs. JOSÉ ANSELMO DAVID FERREIRA e LUIZ DAVID FERREIRA. Neste tópico, o julgador observa que a responsabilidade solidária dos sócios de fato foi fundamentada com os art. 121, II e 135, III, do CTN. Observa que ao longo do voto ficou comprovado que houve simulação dos atos societários, mas que no caso de utilização de interposta pessoa, os administradores ocultos respondem pessoalmente pelo crédito tributário com base no art. 124, I, tendo em vista o interesse comum dos sócios ocultos no resultado da sociedade.

Cientificada da decisão de primeira instância em 22/12/2010 (Aviso de Recebimento à e-Fl. 2.389), inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 19/01/2011 (e-Fls. 2.394 a 2.427).

Em sede recurso, a contribuinte apresenta os seguintes argumentos:

- i. Alega a ilegalidade da inclusão dos sócios como devedores solidários, com fundamento no art.135, III, CTN, por entender que não houve qualquer ato ilegal por parte dos sócios;
- ii. Aduz que o ato administrativo é necessariamente vinculado a lei, e que não poderia a fiscalização lançar tributo pelo Simples, vez que desde janeiro/2005 teria estourado o limite de faturamento deste regime.
- iii. Complementa que deveria a fiscalização ter tributado pelo Lucro Real desde janeiro/2005, e apresenta uma nova apuração pelo lucro real para os 1º e 2º trimestres de 2005;
- iv. Quanto ao PIS e a COFINS, defende que devem ser incluídos em todas as apurações de janeiro a dezembro os valores de serviços de terceiros como créditos a serem deduzidos, com fundamento no inciso II, do art. 3º, da Lei nº 10.637/02, e na SC nº 109/2005;
- v. Apresenta apurações de PIS e COFINS de janeiro/2005 a dezembro de 2005;
- vi. Novamente contesta a natureza confiscatória da multa de 150%, e a limitação inconstitucional ao exercício da atividade econômica;
- vii. Por fim, reitera a incorreta capitulação legal da multa de 150%, com fundamento no inciso II, do art. 44, da Lei nº 9.430/96;

O sr JOSÉ ANSELMO DA ROCHA FERREIRA e a sra. MARIA DE LOURDES COSTA apresentaram recurso voluntário às e-Fls. 2.460/2.496 e 2.498/2.537, contendo os mesmos argumentos do recurso da empresa.

É o relatório.

Fl. 16 do Acórdão n.º 1401-006.060 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 15586.001202/2009-59

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Do Exame de Admissibilidade dos Recursos

Inicialmente, como relatado, verifica-se que foram apresentados nos autos três recursos voluntários, sendo um da empresa autuada, e dois dos sócios formais da empresa a partir de maio/2005.

No que se refere ao recurso da contribuinte BOREALLIS TRANSPORTE DE CARGAS LTDA ME, verifico que é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto n.º 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

Já no que tange aos recursos do sr JOSÉ ANSELMO DA ROCHA FERREIRA e da sra. MARIA DE LOURDES COSTA, entendo que não devem ser conhecidos, vez que os mesmos sequer são partes do processo. Haja vista que não lhes fora atribuída responsabilidade solidária, não havendo, portanto, interesse de agir, nem legitimidade processual.

Quanto ao recurso de ofício interposto pelo presidente da DRJ, entendo que deve ser parcialmente conhecido. Isto porque, o valor do crédito tributário exonerado não atinge o limite de alçada previsto na Portaria MF n.º 63/2017, não devendo ser conhecido quanto a esta parte do litígio.

Contudo, como houve por parte da DRJ a exclusão da responsabilidade solidária dos srs. JOSÉ ANSELMO DAVID FERREIRA e LUIZ DAVID FERREIRA, o recurso de ofício deve ser conhecido neste ponto.

Passa-se, portanto, a análise da matéria devolvida a este órgão julgador.

Da Exclusão do Simples e das Arguições de Ilegalidade dos Lançamentos

Observa-se no recurso voluntário que, quanto à exclusão do Simples, a recorrente basicamente contesta a ilegalidade da exclusão a partir de abril/2005, vez que a empresa teria extrapolado o limite do regime simplificado já a partir de janeiro/2005, com um faturamento acima de 2 milhões de reais.

No que se refere a esta matéria, até concordo com o entendimento da contribuinte, no sentido de que a fiscalização poderia tê-la excluído a partir de janeiro/2005, em razão de ter ultrapassado o limite da receita bruta do regime.

Contudo, a fundamentação do Ato Declaratório de exclusão não foi o fato da contribuinte ter ultrapassado o limite de faturamento, mas sim a utilização de interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios (art. 14, IV, da Lei nº 9.317/96), cujos efeitos ocorrem a partir do mês da ocorrência dos fatos. Assim, com base neste fundamento, a fiscalização atribuiu corretamente a exclusão a partir de maio/2005.

Faz-se necessário consignar que a contribuinte estava no Simples por opção própria. E caso verifica-se que a sua receita iria ultrapassar o limite de faturamento, a legislação previa a obrigatoriedade de comunicação pela própria pessoa jurídica da exclusão, nos termos do Art. 13, II, b, da Lei nº 9.317/96.

Ou seja, caso a empresa tivesse declarado as suas receitas corretamente, esta deveria ter comunicado à Receita Federal a sua exclusão do regime simplificado, e assim poderia ter alterado a tributação para o lucro real, como agora pretende.

Entretanto, o que se verifica no presente caso é uma situação em que a recorrente notadamente omitiu mais de 20 milhões de receita, e agora pretende beneficiar-se da própria torpeza ao tentar imputar a ilegalidade do lançamento com base no regime de tributação ao qual optou.

Desse modo, em que pese ter passado despercebido pela fiscalização que a contribuinte teria extrapolado o limite do Simples a partir de janeiro/2005, como já mencionado, o ato de exclusão que fora expedido, e está sendo apreciado, é a utilização de interpostas pessoas, cujos efeitos se deram a partir de maio/2005.

Assim sendo, não vislumbro qualquer ilegalidade no lançamento efetuado de Simples para o período de janeiro/2005 a abril/2005.

Nesse sentido, também não merece guarida o pleito da contribuinte de ter o lançamento modificado para o lucro real a partir de janeiro/2005. Até mesmo porque, este órgão julgador sequer possui competência para alterar o lançamento efetuado pela fiscalização.

Da Apuração de PIS e COFINS não-cumulativos

Como relatado, quanto ao PIS e a COFINS, a recorrente basicamente repisa os argumentos da Impugnação, no sentido de que devem ser incluídos em todas as apurações de janeiro a dezembro os valores de serviços de terceiros como créditos a serem deduzidos, com fundamento no inciso II, do art. 3º, da Lei nº 10.637/02, e na SC nº 109/2005.

Por concordar com as razões de decidir da DRJ, adoto-as como fundamento deste voto, com embasamento legal no Art. 57, §º3, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de 1ª instância em consonância com o entendimento deste Relator, conforme transcrição a seguir:

99. Enquadrado na sistemática do lucro real trimestral a partir de maio de 2005, *ex-vi* do disposto nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, sujeitou-se o interessado à incidência não-cumulativa do PIS e da COFINS.

100. Na apuração das contribuições devidas, a fiscalização considerou os custos e despesas incorridos pelo interessado que, nos termos da legislação vigente, poderiam lhe conferir créditos sobre as contribuições, resultando, assim, no PIS e COFINS a pagar, cujo detalhamento das bases de cálculo encontra-se à fl.1.307.

101. Em sua impugnação, com fundamento nos arts. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, bem como na Solução de Consulta nº 109, exarada pela Receita Federal do Brasil em 13 de maio de 2005, alega erro na apuração das bases de cálculo uma vez que não foram considerados os créditos provenientes de bens e serviços utilizados como insumo no desenvolvimento de sua atividade. No caso, os valores pagos a título de combustíveis e lubrificantes, manutenção de veículos, pneus e câmaras e manutenção de equipamentos de refrigeração.



102. O art. 3º da Lei nº 10.637/2002 assim dispõe:
- "Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:*
- I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)*
- a) no inciso III e IV do § 3º do art. 1º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)*
- b) no § 1º do art. 2º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)*
- II - bens e serviços, utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou na prestação de serviços, e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004) (grifei)*
- (...)"*
103. O art. 3º da Lei nº 10.833/2003 a seu turno:
- "Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:*
- I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)*
- II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)" (grifei)*
104. A Solução de Consulta nº 109, abaixo ementada, assim dispõe:
- "SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 109 de 13 de Maio de 2005
- ASSUNTO:** Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-Cofins
- EMENTA:** COFINS NÃO-CUMULATIVA. PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE BENS. CRÉDITOS. INSUMOS. Para efeito de cálculo dos créditos da Cofins não-cumulativa, podem ser considerados os bens e serviços, inclusive combustíveis, lubrificantes, partes e peças de reposição e outros bens, não incluídos no ativo imobilizado, que sofram alterações em razão de sua ação direta sobre o bem ou produto elaborado, adquiridos de pessoa jurídica para manutenção de veículos, máquinas e equipamentos componentes do ativo imobilizado, utilizados na fabricação de bens destinados à venda, exceto nos casos em que aqueles bens e serviços configurem hipóteses de alíquota zero, isenção ou não-incidência da respectiva contribuição, nos termos da legislação de regência." (grifei)

105. Como se vê acima, todos os atos legais citados dizem respeito a crédito de **insumos** utilizados na produção ou fabricação de bens ou na prestação de serviços. O conceito de insumos extrai-se § 4º do art. 8º da Instrução Normativa SRF nº 404, de 2004, *in verbis*:

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

a) de bens para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos nos incisos III e IV do § 1º do art. 4º;

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; ou

b.2) na prestação de serviços;

(...)

