

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 16004.000146/2009-00

Recurso nº

Resolução nº 1803-000.101 – 3^a Turma Especial

Data 26 de agosto de 2014

Assunto IRPJ

Recorrente TRANSPORTADORA SULERA LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em devolver o presente processo, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Sergio Rodrigues Mendes, Arthur Jose André Neto, Henrique Heiji Erbano, Ricardo Diefenthaler e Meigan Sack Rodrigues

Relatório

Trata-se, o presente processo, sobre exclusão do Simples Federal, em função de omissão de receitas por depósitos bancários, referente ao ano calendário de 2005 a 2007.

O presente processo iniciou-se com a Representação Fiscal - Exclusão do Simples. Conta que a empresa, intimada a apresentar os livros fiscais e contábeis, além dos extratos bancários e demais documentos de suporte de suas operações, relativos aos anos calendários em apreço, deixou de fazê-lo. O sócio da empresa recorrente, Sr. Odécio Carlos Bazeia de Souza, em resposta alegou que apenas figurava como sócio administrador da empresa no contrato social, mas que nunca praticou qualquer ato de gestão, bem como não recebia benefícios da empresa, tais como pró-labore ou participação em resultados.

Afirma, o sócio citado, que a empresa estaria sem movimento e anexou uma declaração do Sr. José Roberto de Souza, onde consta que o Sr. Odécio Carlos Bazeia de Souza não teve qualquer participação deliberativa ou executiva nas operações da empresa, e que é o único responsável por estas.

Frente à falta de apresentação dos extratos bancários, foi emitida RMF (Requisição Sobre Movimentação Financeira), por meio do qual foram obtidos os referidos documentos. A empresa contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários constantes dos extratos nos anos de 2005 a 2007. Contudo, depois de muitos pedidos sucessivos de prorrogação de prazo, sem atendimento à intimação, foram as mesmas consideradas como receitas omitidas, com base no artigo 42 da Lei 9.430/96, lançando de ofício os tributos incidentes sobre tais receitas nos autos do processo administrativo nº 16004.000130/2009-99.

Foi constatado ainda que nos anos de 2006 e 2007, persistiram grandes divergências entre a receita declarada pelo SIMPLES FEDERAL e a movimentação bancária, revelando prática reiterada de infração à legislação tributária. Diante disso, e com base no art. 14, V, da Lei nº 9.317/1996, propôs a autoridade que o contribuinte fosse excluído do SIMPLES FEDERAL, com efeitos a partir de 01/01/2006.

O Despacho Decisório nº 0320/2009, considerando que consta de representação fiscal, determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES FEDERAL, com efeitos a partir de 01/01/2006, tendo em vista a omissão de receitas tributáveis, comprovadas por meio de extratos bancários não declarados em livro Caixa, nos anos de 2005 a 2007, caracterizando a

prática reiterada de infração à legislação tributária. Em consequência, foi editado o Ato Declaratório Executivo nº 36/2009, excluindo o contribuinte do SIMPLES FEDERAL.

Devidamente científica da decisão, a empresa recorrente apresenta, de forma tempestiva, manifestação de inconformidade, na qual refere que foram declaradas, para o ano de 2005, receitas decorrentes da prestação de serviços de transporte no valor de R\$ 43.240,00, sobre as quais foram recolhidos os tributos devidos. A exigência de tributos sobre depósitos bancários de origem não comprovada somente poderia ocorrer sobre a diferença entre os depósitos bancários e as receitas declaradas. Constata que a autoridade fiscal somou a totalidade dos depósitos bancários, as receitas já declaradas, apurando uma receita irreal de R\$ 336.996,00 e exigindo os tributos sobre esta receita.

Atenta que dessa forma, ocorreu bi-tributação sobre as receitas já declaradas. Os valores declarados foram carreados ao banco, de modo que devem necessariamente ser deduzidos.

Requer, a empresa a suspensão do processo administrativo n. 16004.000130/2009-99 até o julgamento da Exclusão do Simples neste processo e alega que a autoridade fiscal não especificou de que conta contábil ou outro documento constante da escrituração contábil da recorrente ou de terceiras empresas foram extraídas as importâncias lançadas. Afere que a autoridade deixou consignado que houve fluxo financeiro em direção às empresas CONTINENTAL OUROESTE CARNES E FRIOS LTDA, DE SOUZA E LIMA LTDA, FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA, SP GUARULHOS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS e ao Sr. José Roberto de Souza.

Assim, observa que a movimentação contida nos extratos bancários não se refere a faturamento da TRANSPORTADORA SULERA LTDA (doravante apenas "SULERA"), mas mera circulação de valores entre empresas que integram um mesmo grupo econômico, conforme reconhece a própria autoridade autuante. Não foram identificados quais depósitos bancários decorrem do exercício da atividade de transporte de cargas. Não há menção a quais cargas foram transportadas, para quais contribuintes, quem foram os supostos tomadores dos serviços, quais foram os Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Cargas — CTRC que não foram escriturados, contabilizados ou omitidos. Em suma, não houve vinculação dos valores depositados nas contas bancárias com a atividade de transporte, de modo que os autos de infração lavrados carecem de clareza e precisão, violando o direito de defesa e causando a nulidade do ato administrativo.

No mérito, a empresa recorrente entende que o lançamento não pode ter por fundamento meras presunções, devendo basear-se em fatos concretos, susceptíveis de comprovação. Cita doutrina. Ainda, aduz considerações a respeito das presunções e de sua classificação.

Salienta que os depósitos bancários que, por presunção, foram reputados receitas omitidas são provenientes das empresas CONTINENTAL OUROESTE CARNES E DERIVADOS LTDA, DE SOUZA & LIMA LTDA, FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA e SP GUARULHOS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA. Não são remuneração decorrente da prestação de serviços de transporte, tendo origem nas operações

comerciais destas empresas. E aduz que este fato é reconhecido no processo administrativo 16004.001643/2008-36, no qual o interessado é a empresa DE SOUZA & LIMA LTDA.

Atenta que a autoridade reconhece, no processo administrativo n 16004.001643/2008-36, o fluxo de recursos entre as empresas referidas, reconhecendo expressamente inclusive que a SULERA recebeu recursos da DE SOUZA & LIMA LTDA e transferiu recursos ao Sr. José Roberto de Souza. No processo administrativo 16004.000050/2009-33, no qual o interessado é o FRIGORIFICO OUROESTE LTDA, a autoridade afirmou que diversos cheques emitidos por esta empresa foram sacados no caixa e os recursos foram utilizados para pagamento de despesas de outras empresas, dentre as quais a SULERA.

Afirma que restou reconhecido, ainda, que a SULERA esteve envolvida, direta ou indiretamente, na fraude apurada e obteve vantagens diretas ou indiretas com suas condutas. No presente processo administrativo, a autoridade não produziu provas que corroborassem a presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários.

A empresa recorrente alega que não foram trazidos aos autos, certidões do DETRAN demonstrando a quantidade de veículos utilizados na atividade de transporte, não demonstrou a existência de motoristas, mecânicos e outros empregados na atividade, não juntou Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas — CTRC, não demonstrou que os cheques depositados correspondem a pagamento por serviços de transporte prestados e não buscou confirmação da prestação de tais serviços junto aos emitentes dos cheques. Além disso, ao comparecer à sede da empresa, constatou a autoridade que não havia estabelecimento no local, confirmando que os valores não correspondem a faturamento pelo transporte de cargas. Foram lançados tributos em valores vultosos contra o FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA, compreendendo compras e vendas representadas pelos depósitos e cheques registrados na conta bancária da SULERA, de modo que não procede a presunção de que tais valores são provenientes de operações não declaradas de transporte.

Afirma que as receitas provenientes de operações de transporte de cargas foram devidamente declaradas. Os depósitos bancários, por sua vez, pertencem à empresa CONTINENTAL OUROESTE LTDA de quem já foram cobrados os tributos.

Discorre a recorrente sobre o conceito de renda e sobre a utilização de presunções, em especial a presunção de omissão de receitas fundada em depósitos bancários de origem não comprovada, concluindo que sua utilização viola o princípio da prevalência da verdade material e viola o conceito de renda, por não haver acréscimo patrimonial tributável. Afirma que há créditos decorrentes de empréstimos e de cheques devolvidos, bem como provenientes de fluxo entre empresas, empresas essas sobre as quais não tem ingerência, de modo que não pode dispor da contabilidade delas para produzir as provas necessárias.

Insurge-se contra o arbitramento a partir de extratos bancários, referindo que somente pode ser realizado quando motivado na legislação de regência. Na situação de que trata o presente processo administrativo não houve motivação para o arbitramento. A lei exige a constatação de vícios ou omissões na escrituração capazes de comprometê-la e somente pode ser utilizado em situações extremas.

No tocante à multa de 150% aduz ser a mesma é descabida, pois não houve fraude, conluio ou falsificação de documentos. Se irregularidade existe quanto às operações da CONTINENTAL OUROESTE LTDA, esta já foi penalizada por isso. Fraude não se presume, sendo incompatível a aplicação de multa de 150% quando o tributo foi lançado com base em presunção. A aplicação da multa de 150% exige a comprovação de que o sujeito passivo agiu com uma intenção pré-determinada e dirigida no sentido de obter determinado resultado contrário à ordem jurídica. Mais que isso, o intuito de fraude deve ser evidente.

Por fim, pede que o presente processo administrativo seja apensado ao de nº 16004.000130/2009-99, para que tramitem juntos, até decisão final deste último. Não sendo possível, requer a extração de cópia do referido processo administrativo para juntada aos presentes autos, uma vez que as provas de que dispõe estão juntadas naquele. Pede que o recurso seja julgado procedente, a fim que não seja excluído do SIMPLES FEDERAL.

Conta que após a exclusão da empresa do Simples Federal, a ação fiscal prosseguiu para a apuração das infrações relativas aos anos de 2006 e 2007, tendo a autoridade concluído que a recorrente não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, de modo que não restou outra alternativa sendo o arbitramento do lucro. Constatou, ainda, que houve omissão de receitas, apuradas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, para todos os trimestres do ano de 2006 e para os três primeiros trimestres do ano de 2007, razão pela qual foram lavrados os autos de infração de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL.

Vislumbra-se que no Termo de Constatação e Descrição dos Fatos, a ação fiscal foi iniciada tendo em vista que o principal sócio da Sulera, Sr. José Roberto de Souza, é um dos sócios de fato do grupo econômico que comanda o FRIGÓRICO OUROESTE e suas empresas paralelas, CONTINENTAL OUROESTE CARNES E FRIOS LTDA e SP GUARULHOS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA, todas investigadas pela Polícia Federal, Receita Federal, Ministério Público e Justiça Federal, no bojo da operação denominada "Grandes Lagos".

A autoridade refere que o endereço cadastral fornecido pela SULERA à RFB é o mesmo da residência do sócio Odécio Carlos Bazeia de Souza, na qual se iniciou a ação fiscal e em resposta o Sr. Odécio afirma que nunca praticou qualquer ato de gestão e jamais teve qualquer participação em eventuais operações da empresa, supondo que esta estaria sem movimento. Junta como prova uma declaração firmada pelo Sr. José Roberto de Souza, na qual este afirma que Odécio não teve qualquer participação deliberativa ou executiva nas operações da SULERA, as quais ficaram sob sua responsabilidade exclusiva.

Porém, mesmo tendo sido intimada, a empresa recorrente não apresenta os extratos bancários do período de 2005 a 2007. Tem-se que nos Livros Caixa apresentados não consta a escrituração da movimentação bancária, motivo que emitiu requisição Sobre Movimentação Financeira — RMF, com as quais foram obtidos os extratos bancários da conta que a recorrente mantinha junto ao Banco Nossa Caixa S/A.

Intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários que ingressaram em sua conta nos anos de 2005 a 2007 e após sucessivos pedidos de prorrogação de prazo, a empresa recorrente não apresentou as provas solicitadas, limitando-se a afirmar que a instituição financeira não forneceu os comprovantes dos créditos ocorridos na conta da empresa. Em

sendo assim, os depósitos bancários foram reputados receitas omitidas, com base na regra inscrita no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Para o ano-calendário de 2005, foram lavrados autos de infração para constituição de ofício dos créditos tributários sobre as receitas omitidas, autos estes formalizados no processo administrativo nº 16004.000130/2009-99. Em seguida, houve sua exclusão do SIMPLES FEDERAL - Ato Declaratório Executivo nº 36/2009, pelas razões já expostas.

Consta que a empresa foi intimada a apresentar DIPJs relativas aos anos calendários de 2006 e 2007, além de outras declarações aplicáveis, Livros comerciais e fiscais do período, porém não atendeu às solicitações. Assim, devido à falta de apresentação dos elementos solicitados, foi realizado o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, correspondente à soma das receitas declaradas com as receitas omitidas apuradas a partir dos depósitos bancários de origem não declarada.

Ainda, sobre os créditos tributários apurados foi aplicada multa qualificada (150%), tendo em vista que o contribuinte declarou valores irrisórios em comparação com à movimentação financeira encontrada. Tem-se que o proveito foi revertido ao sócio José Roberto de Souza e/ou a outras empresas das quais ele participa. A análise, por amostragem, dos extratos bancários da SULERA revelou fluxo financeiro diretamente para as contas correntes do Sr. José Roberto de Souza e indiretamente para as empresas das quais ele participa de direito e/ou de fato, quais sejam, CONTINENTAL OUROESTE CARNES E FRIOS LTDA, DE SOUZA E LIMA LTDA, FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA e SP GUARULHOS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS. Com base nesses fatos, concluiu a autoridade autuante que o Sr. José Roberto de Souza tem interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias de que trata o presente processo administrativo, obtendo vantagens financeiras, de modo que foi ele reputado responsável solidário pelos créditos tributários lançados, com base no art. 124, I, do CTN.

Devidamente científica, a empresa recorrente apresentou razões em seara de impugnação de forma tempestiva. Alegando que o julgamento da impugnação deve ser suspenso até que seja decidido o recurso apresentado contra o Ato Declaratório Executivo nº36/2009, que exclui do Simples Federal, posto que o eventual provimento a este recurso implicará em sua reitengração à sistemática simplificada de apuração dos tributos.

Discorre os mesmos argumentos já apresentado contra sua exclusão do Simples Federal, alegando novamente a bi-tributação, a falta de clareza na autuação, à utilização de presunções, à falta de comprovação de que os depósitos bancários tiveram origem no exercício da atividade de transporte, as relações entre os autos de infração lavrados no presente processo administrativo e aqueles lavrados contra as empresas CONTINENTAL OUROESTE CARNES E FRIOS TDA, FRIGORIFICO OUROESTE LTDA e DE SOUZA & LIMA LTDA.

A recorrente acrescenta que a SULERA contraia empréstimos junto à instituição financeira na qual mantinha conta e repassava os recursos ao FRIGORIFICO OUROESTE LTDA, que, posteriormente, os devolvia para pagamento da dívida. Afirma que operações como essas eram praticadas entre todas as empresas referidas. Sustenta que a RFB tributou como receitas omitidas estes recursos quando ingressavam na conta da empresa que os recebeu e, posteriormente, também os tributou junto à contratante do empréstimo bancário quando a receptora devolvia os recursos para pagamento do empréstimo contraído. Conclui que

tais valores não representam faturamento, de modo que é descabida sua tributação. Também reproduz os argumentos já deduzidos no recurso anterior no tocante à multa aplicada.

Importa citar que o Sr. José Roberto de Souza, apontado como responsável solidário pelo crédito tributário, apresentou a impugnação de fls. 759-814, na qual reproduz as mesmas alegações deduzidas no recurso protocolizado pela SULER. Alega que sua condição de sócio não basta para tanto, já que deve ser provada a autoria da prática de ato ilícito. Aduz que a alegação de que o administrador ou sócio agiu de acordo com o art.135 ou com o art. 137 do CTN há de ser devidamente provada.

Prossegue argumentando que o lançamento teve por base presunção, de modo que não há prova dos ilícitos imputados. Cita jurisprudência que corrobora seus argumentos, bem como excertos de doutrina. Por fim, pede o responsável solidário que seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa e por não atender aos pressupostos legais. Sucessivamente, pede o acolhimento das razões de mérito, especialmente para decretar sua exclusão como sujeito passivo solidário, e, caso assim não se entenda, requer que seja afastada a multa de 150%.

A autoridade de primeira instância entendeu por bem manter o lançamento em sua integralidade. Salienta que a alegação da empresa de que os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 36/2009 devem ser suspensos até decisão final da impugnação interposta ao auto de infração lavrado no processo administrativo nº 16004.000130/2009-99, pois, caso as razões do recurso sejam acolhidas, o Ato Declaratório perderá sua validade e que de fato, o eventual acolhimento da impugnação interposta contra os autos de infração lavrados no processo administrativo nº 16004.000130/2009-99 repercutirá na validade do Ato Declaratório Executivo nº 36/2009. No entanto, refere que isso não afetará ao julgamento de primeira instância, visto que referida impugnação já foi apreciada pela 1ª Turma da DRJ/PO, por meio do Acórdão 14-31.454 (08/11/2010) que a julgou improcedente, mantendo os créditos tributários lançados.

Portanto frisa que não há o risco de, em primeira instância administrativa, a questão prejudicial apontada pelo impugnante prosperar. E, ressalta que o recurso interposto contra os autos de infração lavrados para o ano-calendário de 2005 não suspende os efeitos do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES FEDERAL, sobretudo tendo em conta que a contagem do prazo decadencial para lançamento dos créditos tributários relativos aos anos de 2006 e 2007 não é suspensa.

Aplica, o julgador *a quo* o mesmo raciocínio para as alegações apresentadas contra o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES FEDERAL, no tocante à suspensão do trâmite da impugnação contra os autos de infração lavrados no presente processo administrativo. Isso porque, também neste caso, o transcurso do prazo decadencial para o lançamento dos créditos tributários não é suspenso. Além disso, a formalização do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES FEDERAL e dos autos de infração no mesmo processo administrativo impede que haja julgamentos divergentes, já que os recursos são apreciados simultaneamente.

Já no mérito, aduz o julgador de primeira instância que a alegação de b-tributação sobre as receitas já declaradas não merece guarida, posto que deve esclarecer que a

empresa recorrente foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários em suas contas e não apresentou qualquer documento. As receitas declaradas não necessariamente ingressaram em suas contas bancárias. Nada obsta a que os valores tenham sido pagos em espécie, por exemplo. O fato é que o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 autoriza que se presuma a ocorrência de omissão de receitas quando o contribuinte não comprovar a origem dos valores que ingressaram em suas contas bancárias. Assim, entende que a fiscalização agiu com acerto ao somar as receitas já declaradas àquelas omitidas, apuradas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada.

Quanto às referências feitas pela empresa de que houve fluxo de recursos entre as empresas integrantes do grupo econômico e entre estas e os sócios e conclui que os valores que ingressaram em suas contas bancárias não correspondem a receitas provenientes da prestação de serviços de transportes de cargas, de modo que seria descabida a aplicação da presunção de omissão de receitas, aduz o julgador que não são procedentes. Observa que o art. 42 da Lei 9.430/96 inverte o ônus da prova, cumprindo à recorrente provar qual a causa do ingresso dos recursos, qual a relação negocial deu causa ao pagamento e que o fato desses pagamentos perfectibilizarem entre empresas do mesmo grupo não exclui a possibilidade de que uma tenha prestado serviços ou vendido mercadoria/produtos a outra.

Ainda, frisa o julgador *a quo* que nada obsta que os valores provenientes de outras empresas do mesmo grupo tenha natureza de receita. Salienta que a empresa não apresenta nenhum elemento de prova hábil a comprovar a origem dos depósitos, razão pela qual o lançamento é hígido sob esse aspecto.

Discorre o julgador de primeira instância a respeito das assertivas da recorrente quanto à utilização de presunção no direito e o que a doutrina atual aduz sobre o tema. Cita normas de Direito e legislação pertinente. De igual modo, faz digressão quanto à presunção e suas modalidades.

Refere que a empresa recorrente foi intimada a comprovar a origem dos recursos que ingressaram em suas contas bancárias, mas que esta limitou-se a pleitear sucessivas prorrogações de prazos e nada de concreto apresentou. Assim, conclui que frente à ausência de comprovação da origem dos créditos em conta bancária, concluiu que houve omissão de receitas.

No que diz respeito às insurgências da empresa recorrente quanto a utilização de presunções no Direito Tributário, demonstrando inconformidade com o art. 42 da Lei 9.430/96, o julgador de primeira instância observa que a autoridade administrativa não dispõe de competência para apreciar constitucionalidade e/ou invalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional. Cita norma específica nesse sentido.

Refere que a recorrente afirma que há créditos decorrentes de empréstimos e de cheques devolvidos, bem como provenientes de fluxo entre empresas, empresas essas sobre as quais não tem ingerência, de modo que não pode dispor da contabilidade delas para produzir as provas necessárias. Salienta que a mesma não apresenta qualquer prova de que há depósitos cuja origem são empréstimos e cheques devolvidos. Quanto aos valores que são provenientes de outras empresas do mesmo grupo econômico, reitera que cabe à empresa recorrente a prova da origem dos depósitos bancários, prova esta que não foi apresentada em nenhum momento.

Finalmente, a prova da origem dos depósitos não deve ser buscada na contabilidade de terceiros. Cabe à recorrente a prova da causa do ingresso de recursos em suas contas bancárias.

No tocante às alegações de empréstimos junto à instituição financeira na qual mantinha conta e repassava os recursos ao FRIGÓRICO OUROESTE LIDA, que, posteriormente, os devolvia para pagamento da dívida. Afirma a recorrente que operações como essa eram praticadas entre todas as empresas referidas. Sustenta que a RFB tributou como receitas omitidas estes recursos quando ingressavam na conta da empresa que os recebeu e, posteriormente, também os tributou junto à contratante do empréstimo bancário quando a receptora devolvia os recursos para pagamento do empréstimo contraído. Conclui que tais valores não representam faturamento, de modo que é descabida sua tributação.

Afere o julgador de primeira instância que estas alegações não vieram acompanhadas de provas. Não tendo demonstrado que contraiu empréstimos junto à instituição financeira na qual mantém conta-corrente e tampouco que celebrou contrato de empréstimo junto às outras empresas integrantes do grupo econômico. Reitera o fato de ter ocorrido diversas intimações para que fosse comprovada a origem dos depósitos bancários, mas nada foi apresentado pela recorrente. Assim, entende que não há como acolher alegações desacompanhadas de provas.

No que tange às insurgências da empresa quanto ao arbitramento, o julgador *a quo* expressa a autoridade autuante fundamentou o arbitramento no art. 530, I do RIR/99 e que segundo essa regra, o imposto é determinado com base no lucro arbitrado quando o contribuinte não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal. Assim, aduz que a empresa recorrente foi intimada a apresentar DIPJs relativas aos anos calendários de 2006 e 2007, além de outras declarações aplicáveis, bem como a apresentar os livros comerciais e fiscais do período, mas que esta não atendeu à solicitação.

Observa que nos Livros Caixas apresentado não consta a escrituração da movimentação bancária. Assim, em virtude da falta de apresentação dos elementos solicitados, não restou outra alternativa, sendo o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, correspondente à soma das receitas declaradas com as receitas omitidas apuradas a partir dos depósitos bancários de origem não comprovada.

Quanto à multa de 150% a recorrente refere que é descabida, pois não houve fraude, conluio ou falsificação de documentos. Alega que, se irregularidade existe quanto às operações da CONTINENTAL OUROESTE LTDA, esta já foi penalizada por isso. E, argumenta que fraude não se presume, sendo incompatível a aplicação de multa de 150% quando o tributo foi lançado com base em presunção. Assevera que a aplicação da multa de 150% exige a comprovação de que o sujeito passivo agiu com uma intenção pré-determinada e dirigida no sentido de obter determinado resultado contrário à ordem jurídica e que o intuito de fraude deve ser evidente.

Esclarecer, o julgador de primeira instância, que são reiteradas as decisões do Conselho de Contribuintes no sentido de que a prática reiterada é suficiente para caracterizar o evidente intuito de fraude. Cita alguns julgados.

Já no que tange à afirmação da recorrente que, nos casos em que o crédito tributário é apurado por meio da aplicação de presunção legal relativa, não há comprovação de evidente intuito de fraude, Frisa o julgador *a quo* que esta singela afirmação tem como premissa o equivocado entendimento de que ao aplicar uma presunção legal relativa o julgador não atingiu o convencimento necessário afirmação do fato que é afirmado por meio da aplicação da presunção. Em outras palavras, a recorrente pressupõe que o convencimento sobre a efetiva omissão de receitas não foi atingido, razão pela qual teve o julgador de valer-se da presunção legal de omissão de receitas e parte-se do dogma de que a prova indireta histórica tem mais aptidão para formar o convencimento que a prova indireta critica. Discorre sobre a prova indireta e direta largamente, bem como cita doutrina.

E, informa que a rigor, a prova da ocorrência do fato gerador se dá, na quase totalidade dos casos, por meio de provas indiretas. Nos casos em que os ilícitos são detectados pelo exame da escrituração contábil e fiscal ou por meio da análise de documentos como notas fiscais etc, o crédito tributário é constituído com base em provas indiretas históricas, pois o aplicador da norma, a despeito de não ter contato direto com os fatos, tem acesso a elementos de prova que tem função representativa. Com efeito, os lançamentos contábeis constantes dos livros não são os fatos geradores ocorridos, mas têm função representativa destes. Da mesma forma, os dados constantes das notas fiscais não se confundem com os fatos ocorridos, mas os representam.

Conclui que os créditos tributários foram lançados com base na presunção de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei 9.430/96, em razão da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada. Foi aplicada multa de 150% sobre os créditos tributários apurados, tendo em vista a existência de evidente intuito de fraude. A intenção de fraudar restou demonstrada por diversos elementos. O Sr. Odécio Carlos Bazeia de Souza afirmou que jamais teve qualquer participação em eventuais operações efetuadas pela SULERA, a despeito de constar como sócio-administrador da empresa.

Asseverou, ainda, que jamais recebeu qualquer benefício da empresa e que acreditar que esta estaria "sem movimento". O Sr. José Roberto de Souza confirmou que o Sr. Odécio não teve qualquer participação na administração da SULERA. Ressalte-se que estranhamente o endereço cadastral da empresa é o mesmo da residência do Sr. Odécio. O contribuinte não escriturou sua movimentação bancária, a despeito dos vultosos valores envolvidos, muito superiores às receitas declaradas. Além disso, constatou-se que o proveito econômico das omissões perpetradas foi revertido ao grupo que comanda o FRIGORÍFICO OUROESTE LTDA, entre eles o Sr. José Roberto de Souza.

Sendo que todos os fatos acima descritos corroboram a conclusão do julgador de primeira instância pela aplicação da presunção prevista no art. 42 da Lei 9.430/96. Cita jurisprudência.

Quanto ao recurso do Sr. José Roberto de Souza, refere que o mesmo alega que sua condição de sócio não basta para a atribuição de responsabilidade pelos créditos tributários lançados, já que deve ser provada a autoria da prática de ato ilícito. Aduz que a alegação de que o administrador ou sócio agiu de acordo com o art. 135 ou com o art. 137 do CTN há de ser devidamente provada. Argumenta que o lançamento teve por base presunção, de modo que não há prova dos ilícitos imputados.

Esclarecer o julgador que a atribuição de responsabilidade ao Sr. José Roberto de Souza não se deu com base no art. 135 ou no art. 137 do CTN, mas o fundamento legal foi o art. 124, I, deste diploma normativo, vale dizer, considerou-se que ele tinha interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores apurados. Conforme ressaltou a autoridade autuante, chegou-se a essa conclusão pelo fato de que o Sr. Jose Roberto de Souza é sócio-administrador e principal beneficiário das fraudes praticadas, notadamente pela transferência de valores da citada empresa diretamente para suas contas correntes e/ou para as contas correntes das empresas da qual é sócio de direito e de fato (CONTINENTAL OUROESTE CARNES E FRIOS LTDA, FRIGORIFICO OUROESTE LTDA, DE SOUZA E LIMA LTDA e SP GUARULHOS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA). Assim, o fato de as receitas omitidas terem sido apuradas com base em presunção não significa que não houve prova dos ilícitos imputados.

Devidamente científica da decisão de primeira instância, a empresa recorrente apresenta suas razões em seara de recurso voluntário. Requer a suspensão do julgamento até a decisão quanto à exclusão do Simples no processo administrativo n. 16004000150/2009-60.

Requer a nulidade da decisão, posto que a autoridade julgadora teria referido que a omissão de rendimentos se perfez sobre a diferença constantes dos valores dos depósito, já que os demais rendimentos já teriam sido declarados. Ainda, requer a nulidade por falta de clareza, já que a autoridade fiscal não informou sobre que conta contábil da recorrente ou de terceiros foram extraídas as importâncias lançadas.

Nos demais argumentos de mérito, a empresa recorrente dispôs os mesmos argumentos, já apresentados em seara de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Meigan Sack Rodrigues.

O Recurso Voluntário preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Trata-se, o presente processo, sobre exclusão do Simples Federal, em função de omissão de receitas por depósitos bancários, referente ao ano calendário de 2005 a 2007.

Ocorre que o presente processo trata de exclusão do simples, mas não poderá ser julgado sem que tenha sido julgado em razão da qualificação da exclusão estar fundamentada em prática reiterada. Contudo, tem-se que a prática reiterada somente se dará com a análise do ano de 2005, na qual se verificará se a prática se iniciou ou não a prática reiterada de omissão de rendimentos alegada no despacho de Exclusão do Simples.

Tudo na conformidade do que disciplinam os art. 47 e 49 do RICARF. Desse modo, resolvem a Turma, por unanimidade, devolver o presente processo em razão da impossibilidade de julgamento, conforme já disposto nas linhas anteriores, frisando a indisponibilidade de julgamento sem que seja julgado em conjunto com o processo n. 16004.00130/2009-99, que se encontra pendente de sorteio.

(assinatura digital)

Meigan Sack Rodrigues - relatora