



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

Processo n° 15956.720023/2012-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.044 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente BLUECELL REPRESENTACOES EM TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

A teor do art. 17 do Decreto 70.235/72 e alterações, é precluso à defesa o direito de apresentar matéria nova em sede recursal, uma vez que tal matéria, por não ter sido expressamente contestada em sede de impugnação, é considerada não impugnada.

NULIDADE. REQUISITOS ESSENCIAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A fase litigiosa do procedimento administrativo somente se instaura com a impugnação do sujeito passivo ao lançamento já formalizado. Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de cerceamento do direito de defesa e de nulidade do procedimento fiscal.

AÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA.

O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

As garantias do contraditório e da ampla defesa somente se manifestam com a instauração da fase litigiosa, ressalvados os procedimentos fiscais para os quais lei assim exija. Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento, e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do direito ao contraditório e da ampla defesa.

ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.
APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE
ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA.

Salvo nos casos de que trata o artigo 26-A, do Decreto nº 70.235, de 1972, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, não tem competência para conhecer de matéria que sustente a insubsistência do lançamento sob o argumento de que a autuação se deu com base norma inconstitucional ou ilegal.

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

Os juros de mora são aplicáveis a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE NÃO DEMONSTRADA.
INAPLICABILIDADE.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula CARF nº 14)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Provado que o sujeito passivo tinha interesse comum na situação fática que venha a constituir o fato gerador do tributo, aquele deve ser solidariamente responsabilizado pelo cumprimento da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES.

Cabível a atribuição da responsabilidade solidária aos mandatários, prepostos e administradores de fato da pessoa jurídica, quando os créditos tributários exigidos no lançamento de ofício decorram de atos daqueles, praticados com infração dolosa à lei.

CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, o que foi decidido para o IRPJ, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso da coobrigada Jaqueline Barreto Fagundes Gouveia; negar provimento ao recurso dos coobrigados Sebastião Fagundes Gouveia Filho, Willian Donizete Floriano e Mateus Simei Salles e rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Vencido o conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar que votou por negar provimento integralmente ao recurso. Designado o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto para redigir o voto vencedor em relação à redução da multa de ofício.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente e Redator designado.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Relatório

BLUECELL REPRESENTACOES EM TELECOMUNICACOES LTDA recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 1ª Turma da DRJ Belém/PA, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Versa o presente processo sobre o(s) Auto(s) de Infração de fls. 640-689, relativo(s) ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ, Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido-CSLL, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS e Contribuição para o Programa de Integração Social-PIS, ano(s)-calendário 2007 e 2008, com crédito total apurado no valor de R\$ 1.326.444,14, incluindo o principal, a multa de ofício e os juros de mora, atualizados até 03/2012.

Os Autos de Infração também são integrados pelo Termo de Encerramento Fiscal (fls. 691-709).

De acordo com os fatos narrados pela autoridade lançadora, o sujeito passivo incorreu na(s) seguinte(s) infração(ões): Omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Sobre a exigência principal foi aplicada a multa de ofício de 150 %.

O sujeito passivo tomou ciência do lançamento em 28/03/2012 (fls. 690).

Foram responsabilizados pelo cumprimento da obrigação tributária os senhores:

- Willian Donizete Floriano Rosa, CPF 073.738.098-55, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária, recebido em 03/04/2012 (fls. 711-713);
- Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária, cuja ciência ocorreu em 25/04/2012 (fls. 714-718);
- Sebastião Fagundes Gouveia Filho, CPF 306.220.938-00, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária, recebido em 04/04/2013 (fls. 719-721);
- Mateus Simei Salles, CPF 260.337.168-17, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária, recebido em 03/04/2013 (fls. 722-724)
- Pedro Luiz Maschietto Salles, CPF 744.730.698-34, conforme Termos de Sujeição Passiva Solidária, recebido em 03/04/2013 (fls. 729-731).

Para justificar a exação a autoridade lançadora afirmou que:

- A fiscalizada apresentou Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, anos-calendário 2007 e 2008, com receita bruta igual a zero;
- O sócio da fiscalizada, Sr Willian Donizete Florino Rosa, CPF 410.370.458-66 e RG 134601269 - SSP/SP, foi identificado no cadastro da empresa por meio de documentos pessoais falsos, fato este que evidencia a presença de interposta pessoa no quadro societário da fiscalizada;
- O "falso" Sr Wilian Donizete Florino Rosa, CPF 410.370.458-66 e RG 134601269 - SSP/SP, é, na verdade, o Sr WILLIAN DONIZETE FLORIANO ROSA, CPF 073.738.098-55 e RG 11.864.932 - SSP/SP;
- O "falso" Sr Wilian foi inscrito no banco de dados desta SRF no dia 17/09/2008, poucos dias antes de seu ingresso na sociedade da fiscalizada, que ocorreu no dia 02/10/2008, com a finalidade de dificultar a responsabilização de um dos administradores da fiscalizada por seus atos de gestão;
- O Sr. Willian assinou diversos cheques da fiscalizada, fazendo-se passa pelo "falso" Sr. Wilian;
- Segundo o gerente da agência bancária, era o Sr. Wilian Donízete Florino Rosa quem comparecia na agência para fazer as operações bancárias da fiscalizada;
- Segundo depoimento de Marcelo do Nascimento Duarte, "o Sr. Willian era o dono, e que a Bluecell trabalhava no ramo de construção civil nas operações do Sr. Pedro Salles";
- Segundo Sebastião Fagundes Gouveia Filho, contador da fiscalizada, "o Sr. Pedro Saltes era auxiliado, em suas atividades exercidas através da empresa BLUECELL REPRESENTAÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA, pelo Sr Willian, que sabia que o mesmo fazia parte do quadro societário desta empresa";
- Segundo Sr Mateus Simei Salles, CPF 260.337.168-17, filho de Sr. Pedro Salles, seus empréstimos junto à fiscalizada foram tratadas por seu pai diretamente com o Sr. Willian Donizete Florino Rosa;
- A Sra Jacqueline Barretes Fagundes Gouvea, CPF 398.782.328-32, que realizou atividades de gestão e participou do quadro societário da fiscalizada durante o período de 23/10/2007 a 02/10/2008, também foi identificada em sua ficha cadastral por documentos pessoais falsos;
- A "falsa" Sra Jacqueline Barretos Fagundes Gouvea é, na verdade, a Sra Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83;
- A Sra Jacqueline Gouveia assinou diversos cheques fazendo-se passar pela "falsa" Sra Jacqueline Gouvêa;
- O Sr Sebastião Fagundes Gouveia Filho, CPF 306.220.938-00, contador da fiscalizada, foi solidariamente responsabilizado pelo crédito tributário, por ter auxiliado a inclusão de interpostas pessoas no quadro societário da fiscalizada;

- O Sr Mateus Simei Salles, CPF 260.337.168-17, foi solidariamente responsabilizado pelo crédito tributário, por ter se utilizado de interpostas pessoas no quadro societário da fiscalizada, vez que recebeu e transferiu recurso financeiros para as contas-correntes bancárias mantidas em nome da fiscalizada sem comprovar, com documentação hábil e idônea, a que título foram realizadas tais transações;
- Diversos pagamentos efetuados para as empresas do Grupo Eficaz, de propriedade do Sr. Mateus Simei Salles, foram depositados diretamente na conta da fiscalizada;
- Segundo o Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho, após a saída dos seus filhos do quadro societário, o comando da fiscalizada passou a ser exercida pelo Sr. Pedro Salles;
- O Sr. Mateus Simei Salles justificou suas movimentações financeiras junto à fiscalizada como decorrentes de operações de empréstimos, porém não comprovou o alegado;
- A qualificação da multa se deveu a utilização de meios fraudulentos, para incluir interpostas pessoas no quadro societário da fiscalizada, com a intenção de dificultar a responsabilização de seus atos de gestão e a cobrança dos tributos devidos ao Fisco Federal.

O responsável solidário Willian Donizete Floriano Rosa apresentou sua impugnação em 02/05/2012 (fls. 735-760), na qual alegou em síntese que:

1. O lançamento é nulo por não haver sido lavrado por profissional competente, a saber, um contador devidamente habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade;
2. O lançamento é nulo, por ofensa ao direito de defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, pois não foi dada oportunidade prévia para o sujeito passivo se manifestar a respeito das oitivas de testemunhas;
3. A Lei Complementar nº 105/01, que autorizou o acesso aos dados bancários dos contribuintes, é inconstitucional;
4. A inconstitucionalidade da LC nº 105/01 é matéria de repercussão geral pelo STF, por isso o procedimento fiscal deverá ser suspenso até o final do julgamento pelo STF, conforme art. 62-A, §1º, da Portaria MF nº 586, de 22 de dezembro de 2010;
5. Somente após a conclusão do processo administrativo fiscal, em desfavor ao sujeito passivo, é que este poderá ser considerado em mora, oportunidade em que poderão ser cobrados os juros moratórios;
6. A multa de ofício aplicada deve ser reduzida, nos termos do art. 203 (507-A) do RICMS;
7. Requer seja este signatário intimado de todo despacho/decisão oriunda do processo administrativo decorrente da presente defesa, no endereço sito à R. Dr. Paulo

Tinoco Cabral, 613, sl. 13 e 17, Jd. São Luiz, na cidade de Ribeirão Preto - SP, CEP:14.020-270 (escritório dos procuradores do sujeito passivo).

O responsável solidário Mateus Simei Salles apresentou sua impugnação em 03/05/2012 (fls. 765-776), na qual repetiu os argumentos relativos a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01 e das ofensas aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, e ainda argumentou que:

1. O depoimento tomado não foi assinado pelo depoente, mas sim por quatro auditores-fiscais (fls. 603/605);
2. Nunca manteve qualquer relacionamento comercial com a Bluecell e seus sócios;
3. Não pode ser incluído como responsável solidário pelo simples fato de ter tomado empréstimo, que foi concedido pelo Sr. Pedro Luiz;
4. A relação de seu pai nos negócios da Bluecell não pode lhe ser extensiva para efeito de atribuição da responsabilidade solidária;
5. Não tem qualquer relação com os fatos geradores constantes nos autos de infração;
6. A fiscalização não comprovou qualquer renda ou acréscimo patrimonial do impugnante advinda da prolapada empresa investigada e autuada;
7. Não ficou comprovado pela fiscalização que impugnante era procurador, mandatário ou até mesmo que exercia função de gerência ou de diretor na empresa Bluecell;
8. A solidariedade foi atribuída pelo simples fato de não ter comprovado os empréstimos tomados junto ao seu genitor, por intermédio da aludida empresa. Entretanto, os únicos documentos que comprovam tais empréstimos eram as notas promissórias emitidas por suas empresas em favor da Bluecell.

O responsável solidário PEDRO LUIZ MASCHIETTO SALLLES também apresentou sua impugnação em 03/05/2012 (fls. 781-806), na qual alegou:

- a. A quebra não autorizada do sigilo bancário;
- b. A inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01;
- c. A necessidade de suspensão do julgamento até a decisão final acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01;
- d. A falta de comprovação da sujeição passiva solidária, com base nos seguintes argumentos:
 1. Ausência do contraditório e da ampla defesa nos depoimentos tomados junto aos senhores Roberson Alberto Cremonez, Marcelo do Nascimento Duarte, Sebastião Fagundes Gouveia Filho, Maurício Alves Coutinho Júnior e do Sr. Mateus Simei Salles;

2. Ausência de prova documental a respeito de algum benefício auferido pelos depósitos bancários que deram azo ao lançamento fiscal, ou de alguma participação do recorrente na Bluecell;
 3. Ausência de elementos caracterizadores da conduta dolosa do recorrente;
- e. A necessidade de redução de desqualificação da multa, com base no Acórdão nº 1402-000.348 e na Súmula CARF nº 14.

O responsável solidário SEBASTIÃO FAGUNDES GOUVEIA FILHO apresentou sua impugnação em 03/05/2012 (fls. 878-882), na qual alegou que:

1. Jamais foi contador ou prestou qualquer serviço contábil à fiscalizada, muito menos prestou qualquer afirmação como inveridicamente aduzido nos itens 10.6, 11.6, 12, 12.1 e 14.3 do Termo de Encerramento Fiscal;
2. Solicita comprovação dos fatos que lhe são imputados, em especial:
 - a. Esclarecimentos prestados pelo Sr. SEBASTIÃO FAGUNDES GOUVEIA FILHO (itens 10.6, 11.6, 12 e 14.3 do Termo de Encerramento Fiscal);
 - b. Prestação do serviço de contabilidade (itens 10.6, 11.6, 12, 12.1 e 14.3 do Termo de Encerramento Fiscal);
 - c. Preenchimento da DIPJ entregue pela fiscalizada, ac 2007 e 2008;
 - d. Termos de Declarações e Esclarecimentos prestados pelas pessoas descritas nos itens 12.2, 12.4 e 12.6.
3. O serviço de contabilidade à fiscalizada foi prestado pelo seu locatário Sr. José Omir Francisco, que também intermediou negócios com a fiscalizada, conforme declaração anexado ao processo.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 01-27.773 (fls. 915-943) de 14/11/2013, por maioria de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento para excluir a responsabilidade tributária de Pedro Luiz Maschietto Salles. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

AÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA. O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. As garantias do contraditório e da ampla defesa somente se manifestam com a instauração da fase litigiosa, ressalvados os procedimentos

fiscais para os quais lei assim exija. Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento, e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do direito ao contraditório e da ampla defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIÇÃO VEDADA. ENTENDIMENTO ADMINISTRATIVO. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a argüição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. As alegações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade somente são apreciadas nos julgamentos administrativos quando houver expressa autorização.

SIGILO BANCÁRIO. É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obriga os agentes fiscais por dever de ofício.

RECURSO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão normativa para sobrestamento dos recursos em curso nas Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. Os juros de mora são aplicáveis a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo.

MULTA QUALIFICADA. Comprovada a intenção dolosa do contribuinte de omitir suas receitas tributáveis, com o fim de impedir, ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, deve-se aplicar a multa qualificada sobre os tributos decorrentes da receita omitida.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO ADVOGADO. INDEFERIMENTO. O domicílio tributário do sujeito passivo é endereço, postal, eletrônico ou de fax fornecido pelo próprio contribuinte à Receita Federal do Brasil (RFB) para fins cadastrais. Dada a existência de determinação legal expressa em sentido contrário, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. As decisões administrativas em casos concretos não se constituem em normas gerais. Inaplicável, portanto, a extensão de seus efeitos, de forma genérica, a outros casos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Provado que o sujeito passivo tinha interesse comum na situação fática que venha a constituir o fato gerador do tributo, aquele deve ser solidariamente responsabilizado pelo cumprimento da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES. Cabível a atribuição da responsabilidade solidária aos mandatários, prepostos e administradores de fato da pessoa jurídica, quando os créditos tributários exigidos no lançamento de ofício decorram de atos daqueles, praticados com infração dolosa à lei.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES. IMPROCEDÊNCIA. A insuficiência de provas da participação do suposto administrador na condução da sociedade empresária ou nos atos praticados com infração à lei enseja a exclusão daquele do pólo passivo da obrigação tributária.

CSLL. PIS. COFINS. Aplica-se às contribuições sociais reflexas, o que foi decidido para o IRPJ, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.”

Contra a aludida decisão, da qual foram cientificados, conforme tabela a seguir, e apresentaram recursos voluntários onde repisam seus argumentos.

Sujeito passivo e solidários	Ciência do acórdão de impugnação	Apresentação de Recurso Voluntário
Sujeito passivo, Bluecell	15/02/2014, edital fl. 974	Não apresentou
Willian Donizete Floriano Rosa, CPF 073.738.098-55	16/01/2014, AR fl. 970	18/02/2014, fls. 1.022/1.047
Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83	16/01/2014, AR fl. 972	12/02/2014, fls. 979/985
Sebastião Fagundes Gouveia Filho, CPF 306.220.938-00	15/02/2014, edital fl. 975	12/02/2014, fls. 991/1.002
Mateus Simeí Salles, CPF 260.337.168-17	16/01/2014, AR fl. 971	14/02/2014, fls. 1.007/1.019
Pedro Luiz Maschietto Salles, CPF 744.730.698-34	16/01/2014, AR fl. 973	Não apresentou

A recorrente Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, que não apresentou impugnação, alega erro de identificação. Sustenta que a sócia da empresa autuada seria a Sra. Jacqueline Barretos Fagundes Gouveia, CPF. 398.782.328-32 e que a então recorrente é

Processo nº 15956.720023/2012-64
Acórdão n.º **1402-002.044**

S1-C4T2
Fl. 1.067

Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF. 275.910.108-83, conforme ficha da JUCESP às fls. 36/39. Aduz que não seriam de sua titularidade as assinaturas constantes dos documentos que instruem o presente processo e que não possui qualquer relação jurídica com os envolvidos, seja o sujeito passivo ou os responsáveis solidários.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

Do recurso da Sra. Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83.

Em que pese os argumentos apresentados pela recorrente, observo que esta não apresentou impugnação. Com efeito, entendo que a matéria apresentada pela defesa em seu recurso voluntário não pode ser apreciada nesta instância, a teor do art. 17 do Decreto 70.235/72 e alterações, já que se constitui em matéria nova submetida a julgamento somente nesta ocasião.

Por precluso, deixo de conhecer do recurso voluntário apresentado pela Sra. Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83.

Dos demais recursos apresentados

Os demais recursos voluntários reúnem os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Deles, portanto, tomo conhecimento e passo a analisar separadamente na forma a seguir exposta.

Dos recursos apresentados pelos demais responsáveis solidários

Os sujeitos passivos solidários Willian Donizete Floriano Rosa, Sebastião Fagundes Gouveia Filho e Mateus Simeí Salles, apresentaram recursos voluntários.

Assim como em sede de impugnação, o recurso do Sr. Willian Donizete Floriano Rosa atacou a constituição do lançamento. Os demais, além de atacarem o lançamento, deram especial ênfase à sujeição passiva solidária. Matéria apreciada neste tópico.

Do recurso do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho

O recorrente contesta sua responsabilidade solidária alegando, em resumo, que não teria prestado qualquer serviço contábil à fiscalizada e que não haveria provas da prestação do serviço de contabilidade, de sua participação no preenchimento da DIPJ da fiscalizada e dos fatos constantes dos Termos de Declarações e Esclarecimentos prestados pelas pessoas físicas Roberto Carlos de Franceschi, Jaqueline Aparecida Araújo de Franceschi.

A fiscalização concluiu pela sua responsabilização fundamentando-se no seguinte:

12- O Sr Sebastião Fagundes Gouveia Filho, CPF 306.220.938-00, contador da fiscalizada, também é responsável pelo crédito tributário apurado na presente ação fiscal pois, através de seu auxílio, a fiscalizada constituiu-se de interpostas pessoas em seu quadro societário com a finalidade de dificultar a responsabilização de seus administradores por seus atos de

gestão, conforme pode ser observado nos itens 11.5 e 11.6 acima e nos fatos e provas apresentados a seguir.

12.1- O Sr Sebastião foi o responsável pelo preenchimento das DIPJ entregues pela fiscalizada, referentes aos anos de 2007 e 2008. O endereço da fiscalizada constante na DIPJ referente ao ano calendário de 2007 (fls. 09) é o mesmo do escritório de contabilidade do Sr Sebastião, qual seja, Rua Henrique Dumont, 213 - sala 01, em Ribeirão Preto.

12.2- Ao prestar os esclarecimentos constantes no Termo de Declarações e Esclarecimentos (fls. 566 a 569), o Sr Roberto Carlos de Franceschi, sócio da fiscalizada durante o período de 13/04/2007 a 07/11/2007, quando perguntado sobre o contador da fiscalizada afirmou que "(...) através do endereço do escritório contábil, localizado na Rua Henrique Dumont, 213, saia 01, foi admitido que o contador responsável é o senhor **Sebastião Fagundes Gouveia Filho (...)**"

12.3- O Sr Roberson Alberto Cremonez, gerente do Banco Santander Brasil S/A, agência nº 0767, no qual a fiscalizada mantém a conta-corrente nº 13.000445-7, ao ser indagado sobre qual era o endereço para correspondências da fiscalizada informado àquela agência afirmou que "(...) consta no sistema do banco como sendo o endereço **Rua Henrique Dumont, nº 213 - sala 01 - Jardim Mosteiro, Ribeirão Preto/SP, desde 07/07/2008 (...)**"

12.4- A Sra Jaqueline Aparecida Araújo de Franceschi, funcionária da fiscalizada, ao prestar os esclarecimentos constantes no Termo de Declarações e Esclarecimentos (fls. 570 a 573), quando questionada sobre quem havia elaborado o Contrato Social da fiscalizada respondeu que "(...) foi o Sr **Gouveia** o responsável pela elaboração do Contrato Social, cujo escritório se localiza na **Rua Henrique Dumont (...)**". A Sra Jaqueline, quando solicitada a esclarecer como havia transcorrido a primeira transferência societária ocorrida na fiscalizada, disse que "(...) se lembra que foi o Sr **Gouveia** que quis assumir a empresa e indicou seus filhos, Clayton e Jacqueline para assumir a empresa e dar continuidade ao mesmo tipo de negócio até então exercido pela empresa One Tim/Blue Cell. O Sr **Gouveia** propôs assumir a empresa e pagar por isso o valor de R\$ 10.000,00, sendo R\$ 5.000,00 para cada sócio a título de reembolso de capital (...)"

Obs 1: Pelas coincidências de endereço, sobrenome e nomes dos filhos que fizeram parte do quadro societário da fiscalizada, a Sra Jaqueline, quando mencionou o "Sr **Gouveia**", evidentemente fazia referência ao Sr **Sebastião Fagundes Gouveia Filho**, contador da fiscalizada, e, conseqüentemente, quando mencionou o nome "**Jacqueline**" fazia referência à Sra **Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia**, sócia da fiscalizada;

Obs 2: A primeira transferência societária foi a que substituiu os sócios Sr Roberto Carlos de Franceschi, CPF 071.723.948-95, e

Sra Adélia Rossi Carvalho, CPF 865.317.008-15, pelos filhos do Sr Sebastião Fagundes Gouveia Filho.

12.5- No dia 30/11/2011, fomos ao escritório de contabilidade do Sr Sebastião situado à Rua Henrique Dumont, 213 - sala 01, em Ribeirão Preto, e lá encontramos a Sra Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia. Quando questionada sobre a fiscalizada, a Sra Jacqueline respondeu que "(...) nada sabia a respeito da empresa BLUECELL REPRESENTAÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA e que deveríamos conversar a esse respeito com seu pai, o Sr Sebastião Fagundes Gouveia Filho (...)". No Termo de Constatação Fiscal (fls. 578 a 579) lavrado em nome da Sra Jacqueline também consta que conversamos com o Sr Sebastião e que o mesmo se comprometeu a comparecer na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto, juntamente com sua filha Sra Jacqueline, no dia 07/12/2011, a fim de prestar esclarecimentos e declarações para efeito de instrução do procedimento de fiscalização em face da fiscalizada.

12.6- No dia 07/12/2011, compareceu espontaneamente nesta Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto o Sr Sebastião, como contador da fiscalizada, e prestou os esclarecimentos constantes no Termo de Constatação Fiscal (fls. 603 a 605). O Sr Sebastião não se fez acompanhar da Sra Jacqueline, conforme havia se comprometido no dia 30/11/2011. Nesta oportunidade, o Sr Sebastião afirmou que "(...) colocou seus filhos Jacqueline Barretos Fagundes Gouveia e Clayton Roberto Barretos Fagundes Gouveia no quadro societário da empresa BLUECELL REPRESENTAÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA (...)".

12.7- Conforme restou demonstrado nos itens 11.1 a 11.6 deste Termo, a sócia da fiscalizada Sra Jacqueline Barretos Fagundes Gouveia, CPF 398.782.328-32, foi identificada por documentos pessoais falsos, e tais dados falsos foram utilizados para qualificá-la em alterações de contrato social conforme pode ser verificado na Ficha Cadastral Completa da fiscalizada. O Sr Sebastião Fagundes Gouveia Filho, de acordo com o relatado nos itens 12.1 a 12.5 acima, cedeu o endereço de seu escritório de contabilidade para ser o domicílio tributário da fiscalizada. Como contador da fiscalizada, o Sr Sebastião foi o responsável pela elaboração do Contrato Social da fiscalizada, conforme declaração feita pela Sra Jacqueline Aparecida Araújo de Franceschi e, de acordo com a sua própria declaração transcrita no item 12.6 acima, na qual afirma que colocou sua filha Sra Jacqueline no quadro societário da fiscalizada, esta fiscalização só pode concluir que o Sr Sebastião não só sabia, mas também se utilizou de documentos falsos para constituir o quadro societário da fiscalizada de interpostas pessoas.

[grifos do original]

Quando à participação do sujeito passivo na prestação dos serviços contábeis da recorrente, o fato de constar seu nome como responsável pela entrega da DIPJ, por si,

conforme já apregoadado na decisão recorrida, não é prova suficiente da prestação do serviço. Entretanto a fiscalização trouxe outros elementos que corroboram essa condição, em especial:

- O depoimento firmado pelo Sr. Roberson Alberto Cremonez, gerente da agência do Banco Santander Brasil S/A, no qual a fiscalizada mantém a conta-corrente, aduzindo que o endereço de correspondência da fiscalizada ficava na Rua Henrique Dumont, nº 213 - sala 01 - Jardim Mosteiro, Ribeirão Preto/SP (fls. 574-575);
- A visita da fiscalização ao citado endereço, atestando a existência e funcionamento escritório, onde ainda foi encontrada a Sra. Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, filha do sujeito passivo (fls. 578-579);
- O depoimento firmado pela Sra. Jaqueline Aparecida Araújo de Franceschi, funcionária da fiscalizada, afirmando que o sujeito passivo, cujo escritório contábil ficava na Rua Henrique Dumont, era o responsável pela elaboração do contrato social da empresa (fls. 570 a 573);
- Esclarecimento prestado pelo sujeito passivo, testemunhado por cinco auditores-fiscais, confirmando sua participação na inclusão de seus filhos no quadro societário da empresa (fls. 603-604).

De todo jeito, o simples fato de ser responsável pelo serviço contábil da empresa não qualifica o prestador de serviço à condição de responsável solidário. Para tanto, mister a comprovação de sua participação consciente nos atos ilegais que objetivavam a fraude, a sonegação fiscal ou o não pagamento do tributo.

No caso concreto, verificou-se a inclusão fraudulenta de interpostas pessoas no quadro societário da empresa e a omissão da totalidade de sua receita apurada por meio dos depósitos bancários.

Neste contexto, restou comprovada pela fiscalização que as interpostas pessoas incluídas, mediante fraude documental, no quadro societário da empresa, eram os próprios filhos do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho. Atos estes que, segundo depoimento da Sra. Jaqueline Aparecida Araújo de Franceschi, funcionária da fiscalizada, foram perpetrados pelo Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho (fls. 570 a 573).

Restou ainda demonstrado pela fiscalização o funcionamento do endereço de correspondência da conta bancária da contabilizada – de onde fora apurada parte da receita omitida – no mesmo endereço do escritório de contabilidade do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho (fls. 574-575 e 578-579).

Há de se falar, ainda, dos esclarecimentos do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho, testemunhado por cinco auditores fiscais, a respeito de sua participação nas alterações societárias da fiscalizada, mormente aquelas que dizem respeito à inclusão de seus filhos no quadro societário (fls. 603-604).

Por fim, ressalto que a confissão prestada pelo Sr. José Omir Francisco, assumindo a prestação do serviço de contabilidade, não se presta a obstar a responsabilidade

tributária do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho, quando os fatos comprovam a participação deste nas irregularidades efetuadas na condução da sociedade empresária.

Assim, entendo incontestado a participação do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho nos atos ilegais apurados na constituição do crédito tributário, devendo o mesmo ser mantido no pólo passivo da obrigação tributária.

Do recurso do Sr. Mateus Simei Salles

O Sr. Mateus Simei Salles, por sua vez, contesta sua responsabilidade com os seguintes argumentos: invalidade do depoimento tomado do Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho (fls. 603-605); ausência de qualquer relacionamento com a fiscalizada, seus sócios e atos perpetrados por estes; impossibilidade de responsabilização solidária com base nos empréstimos tomados junto à fiscalizada, por intermédio de seu pai, Sr. Pedro Luiz Maschietto Salles; ausência de comprovação de qualquer renda ou acréscimo patrimonial, derivados da empresa autuada.

Alega ainda que as notas promissórias emitidas por suas empresas em favor da Bluecell são os únicos comprovantes que possui dos empréstimos tomados junto à fiscalizada, fatos esses que ensejaram a responsabilidade solidária.

A fiscalização o responsabilizou com base nos seguintes argumentos:

13- O Sr Mateus Simei Salles, CPF 260.337.168-17, também é um dos responsáveis pelo crédito tributário apurado na presente ação fiscal, pois as provas e fatos apresentados e discutidos nos itens abaixo comprovam sua ligação com a fiscalizada e que ele se beneficiou do fato de existirem interpostas pessoas em seu quadro societário, uma vez que recebeu e transferiu recursos financeiros para as contas-correntes bancárias mantidas em nome da fiscalizada sem comprovar, com documentação hábil e idônea, a que título foram realizadas tais transações.

13.1- O Sr Roberson Alberto Cremonez, gerente do Banco Santander Brasil S/A no qual a fiscalizada mantém conta-corrente, ao prestar as declarações constantes no Termo de Declarações e Esclarecimentos (fls. 574 a 575), quando indagado sobre quem comparecia na agência para fazer as operações bancárias em nome da fiscalizada, foi respondido que "(...) era o Sr Wilian Donizete Florino Rosa, o qual inclusive foi visto por ele nesta agência várias vezes, e que em algumas ocasiões se fazia acompanhar dos representantes da empresa Eficaz, tais como os Srs Matheus Salles e Pedro Salles (...)". O Sr Roberson informou também que "(...) a conta-corrente da empresa Bluecell foi transferida para esta agência em razão de sua anterior gerência na conta-corrente da Eficaz (mantinha contato com o Sr Matheus Salles) realizada na agência do Banco Santander nº 0019 (...)".

13.2- O Sr Marcelo do Nascimento Duarte, ao prestar os esclarecimentos constantes do Termo de Declarações e

Esclarecimentos (fls. 600 a 602), quando questionado sobre a fiscalizada afirmou que "(...) diversos cheques emitidos pela Bluecell, e que foram sacados por mim na boca do caixa a pedido do Mateus Simei Salles, eram destinados ao Sr. Pedro Salles, e que não sabe qual a origem de tais valores (...)".

13.3- No dia 14/12/2011, em atendimento ao Termo de intimação Fiscal SEFIS nº 241/2011 (fls. 583 a 587), o Sr **Mateus Simei Salles** apresentou documento (fls. 591 a 599) contendo declarações a respeito da fiscalizada. Nos itens abaixo foram transcritos trechos do referido documento.

13.4- Ao ser questionado sobre sua participação nas empresas EFICAZ EVENTOS S/S LTDA, CNPJ 03.620.766/0001-67 e EFICAZ FORMATURAS S/S LTDA, CNPJ 04.738.929/0001-73, o Sr Mateus respondeu que é sócio das empresas desde a sua fundação e "(...) eu sou o **administrador e proprietário** (...)".

13.5- Ao ser questionado se já havia realizado negócios com a fiscalizada, ele respondeu que "(...) a empresa Bluecell **me emprestou dinheiro, diante do contato com o meu genitor (Sr Pedro Salles), para cumprimento dos compromissos das empresas do Grupo Eficaz (...)**". [grifos do original.] Constatado por esta fiscalização que os cheques de nº 159 (fls. 360), 262 (fls. 293), 269 (fls. 348), 323 (fls. 384), 372 (fls. 414) e 441 (fls. 354), todos do Banco Bradesco e de **emissão da fiscalizada**, que somados apresentam um montante de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) e são **nominais à empresa Eficaz Eventos S/S Ltda**, foi solicitado ao Sr Mateus que **explicitasse e comprovasse**, com documentação hábil e idônea, qual tinha sido a natureza / motivo da emissão dos referidos documentos em nome da empresa Eficaz Eventos S/S Ltda. Ao atender tal solicitação, o Sr Mateus se limitou a afirmar que "(...) Esses cheques foram entregues pela Bluecell como parte da concretização dos empréstimos (...)".

13.6- Ao ser indagado sobre os depósitos efetuados nas contas-correntes do Banco Bradesco e do Banco Santander em favor da fiscalizada, **feitos pela empresa EFICAZ EVENTOS S/S LTDA**, no montante de R\$ 53.000,00 (cinquenta e três mil reais), e sobre o depósito efetuado na conta-corrente do Banco Bradesco **em favor da empresa EFICAZ FORMATURAS S/S LTDA**, feito pela **empresa fiscalizada**, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o Sr Mateus afirmou que essas transações foram realizadas, respectivamente, "(...) como parte do **pagamento dos empréstimos** concedidos pela Bluecell (...) " e "(...) Esse depósito foi realizado a título de **empréstimo pela empresa Bluecell (...)**" (grifos nossos) Mais uma vez o Sr Mateus tentou explicar que as **transações financeiras feitas entre as empresas de sua propriedade e a fiscalizada** tiveram como origem um **suposto empréstimo tomado junto à fiscalizada, mas nenhum documento foi apresentado a esta fiscalização para comprová-lo ou justificá-lo**, apesar de constar essa solicitação nos questionamentos enviados ao Sr Mateus através do Termo de **Intimação Fiscal SEFIS nº 241/2011**.

13.7- Devido à existência de depósitos feitos em favor da fiscalizada, esta fiscalização circularizou alguns contribuintes com a finalidade de se esclarecer a natureza / motivo de referidas transações financeiras. O Termo de Intimação Fiscal SEFIS nº 241/2011, enviado ao Sr Mateus, relacionou os seguintes trechos das respostas dadas às referidas circularizações:

13.7.1- O contribuinte **Carlos Alberto Alves Arantes**, em resposta à Intimação Fiscal SEFIS nº 116/2011 (fls. 519 a 537), informou que "(...) o valor transferido via TED para a empresa **BLUECELL REPRESENTAÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA**, CNPJ nº **08.762.431/0001-05**, no dia 17/12/2008, no valor de R\$ 74.150,00 **refere-se a pagamento de parte da festa de formatura da 1. turma de Direito da Faculdade São Francisco de Piumhi, conforme indicação da empresa responsável pela organização do evento a saber: EFICAZ EVENTOS S/S LTDA, CNPJ 03.620.766/0001-67**, representada pelo seu sócio **Sr. Mateus Simei Salles, CPF 260.337.168-17**, empresa essa contratada pela comissão de formatura, composta por 9 alunos, da qual eu era presidente (...) a transferência é oriunda de pagamento de festa de formatura da 1. turma de Direito da Faculdade São Francisco de Piumhi **que foi repassado à empresa BLUECELL a pedido do Sr. Mateus, sócio da EFICAZ EVENTOS** que foi a responsável por toda a organização do evento de formatura (...)” [grifos do original]. O contribuinte apresentou também cópia do contrato celebrado entre a Comissão de formatura e um dos formandos (fls. 530 a 533) e um recibo assinado pelo **Sr Mateus Simei Salles**, no qual ele confirma o recebimento do pagamento desta turma de formatura feito **através de depósito na conta corrente da fiscalizada** (fls. 523).

13.7.2- O contribuinte **Thiago Taveira Gomes**, em sua resposta à intimação Fiscal SEFIS nº 118/2011 (fls. 538 a 547), afirmou que "(...) a **Blue Cell representava na época a EFICAZ Eventos LTDA**. A nossa comissão de formatura firmou um contrato com a **Eficaz** para que ela organizasse o evento da formatura. Os R\$ 16.500,00 foi parte da última parcela quitada com a empresa nas vésperas da formatura. Segue em anexo cópia do convite de formatura em que comprova que a Eficaz realizou o evento e que eu fazia parte da comissão (...)”;

13.7.3- A contribuinte **Marília Perandin de Castro**, em resposta à Intimação Fiscal SEFIS nº 120/2011 (fls. 548 a 559), informou que o depósito efetuado por ela na conta corrente da fiscalizada "(...) se referia a pagamento de contrato que foi feito com a empresa do **Grupo Eficaz**, para acerto de formatura que se realizou no dia 20/11/2008 (...)”. A contribuinte apresentou também o Contrato de Prestação de Serviços firmado com o Grupo Eficaz (fls. 552 a 554) e um recibo assinado pelo **Sr Mateus Simei Salles** (fls. 555), sendo que neste recibo consta a seguinte observação: "(...) Pagamento efetuado através de depósito bancário em nome de **BLUECELL REP. EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA**, na data de 12/11/2008 (...)”.

13.7.4- Quando questionado sobre o motivo pelo qual os contribuintes citados nos itens acima foram instruídos por ele a efetuar os depósitos para pagamento da festa de formatura, realizada pelo Grupo Eficaz, em favor da fiscalizada, o Sr Mateus respondeu que "(...) Essas pessoas foram instruídas por mim para fazer os pagamentos devidos pelas Comissões de Formaturas diretamente à empresa Bluecell, para quitação parcial dos empréstimos citados acima (...)". [grifos do original]. Novamente o Sr Mateus faz referência ao suposto empréstimo sem apresentar documentos hábeis e idôneos capazes de comprovar sua existência.

[grifos do original]

Do exposto, a responsabilidade do Sr. Mateus Simei Salles se deve ao fato deste ter utilizado a conta bancária da fiscalizada para receber os pagamentos efetuados pelos serviços prestados por suas empresas (Grupo Eficaz).

Na tentativa de justificar essa movimentação financeira é que o recorrente alegou a existência de empréstimos junto à fiscalizada, para o qual apresentou as ditas notas promissórias.

Com efeito, não são os empréstimos a causa de sua responsabilização solidária. É, sim, a utilização da conta bancária da fiscalizada para o recebimento dos serviços prestados por suas empresas. Fato esse além de inconteste – ver depoimento prestados por testemunhas e documentos relacionados aos fatos (fls. 519-563) – não foi devidamente justificado pelo recorrente.

A mera apresentação das notas promissórias emitidas por si não se presta à comprovação do empréstimo. Para tanto mister a apresentação do contrato registrado em cartório e dos respectivos registros contábeis.

Outrossim, ainda que esses empréstimos fosse legítimos, o que não é o caso, a boa prática contábil determina que os recursos recebidos pelos serviços prestados deveriam primeiramente transitar na conta do prestador de serviço (empresas do grupo Eficaz) para depois serem repassados à fiscalizada. E, principalmente, determina ainda o registro dessa receita na contabilidade do prestador de serviço, bem como sua tributação. Fatos não comprovados pelo recorrente.

Os desvios dos recursos das prestadoras de serviço (empresas do grupo Eficaz) à conta da fiscalizada corroboram o entendimento de que o recorrente pretendia ocultar do fisco a receita das atividades de suas empresas.

A utilização consciente da conta bancária da fiscalizada para desviar a receita de suas empresas é ainda corroborada pelo depoimento firmado do gerente da conta bancária que diz ser o Sr Wilian Donizete Florino Rosa o responsável pela movimentação bancária da fiscalizada, o qual inclusive “foi visto por ele nesta agência várias vezes, e que em algumas ocasiões se fazia acompanhar dos representantes da empresa Eficaz, tais como os Srs Matheus Salles e Pedro Salles”. É ainda corroborada pelo depoimento firmado pelo Sr Marcelo do Nascimento Duarte, ao aduzir que “diversos cheques emitidos pela Bluecell, e que foram sacados por mim na boca do caixa a pedido do Mateus Simei Salles, eram destinados ao Sr. Pedro Salles”.

A falta de firma do depoente, Sr. Sebastião Fagundes Gouveia Filho, mas testemunhado pelos auditores-fiscais da unidade de origem, de forma alguma invalida as demais provas trazidas pela fiscalização a desfavor do recorrente.

Assim, cabível a responsabilidade do Sr. Mateus Simei Salles pelo interesse comum na situação que constitui o fato gerador do Imposto de Renda (depósitos bancários de origem não comprovada), nos termos dos art. 124, inciso I, do CTN.

Dos recursos, quanto aos elementos constitutivos do crédito tributário

Da preliminar de nulidade do lançamento por incompetência da Autoridade Fiscal e por cerceamento do direito de defesa

Com a devida vênia, entendo não haver nulidade nos autos de infração, ocasionada por incompetência do autor.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Com respeito ao fundamento de que o autor do procedimento carece de habilitação profissional de contador, cumpre registrar que o art. 904 e §1º do RIR/99, cuja matriz legal é o art. 7º da Lei nº 2.354, de 29/11/54, tem a seguinte dicção:

Art.904.A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

§1ºA ação fiscal direta, externa e permanente, realizar-se-á pelo comparecimento do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional no domicílio do contribuinte, para orientá-lo ou esclarecê-lo no cumprimento de seus deveres fiscais, bem como para verificar a exatidão dos rendimentos sujeitos à incidência do imposto, lavrando, quando for o caso, o competente termo (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

O cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional passou a denominar-se Auditor-Fiscal da Receita Federal pela Lei nº 10.593, de 06/12/2002 e Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil pela Lei nº 11.457, de 16/03/2007, cujo art. 3º estabelece ingresso no

cargo mediante concurso público de provas, exigindo-se curso superior ou equivalente, sem distinção específica.

A precitada Lei nº 10.593, de 2002, com alterações da Lei nº 11.457, de 2007, em seu art. 6º, trata das atribuições do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil nos seguintes termos:

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;

Pelo explicitado, constata-se que não existe qualquer consistência nos argumentos do interessado, pois o exercício da função de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, independe do curso superior de graduação ou especificamente que ele seja contador e tenha registro no CRC, como alega a defesa.

A questão é completamente pacífica no contencioso administrativo, sendo inclusive objeto de Súmula deste CARF:

Súmula CARF nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Por fim, quanto à suscitada nulidade do lançamento por cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, além do já exposto, vale repisar que o direito à ampla defesa e ao contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é uma garantia do processo administrativo, isto é, da fase litigiosa do procedimento fiscal, que se inicia, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a impugnação da exigência fiscal.

Há que se entender o procedimento de fiscalização, que antecede a fase litigiosa, como um procedimento inquisitório, cuja participação do contribuinte se limita ao fornecimento de informações, quando requisitado pela autoridade fiscal. A contestação das informações contidas no auto de infração, dos documentos juntados ou até mesmo de eventuais irregularidades somente pode ser realizada em momento posterior, com a apresentação da impugnação, iniciando o devido processo administrativo.

O lançamento, ressalte-se, é ato administrativo vinculado e obrigatório realizado pela autoridade fiscal com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calcular o montante devido e, se for o caso, aplicar a penalidade devida.

Nesse sentido, pacífico o entendimento do CARF:

Acórdão 106-17155 (Sessão de 06/11/2008)

Trecho de Ementa: NULIDADE. AUSÊNCIA DE RESPOSTA DA AUTORIDADE AUTUANTE À PETIÇÃO DO CONTRIBUINTE. INOCORRÊNCIA. Estando a autoridade autuante convencida da materialidade e da autoria da infração tributária, não fica adstrita ou obrigada a responder a qualquer questionamento do contribuinte, podendo encerrar o procedimento fiscal, já que os princípios do contraditório e da ampla defesa somente podem ser invocados quando da instauração da lide tributária, a qual tem início com a impugnação tempestiva.

Acórdão 101-96975 (Sessão de 16/10/2008)

Trecho de Ementa: NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. Ao dever de investigar do Fisco correspondem amplos poderes investigatórios, inclusive mediante utilização de informações obtidas junto a terceiros, que têm o dever de colaborar. O princípio do contraditório e ampla defesa preside a fase processual a partir da instauração do litígio com a impugnação. A fase de fiscalização, é presidida pelo princípio inquisitorial.

Acórdão 201-81498 (Sessão de 10/10/2008)

Trecho de Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Preliminar. nulidade, cerceamento DO DIREITO de defesa. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade dos lançamentos suscitadas.

Da preliminar de nulidade por quebra do sigilo bancário sem autorização judicial

Suscita a Recorrente a nulidade do lançamento com base numa suposta ilegalidade das provas apresentadas pela fiscalização, a saber os extratos bancários recebidos das instituições financeiras. Para tanto, aduz que os extratos bancários foram obtidos sem a devida autorização judicial.

Faz referência a julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) dando provimento a recurso em que se questiona o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial.

Pede a nulidade do lançamento.

Com a devida vênia, entendo não haver nulidade ocasionada pelo procedimento de obtenção de dados bancários da Recorrente.

Isso porque, como já dito, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assim, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se estes lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Quanto à ilegalidade do ato praticado, entendo diferente da recorrente no sentido de que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, abaixo transcrito, legitima a análise com base em depósitos bancários. Tal comando legal condiciona o acesso do Fisco aos dados bancários somente à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente:

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.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da base legal para a quebra do sigilo bancário, ressalto que, à luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do CARF somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

....

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do STF (Recurso Extraordinário nº 389.808/PR) foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, e tendo em vista que não há previsão regimental em vigor que determine o sobrestamento dos processos nessa situação, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Como consequência, há que se considerar que a utilização dos dados bancários prescinde de autorização judicial e não configura quebra de sigilo, porquanto legalmente prevista conforme acima analisado. Nesse sentido, é farta a jurisprudência administrativa apontando nessa direção. Veja-se o Acórdão nº 1301-00486 da 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária do CARF, de 27/01/2011, por ser representativo.

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. Não houve quebra de sigilo bancário nem, tampouco, o procedimento está inquinado de nulidade, ante a observância do estabelecido no art. 10 do Decreto n. 70.235/1972. Os agentes do Fisco podem ter acesso às informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

Diante do exposto, é de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

Do mérito

Dos juros moratórios

Alega a defesa que os juros moratórios somente poderão ser cobrados do sujeito passivo após a conclusão do processo administrativo, cujo resultado seja desfavorável ao contribuinte.

Quanto ao momento de incidência dos juros de mora, o argumento é improcedente. O § 1º do art. 61 da Lei nº 9.430/96 é expresso ao determinar a aplicação dos juros moratórios “a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo”.

Quanto à cobrança dos encargos, o argumento não possui qualquer efeito no processo. A apresentação do recurso contra o lançamento já suspendeu a exigibilidade do crédito tributário. De sorte que a cobrança dos juros moratórios somente ocorrerá após a decisão definitiva que confirme a legitimidade do crédito tributário constituído.

Ademais, quanto à legalidade dos juros de mora, que devem ser calculados à taxa SELIC, cabe observar que a sua utilização está expressamente prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, não cabendo à instância julgadora administrativa apreciar a validade da norma.

Tal matéria, inclusive, já está sumulada neste Conselho (Súmula CARF nº 4):

princípio do não confisco em relação a tributos. A aplicação de percentual de multa determinado em lei não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. COMPETÊNCIA. Súmula nº 2 do 2º CC.

O órgão julgador administrativo não pode afastar a aplicação de dispositivo de lei por entendê-lo inconstitucional, pois apenas o Poder Judiciário recebeu competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade de lei.

(...) (Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes – acórdão 202-18712)

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO CARÁTER CONFISCATÓRIO INOCORRÊNCIA

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigi-lo com acréscimos e penalidades legais. Desta forma, é perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, quando restar caracterizada a falta de recolhimento de imposto, sendo inaplicável às penalidades pecuniárias de caráter punitivo o princípio de vedação ao confisco (negritei). (Acórdão 10422.905, De 06.12.2007)

CARÁTER CONFISCATÓRIO IMPOSSIBILIDADE DE ACATAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PRINCÍPIOS QUE OBJETIVAM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA IMPOSSIBILIDADE

Os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador, ou mesmo ao órgão judicial competente, não podendo se dizer que estejam direcionados à Administração Tributária, pois essa se submete ao princípio da legalidade, não podendo se furtrar em aplicar a lei. Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, por exemplo, invocando o princípio do não-confisco, afastar a aplicação da lei tributária (negritei). Isto ocorrendo, significaria declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento da multa de ofício. Ora, como é cediço, somente os órgãos judiciais têm esse poder. No caso específico dos Conselhos de Contribuintes, tem aplicação o art. 49 de seu Regimento Interno, que veda expressamente a declaração de inconstitucionalidade de leis, tratados, acordos internacionais ou decreto. (Acórdão 10617.067, de 11.09.2008)

Por tais motivos, não merecem guarida as alegações da recorrente quanto a esse ponto.

Quanto à qualificadora da multa de ofício, há que se destacar que o Fisco apurou, no caso vertente, que a pessoa jurídica omitiu a totalidade de sua receita, decorrente dos depósitos bancários, por dois anos consecutivos, e ainda utilizou interpostas pessoas em seu quadro societário. Pessoas estas que sequer existiam de fato, pois seus dados pessoais estavam lastreados em falsa documentação.

Entendo, pois, comprovada pela fiscalização a intenção consciente de esconder do Fisco o fato gerador da obrigação tributária, além de dificultar a identificação dos administradores da pessoa jurídica.

Correta a aplicação da multa qualificada, com supedâneo no art. 44, inciso I, e 1º da Lei nº 9.430/96 c/c art. 71 da Lei nº 4.502/64.

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Lei nº 4.502/64

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.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário apresentado pela Sra. Jacqueline Barreto Fagundes Gouveia, CPF 275.910.108-83, rejeitar as preliminares de nulidade dos lançamentos suscitadas e, no mérito, negar provimento aos demais recursos voluntários apresentados.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar – Relator

Voto Vencedor

Minha discordância do I. Relator prende-se exclusivamente à questão da multa qualificada.

Na apresentação das justificativas para a imputação da exasperadora (item VII do Termo de encerramento), a Fiscalização discorre exclusivamente sobre questões que envolvem a conduta dos responsáveis solidários, sem entretanto fazer qualquer ligação com o fato gerador da obrigação tributária.

A utilização de interpostas pessoas visa disfarçar a responsabilidade dos verdadeiros gestores da empresa frente aos atos por eles praticados. O impacto dessa conduta certamente ocorrerá na fase de execução desta ou de qualquer outra decisão, tanto administrativa como judicial, desfavorável à empresa.

Mas, quanto aos dispositivos da Lei nº 4.502/64 que justificariam a imputação da qualificadora, não ficou demonstrado de que forma a conduta teria impedido ou retardado a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou ainda seu conhecimento pela autoridade tributária

No Acórdão 103-22.706, proferido em julgamento no antigo Primeiro Conselho de Contribuintes com voto condutor de lavra do ilustre Conselheiro FLÁVIO FRANCO CORREA, a questão foi analisada com precisão:

....Assim, não há relação de causa e efeito, pois a conduta dolosa prevista nos tipos dos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, só é juridicamente relevante quando provoca alteração do resultado, a teor do artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Sim, é preciso compreender que a norma freqüentemente não está toda ela contida numa única lei. É o que se vê, no presente exame, pois o preceito primário, que prevê a conduta proibida, reside nos artigos aludidos da Lei nº 4.502, de 1964, mas a punição do agente requer a produção de um resultado juridicamente desvalorado, que é a supressão ou a redução do tributo, consoante a redação do preceito secundário, inscrito no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996

Para analisar a questão não se pode olvidar que a autuação foi feita com base numa presunção legal. Isso significa que a irregularidade tem origem na assunção de que se obterá o mesmo resultado que se obteve numa generalidade de casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência de resultados conhecidos.

A norma concede à autoridade o poder de presumir ocorrido esse resultado. Entretanto, a fraude tributária não se presume.

Sem esse liame tem-se apenas um caso simples de omissão de receita que, conforme Súmula 1º CC nº 14, não enseja a aplicação da multa qualificada:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Processo nº 15956.720023/2012-64
Acórdão n.º **1402-002.044**

S1-C4T2
Fl. 1.085

Isso significa a inexistência de qualquer fraude? De forma alguma. Ressaltando que se argumenta por hipótese quanto ao fato, a conduta seria tipicamente fraudulenta, mas não se enquadraria no dispositivo em comento. O que se busca nesse procedimento é fugir à responsabilidade na situação posterior de execução da dívida, caracterizando a denominada fraude à execução.

Sendo assim, voto por dar provimento ao recurso neste item e reduzir a multa ao percentual de 75%.

Leonardo de Andrade Couto – Redator designado