§ 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

106. O interessado, à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme cláusula terceira do contrato social (fls.217/221), tinha como objeto social o “*comércio varejista e atacadista de produtos com predominância em embutidos em geral, importação e exportação de produtos alimentícios*”. Ou seja, não produzia ou fabricava bens, apenas os revendia, razão pela qual inexistente fundamentação legal para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores pagos a título de combustíveis e lubrificantes, manutenção de veículos, pneus e câmaras e manutenção de equipamentos de refrigeração, tal como pretendido.

107. Desta feita, mantém-se incólume a presente exigência:

COFINS	R\$ 139.447,10
PIS	R\$ 30.275,29

AD

Por fim, aponta-se recentes Soluções de Consulta no mesmo sentido:

Solução de Consulta Cosit nº 34, de 18 de março de 2021

(Publicado(a) no DOU de 25/03/2021, seção 1, página 64)

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMOS. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS. ATIVIDADES COMERCIAIS. REVENDA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente há insumos geradores de créditos da não cumulatividade da Contribuição para o PIS/Pasep nas atividades de produção de bens destinados à venda e de prestação de

serviços a terceiros. Para fins de apuração de créditos da referida contribuição, não há insumos na atividade de revenda de bens, notadamente porque a esta atividade foi reservada a apuração de créditos em relação aos bens adquiridos para revenda.

(...)

Solução de Consulta Cosit n.º 84, de 29 de junho de 2020

(Publicado(a) no DOU de 02/07/2020, seção 1, página 25)

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

NÃO CUMULATIVIDADE. DESPESA DE PUBLICIDADE. REVENDA DE BENS. INSUMOS. CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Não há créditos da Cofins sobre insumos na atividade de comercialização de bens, já que a hipótese de apuração de créditos sobre insumos está relacionada às atividades de fabricação ou produção de bens e de prestação de serviços. As despesas de propaganda relacionadas à atividade de revenda de bens não geram direito a crédito da Cofins, em razão de não serem consideradas insumos nem se enquadrarem em qualquer outra hipótese de creditamento prevista na legislação vigente.

(...)

Portanto, nego provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto.

Da Natureza Confiscatória Da Multa De 150% E Da Limitação Inconstitucional Ao Exercício Da Atividade Econômica

Verifica-se, ainda, no recurso voluntário, que a recorrente apresenta argumentos de cunho constitucional, alegando o caráter confiscatório da multa lançada, bem como uma suposta limitação ao exercício da atividade econômica.

Contudo, como visto, os atos praticados pela fiscalização decorrem da própria legislação vigente.

E os órgãos de julgamento administrativos não podem afastar a aplicação da lei tributária sob o argumento de inconstitucionalidade, a vista do que dispõe o Art. 26-A, do Decreto n.º 70.235/72.

No mesmo sentido, tem-se cristalizado a Súmula n.º 02 do Carf:

Súmula CARF n.º 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta feita, não acolho os argumentos da contribuinte.

Da Incorreta Capitulação Legal da Multa Aplicada de 150%

Em sede recursal, a contribuinte repisa o argumento de que houve um erro na capitulação legal da multa qualificada de 150%, vez que o auto fora fundamentado com o inciso II, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, que trata da multa isolada de 50%.

Quanto a este ponto, também concordo com a análise feita pela DRJ, ao destacar que não há que se falar em falha de capitulação legal.

Isto porque, não obstante constar no auto de infração o enquadramento legal do inciso II, do art. 44, sem levar em consideração que a Lei nº 11.488/07 alterou a redação do referido artigo, fato é que o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, além de constar a descrição minudente dos fatos que motivaram a qualificação da multa, transcreveu corretamente o dispositivo legal já alterado, indicando que se tratava da multa prevista no §1º, do Art. 44.

Desse modo, entendo pela manutenção da multa aplicada.

Da Responsabilidade Solidária Dos Srs José Anselmo David Ferreira E Luiz David Ferreira (Recurso de Ofício)

Como inicialmente delimitado no exame de admissibilidade, tem-se o conhecimento do Recurso de Ofício para fins de apreciação da responsabilidade solidária dos apontados como sócios de fato da empresa, os srs José Anselmo David Ferreira e Luiz David Ferreira.

A DRJ entendeu por afastar a responsabilidade solidária dos sócios por entender que no caso de utilização de interposta pessoa, os administradores ocultos respondem pessoalmente pelo crédito tributário com base no art. 124, I, tendo em vista o interesse comum dos sócios ocultos no resultado da sociedade.

Com a devida vênia, tenho por discordar do posicionamento da DRJ.

Numa relação entre sócio e sociedade, há um interesse coincidente, mas não “comum” sob o aspecto do CTN. Para que o interesse se constitua como comum é necessária a participação direta dos interessados na concretização do fato gerador.

Entendo que para que os sócios possam assumir a responsabilidade tributária da empresa é por meio da aplicação do artigo 135 do CTN.

Este entendimento decorre da premissa de que o artigo 124 não é hipótese de responsabilidade por transferência a ser aplicada pelo fisco, para atribuir sujeição passiva ao diretor da empresa.

Mas, por outro lado, isso não significa que terceiros não-formalmente “sócios-diretores/gerentes” não possam ser responsabilizados tributariamente.

O disposto no artigo 126 do CTN trata justamente daquelas sociedades de fato que, mesmo não devidamente registradas nos órgãos de comércio, atraem para si as obrigações tributárias de uma pessoa jurídica regular e, conseqüentemente, surte o mesmo efeito para os sócios dessas mesmas sociedades.

Assim, no caso dos operadores ocultos, o fato de não serem formalmente registrados no contrato social ou estatutos, não os afasta de eventual responsabilidade, pois o artigo 124 (interesse comum) associado ao art. 126, III (sociedades de fato) confere a eles inexoravelmente a condição de prepostos, num sentido mais amplo, suficientes para a aplicação do artigo 135, III, do CTN

Em outras palavras, a responsabilidade nesses casos, decorre da aplicação do artigo 135 do CTN, e para que a pessoa em questão seja enquadrada no dispositivo, é preciso prova robusta de que a mesma é sócio oculto, ou integrante de uma sociedade de fato e age como seu gerente ou diretor, de fato.

Assim, entendo que o argumento da DRJ para afastar a responsabilidade não poderia proceder.

Contudo, ao examinar detidamente os autos no que tange à responsabilidade tributárias dos sócios, tenho que esta deve continuar afastada, mas por outras razões.

Isto porque, ao analisar os Autos de Infração (e-Fls. 1582 a 1652), verifiquei que não consta nos documentos constitutivos do lançamento qualquer menção à responsabilidade pessoal dos sócios de fato. O único sujeito passivo discriminado nos autos é a empresa BOREALLIS TRANSPORTE DE CARGAS LTDA ME.

Também não consta dos autos que a fiscalização tenha lavrado Termo de Sujeição passiva para fins de atribuição da responsabilidade pessoal. O contribuinte somente fora cientificado dos seguintes documentos:

Ciência do Contribuinte/Preposto
Declaro, para os devidos fins, que tomei ciência dos seguintes documentos, tendo recebido cópia dos mesmos:
<ul style="list-style-type: none">➤ Termo de Encerramento da Ação Fiscal n.º 717/2008 (constante do processo administrativo fiscal 15586.001202/2009-59);➤ Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - SIMPLES, Programa de Integração Social (PIS) - SIMPLES, Contribuição p/ Financ. S Social (COFINS) - SIMPLES, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - SIMPLES, Contribuição p/ Segur. Social (INSS) – SIMPLES, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) – Lucro Real, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – Lucro Real, Programa de Integração Social (PIS) – não cumulativo, Contribuição p/ Financ. S Social (COFINS) – não cumulativo, tendo como sujeito passivo BOREALLIS TRANSPORTE DE CARGAS LTDA ME, CNPJ 04.850.804/0001-30;➤ Uma via do Ato Declaratório DRF/VTA n.º 146/2009, de exclusão da pessoa jurídica BOREALLIS TRANSPORTE DE CARGAS LTDA ME, CNPJ 04.850.804/0001-30, do SIMPLES;➤ Uma via do Mandado de Procedimento Fiscal 07.2.01.00-2008-00717-9.

Assim, em que pese reconhecer a importância dos fatos discriminados no Termo de Encerramento da Ação Fiscal, que complementam as informações do Auto de Infração, entendo que o mesmo isoladamente não é instrumento hábil a atribuir a responsabilidade tributária aos sócios.

Desse modo, ainda que sob fundamentos distintos, entendo por manter a exclusão da responsabilidade pessoal dos srs. José Anselmo David Ferreira e Luiz David Ferreira, razão pela qual nego provimento ao Recurso de Ofício.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de:

- não conhecer dos recursos interpostos pelo sr. JOSÉ ANSELMO DA ROCHA FERREIRA e pela sra. MARIA DE LOURDES COSTA;
- conhecer do Recurso Voluntário da empresa autuada e, no mérito, negar-lhe provimento;
- conhecer parcialmente do Recurso de Ofício, no que tange a responsabilidade solidária dos sócios de fato e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves