



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

Processo n° 16004.000991/2009-77
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.869 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2016
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS. ARBITRAMENTO DO LUCRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Recorrente CREDIJOIAS COMÉRCIO DE METAIS PRECIOSOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

SIMPLES. EXCLUSÃO. CONTRADITÓRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O procedimento de exclusão da pessoa jurídica no SIMPLES tem rito próprio definido na legislação. A previsão normativa de contestação ao Ato Declaratório Executivo (ADE) que oficializa a exclusão garante ao sujeito passivo o contraditório e a ampla defesa.

Formalizada a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, correto o lançamento de ofício para cobrança dos tributos que passam a ser devidos. O julgamento simultâneo da contestação à exclusão e do inconformismo quanto à exigência do crédito tributário, preserva as garantias legais e processuais do sujeito passivo.

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Presume-se ocorrida a omissão de receitas ou de rendimentos, em situação no qual os depósitos bancários indicando a movimentação financeira do contribuinte, não tiverem a origem comprovada pelo titular, mediante apresentação tempestiva de documentação hábil e idônea.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ESCRITURAÇÃO. DEFICIÊNCIAS. ARBITRAMENTO.

Falta de escrituração fiscal/contábil, em especial, dos registros da movimentação financeira, inclusive bancária, constitui situação no qual a escrituração contém erros e deficiências que a tornam imprestável, hipótese

no qual cabe o arbitramento do lucro, conforme previsão do artigo 530, do RIR/1999.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado o evidente intuito de fraude.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FUNDAMENTOS LEGAIS. CONSTATAÇÃO FÁTICA. PROCEDÊNCIA.

Se a autoridade executora do procedimento de fiscalização logra êxito na demonstração da relação direta de determinada pessoa com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a responsabilidade tributária pelo crédito tributário constituído, sendo autorizada, assim, a inclusão de referida pessoa no pólo passivo das obrigações constituídas por meio de Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento aos recursos voluntários. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado acompanhou o relator pelas conclusões relativamente à imputação de responsabilidade tributária ao sócio pessoa física.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Gilberto Baptista e Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

Relatório

Trata de auto de infração em desfavor da contribuinte acima epigrafada que lhe exigiu Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 187.226,99, Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) no valor de R\$ 84.851,66, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no valor de R\$ 140.420,07 e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) no valor de R\$ 391.626,95 acrescidos de juros de mora e multa de ofício qualificada, cuja capitulação legal acha-se descrita nos termos de apuração respectivos (fls. 677/754).

Foi imputada responsabilidade tributária ao sócio da contribuinte, Sr. Alessandro Lúcio da Silva pelo interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias respectivas, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária, anexado sob fls. fls. 663/4, cuja intimação deu-se pela afixação do Edital DRF/SJR/SAFIS/ n. 039/2010, afixado na unidade da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, em decorrência da impossibilidade de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos efetuar a entrega de correspondência no domicílio declarado à administração tributária (fl. 758).

O procedimento fiscal iniciou-se com intimação dirigida ao Sr. Alessandro Lúcio da Silva (fls. 09/10) para que apresentasse extratos da movimentação bancária relativa aos anos-calendário de 2005 a 2007, justificativa individualizada para os créditos em conta de depósitos além de informações relativas à atividade rural.

Na resposta ele informou que era proprietário e administrava a sociedade empresária em questão e toda movimentação financeira transitava pela sua conta de depósitos.

Acrescentou ser praxe tomar empréstimos de outras pessoas físicas, que eram restituídos em curto prazo, além de que no período não houve rendimentos da atividade rural (fls. 13/16).

Posteriormente foi notificado a justificar créditos lançados na conta de depósitos mantida junto à Caixa Econômica Federal, bem assim a apresentar extratos bancários de outras contas de depósitos identificadas, mantidas nos Bancos Itaú e Santander, justificar os respectivos créditos, além de exibir livros contábeis e fiscais da contribuinte Credijóias (fls. 24/26). Após ter sido novamente intimado o senhor Alessandro declinou alegações semelhantes àquelas apresentadas anteriormente, circunstância que suscitou o direcionamento da ação fiscal para a interessada, que na oportunidade foi intimada a apresentar contrato social e livro de registro de entradas e saídas relativo aos anos-calendário de 2005 a 2007 (fls.93/94).

Em seguida lavrou-se a intimação fiscal de fls. 95/96 instando a contribuinte a apresentar os documentos anteriormente requisitados, além de comprovar a origem dos créditos de sua titularidade que ingressaram na conta de depósitos mantida na Caixa Econômica Federal, relativos aos anos-calendário de 2005 a 2007, nas importâncias totais de R\$198.192,14, R\$281.109,48 e R\$211.359,20, respectivamente, e a identificar as transferências entre contas de sua titularidade ou do sr. Alessandro.

Em vista de que nem o sr. Alessandro nem a contribuinte comprovaram a origem dos créditos mantidos em conta de depósitos, a autoridade fiscal elaborou as planilhas de fls. 04 e 05 que totalizam os valores dos créditos em contas de depósitos mantidas pelo Sr. Alessandro e pela contribuinte que não foram comprovados.

De posse das receitas que a contribuinte declarou à administração tributária procedeu-se ao cotejo entre tais importâncias e os créditos de origem não comprovada declarados à administração tributária. Constatou-se que em relação aos créditos bancários de origem não comprovada, as importâncias declaradas pela contribuinte corresponderam a 0,45%, 3,5% e 6% para os anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, respectivamente (fl. 06).

Em vista de que à época do procedimento fiscal a contribuinte estava enquadrada na sistemática de tributação pelo Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) foi proposta sua exclusão.

Nos termos dos Despachos Decisórios n. 1479/2009 e 1480/2009, de 02/12/2009 (fls. 317/318, 320/321), respectivamente, a contribuinte foi excluída do Simples Federal e do Nacional, em ambos sistemas sob o fundamento de que *reiteradamente declarou e recolheu tributos com valores ínfimos em comparação com a real movimentação da empresa, usufruindo indevidamente da tributação favorecida.*

No caso do Simples Federal os efeitos da exclusão retroagiram a 01/01/2005; no Simples Nacional, a 01/07/2007. Editaram-se os Atos Declaratórios n. 153 e 154, anexados sob fls. 319 e 322.

Cientificada da exclusão ingressou a contribuinte com as impugnações de fls. 325/345 e 375/395. Na primeira delas insurgiu-se contra a exclusão do Simples Federal, objeto do Despacho Decisório Sacat n. 1479/09; na segunda, contra o Simples Nacional, objeto do Despacho Decisório n. 1480/09.

Por entender a existência, em tese, de crime contra a ordem tributária, a autoridade fiscal consignou no termo antes referido a formalização de representação fiscal para fins penais.

Da impugnação aos Despachos Decisórios Sacat 1479/09 e 1480/09

A contribuinte apresentou uma impugnação para cada Ato Declaratório de exclusão (fls. 325/345, 375/395). Em ambas declinou idênticas alegações, a seguir descritas.

Arguiu que os Atos Declaratórios de Exclusão foram editados em 02/11/2009, antes da resposta que apresentou à intimação para justificar a origem dos créditos bancários e da reintimação fiscal n. 003, o que caracteriza cerceamento de defesa.

A exclusão do Simples, conforme previsto na Lei n. 9.317, de 1996, art. 14, V, requer prévia constituição do crédito tributário, a teor do que preceitua a Lei Complementar n. 123/2006, art. 33, § 3º. Em razão de que a impugnação ao lançamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto não esgotada a via para questionamento de sua legalidade não pode a autoridade iniciar qualquer procedimento tendente a proceder sua cobrança. Se ao final for demonstrado que é improcedente o lançamento tributário, a exclusão do Simples perderá o efeito.

Ainda que todos os depósitos bancários fossem considerados receita ela não perderia sua condição de microempresa, uma vez que em nenhum dos períodos tais importâncias superaram o limite de R\$240.000,00 previsto no art. 2º da Lei n. 9.317, de 1996.

A exclusão do Simples decorreu da presunção de que os depósitos bancários representam receita omitida, ao arrepio da norma imposta pelo art. 142 do Código Tributário Nacional que determina a necessidade de existir fato concreto para exigência de crédito tributário.

As normas acerca da exclusão do Simples, instituídas pela Lei n. 9.317, de 1996, foram derogadas pelas previstas na Lei Complementar n. 123, de 2006, devendo prevalecer a regra que prescreve exclusão quando for constatada prática reiterada de infração ao disposto na própria Lei Complementar, não na legislação tributária, em sentido lato, como estabelece a Lei n. 9.317, de 1996. Ademais, para se caracterizar prática reiterada é necessário existirem ao menos dois autos de infração da mesma espécie.

Ao final propugnou pela improcedência da exclusão do Simples e pela suspensão dos efeitos dos correspondentes Atos Declaratórios Executivos.

Da impugnação ao auto de infração

Na impugnação apresentada (fls. 760/831), a contribuinte arguiu, em preliminar, que:

-a lavratura do auto de infração ocorreu antes de ter sido apreciada a impugnação à exclusão do Simples, na qual a impugnante pleiteou a suspensão dos seus efeitos, o que caracteriza cerceamento de defesa;

-antes de ter sido emitido o termo de reintimação n. 003 para que a contribuinte justificasse a origem dos créditos lançados em conta de depósitos a impugnante já havia apresentado declaração de que "os valores dos depósitos representavam os valores das mercadorias legalmente vendidas e declaradas e ofertadas à tributação através da entrega das Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica 2008, 2007 e 2006";

-o Ato Declaratório Executivo n. 153/2009 foi emitido em 02/11/2009, sem levar em conta as informações apresentadas pela impugnante em 18/11/2009 e antes da emissão do Termo de Reintimação n. 003, de 19/11/2009;

-a exclusão do Simples por prática reiterada somente pode ocorrer após a constituição definitiva de eventual crédito tributário, esgotada a via administrativa cujos recursos têm natureza suspensiva; no caso em testilha, a emissão dos atos declaratórios foi precipitada e inoportuna e cerceou o direito de defesa;

-considerando-se os depósitos na sua conta bancária no período a contribuinte enquadra-se como microempresa;

-as regras sobre exclusão do Simples, instituídas pela Lei n. 9.317, de 1996, foram derogadas pelas previstas na Lei Complementar n. 123, de 2006, devendo prevalecer a que prescreve exclusão quando for constatada prática reiterada de infração, isto é, dois autos de infração para ilícitos da mesma espécie, tendo a um deles anteriormente sido aplicada penalidade;

-as regras que determinam a exclusão dos atos praticados apenas uma vez é taxativa e não se aplicam ao caso presente, que trata de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (art. 29, VII);

-o termo de constatação padece de clareza, pois não especificou quais depósitos oriundos de Alessandro Lúcio da Silva representam rendimentos da pessoa física e quais são receita da contribuinte; segundo arguição da impugnante "deveria o fiscal atuante ter explicitado, de forma clara, quais os rendimentos da pessoa física de Alessandro Lúcio da Silva (CPF 098.238.318-58), à vista dos rendimentos declarados na sua Declaração Anual de Rendimentos da Pessoa Física, e excluí-los, para, então, os depósitos remanescentes, e só os remanescentes, serem atribuídos à Pessoa Jurídica de Credijóias. Não fazendo isso, não os distinguindo, não especificando como alcançou os valores atribuídos A. Pessoa Jurídica de Credijóias, bem como as fontes sobre as quais se fundamentou para atingir montante tão elevado, deve ser decretada a nulidade do ato", por cerceamento de defesa, pois não foi instaurado contraditório;

-os depósitos em espécie que havia em sua conta bancária eram decorrentes de saques de seu próprio capital social, retirados da conta bancária de manhã, para suprimento de caixa, com o remanescente depositado A. tarde do mesmo dia ou do dia seguinte; portanto, não podem ser considerados, presuntivamente, como receita, em afronta ao que prescreve o art. 142 do Código Tributário Nacional;

-a exigência direcionada à contribuinte acerca dos depósitos lançados em conta de Alessandro 'Akio da Silva afronta os princípios constitucionais da impessoalidade, do sigilo bancário e fiscal, "dado que pessoas estranhas"; aduziu que não poderia fornecer informações da movimentação bancária de outra pessoa, tampouco poderia prestar esclarecimentos sobre depósitos havidos na conta bancária de Alessandro Lúcio da Silva, pessoa física, distinta da contribuinte.

No mérito, alegou que:

-o lançamento efetuado não pode se basear em suposições, conjecturas ou presunções, à luz da regra prevista no art. 142 do CTN que exige fatos concretos para sua efetivação, admitindo-se a dispensa de sua comprovação apenas nas hipóteses das ditas presunções legais, tal como prevê o art. 334, IV, do Código de Processo Civil (CPC);

-é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos bancários, conforme enunciado da Súmula 182 do TFR;

-a presunção de que os depósitos bancários efetuados na conta de Alessandro Lúcio da Silva correspondem a receita da impugnante é ilegítima pois ditos depósitos representam rendimentos oferecidos à tributação na Declaração de Ajuste da pessoa física, além de afrontar o princípio da verdade material, um dos sustentáculos do processo administrativo fiscal, que não admite a chamada inversão do ônus da prova para ser desconstituída;

-a presunção de que os depósitos bancários constituem omissão de receita, da qual se valeu a autoridade fiscal, afronta o princípio da verdade material e sua demonstração cabe ao Fisco, que a alega, a teor do que preceitua o art. 333, I, do CPC;

-o arbitramento do resultado, medida extrema a ser adotada em casos de total imprestabilidade da escrita contábil e absoluta impossibilidade de apuração da receita e despesa, requer prova de que a escrituração apresenta vícios ou omissões capazes de comprometê-la, o que não foi demonstrado pela fiscalização;

-é improcedente a imposição de multa qualificada e agravada em vista de que não existe certeza acerca do lançamento, tampouco comprovação de ter havido evidente intuito de fraude, conluio ou sonegação;

Requeru a nulidade do auto de infração em vista de que ainda pende de análise o pedido de revisão da exclusão do Simples, ou, na pior hipótese, a suspensão do processo de imposição tributária até a decisão final das impugnações apresentadas contra a exclusão do Simples Federal e do Nacional.

Requeru, também, a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa e do contraditório, por falta de atendimento dos pressupostos legais e no mérito, seja sua impugnação deferida por não terem sido excluídos os depósitos de Alessandro Lúcio da Silva que foram oferecidos à tributação. Por fim alegou que não lid como prosperar a aplicação da penalidade qualificada de 150%.

Da impugnação do responsável tributário

O Sr. Alessandro Lúcio da Silva apresentou seu inconformismo contra a inclusão no pólo passivo e contra arrolamento de bens (fls. 842/878), em que alega:

-na apuração da base de cálculo não foram expurgados os depósitos próprios havidos pela pessoa física de Alessandro Lúcio da Silva, oferecidos à tributação nas Declarações Anuais da Pessoa Física;

-é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos bancários, conforme enunciado da Súmula 182 do TFR;

-a presunção de que os depósitos bancários constituem omissão de receita, da qual se valeu a autoridade fiscal, afronta o princípio da verdade material, cabendo ao Fisco o ônus de demonstrar a ocorrência do fato gerador, a teor do que preceitua o art. 333, I, do CPC;

-os depósitos existentes não significam acréscimo patrimonial pois decorrem do capital social da contribuinte, "que a empresa sacava de manhã, em espécie, para servir-lhe como fluxo de caixa, nos pagamentos das contas diárias, que eram re-depositados, a conselho da Polícia Militar, para não permanecerem na empresa, evitando assaltos";

-o arbitramento do resultado, medida extrema a ser adotada em casos de total imprestabilidade da escrita contábil e absoluta impossibilidade de apuração da receita e despesa, requer prova de que a escrituração apresenta vícios ou omissões capazes de comprometê-la, o que não foi demonstrado pela fiscalização;

-a inclusão do responsável no pólo passivo poderia ocorrer apenas se a contribuinte fosse insolvente e não tivesse patrimônio.

A DRJ/RIBEIRÃO (SP) decidiu a matéria consubstanciada no Acórdão 14-34.987, de 22/08/2011 (fls. 896), julgando improcedente a impugnação apresentada, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Caracterizam omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, deixe de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. INVERSÃO DO ONUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal *juris tantum* inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário). Cabe ao Fisco simplesmente provar a ocorrência do fato indiciário; e ao contribuinte cumprir provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

CSLL. PIS. COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDIMENTO DECORRENTE.

Auto de infração lavrado em procedimento decorrente deve ter o mesmo destino do principal, pela existência de relação de causa-e-efeito entre ambos.

OMISSÃO DE REGISTRO DE RECEITAS. PESSOAS JURÍDICAS OPTANTES PELO SIMPLES.

Aplicam-se à microempresa (ME) e à empresa de pequeno porte (EPP) todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples.

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

EXCLUSÃO. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTARIA. PRÁTICA REITERADA. EFEITOS.

A constatação de créditos bancários sem origem justificada, que se verificou por período de três anos, caracteriza prática reiterada de omissão de receita prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, configura hipótese de exclusão do Simples determinada na lei instituidora do sistema de ofício, mediante Ato Declaratório Executivo.

SIMPLES. EXCLUSÃO. NORMAS DE TRIBUTAÇÃO. SUJEIÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

ARROLAMENTO. BENS. DRJ. COMPETÊNCIA.

Incabíveis alegações relativas a arrolamento de bens, por se configurar em matéria estranha aos limites de competência das Delegacias de Julgamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

Os recursos voluntários (da empresa autuada e do responsável solidário) são tempestivos e assentes em lei. Deles conheço.

Duas questões preponderantes circundam o presente processo, a exclusão da contribuinte do regime do SIMPLES e as exigências fiscais, decorrentes de omissão de receitas, apurada, a dita omissão, com base em presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, arbitrando-se o lucro da contribuinte; além da responsabilização solidária.

A peça recursal repete as argumentações iniciais (impugnação), aduzindo argumentos com relação a decisão de primeira instância.

Passemos então à análise das teses dos recorrentes, na seqüência em que foram expostas. Inicia a recorrente invocando várias preliminares.

A primeira delas diz respeito, no seu entender, não ser possível a lavratura do auto de infração por omissão de receitas antes do julgamento das impugnações relativas as exclusões do Simples Federal e Nacional apresentadas tempestivamente.

Importa, por pertinente, reproduzir os seguintes fragmentos do voto ora recorrido.

"É importante registrar que nos anos-calendário de 2005 a 2007 vigoraram dois estatutos que regularam o Simples e estabeleceram regras específicas para cada um deles. Até 30/06/2007, antes de a LC 123/2006 ter eficácia, foi a Lei n. 9.317/1996. A partir de 01/07/2007, a precitada LC 123/2006. Tal circunstância pode ser constatada nos fundamentos que nortearam a exclusão, previstos nos Despachos Decisórios n. 1479 e 1480, ambos editados em 2009, que suscitaram a edição dos Atos Declaratórios Executivos n. 153 e 154, respectivamente (fls. 317/323).

É improcedente a alegação de que ocorreu cerceamento de defesa motivado pelo fato de os atos declaratórios terem sido expedidos antes da última intimação que lhe fora dirigida para apresentar documentos.

Conquanto conste dos atos o dia 02 de novembro de 2009 como sua data de emissão, de fato sua lavratura deu-se um mês depois, no dia 02 de dezembro de 2009, na mesma data em que foram prolatados os despachos decisórios em questão, conforme dão conta as datas apostas nas respectivas decisões (fls. 318 e 321). Seria ilógico que a exclusão ocorresse antes da decisão prolatada no despacho decisório.

Tal circunstancia pode ser comprovada em consulta ao relatório dos despachos, que registra ter a contribuinte sido intimada em 19 de novembro de 2009 a comprovar a origem dos créditos encontrados em sua conta-corrente junto à Caixa Econômica Federal (fls. 317-v, 320-v).

Acrescente-se como prova a consulta à lista de eventos cadastrados no CNPJ da contribuinte no Simples, efetuada em 02/12/2009, que informa apenas uma

"O fato de se tratar de microempresa não isenta a contribuinte do cumprimento das obrigações que a legislação determina sejam atendidas. Há que se levar em conta que em face de a contribuinte enquadrar-se na modalidade de tributação pelo Simples estava obrigada ao cumprimento das normas editadas pelas Instruções Normativas SRF (IN) n. IN 355, de 2003, e 608, de 2006, notadamente entrega de declaração simplificada e escrituração de Livro Caixa e de Registro de Inventário.

Posteriormente, com o advento do Simples Nacional, por meio da LC 123/2006, uma das hipóteses de exclusão do sistema reside no fato de não haver escrituração do livro-caixa ou seus registros não permitirem identificar a movimentação financeira, inclusive a bancária, tal como definido em seu art. 29, VIII.

Dessa forma, a alegação de que caberia ao agente fiscal a incumbência de identificar quais depósitos seriam da contribuinte e quais pertenceriam ao senhor Alessandro cai por terra. O fato de não dispor de escrita fiscal organizada, tal como previsto nas normas antes citadas, não tem o condão de afastar sua responsabilidade por tributos que eventualmente sejam apurados, tampouco transferir ao Fisco a atribuição de contabilizar os eventos.

É importante ressaltar que durante o procedimento fiscal em mais de uma vez foi-lhe dada oportunidade de contrapor o que havia sido apurado. Entretanto, as alegações que apresentou limitaram-se a tecer argumentos genéricos, desacompanhados de suporte documental apto a afastar a tributação, daí implicando considerar-se como receita omitida os valores cuja origem não fora comprovada.

Como é sabido, o procedimento fiscal reveste-se de caráter inquisitório, que não prescinde da participação do sujeito passivo. Ela somente é necessária após a constituição do respectivo crédito, com a abertura de prazo para manifestação, ocasião em que se instaura o processo fiscal. Se, conforme genericamente alega a contribuinte, houvesse algum elemento de prova, com a intimação para contestar a imposição tributária abriu-se a oportunidade de apresentá-lo, o que não foi feito."

Neste ponto, entendo que não há reparos ao quanto decidido em primeira instância.

Com relação ao cerceamento do direito de defesa, compulsando os autos resta demonstrado que houveram sucessivas intimações para entrega dos livros, documentos bem como extratos bancários, sem que tenham sido plenamente atendidas. Portanto, não vislumbrei no processo o alegado cerceamento em nenhuma fase processual já que durante a ação fiscal a autuada teve a oportunidade de apresentar todos os argumentos, livros e documentos de defesa necessários e não o fez.

A Recorrente teve ciência de todos os elementos de que necessitava para sua defesa, tendo sido intimada de todos os atos praticados. Além do mais depreende-se da leitura da impugnação e do recurso que a Recorrente conhece plenamente todas as acusações que lhe foram atribuídas, tendo-as rebatido, de forma meticulosa.

Foi oportunizado que a contribuinte demonstrasse a origem dos recursos creditados em conta corrente e apresentassem outros documentos que pudessem influenciar no lançamento tributário.

Nesse sentido, repito, após reiteradas intimações não tendo a recorrente apresentado ao fisco seus livros fiscais e outros documentos, a alegação de cerceamento ao direito de defesa não se presta para afastar o ônus probante atribuído ao contribuinte em refutar as acusações fiscais que sobre ele recaem. Dessa forma, seu pleito não merece acolhida, vez que cabe ao fiscalizado atender as intimações do Fisco para comprovar sua receita. Se assim não o fez, a apuração do crédito tributário, nos casos de depósitos bancários cuja origem restou não comprovada, demanda meramente um cálculo aritmético, que dispensa, inexoravelmente, a necessidade de produção de prova por parte do fisco, o que veremos a seguir.

Assim sendo, rejeito as alegadas preliminares de nulidades do lançamento e da decisão de primeira instância.

Quanto ao mérito, em extenso arrazoado, argui a nulidade e improcedência do auto de infração pelas razões já analisadas em preliminar e, aduz sobre a inexistência de fato gerador válido para o imposto de renda, discorrendo sobre o conceito de renda, das presunções e do arbitramento do lucro.

Neste tópico, cabe repisar que os autos de infração foram lançados pela existência, essencialmente, de omissão de receitas, por presunção legal, em decorrência de valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, deixe de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, o que gerou recolhimento insuficiente dos tributos.

No procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal averiguou, através da análise dos extratos bancários, movimentação financeira muito superior àquela declarada pela Contribuinte.

Intimou-a, então, a apresentar comprovação da origem dos depósitos ou créditos naquela conta bancária. Constata-se dos autos que, *"em vista de que nem o sr. Alessandro nem a contribuinte comprovaram a origem dos créditos mantidos em conta de depósitos, a autoridade fiscal elaborou as planilhas de fls. 04 e 05 que totalizam os valores dos créditos em contas de depósitos mantidas pelo Sr. Alessandro e pela contribuinte que não foram comprovados"*.

Destarte, a autoridade lançadora toma aqueles depósitos como receitas, lançando os Autos de Infração ora contestados. De se ressaltar, que conforme planilhas de fls. 4 e 5 dos totais dos créditos/depósitos relacionados e não comprovados, a fiscalizou deduziu os cheques devolvidos identificados nos extratos bancários.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte alega ser inadequada a utilização de "presunção" para configurar os depósitos como receita, discorre, citando vasta doutrina e jurisprudência a respeito do conceito de renda e das presunções. Afinal, conclui:

"O Auditor quis criar uma realidade inexistente de que a **totalidade** dos depósitos bancários havidos nas contas bancárias da pessoa física de **Alessandro Lucio da Silva**, são receitas da pessoa jurídica de **Credijóias**, induzindo ao surgimento de uma obrigação tributária indevida".

Incompreensível o seu objetivo nesta passagem. Ora, se a fiscalização agiu conforme o art. 42 da Lei nº 9.430/96, há necessariamente presunção.

Presumir significa julgar segundo certas probabilidades, supor, imaginar. No caso, o artigo 42 cria uma presunção relativa de que os valores creditados em instituições

financeiras, cuja origem a Contribuinte não comprove, são receitas omitidas do Fisco. Relativa porque a pessoa titular da conta pode comprovar a sua origem, demonstrando não se tratar de receita omitida. Não basta somente alegar, é necessário comprovar.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Enfim, tendo acesso às movimentações bancárias da contribuinte fiscalizada – prova, portanto, da entrada dos valores –, agiu corretamente a autoridade lançadora intimando-a para comprovar a origem dos valores creditados. Quando a empresa não conseguiu demonstrar tal origem, adequado o lançamento presumindo se tratar de receita omitida.

Sobre o tema, já existe inclusive Súmula estabelecida no CARF:

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Não há razão, portanto, para ser questionada a possibilidade de presunção pelo fisco neste ponto.

Com relação ao arbitramento insurge-se a peça de defesa que *"a lei exige prova de que a escrituração contenha vício ou omissão capaz de compromê-la, da qual emergisse a sua invalidade, na forma que pretende o fisco fazer crer. Isso não logrou a fiscalização demonstrar e muito menos provar"*.

Extrai-se do Termo de Constatação e Descrição dos Fatos - Operação Grandes Lagos, o seguinte:

"Analisando os Livros Diários e Razão entregues, referentes aos anos calendários de 2005 a 2007, nota-se que apesar da empresa denominar tais relatórios como Livro Diário ou Livro Razão, não passa de simples livros Caixa sem qualquer referencia a movimentação bancária, emprestáveis para qualquer fim.

(...)

Conforme acima demonstrado, o contribuinte não comprovou a origem da **totalidade dos créditos encontrados em suas contas correntes** e a origem dos créditos

encontrados nas contas correntes de seu sócio Alessandro Lúcio da Silva e quando excluído do Simples, não apresentou as declarações e Livros escriturados de acordo com as normas contábeis e fiscais regentes.

Portanto, a única opção é determinar o imposto com base nos critérios do lucro arbitrado, nos termos do artigo 530, inciso II, do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto no 3.000/1999).

O cálculo do lucro arbitrado, quando conhecida a receita bruta, é definido pelo artigo 532 do RIR/99.

O acréscimo de vinte por cento deve ser aplicado sobre o percentual determinado no artigo 518 do RIR (8%).

Ou seja, o lucro arbitrado, no presente caso, será determinado pela aplicação do percentual de 9,6% sobre a receita bruta conhecida (8% acrescido de 20%).

Da receita conhecida:

A receita a ser tributada será os valores dos créditos de origem não comprovados e os valores declarados como receita bruta do Simples, conforme quadros acima detalhados."

Pois bem. No tocante aos Lançamentos de Ofício, tendo em vista a significativa divergência entre os valores escriturados/declarados e os depósitos bancários nas instituições financeiras, considerou a Fiscalização a contabilidade e escrituração do contribuinte imprestáveis, já que não atendeu ao comando do artigo 190 do RIR/1999, e, nesse contexto, arbitrou o lucro com fulcro no artigo 530, inciso II, "a", do mesmo RIR/1999.

Vê-se, portanto, o cenário a que levou a autoridade lançadora a arbitrar o lucro, qual seja: não apresentação dos livros obrigatórios e escrituração, e Livro Caixa sem registro da movimentação financeira. Improcedente a alegação contida na peça recursal.

DA MULTA QUALIFICADA

Constata-se do Termo de Constatação e Descrição dos Fatos que integra o auto de infração em tela, que a multa de ofício no patamar de 150% deu-se em razão do contribuinte fiscalizado ter declarado, reiteradamente, à Receita Federal valores irrisórios em comparação com a real movimentação financeira, cuja origem não foi comprovada, mais o fato de ter-se utilizado da conta pessoal do sócio Alessandro Lúcio da Silva, com objetivo claro de ocultar e dificultar sua verificação na pessoa jurídica. A autoridade lançadora caracterizou o fato como evidente intuito de fraudar a Fazenda Pública exasperando a multa na forma prevista no artigo 44, II, da Lei nr. 9.430/1996.

Registra-se que a Lei nº 11.488, de 2007 alterou a redação original mantendo a mesma multa agora expressa no seu § 1º e mais no inciso II.

"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 inexistente;

§ lo 0 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)"

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte insiste na tese de que não restou comprovado o evidente intuito de fraude e nem a tipicidade de sua conduta. Aduz que a fraude não se presume, para tanto, cita a Súmula CARF 14 e vasta jurisprudência deste Colegiado.

Em sã consciência, diante dos elementos de convicção acostados aos autos, não há dúvida da intenção da contribuinte recorrente em reduzir os tributos devidos e se beneficiar, indevidamente. Os fatos explanados caracterizam a figura da sonegação. As circunstâncias narradas nos autos evidenciam, de forma inequívoca, o intuito deliberado de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores correspondentes a seu faturamento.

O fato de oferecer à tributação valores extremamente inferiores aos auferidos, de forma reiterada, além da prática de interposição de pessoas (laranjas") utilizando-se de conta corrente da empresa autuada, de fato, demonstram o elemento doloso, no sentido de ter a consciência e querer a conduta de sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502/64 e implica a aplicação da multa qualificada de que trata o art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996, não se lhe aplicando, ao caso, a sumula CARF 14.

Por essas razões, entendo que a qualificação da multa aplicada foi medida acertada e perfeitamente em consonância com a legislação aplicável, pelo que deve ser mantida.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

As tributações realizadas de ofício para as exigências de CSLL, PIS e Cofins são decorrentes do lançamento tributário de IRPJ. Por conseguinte, o decidido em relação à exigência de IRPJ, deve ser estendido ao termo das autuações reflexas, dada a íntima causalidade das obrigações tributárias.

Recurso Voluntário do Responsável Solidário

A par das questões já julgadas que se identificam com o Recurso Voluntário da contribuinte fiscalizada, passa-se à apreciação das matérias exclusivamente argüidas no recurso do Sr. Alessandro Lúcio da Silva, responsável solidário, o qual apresentou defesa contestando a sua legitimidade passiva.

Como bem assentado no voto condutor recorrido, ao contrário do que alega o ora recorrente, a fiscalização não se ateve as causas relacionadas nos arts. 134 e 135 para a atribuição de responsabilidade. Tampouco prosperam os argumentos que pretendem atribuir caráter subsidiário à responsabilidade em face de que a autoridade tributária baseou-se no interesse comum capitulado no art. 124 do CTN para imputar-lhe a combatida solidariedade, conforme consta não só do Termo de Constatação e Descrição dos Fatos (fls. 674/675), como também do Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 663/664), pelo que reproduzo a seguir os seguintes fragmentos.

A empresa fiscalizada tem como sócios Alessandro Lúcio da Silva e Josiane Mara Cassin de Mattos. Entretanto, conforme informação do sócio Alessandro, a

administração da empresa sempre coube a ele e a movimentação financeira encontrada em suas contas correntes são da empresa junto com a sua movimentação pessoal, sendo impossível separá-las.

Conclui-se, portanto, que o Sr. Alessandro Lúcio da Silva teve interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente termo, obtendo vantagens financeiras, sendo, portanto, solidariamente obrigados ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, de acordo com os artigos 121 e 124, inciso I, do CTN.

Um ponto primordial a ser registrado é que, conforme jurisprudência deste Conselho, a incorreta ou incompleta indicação do dispositivo legal que a fundamenta não invalida a acusação contestada, sendo suficiente a perfeita descrição dos fatos que permitem concluir pela consequência imputada.

Compulsando os autos vê-se que o relato dos fatos permite identificar, com precisão, que a autoridade fiscal acusa o Sr. Alessandro Lúcio da Silva de ser administrador de fato da Credijóias e responsável por sua substancial movimentação financeira. Como administrador de fato, estaria inserido no inciso III do art. 135, e seria responsável pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração a lei.

Portanto, inobstante tenha indicado como fundamento legal para sua responsabilização o art. 124, I, do CTN, a análise há que ser feita, também, à luz do art. 135, III, do Código.

Dispõe a Lei nº 5.172, de 1966:.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

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

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Sendo um dos responsáveis pela administração da empresa, detendo, portanto, poder de mando na sociedade conforme explicita o contrato social, além da movimentação bancária dos recursos financeiros da contribuinte fiscalizada, que ocorreu em seu próprio nome, não resta dúvida de que o Sr. Alessandro Lúcio da Silva tinha pleno conhecimento da falta de escrituração das movimentações financeiras, da falta de livros contábeis/fiscais exigidos por lei, tendo declarado no período fiscalizado (AC/2005, 2006 e 2007) ínfima parcela de seus rendimentos conforme apurado pela fiscalização.

O interesse comum na situação que constituiu o fato gerador acha-se materializado na participação societária. Afinal, eventual ganho da sociedade empresária repercute direta ou indiretamente no patrimônio dos sócios. Diretamente, por via da

distribuição de lucros; indiretamente pela valorização patrimonial na sociedade, o que, em termos absolutos, incrementa sua participação.

Entendo, pois, que a lucratividade obtida pela economia do não pagamentos dos tributos e contribuições, é justamente o elo de comunhão legal que estabelece a possibilidade de cobrança tributária do sócio gestor como responsável solidário. Há o interesse comum entre elas (pessoas física e jurídica) na situação que constituiu o fato gerador dos tributos e contribuições lançados.

Enfim, tal como fartamente demonstrado pela auditoria fiscal, o lançamento corretamente caracterizou o vínculo de responsabilidade de cada indivíduo com base no interesse comum (econômico e jurídico) de cada um na situação que constituiu o fato gerador do tributo apurado. O interesse comum de cada um dos responsáveis resta inquestionável ante a inequívoca participação conjunta na realização do fato gerador apurado.

Além do que, a meu juízo, a fiscalização demonstrou que Sr. Alessandro era administrador de fato da empresa autuada (Credijóias).

Diante de tal contexto, não há como afastar a responsabilidade tributária imputada pela Fiscalização.

Em conclusão, por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidades do lançamento e da decisão recorrida, e no mérito NEGAR provimento aos recursos.

(assinado digitalmente

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator