



Processo nº	16004.720268/2017-18
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1401-003.738 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	17 de setembro de 2019
Recorrente	SILVER OIL EIRELI - ME
Interessado	FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2013, 2014

LANÇAMENTO. NULIDADE

Quando o Auto de Infração e seus anexos discriminam de forma clara os fatos geradores, as bases de cálculo, os impostos e as contribuições devidas, os períodos a que se referem e os fundamentos legais das exigências lançadas, não há que se falar em nulidade por vício formal.

Um erro de grafia que não afete a compreensão dos fatos não tem o condão de ensejar nulidade, ainda mais quanto o TVF e a fundamentação do acórdão são absolutamente claras e fundamentadas.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de constitucionalidade e ilegalidade.

PERDA DA ESPONTANEIDADE.

O início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APlicabilidade.

É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude.

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE. ART. 135, III, CTN. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

O sócio-administrador é pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, CNT.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, consoante o art.124, I, do CTN.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, quando for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

ART. 1.033 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.

O art. 1.033 do Código Civil regula questões referentes à responsabilidade do sócio no tocante à dissolução da sociedade limitada, no âmbito das obrigações de direito civil, não se aplicando às obrigações tributárias, sujeitas à normas específicas, previstas no Código Tributário Nacional.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS.

A exclusão de ofício do Simples Nacional com efeitos retroativos à data de constatação da situação excludente, autoriza a exigência dos tributos e contribuições recalculados com base no regime de tributação pelo Lucro arbitrado, quando o contribuinte, intimado, não faz opção pelo regime tributação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

Promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido.

OMISSÃO DE RECEITAS.

A identificação de operações de vendas realizadas mediante a utilização de interpostas pessoas, constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário decorrente das receitas omitidas.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. COFINS. PIS.

A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, à COFINS e ao PIS, naquilo que for cabível, uma vez que os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte e do Responsável solidário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Abel Nunes de Oliveira Neto, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela DRJ em Florianópolis (SC), que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo Contribuinte mantendo o crédito tributário exigido e a responsabilidade solidária atribuída ao Sr. Ewerton de Castro.

Os Autos de Infração foram lavrados contra SILVER OIL EIRELI - ME (CNPJ nº 10.945.120/0001-15), onde foram exigidas as quantias de R\$ 417.086,25, de R\$ 204.939,99, de R\$ 566.364,31 e de R\$ 122.933,30, devidas a título respectivamente, de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, Cofins, e de Contribuição para o PIS/Pasep, acrescidas de multa qualificada de 150% e dos juros de mora devidos à época do lançamento, todos referentes a fatos geradores apurados nos anos 2013 e 2014.

A autoridade lançadora relata que a ação fiscal foi iniciada por requerimento do Ministério Público Federal em face da Silver And Gold Comércio de Metais Ltda – ME, tendo em vista a constatação de esta empresa utilizou-se da empresa individual Tamires Borges Cordeiro-ME, CNPJ nº 18.945.521/0001-87, para movimentar recursos decorrentes de sua atividade, sem o recolhimento dos tributos devidos.

No seu relato, o autuante menciona as diversas tratativas de intimação do sujeito passivo em razão das constantes alterações de endereços ocorridas transcurso da fiscalização, bem como quanto à retirada de sócios da empresa Silver And Gold Comércio de Metais Ltda – ME e sua transformação em EIRELI, com o nome Silver Oil Eireli, expondo cronologicamente todos os eventos pertinentes ao procedimento fiscal.

No Termo de Início do Procedimento Fiscal, a Autuada foi intimada para a apresentação de documentos, dentre eles extratos bancários dos anos-calendário de 2013 e 2014, de todas as contas mantidas pela empresa no país e no exterior.

A fiscalização apurou a receita declarada pela empresa em PGDAS nos anos-calendário 2013 e 2014, considerando aquelas apresentadas antes do início do procedimento fiscal (valores constantes em retificadora enviada em 28.01.2016). Dos valores lançados, foram descontados os tributos efetivamente pagos pela contribuinte na sistemática do Simples.

Devido a configuração, em tese, de crime contra a ordem tributária, foi emitida representação fiscal para fins penais.

A autuação foi científica aos Sr. Christian Pardo Navaro – na condição de titular da empresa (AR de fl. 900) e na qualidade de tributário solidário e ao sócio Ewerton de Castro.

A autuada Silver Oil Eireli - ME apresentou impugnação, fls. 949-960, acompanhada por documentos (fls. 961-1033), representada pelo Sr. Christian Pardo Navarro, onde alega, em síntese:

- a) Inicialmente, justifica que no curso da ação fiscal realizou periodicamente a mudança de seu endereço, motivado por razões de segurança, em razão da sua atividade principal ser a de comércio atacadista de jóias, mas que atendeu às diversas intimações fiscais na medida do possível, eis que as constantes mudanças de endereço nem sempre possibilitaram a boa guarda dos documentos solicitados.
- b) Discorda da conclusão da auditoria fiscal, de que a empresa Tamires Borges Cordeiro-ME foi utilizada como interposta pessoa para realizar a movimentação financeira da impugnante sem pagamento de tributos e emissão dos correspondentes documentos fiscais.
- c) Justifica que os serviços prestados pela Tamires Borges Cordeiro-ME foram objeto de contrato de prestação de serviço de cobrança em nome da Silver and Gold Metais Ltda., mediante a remuneração mensal de R\$ 2.800,00, compatível com o volume das operações envolvidas nos contratos.
- d) O contrato de prestação de serviços previa que os valores eventualmente recebidos pela Tamires Borges Cordeiro - ME fossem depositados em sua conta bancária e esta realizaria a transferência de recursos financeiros diretamente para fornecedores da empresa Silver And Gold Comércio de Metais Ltda - ME, pela aquisição de mercadorias para revenda.
- e) Por força deste mesmo instrumento de contrato particular, se torna flagrante que os sócios da empresa, Christian Pardo Navarro e Ewerton de Castro não passam automaticamente à condição de pessoas com interesse comum na empresa Tamires Borges Cordeiro-ME, na forma do art. 124, I, da Lei nº 5.172/66.
- f) Defende que o arbitramento do lucro, em que pese previsto na legislação do imposto de renda da pessoa jurídica, possui caráter sancionatório, e, como tal, deve observar os princípios da razoabilidade e da capacidade contributiva.
- g) Afirma que a descrição dos fatos na página referente à "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" do AI é imperfeita, na medida que não descreve com clareza

a origem do fato gerador dos tributos e contribuições lançadas, pois descreve genericamente: como "INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO INFRAÇÃO: OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À COFINS, PIS, CSLL E IRPJ. O contribuinte não emitiu as notas fiscais referentes à revenda de mercadorias, caracterizando omissão de receitas da atividade, conforme Termo de Constatação e Descrição dos Fatos de folhas 750 a 758".

h) Defende que os ingressos de recursos não necessariamente tem origem na venda de mercadorias, porquanto podem ser representados por operações de créditos, de adiantamento de clientes, de empréstimos efetuados pelos sócios, financiamentos bancários, operações de venda de recebíveis para empresas de factoring, de adiantamentos para futuro aumento de capital e uma outra infinidade de operações financeiras.

i) Justifica dificuldades de encontrar a documentação suporte e comprobatória das movimentações financeiras realizadas, em face de desentendimento entre sócios e mudanças de endereço.

j) Alude que os valores das receitas declaradas pela contribuinte Silver and Gold Comércio de Metais Ltda. - ME e pela empresa Tamires Borges Cordeiro – ME através do PGDAS, que geraram saldos de imposto a pagar e mantidos em Conta Corrente Pessoa Jurídica com débitos em desfavor do impugnante, foi ignorado na lavratura dos Autos e Infração.

k) Impugna a lavratura do Auto de Infração do Imposto de Renda Retido na fonte, uma vez que todas as operações realizadas nos anos base de 2013 e 2014 foram tributadas na forma do Lucro arbitrado, razão pela qual entende o impugnante que o crédito tributário referente ao Imposto de Renda - Retido na fonte é indevido, visto que os valores referentes aos desembolsos efetuados já compõem a base tributável do imposto de renda.

l) Requer o provimento da impugnação apresentada, decretação da nulidade com a consequente extinção do processo.

O sujeito passivo Ewerton de Castro apresentou impugnação, fls. 920- 945, no qual, após breve resumo dos fatos, alega, em síntese:

a) Que a autoridade lançadora registrou no TCDF que o impugnante retirou-se da sociedade, nos termos da alteração contratual de 26/05/2015, protocolizada em 03/06/2015 na Junta Comercial do Estado de São Paulo (SP).

b) Que em que pese a autoridade fiscal ter exposto cronologicamente os eventos que ocorreram no procedimento fiscal, o impugnante teve acesso "há poucos dias" a diversos documentos que instruem o processo, pelo que, pleiteia o deferimento de prazo para complementar suas razões.

c) Alega a decadência do direito do Fisco incluir o impugnante no polo passivo, com base no art. 1.032 do Código Civil, que define o marco temporal para a possibilidade de a responsabilidade tributária ser estendida aos sócios. Expõe que "Considerando que o impugnante desligou-se da sociedade em 26/05/2015 acrescentando-se dois anos obtém-se como termo ad quem 25/05/2017. Em vista de que ele fora notificado em 14/11/2017 (fls. 546), e com fulcro também no artigo 110 do Código Tributário Nacional, pereceu o direito de o Fisco impor-lhe responsabilidade tributária". Ao tratar da base de cálculo

lançada, pleiteia que sejam deduzidos os valores recolhidos e/ou declarados no âmbito do Simples, constantes dos PGDAS entregues antes do início da ação fiscal, conforme preceitua a Súmula nº 76 do CARF.

d) No tocante a responsabilidade tributária do sócio administrador, com fulcro no art. 135, III, do CTN, aduz que "A justificativa da autoridade fiscal para caracterizar a responsabilidade de que se trata baseia-se no fato de que auferiu pró-labore, houve algumas transferências para sua conta bancária, pagamentos de despesas, além do contrato de reforma de seu apartamento".

e) Que a retirada mensal lançada na DEFIS de fl. 727 se refere a remuneração relacionada ao desempenho de função eminentemente técnica, ligada a atividade fim da empresa, e, portanto, desvinculada de atos de gestão e patrimonial ou financeira.

f) Aduz que a existência de cheques assinados pelo impugnante, e o fato de a autuada ter assumido dívidas para a reforma de seu apartamento não caracterizam a responsabilidade tributária relacionada no art. 135, III, do CTN. Primeiro, porque a assunção de dívidas pela autuada para reforma do apartamento do impugnante não caracteriza, por parte dele, a prática de ato da administrador; a duas, porque " tratou-se de pagamento de multa pela desistência injustificada da obra por parte da autuada, em relação à prestadora de serviço, conforme esclarecido na justificativa de fls. 615/6".

g) Que embora a autoridade fiscal refira-se no TCDF que se trata de amostragem de cheques, os documentos assinados pelo impugnante no período em questão limitam-se à quatro, acostados sob cópias 364, 384, 388 e 392.

h) Na cédula de crédito bancário (fls. 150-152), o impugnante apenas figura como avalista, tendo o outro sócio assinado por conta da autuada, na condição de emitente do título.

i) Que embora tivesse formalmente poderes de gestão, materialmente não os exerceu, fato comprovado no depoimento da Sra. Tamires Borges Cordeiro à Polícia Federal, quando menciona que tratava apenas com o Sr. Cristiano Pardo Navarro.

j) Que a prática do suposto delito está direcionada contra ato da contribuinte e não do impugnante, não havendo menção de que ele tenha praticado atos ilícitos.

k) Alega que não se verifica, também, a responsabilidade por interesse comum, não sendo o fato de ser sócio de uma empresa hábil para impor solidariedade.

l) Que é equivocado o entendimento da Fazenda Nacional, de que o interesse comum apto a autorizar a impugnação da solidariedade seria o interesse econômico, devendo ser este jurídico.

m) Diz que "Os sócios, diretores e gerentes que atuam regularmente no exercício de suas funções não podem ser considerados obrigados solidários da empresa com supedâneo no art. 124, I do CTN, porque não praticaram o fato gerador na condição de contribuinte, e, embora possam possuir interesse econômico, não têm interesse jurídico no fato gerador."

n) Ao tratar da Multa de Ofício Majorada, aduz que embora o legislador tenha estabelecido que a majoração da multa de ofício ocorra em qualquer das situações capitulares nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.357, de 1964, é imprescindível que a autoridade fiscal delimite qual das hipóteses seria o enquadramento, sob

pena de cerceamento ao direito de defesa, e, ainda, que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já enfrentou a questão ao editar a Súmula 14.

o) Ainda que admitida a indevida exigência principal, não poderia ser aplicada a multa de 150%, vez que apresenta natureza de confisco, requerendo sua redução para o patamar de 100% (cem por cento) dos tributos lançados, fulcro no teto definido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 833.106.

p) Invoca a utilização de critérios jurídicos distintos para a qualificação das multas diante de um mesmo quadro fático, porquanto no presente processo foi lançada a multa de ofício qualificada, diferentemente do processo onde foram lançadas as contribuições previdenciárias (processo n.º 16004.720277/2017-17).

q) Requeru a procedência da impugnação apresentada, com o afastamento da responsabilização tributária imposta.

Com relação ao sujeito passivo Christian Pardo Navarro, constatou-se que não foi apresentado instrumento de impugnação em seu nome.

O Acordão (07-42.609 - 5^a Turma da DRJ/FNS) ora recorrido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2014

LANÇAMENTO. NULIDADE

Quando o Auto de Infração e seus anexos discriminam de forma clara os fatos geradores, as bases de cálculo, os impostos e as contribuições devidas, os períodos a que se referem e os fundamentos legais das exigências lançadas, não há que se falar em nulidade por vício formal.

PRAZO LEGAL PARA APRESENTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO.

A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. Não há previsão legal de dilação do prazo para apresentação da impugnação ou sua complementação, tratando-se de prazo peremptório.

IMPUGNAÇÃO E RECURSO EM NOME PRÓPRIO.

Ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio. A pessoa jurídica não pode contestar, em seu próprio nome, o vínculo de responsabilidade tributária atribuído pela fiscalização a seus diretores e/ou administradores ou ao seu titular, pela satisfação do crédito tributário lançado.

JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS.

O prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo que o contribuinte dispõe para apresentar a impugnação, salvo se

comprovada alguma das hipóteses autorizadoras para juntada de documentos após esse prazo.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2014

PERDA DA ESPONTANEIDADE.

O início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude.

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE. ART. 135, III, CTN. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

O sócio-administrador é pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, CNT.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, consoante o art.124, I, do CTN.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, quando for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

ART. 1.033 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.

O art. 1.033 do Código Civil regula questões referentes à responsabilidade do sócio no tocante à dissolução da sociedade limitada, no âmbito das obrigações de direito civil, não se aplicando às obrigações tributárias, sujeitas à normas específicas, previstas no Código Tributário Nacional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS.

A exclusão de ofício do Simples Nacional com efeitos retroativos à data de constatação da situação excludente, autoriza a exigência dos tributos e contribuições recalculados com base no regime de tributação pelo Lucro arbitrado, quando o contribuinte, intimado, não faz opção pelo regime tributação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

Promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido.

OMISSÃO DE RECEITAS.

A identificação de operações de vendas realizadas mediante a utilização de interpostas pessoas, constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário decorrente das receitas omitidas.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. COFINS. PIS/PASEP.

A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, à COFINS e ao PIS, naquilo que for cabível, uma vez que os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Isso porque, conforme entendimento da turma julgadora, (...) “não há que se falar em cerceamento de defesa quando o contribuinte tem acesso a todas as informações necessárias à compreensão das razões que levaram à autuação, tendo apresentado impugnação onde demonstra o conhecimento de todos os fundamentos do auto de infração”. (...)

Seguiu a DRJ em sua decisão afirmando que:

- a) Nos termos da legislação acima transcrita, a fiscalização, ao se deparar com empresas que não fazem as entregas regulares das DIPJ, não são encontradas em seus domicílios fiscais declarados e os sócios não são encontrados e apresentam características de serem interpostas pessoas, e ainda quando essas pessoas jurídicas apresentam movimentação financeira incompatíveis com as receitas encontradas ou declaradas ao Fisco, está autorizada a fazer o uso de arbitramento de receitas para a lavratura do auto de infração.

- b) Como visto acima, nenhuma documentação foi apresentada, quer por parte da autuada, quer por parte da Tamires Borges Cordeiro ME, que conferisse legitimidade às transações realizadas por esta última em nome daquela.
- c) A própria impugnante admite que os valores mantidos nas contas bancárias da Tamires Borges Cordeiro ME foram transferidos para fornecedores de mercadorias de revenda e pagamentos de despesas operacionais, comerciais e administrativas da Silver and Gold (atual Silver Oil), todavia, na escrituração contábil não há registro de eventos relacionados à execução do alegado contrato.
- d) Somado a isso, a circularização das informações obtidas por meio dos extratos bancários, na conta da fiscalizada e na conta corrente da empresa individual Tamires Borges Cordeiro ME, evidenciaram a venda de mercadorias sem a emissão da correspondente nota fiscal.
- e) A própria escrituração do Livro Caixa apresentado pela contribuinte também se reputa irregular, por quanto apresenta totais mensais do débitos e créditos e não identifica os beneficiários ou destinatários, conforme observa-se na cópia às folhas 41 a 71.
- f) Por tais motivos, a escrituração contábil e fiscal apresentada não reflete a realidade dos fatos, não sendo possível, através dela, apurar o lucro real da empresa.
- g) No caso em apreço, a fiscalização demonstrou que a escrituração contábil apresentada pela empresa era imprestável para determinação do Lucro Real, vez que constatou, em suma, que houve movimentação financeira, especialmente bancária, por interposta pessoa; movimentação bancária não identificada no Livro Caixa apresentado, mas evidenciada por extratos bancários obtidos; constatação, ainda, da ausência de emissão de Notas Fiscais na revenda de mercadorias, conforme apurado mediante diligências junto às empresas adquirentes.
- h) A receita bruta declarada pela contribuinte Silver and Gold no PGDAS entregue antes do início do procedimento fiscal (28/01/2016) foi considerada pela fiscalização, e a ela somados os valores das vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, apuradas com base na movimentação bancária das contas mantidas em nome da Silver And Gold e da empresa Tamires Borges Cordeiro, excluídos os depósitos identificados e os cheques depositados e devolvidos, conforme descrito no item VI do Termo de Constatação Fiscal.
- i) Os valores recolhidos ao Simples e pagos pela empresa, conforme planilha constante do arquivo não paginável (anexado conforme anotação de fls. 721), foram deduzidos dos lançamentos de ofício, observada a alíquota de partilha do Simples Nacional, por faixa de receita bruta declarada, conforme tabela do anexo I da Lei Complementar nº 123 de 14 de

dezembro de 2006. A apropriação dos valores, quando existentes, pode ser verificada nos Demonstrativos de Apuração integrantes das Autuações.

- j) Quanto à multa qualificada entendeu que a fiscalização logrou êxito em comprovar que a Silver And Gold Comércio de Metais Ltda – ME (atualmente Silver Oil Eireli) utilizou-se de fraude com o objetivo de se eximir do pagamento dos tributos devidos em suas operações comerciais e usufruir indevidamente dos benefícios concedidos às empresas optantes pelo Simples Nacional.
- k) Quanto à responsabilização solidária aduziram que o Sr. Ewerton de Castro, juntamente com o Sr. Christian Pardo Navarro, ambos responsabilizados pelos créditos tributários lançados, eram sócios e administradores da pessoa jurídica Silver and Gold Comércio de Metais Ltda. no período abrangido pela autuação em lançamento, sendo a empresa ora denominada de Silver Oil Eireli.
- l) A responsabilização dos sócios pelos créditos tributários lançados está ligada aos mesmos fatos que deram causa à exclusão da pessoa jurídica Silver Oil Eireli (na época dos fatos Silver and Gold Comércio de Metais Ltda.) do Simples Nacional, autos do processo nº processo 16004.720124/2017-61 cuja motivação também foi coligida no Termo de Constatação e Descrição dos Fatos - Contribuição Previdenciária.
- m) Na oportunidade, restou constatado o embaraço à fiscalização, a ausência de escrituração contábil e a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa, qual seja, a empresa individual Tamires Borges Cordeiro ME (CNPJ 18.945.521/0001-87), a fim de realizar a movimentação financeira da Silver and Gold, com a finalidade de ocultar o real faturamento desta empresa, relacionado à atividade de compra e venda de jóias, mantendo-a, de forma irregular, no Simples Nacional.
- n) E, quanto à responsabilização solidária nos termos do art. 124, inciso I, do CTN, entendeu a DRJ que a existência do “interesse comum” também se verifica. Conforme amplamente debatido, foi constatada a constituição de empresa por terceira pessoa, com a finalidade de reduzir o faturamento da Autuada, permitindo que esta se mantivesse no regime de tributação simplificada, deixando de recolher as contribuições previdenciárias patronais na forma da Lei nº 8.212, de 1991.

Inconformado com a decisão da DRJ, o interessado interpõe Recurso Voluntário (fls. 1164) alegando em síntese:

- a) DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO ACÓRDÃO: Afirma o autor “que a Contribuinte estava dotada de razão quando pleiteou em sede de impugnação a nulidade do Auto de Infração, razão pela qual requer neste

momento a reforma do decisório para decretar a nulidade do procedimento administrativo fundado em discriminação genérica dos fatos”.

b) DA ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FRAUDES: Aduz que “com relação aos créditos tributários lançados em que foi aplicada multa de ofício qualificada, na forma prevista no art. 44, III, da Lei nº 9.430/96 em razão de diversas fraudes com objetivo de se eximir dos pagamentos dos tributos devidos em suas operações comerciais não merece prosperar pelos seguintes fatos: a) não existe inciso III no artigo mencionado na referida Lei; b) não houve comprovação de fraude, pois restou provado que a empresa Fiscalizada contratou a empresa Tamires Borges Cordeiro para realizar gestão financeira, fato este comprovado pelo documento anexo”;

c) “Também não procede a alegação de que a empresa fiscalizada simulou o excesso de faturamento e a exclusão do simples para apenas requerer parcelamento das diferenças. De fato o faturamento no Simples Nacional foi excedido por duas vezes, quando automaticamente foi excluído do mencionado regime e os tributos gerados foram reconhecidos e declarados. Portanto, não há que se falar em fraude, principalmente se não há provas e é o caso de nulidade do auto de infração, tendo em vista a inexistência do inciso III, do artigo 44 da Lei 9.430/96”;

d) DA ALEGAÇÃO DE FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÕES: Afirma que “todos os documentos solicitados foram entregues e há no procedimento vários pedidos de prorrogação de prazo para atendimento das exigências”

e) DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS: “embora os sócios atuassem conjuntamente, não praticaram fraudes e, portanto, não são responsáveis por nenhum ato ilícito, pois jamais se utilizaram de interpresa pessoa e a contabilidade da empresa foi devidamente ajustada, com débito já consolidado pela Receita Federal do Brasil”.

f) DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DO IRPJ, CSLL, PIS E CONFINS E A IMPUGNAÇÃO AO ARBITRAMENTO DO LUCRO PARA LANÇAMENTO DO IRPJ E CSLL: Retirou-se “o pedido de nulidade do auto de infração e do v. Acórdão por estar em desconformidade com os preceitos legais e obrigações da administração pública, a qual deve pautar-se inquestionavelmente nos fatos verídicos, nas provas contundentes, na busca da verdade material e principalmente amparado claramente pela lei, não podendo haver embasamento por dedução, analogia ou presunção de artigo legal”.

g) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO: Aduz que “a representante da empresa Tamires Borges Cordeiro – ME nunca trabalhou dentro das dependências da empresa Silver, não podendo afirmar com clareza qual era a função de cada pessoa que ali laborava, nem qual a atividade exata praticavam. Observe-se que no depoimento da representante da empresa Tamires Borges Cordeiro na Policia Federal, no tópico referente a gestão financeira, não houve termos que expressassem dúvidas”.

h) Nessa esteira, “o depoimento da contratada apenas deixa claro a verdade dos fatos e afasta de vez a suposição de interpresa pessoa e, por conseguinte, afasta a alegação de fraude e conluio, pois desde o primeiro questionamento feito aos sócios da empresa, o Sr. Christian e o Sr. Ewerton, ficou esclarecido que a

movimentação financeira na empresa Tamires Borges Cordeiro era na verdade da Silver, sendo que a primeira apenas prestava serviço de gestão financeira”.

i) DA NECESSIDADE DE PROVAS ROBUSTAS – DA IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR CULPA E DA ALEGADA INTERPOSTA PESSOA: Aduz que “não existe qualquer lastro que possa dar suporte a essa conclusão, pois os fatos falam por si e as empresas foram constituídas em tempos distintos e não há vedação legal para contratação de empresa terceirizada para realizar determinado serviço para a contratante. Se assim for todas as prestadoras de serviços devem ser consideradas fraudulentas em suas constituições. Ademais, é comprovado por extratos bancários que a relação comercial entre as empresas perdurou por alguns meses apenas”.

j) Diante do exposto, é de rigor a reforma do V. acordão, a fim de afastar a incidência de multa qualificada no patamar de 150%, cabendo ao Agente Fiscal a obrigação de agir pautada na constituição federal e garantias do Contribuinte, de modo que a pena mais severa só deve ser aplicada quando indubitavelmente comprovado a ocorrência do disposto no mencionado artigo 44 da lei 9.430/96, o que não é o caso”.

k) Requereu o provimento do Recurso interposto para anular o auto de infração.

Às fls. 1199 dos autos – Recurso Voluntário apresentado EWERTON DE CASTRO, alegando em síntese:

a) DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SR. EWERTON DE CASTRO: Aduz percebe-se genérico e vacilante a imputação de suposto ato ilegal a pessoa do recorrente. No capítulo VIII do TCDF, que trata da representação fiscal para fins penais, ela refere-se à prática, em tese, de atos e fatos que configurariam crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social, materializado na circunstância de que "o contribuinte utilizou-se de interposta pessoa para efetuar uma grande movimentação de valores sem reconhecimento em seus registros contábeis e fiscais, com o objetivo de se eximir do pagamento dos tributos devidos e assim permanecer indevidamente no Simples Nacional";

b) DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PESSOAL (ART. 135,III, CTN): “Trata-se de premissas infundadas, em relação ao Recorrente, pois ele não poderia embarrasar a fiscalização, tampouco apresentar escrituração contábil, pois estava afastado da sociedade empresária. A interposta pessoa a que se refere o acórdão fora contratada para fazer a gestão de caixa, em face de desavenças entre o Recorrente e o outro sócio da autuada”. (...) Ora, a finalidade para qual tais cheques foram emitidos é totalmente alheia ao objeto social da empresa. Não está se falando de cheques emitidos a fornecedores ou representantes comerciais, que tinham por intuito adimplir relação comercial e fazer girar os negócios, ato de natureza eminentemente administrativa e que teria o condão de atestar a gestão dos negócios, mas de meros títulos emitidos para saldar obrigação do particular”.

c) Por fim, cumpre mencionar que, conforme exaustivamente pontuado, a responsabilização pelo artigo 135,III, exige agente próprio (gestor) e dolo. No

caso em exame não há a configuração precisa e irrefutável (necessária para configuração da responsabilidade pessoal) de quaisquer dos elementos do binômio "gestor X dolo".

d) DA DECADÊNCIA: Diz que “o marco inicial de contagem do prazo como sendo a respectiva averbação no contrato social é reforçado na redação do parágrafo único do artigo 1.057, também do CC/2002, que dita que a cessão de quotas terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes”.

e) Conforme restou patentemente provado, “o Recorrente, nos termos da alteração contratual de 26/05/2015, protocolizada em 03/06/2015 na Junta Comercial do Estado de São Paulo, retirou-se da sociedade”.

f) Requereu o provimento do Recurso Interposto, para anular o auto de infração e reconhecer a ilegitimidade do Recorrente de figurar no polo passivo.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Os recursos da contribuinte Silver e do solidário Ewerton Castro são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, por isso deles conheço.

Como já relatado o outro sócio responsabilizado solidariamente não apresentou impugnação, razão pela qual, caso mantido o lançamento, a responsabilização é definitiva quanto a ele.

Ademais, da análise das razões de impugnações e recursos, é possível verificar que elas repetem em muito as razões apresentadas nos autos do PAF n. 16004.720124/2017-61, já julgado por esta TO, e que tratava da exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

Mesmo nesses autos, os recorrentes continuam atacando as causas de exclusão, as quais já foram devidamente analisadas no processo próprio, tendo sido mantida a respectiva exclusão.

Assim é que, tendo sido mantida a exclusão, a consequência é a tributação no regime de tributação que poderia ser escolhido pelo contribuinte (o que optou por não fazer), e no caso concreto, acabou sendo arbitrado.

Desta feita, tendo sido repetidas diversas das razões já analisadas no PAF n. 16004.720124/2017-61, por consequência lógica, mantendo o mesmo voto nele proferido, o qual passo a reproduzir:

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

A Recorrente pleiteou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário constituído de ofício, em decorrência da exclusão de ofício, fulcro no art. 151, III, do CTN. Tal suspensão já foi reconhecida pela DRJ, a impugnação do ato de exclusão obsta a sua efetividade, todavia, sendo mantida a exclusão, deverão ser observados os efeitos fixados no ADE, e, caso seja julgado improcedente o ato de exclusão do Simples, a situação do sujeito passivo volta ao estado inicial, restabelecendo-se sua condição de optante.

O litígio constante deste processo consiste na inconformidade da interessada em relação o Despacho Decisório SAORT nº 312/2017, de 01/09/2017, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto - SP, fls. 184-190, que a excluiu do Simples Nacional a contar de 1º de janeiro de 2013, por ter a empresa incidido em hipótese de exclusão de ofício, nos termos dos incisos II, IV e VII da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos seguintes termos:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

[...]

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

[...]

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

[...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

O ato de exclusão está fundamentado nos fatos apurados em Representação Administrativa e tem por suporte os documentos anexos ao presente processo administrativo.

De sua parte, a contribuinte contesta as infrações apuradas pela fiscalização, alegando que o Despacho Decisório é nulo por serem contraditórias as imputações que lhe são feitas, como demonstram os trechos do relato da fiscalização que cita.

Defende, ainda, que não houve embaraço à fiscalização ou falta de fornecimento de informações, bem como que houve a entrega do Livro Caixa, sendo indevido, também, o enquadramento no art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. No tocante à constituição de empresa por interpresa pessoa, justifica que transferiu as transações bancárias da empresa para terceiro mediante contrato de prestação de serviços.

Afirma que “com relação aos efeitos da exclusão do simples nacional a data de 01.01.2013 não merece prosperar, pois, conforme prevê o artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, §1º, deve retroagir tão somente a partir do próprio mês em que incorridas”.

Com relação “aos cheques compensados e sacados, escriturados como saque para suprimento de caixa no período e créditos escriturados como depósito no período também não podem ser tidos como prova imprestável para apuração de débito, posto que usado como fluxo operacional da empresa e, confessados espontaneamente, declarados e aceitos pela Receita Federal do Brasil, com parcelamento efetuado e pagamento honrado pontualmente, de modo que acatando o descrito pelo Agente Fiscal a empresa seria duplamente penalizada, caracterizando a bitributação ou denominada também de bis in idem, sendo este fato abominado pela Legislação.

Aduziu que declarou os valores omitidos voluntariamente, confessando o débito razão pela qual seria aplicável o instituto da denúncia espontânea.

Diz que não existe qualquer lastro que possa dar suporte a essa conclusão, pois os fatos falam por si e as empresas foram constituídas em tempos distintos e não há vedação legal para contratação de empresa terceirizada para realizar determinado serviço para a contratante.

Questiona os efeitos da exclusão bem como defende inexistir qualquer ato de sonegação, fraude ou conluio.

Em que pese a impugnação quase nada enfrente, o Recurso acaba enfrentando as razões da DRJ, dialogando com a decisão, razão pela qual entendo não ter havido preclusão. Ademais, em que pese o Recurso não esteja assinado, ele foi protocolado por meio eletrônico, o que supre tal necessidade.

Tendo sido delimitados as razões de exclusão, bem como a irresignação da Recorrente, passo a analisar as hipóteses legais de exclusão aplicáveis ao caso concreto.

Do embaraço à fiscalização

Neste ponto, dispõe o inc. II do art. 29 da LC 123:

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

Nesse ponto, como bem relatado pela DRJ:

Consta no Despacho Decisório que a contribuinte foi intimada no Termo de Início de Ação Fiscal a apresentar Livros Diários ou Livros Caixa e extratos bancários referentes aos anos-calendário 2013 e 2014 em meio magnético, cópias das Notas fiscais eletrônicas emitidas nos anos calendário 2013 e 2014 e Livros de Registros de Entradas e Saídas, de todos os meses dos anos calendário 2013 e 2014, se escriturados (item 1.1 do DD).

O prazo para apresentação dos documentos foi prorrogado na data de 15/12/2016 por mais trinta dias conforme solicitado pela contribuinte. Já em 31/12/2016, a empresa foi novamente intimada para apresentar Livros e documentos requeridos no Termo de Início de Ação Fiscal.

Ato subsequente, em 16/02/2017, foi expedida pela fiscalização a RMF - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira para os Bancos Santander, Bradesco e Banco do Brasil.

Já em 19/02/2017, a contribuinte apresentou cópias dos extratos bancários dos bancos Santander e Bradesco, Livros de Entradas e Saídas dos anos calendário 2013 e 2014, e apresentou cópia de entrega de DCTF e EFD-Contribuições, mesmo estando a empresa no Simples.

Com relação à escrituração contábil, consta que em 23.03.2017 a contribuinte apresentou livro caixa, referente aos anos calendário 2013 a 2014 (fls. 23 a 53). Analisada a escrituração do livro caixa, a fiscalização constatou que: a) os históricos não identificavam os reais beneficiários ou destinatários; b) os cheques compensados e sacados eram escriturados como saque para suprimento de caixa no período, pelo valor mensal, e; c) que os créditos foram escriturados como depósito no período, pelo valor total mensal.

A contribuinte também foi intimada no Termo de fls. 65-73 a comprovar os créditos e valores sacados de suas contas correntes junto aos Bancos Bradesco, Santander e do Brasil, nele relacionados. Já no Termo de fls. 76-80, foi intimada a justificar e comprovar os destinos dos

cheques e saques efetuados em suas contas correntes junto aos bancos Bradesco, Santander e Brasil.

Além das referidas intimações, também foi instada a comprovar créditos e débitos encontrados na conta corrente em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro, fls. 87 a 124, tendo em vista que o sócio administrador da fiscalizada, o Sr. Christian Pardo Navarro, admitiu que utilizava as contas da citada empresa para as atividades comerciais da fiscalizada, em declarações prestadas na Polícia Federal nos autos do inquérito IPL 0254/DPF/SJE/SP (fls. 154 e 155), comunicado à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Registra, ainda, a autoridade fiscal no Despacho Decisório, que: "1.9 - Mesmo após reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a fiscalizada não apresentou livros devidamente escriturados, de modo a permitir a correta identificação da movimentação financeira, e utilizou-se de interposta pessoa para efetuar movimentação financeira/bancária com a finalidade de induzir ou manter a fiscalização em erro, com a finalidade de se manter como optante pelo Simples Nacional ou suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto na Lei Complementar 123/2006;".

Com efeito, a contribuinte entregou, mediante intimação, os extratos bancários e os livros Caixa, além outros documentos dantes relacionados.

Todavia, não atendeu ao pedido de esclarecimento da origem dos recursos e de sua movimentação financeira, bem como dos valores sacados de suas contas correntes, como bem retratado no histórico das intimações fiscais, sendo que tais fatos caracterizam o embaraço à fiscalização.

Não basta que o contribuinte apresente livros ou parte de documentos fiscais se os mesmos forem imprestáveis para comprovar ou demonstrar a movimentação financeira da empresa.

No caso concreto, ficou mais do que comprovada a utilização de outra pessoa jurídica constituída por interposta pessoa para concentrar a movimentação financeira e reduzir a tributação (tal tópico será analisado especificamente em seguida). Desta forma, ficou absolutamente demonstrado que haviam contas bancárias e recursos paralelos, não informados e nem levados à tributação pela empresa.

Tal fato, inclusive, foi confessado pelo sócio da Recorrente, o Sr. Christian Pardo Navarro em Declaração prestada perante a Polícia Federal, objeto do IPL 0254/2015-4:

Everton, quando ambos combinaram em transferir para a firma individual de Tamires Borges Cordeiro, identificada à folha 20 e 84/85 dos autos, os valores do faturamento auferido pela empresa SILVER AND GOLD; QUE desta maneira, os clientes da empresa SILVER AND GOLD foram orientados a depositarem recursos financeiros de créditos dévidos a empresa SILVER, na conta bancária da firma individual Tamires Borges Cordeiro; QUE por sua vez, mediante orientação do declarante e do seu sócio Everton, a firma individual Tamires Borges Cordeiro direcionava da sua conta bancária para contas de terceiros credores da SILVER AND GOLD os recursos financeiros do faturamento desta última empresa; QUE por essa razão, explica-se a movimentação financeira ocorrida na conta bancária da firma individual de Tamires Borges Cordeiro. ME, no período de 01/08/2014 a 16/10/2014, nas circunstâncias de valores mencionados no ítem 1.1 do Relatório de Inteligência Financeira de folha 5/6 dos autos; QUE o declarante assegura que todos os valores movimentados na conta bancária da firma individual de Tamires Borges Cordeiro foram oriundos do faturamento da própria empresa SILVER AND GOLD e destinados para terceiros credores desta empresa; QUE a empresa

Assim é que, havendo a manutenção de uma contabilidade paralela, por si só isto já torna a documentação incompleta. Ademais, sempre que instada para apresentar esclarecimentos, a contribuinte não logrou êxito.

Nesse sentido, cumpre ressaltar ainda outros fatos registrados no processo que, para mim, deixam bastante claro e caracterizado o embaraço.

A soma dos valores das notas fiscais eletrônicas emitidas no período de 09/2013 a 12/2014 R\$ 577.480,37, por sua vez, os valores informados no PGDAS-D entregues antes do início da ação fiscal totalizou em 2013 a importância de R\$ 1.148.532,55 e R\$ 3.039.371,90 em 2014, conforme cópia do PGDAS – D anexados às folhas 163 a 168 e demonstrado a fl. 158 da Representação.

Já os valores escriturados nos livros entregues em 19/02/2017 – R\$ 3.146.273,11 = Total em 2013 e R\$ 11.403.047,18 demonstrado a fl 158 da Representação e cópia dos livros apresentados pelo interessados constantes do arquivo não paginável anexo a resposta a intimação de 19/02/2017 a fl. 19. Ressalte-se que, ao contrário do quanto por ele alegado, não se configurou a denúncia espontânea visto que, além do registro ter se dado após o início do procedimento de fiscalização, não foi acompanhado do recolhimento integral dos tributos omitidos.

Ainda, em 23/03/2017, a contribuinte apresentou livro caixa, referente anos calendários 2013 a 2014 (fls. 23 a 53), onde os históricos não identificam os reais beneficiários ou destinatários, os cheques compensados e sacados são escriturados como saque para suprimento de caixa no período, pelo valor mensal e também, os créditos são escriturados como depósito no período, pelo valor total mensal.

Em 23/05/2017 a fiscalizada foi intimada para comprovar os créditos e os valores sacados em suas contas correntes junto aos Bancos Bradesco, Santander e do Brasil (fls. 65 a 73) e na mesma data foi intimada para justificar os débitos (fls. 76 a 86), sendo que os créditos somaram R\$ 4.045.674,46 e os débitos R\$ 3.048.106,26;

Em 13/06/2016, a contribuinte foi intimada para comprovar os créditos e débitos encontrados na conta corrente em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro, fls. 87 a 124, tendo em vista que o próprio sócio administrador, Christian Pardo Navarro, admitiu que utilizava as contas da citada empresa para suas atividades comerciais, em declarações prestadas na Policia Federal, nos autos do inquérito IPL 0254/DPF/SJE/SP, fls. 154 e 155. O créditos somaram R\$ 13.784.526,88 e os débitos R\$ 12.196.401,03;

Ainda, diligências realizadas em várias empresas que efetuaram transferências, TED e depósitos, para a conta corrente em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro, identificados pelas instituições financeiras, confirmaram que os valores se tratavam de compra de joias e que os valores forma depositados na conta de Tamires Borges Cordeiro, por orientação da Silver And Gold, observando que nenhum dos contribuintes intimados possuía a correspondente nota fiscal eletrônica emitida e que as pessoas citadas são comerciantes de joias, com empresas ativas;

A empresa registrou notas fiscais eletrônicas referente compras nos anos calendários 2013 e 2014 de apenas R\$ 53.224,97 e emitiu apenas 28 notas fiscais de venda no valor total de R\$ 577.480,37.

Mesmo após reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a fiscalizada não apresentou livros devidamente escriturados, de modo a permitir a correta identificação da movimentação financeira, e utilizou-se de interpresa pessoa para efetuar movimentação financeira/bancária com a finalidade de induzir ou manter a fiscalização em erro, com a finalidade de se manter como optante pelo Simples Nacional ou suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto na Lei Complementar 123/2006.

Assim, restou claro que a Recorrente sistematicamente foi criando embaraços à fiscalização, apresentando documentos registrando movimentações em valores gradativamente superiores, para teoricamente demonstrar uma suposta denúncia espontânea. Entretanto, ao mesmo tempo em que apresentava novos documentos, os livros n~ao permitiam qualquer identificação da origem dos depósitos e receitas.

A título de exemplo, segue abaixo um dos lançamentos:

31/03	61 100	VENDAS DE MERCADORIA NO PERÍODO	98.152,28	0,00	73.246,58
-------	--------	---------------------------------	-----------	------	-----------

Além disso, diversos são os lançamentos de supostos saques para suprimento de caixa sem qualquer justificativa. O contribuinte tem a obrigação de ter condições de prestar os devidos esclarecimentos quanto à sua atividade empresarial, sempre que necessário. Entretanto, caso tais informações não sejam prestadas, existem consequências legais para isso, cabendo a ele assumir as consequências dos seus atos.

Na prática, diante do modus operandi da Recorrente, a fiscalização levou quase 01 ano colhendo provas para conseguir concluir o procedimento fiscal, o que também demonstra o claro embaraço à atividade fiscalizatória. A apuração do crédito tributário só foi possível com muita dificuldade, e após expedição de RMF, circularização com clientes, análise de extratos bancários, entre outros.

Assim é que, restou absolutamente demonstrado o embaraço à fiscalização, sendo que tal fato, por si só, já seria suficiente à exclusão, muito embora o contribuinte também tenha incorrido em outras hipóteses de exclusão.

Tanto assim, se fosse válido o argumento do contribuinte, o embaraço apenas estaria configurado quando fosse absolutamente impossível apurar o crédito a se constituir, o que demandaria a hipótese de arbitramento. E mesmo assim, para vários dos meses autuados o fiscal socorreu-se ao arbitramento, exatamente pela imprestabilidade da documentação contábil e fiscal.

Não há nada de contraditório na conclusão da fiscalização e da DRJ, vez que absolutamente fundamentados nos fatos. O embaraço não se constitui apenas quando o contribuinte não apresenta documentos, mas também quando atua na tentativa de retardar ou dificultar a fiscalização, bem como apresenta documentos que mascaram a realidade financeira e contábil da empresa (o que ocorreu no presente caso).

Pelo contrário, o que é contraditório é, diante de todos esses fatos, o contribuinte alegar que nunca houve atos com intuito de ludibriar ou omitir informações da Receita Federal e, toda documentação/informação solicitada foi tempestivamente fornecido pela Recorrente, conforme protocolos de entrega de documentações.

Assim, restando configurada tal hipótese de exclusão, passo a análise das outras duas hipóteses de exclusão de ofício em que o contribuinte incorreu.

Da Falta de escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

Da Constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa.

Além da hipótese do inc. II do art. 29 da LC 123 que, por si só já seria suficiente para justificar a exclusão de ofício, a exclusão da contribuinte do Simples Nacional também teve por fundamento o inciso VIII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, pela falta de escrituração do livro caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária,

consoante o disposto nos artigos 29, incisos IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Esta infração está intimamente ligada aos fatos verificados junto à pessoa jurídica Tamires Borges Cordeiro (CNPJ 18.945.521/0001-87), a qual a fiscalização concluiu tratar-se de empresa constituída pela contribuinte por interposta pessoa, com a finalidade de realizar a movimentação bancária relacionada a sua atividade comercial. EM razão disso farei a análise em conjunto.

Por sua vez, a constituição de empresa por interposta jurídica também é motivo para a exclusão do Simples Nacional com fulcro no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar 123, de 2006.

Quanto aos fatos, conforme relatado pela fiscalização, a manifestante tem por objeto social o comércio atacadista de joias, relógios e bijuterias, inclusive pedras preciosas e semipreciosas lapidadas. E, no procedimento de auditoria, restou constatado que a empresa realizou a movimentação bancária da referida atividade utilizando-se de contas bancárias de titularidade da empresa individual Tamires Borges Cordeiro (CNPJ 18.945.521/0001-87). Tais fatos levaram a conclusão de que esta última se trata empresa constituída por pessoa interposta, com a finalidade de dificultar a fiscalização e apuração de fatos geradores das obrigações tributárias da ora manifestante, e, por consequência, manter seu faturamento dentro dos limites legais para usufruir dos benefícios tributários do Simples Nacional.

Desta feita, em que pese a contribuinte, no procedimento fiscal, ter apresentado escrituração contábil, esta não registrava toda a movimentação financeira, inclusive bancária. Cumpre citar o relatório do Despacho Decisório:

1.6 - Em 13/06/2016, a contribuinte foi intimada para comprovar os créditos e débitos encontrados na conta corrente em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro, fls. 87 a 124, tendo em vista que o próprio sócio administrador, Christian Pardo Navarro, admitiu que utilizava as contas da citada empresa para suas atividades comerciais, em declarações prestadas na Polícia Federal, nos autos do inquérito IPL 0254/DPF/SJE/SP, fls. 154 e 155. O créditos somaram R\$ 13.784.526,88 e os débitos R\$ 12.196.401,03;

1.7- Diligências realizadas em várias empresas que efetuaram transferências, TED e depósitos, para a conta corrente em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro, identificados pelas instituições financeiras, confirmaram que os valores se tratavam de compra de jóias e que os valores forma depositados na conta de Tamires Borges Cordeiro, por orientação da Silver And Gold, observando que nenhum dos contribuintes intimados possuía a correspondente nota fiscal eletrônica emitida e que as pessoas citadas são comerciantes de joias, com empresas ativas;

1.8- A empresa registrou notas fiscais eletrônicas referente compras nos anos calendários 2013 e 2014 de apenas R\$ 53.224,97 e emitiu apenas 28 notas fiscais de venda no valor total de R\$ 577.480,37;

1.9- Mesmo após reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a fiscalizada não apresentou livros devidamente escriturados, de modo a permitir a correta identificação da movimentação financeira, e utilizou-se de interposta pessoa para efetuar movimentação financeira/bancária com

a finalidade de induzir ou manter a fiscalização em erro, com a finalidade de se manter como optante pelo Simples Nacional ou suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto na Lei Complementar 123/2006;

Em seu recurso, a contribuinte alega que sua relação com a empresa individual Tamires Borges Cordeiro - ME decorre de contrato de prestação de serviços entre as partes, em face do qual esta última fazia todo o controle financeiro da contratante (então Silver and Gold). Diz que para a execução do contrato a Tamires Borges Cordeiros movimentava sua conta bancária, fazendo vários pagamentos a fornecedores, depósitos, emissão de cheques, transferências bancárias. Afirma que referida empresa individual era responsável por todo o setor financeiro da Silver and Gold (atual Silver Oil), uma vez que esta não tinha em seus quadros pessoa competente para realizar esse tipo de serviço.

Chama atenção o fato de que tal suposto vínculo contratual apenas “apareceu” em sede de recurso, não havendo qualquer reconhecimento de firma ou fato que consiga comprovar sua contemporaneidade. No Termo de Intimação Fiscal nº 08, de 08/06/2017, a contribuinte foi intimada para esclarecer a movimentação financeira ocorrida por meio da conta de titularidade da empresa individual de Tamires Borges Cordeiros junto ao Banco Bradesco (destinos dos cheques/saque e créditos havidos), todos relacionados em planilhas anexas, bem como a informar se se tratavam de vendas/compras, de produtos ou serviços, indicando as respectivas Notas Fiscais. Entretanto, no procedimento fiscal, a contribuinte não apresentou nenhuma justificativa à fiscalização.

Já em sua manifestação de inconformidade, a contribuinte expressamente admite que a Tamires Borges Cordeiros usava sua conta bancária, fazendo vários pagamentos a fornecedores, depósitos, emissão de cheques, transferências bancárias, relacionados à atividade da Silver and Gold (atual Silver Oil), todavia, não apresentou cópia do suposto contrato de prestação de serviços firmado com a referida empresa individual.

Do mesmo modo, em sua manifestação, a interessada não comprovou que as transações pertinentes às movimentações bancárias ocorridas por intermédio da empresa individual Tamires Borges Cordeiro foram registradas no seu livro caixa, tampouco que integraram o faturamento declarado para fins de apuração do valor devido ao Simples Nacional.

Desta feita, assiste razão a fiscalização, ao concluir que a contribuinte não registrou qualquer evento contábil que pudesse respaldar as transações ocorridas em face do alegado contrato de prestação de serviços.

Anote-se, ainda, que a Tamires Borges Cordeiro - ME, aberta em 24/09/2013 e baixada em 02/06/2016 (fl. 172), entregou declaração como “inativa” para todos os exercícios.

Ainda, e nesse ponto chamo atenção para a gravidade da situação, pelo contexto fático e probatório, estou absolutamente convencido que a Recorrente “produziu” o referido contrato, e age dolosamente faltando com a verdade e tentando enganar essa Turma Julgadora.

Isto porque, o próprio sócio da recorrente confessou e assumiu perante a Polícia Federal que a empresa Tamires Borges Cordeiro (constituída em nome de outra pessoa) era usada para receber depósitos e fazer pagamentos relativos à contribuinte, senão vejamos novamente trechos do termo de depoimento prestado no IPL 0254/2015-4:

Everton, quando ambos combinaram em transferir para a firma individual de Tamires Borges Cordeiro, identificada à folha 20 e 84/85 dos autos, os valores do faturamento auferido pela empresa SILVER AND GOLD; QUE desta maneira, os clientes da empresa SILVER AND GOLD foram orientados a depositarem recursos financeiros de créditos dévidos a empresa SILVER, na conta bancária da firma individual Tamires Borges Cordeiro; QUE por sua vez, mediante orientação do declarante e do seu sócio Everton, a firma individual Tamires Borges Cordeiro direcionava da sua conta bancária para contas de terceiros credores da SILVER AND GOLD os recursos financeiros do faturamento desta última empresa; QUE por essa razão, explica-se a movimentação financeira ocorrida na conta bancária da firma individual de Tamires Borges Cordeiro ME, no período de 01/08/2014 a 16/10/2014, nas circunstâncias de valores mencionados no ítem 1.1 do Relatório de Inteligência Financeira de folha 5/6 dos autos; QUE o declarante assegura que todos os valores movimentados na conta bancária da firma individual de Tamires Borges Cordeiro foram oriundos do faturamento da própria empresa SILVER AND GOLD e destinados para terceiros credores desta empresa; QUE a empresa

SILVER AND GOLD sempre foi tributada pelo simples nacional; QUE porém, somente no ano de 2015 foi que a empresa SILVER AND GOLD declarou ao fisco federal os valores do seu faturamento, movimentados em conta bancária da mencionada firma individual de Tamires Borges Cordeiro ME, conforme documentação que será apresentada nos autos ainda na data de hoje; QUE em junho de 2015, Everton de Castro se retirou da empresa SILVER AND GOLD, sendo admitida na sociedade comercial MÁRCIA PECINA RODRIGUES IDENAGA NAVARRO, atualmente ex-mulher do declarante, conforme ficha cadastral de folha 27 dos autos; QUE o declarante também exerce a advocacia privada e já prestou serviços à Defensoria Pública deste Estado, mediante convênio da OAB, conforme informado à folha 69/70 dos autos; QUE a

Assim, há clara confissão de que a empresa Tamires Borges não era prestadora de serviço, mas sim concentrava a movimentação financeira da recorrente, especialmente para evitar a exclusão do Simples por movimentação incompatível. Vale lembrar que foram movimentados mais de R\$ 13 milhões na conta desta empresa, e que esses valores confessadamente eram da Recorrente.

Ademais, o contrato de prestação apresentado não comprova o alegado vínculo, primeiro que é contraditório com a própria confissão do sócio; segundo que apenas apareceu em sede recursal; terceiro que é instrumento particular sem qualquer prova de contemporaneidade aos fatos; quarto, mesmo que a relação comercial existisse, isso não elidiria a infração uma vez que

confessadamente os recursos eram da Recorrente, não foram escriturados e nem levados à tributação.

Ainda, chama atenção o valor indicado para a prestação do suposto serviço, vez que consta no contrato um valor de pagamento mensal de R\$ 2.800,00, ao passo que a Recorrente não comprovou sequer um desses pagamentos. Ainda, chama atenção a desproporção entre o valor da suposta remuneração e a movimentação financeira efetiva da empresa Tamires Borges Cordeiro.

Por último, as circularizações feitas também demonstraram que a suposta empresa de cobrança não possuía nenhuma atuação na medida em que, os depósitos em sua conta eram feitas por orientação da própria Recorrente, não sendo emitidas as respectivas notas fiscais.

Assim, temos um suposto vínculo contratual que não foi informado quando da fiscalização, falta de comprovação de qualquer pagamento por prestação de serviço, completa desproporção entre os valores movimentados, confissão do sócio, e ainda a circularização que demonstra que os depósitos eram feitos por orientação da própria recorrente. Ou seja, sendo verdadeiros os argumentos, a Recorrente é quem realizava o serviço de cobrança para a suposta prestadora de serviço por ele contratada! Cito exemplo:



A empresa em epígrafe, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal citado, informa o que segue:

Com relação as transferências efetuadas para a empresa **TAMIRES BORGES CORDEIRO – ME**, CNPJ -**18.945.521/0001-87**, foram referentes aos pagamentos de compras de jóias da empresa **SILVER AND GOLD Com. De Metais Ltda**, CNPJ -**10.945.120/0001/0001-15**, e que somente foi feito nessa conta, a pedido da mesma (**Silver And Gold**).

Outrossim, informo que com relação ao documento fiscal este não foi localizado, presumindo que a mesma não fora emitida.

RELAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA			
Dia	Banco/Agência	Histórico	Vr. da Transação
27/02/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO EM C/C AUTOAT	R\$ 11.847,18
15/04/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO EM C/C AUTOAT	R\$ 13.782,68
24/06/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO ENTRE AG/CHEQUE	R\$ 10.831,00
30/06/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO ENTRE AG/CHEQUE	R\$ 10.831,00
30/07/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO ENTRE AG/CHEQUE	R\$ 10.831,00
16/09/2014	237-6708-22608	DEPÓSITO ENTRE AG/CHEQUE	R\$ 17.800,00

Certo do cumprimento do referido termo, subscrevo-me,

M OLIVEIRA LOPES EIRELI-ME
CNPJ 01589080/0001-28

O que se vê, claramente, é uma atuação dolosa de manipulação e produção de provas de um vínculo inexistente, o que apenas confirma a incorrencia das outras duas hipóteses de exclusão.

Neste ponto, a análise da DRJ foi perfeita:

Na situação ora evidenciada, verifica-se não se tratar de prestação de serviços mediante contrato, este sequer apresentado pela contribuinte, mas sim, da utilização de empresa constituída em nome de terceiros, com o fim exclusivo de manter a interessada no Simples Nacional.

Assim, é inverídica a alegação da contribuinte, de que jamais tentou omitir, sonegar ou induzir alguém ao erro, porquanto a auditoria fiscal evidenciou que a fiscalizada reduziu seu faturamento, de forma a manter-se como optante pelo Simples, mediante a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa. Além disso, as provas coletadas apontam que o livro-caixa não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária da empresa.

Deve-se atentar, como feito pela autoridade fiscal, que os fatos não devem ser analisados isoladamente, mas sim compõem conjunto probatório, cujos elementos/indícios possibilitam a formação da convicção em relação à matéria analisada.

E, caracterizado que a forma jurídica adotada não reflete a realidade (verdade material), o Fisco encontra-se autorizado “a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes” (Amaro, Luciano, ob. cit., p. 233/234)

Esta determinação de efeitos tributários impõe que, em sendo constatado que a empresa manteve seu faturamento nos limites legais para permanência do Simples, mediante a ocultação do seu faturamento pela realização de transações comerciais com a utilização de interposta pessoa jurídica, e, ainda, deixando de escriturar sua movimentação financeira, inclusive bancária, necessariamente esta pessoa jurídica deve ser excluída do Simples Nacional.

Posto isso, conclui-se que a manifestante incorreu nas hipóteses de exclusão do Simples Nacional previstas no art. 29, IV e VIII da Lei Complementar nº 123/2006.

Nesse ponto cumpre questionar, o Recorrente quer provas mais robustas do que essas?? É absolutamente comprovada, em atenção ao princípio da verdade material, a atuação dolosa, fraudulenta e simulatória da recorrente. E tal atuação foi confessada pelo próprio sócio em depoimento perante a Polícia Federal! Cumpre ressaltar ainda que, como bem ressaltado pelo Sr. Christian, o mesmo é advogado, portanto, sequer poderia alegar desconhecimento do que estava confessando.

Assim, entendo estarem absolutamente configuradas também as hipóteses nas hipóteses de exclusão do Simples Nacional previstas no art. 29, IV e VIII da Lei Complementar nº 123/2006, sendo correto o efeito retroativo da exclusão, bem como a impossibilidade de adesão ao Simples por 10 anos. Trata-se de tripla hipótese de exclusão, claramente qualificada pelo dolo e atos simulatórios do contribuinte.

Outrossim, por tudo o quanto demonstrado, também não assiste razão ao Recorrente na alegada nulidade do Ato declaratório, visto que não houve qualquer contradição, estando as hipóteses de exclusão claramente delimitadas e embasadas em lei.

Face a tudo o quanto exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso Voluntário.

É como voto.

Assim é que, pelas razões já expostas no referido voto, deixo de acolher as razões recursais pelos mesmos fundamentos.

Desta feita, resta analisar, quanto ao presente lançamento, impugnações específicas, como as alegações de nulidade do lançamento, questionamentos ao procedimento de arbitramento adotado, questionamento à multa qualificada, bem como os argumentos quanto à solidariedade do responsável Ewerton.

Inicialmente, passo à análise das razões recursais da contribuinte.

Quanto às alegações de nulidade, a contribuinte Silver Oil apresenta 02 alegações de nulidade. A primeira delas reporta a uma “suposta” nulidade do lançamento em razão de o relatório da DRJ ter citado fundamento legal inaplicável, senão vejamos:

A Contribuinte, em sua Impugnação já pleiteou a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a classificação genérica das supostas irregularidades praticadas.

Todavia, no relatório do v. Acórdão verifica-se a menção de lançamentos de IRPJ e de CSLL por arbitramento de lucro fundamentado no inciso II do artigo 500 do RIR – (Decreto nº 3000 de 1999), (fls. 15, 4º parágrafo) .

Todavia, o referido artigo trata de assunto diverso. veja:

“Art. 500. As empresas titulares do PDTI poderão ter um crédito de até cinqüenta por cento do imposto retido na fonte incidente sobre os valores pagos, remetidos ou creditados a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, a título de royalties, assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhadas, e de serviços técnicos especializados, previstos em contratos averbados nos termos do Código da Propriedade Industrial, quando o programa se enquadrar em atividade industrial prioritária”.

Também não existe no referido artigo 500 o inciso II, ou seja, está devidamente provado que a fundamentação é inexistente, o que enseja definitivamente a nulidade do v. Acórdão e do Auto de Infração.

Nessa esteira, resta evidente que a Contribuinte estava dotada de razão quando pleiteou em sede de impugnação a nulidade do Auto de Infração, razão pela qual requer neste momento a reforma do decisório para decretar a nulidade do procedimento administrativo fundado em discriminação genérica dos fatos.

A referência ao referido artigo ocorreu no relatório do voto da DRJ, na página 15, e foi feito da seguinte forma:

Os lançamentos de IRPF e de CSLL foram efetuados por arbitramento do lucro, com fundamento no inciso II do art. 500 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR (Decreto nº 3000, de 1999), tendo em vista que a escrituração contábil mantida pela contribuinte é imprecisa para a determinação do Lucro Real.

Inicialmente cumpre esclarecer que, hipoteticamente, se tal fato fosse alguma causa de nulidade, certamente não seria do lançamento, mas eventualmente da decisão da DRJ. Entretanto, este não é o caso.

Isto porque, a nulidade apenas é verificada quando se constata algum prejuízo ao contribuinte que venha cercear o seu direito de defesa, o que não ocorreu no caso.

Claramente, a referência ao art. 500 tratou-se de erro de digitação no Acórdão da DRJ, quando o correto seria o art. 530 inc. II do RIR, exatamente como consta no TVF, senão vejamos:

Portanto, o contribuinte terá seus lucros arbitrados com base no artigo 530, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda, tendo como base de cálculo a receita abaixo detalhada.

Os Livros apresentados, pelo contribuinte, trazem totais mensais do débitos e créditos e não identificam os beneficiários ou destinatários, folhas 41 a 71.

O artigo 530 do RIR – Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3000/99, diz expressamente:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escrutar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

A receita declarada a ser considerada é aquela constante dos PGDAS entreques até o início da ação fiscal, abaixo detalhada:

Assim, em que pese o claro erro de digitação, o próprio Acórdão da DRJ falava de arbitramento, e o TVF é absolutamente claro e fundamentado nos dispositivos legais aplicáveis. Por outro lado, o contribuinte entendeu claramente a acusação, não havendo qualquer prejuízo do seu direito de defesa.

Desta feita, não acolho a preliminar de nulidade arguída pela contribuinte.

A segunda preliminar de nulidade dos lançamentos, é aduzida genericamente, nos seguintes termos:

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DO IRPJ, CSLL, PIS E CONFINS E A IMPUGNAÇÃO AO ARBITRAMENTO DO LUCRO PARA LANÇAMENTO DO IRPJ E CSLL

Entendeu os Julgadores que não houve causa de nulidade do Auto de Infração.

Todavia, conforme explanado na preliminar arguida reitera-se o pedido de nulidade do auto de infração e do v. Acórdão por estar em desconformidade com os preceitos legais e obrigações da administração pública, a qual deve pautar-se inquestionavelmente nos fatos verídicos, nas provas contundentes, na busca da verdade material e principalmente

amparado claramente pela lei, não podendo haver embasamento por dedução, analogia ou presunção de artigo legal.

Assim, para evitar estender repetidamente, a questão de nulidade aqui discutida está devidamente contestada e debatida no tópico da preliminar, devendo, aqui ser reiterada.

Portanto, reitera-se o pedido preliminar de nulidade do Acórdão e do Auto de Infração.

Por sua vez, na impugnação o contribuinte não arguiu especificamente nenhuma preliminar, apenas formulou pedido de nulidade do auto de IRRF, que sequer é objeto do presente lançamento. Vê-se, portanto, que não há o que ser reiterado quanto à impugnação.

Esse segundo tópico de nulidade é absolutamente genérico. Por tudo o quanto já relatado e exposto, a exclusão do SIMPLES se deu em razão de 0 causas excludentes, e já foi julgado e mantido. Por sua vez, os lançamentos consequentes se deram por arbitramento, e seguiram as normas legais aplicáveis, não havendo nenhuma causa de nulidade do lançamento a ser acatada.

No Termo de Constatação estão relatados, cronologicamente, todos os fatos ocorridos no transcurso do procedimento fiscal. Dele se infere que a empresa foi intimada em inúmeras oportunidades para apresentar documentos, objetivando a fiscalização verificar a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias por parte da empresa, que teve pleno conhecimento do desenrolar da ação fiscal.

Frise-se, ainda, que os interessados tomaram conhecimento dos autos de infração e lhes foi oportunizado o direito de defesa, que se perfectibilizou por meio da apresentação das presentes impugnações, onde demonstram possuir pleno conhecimento das infrações que lhes são imputadas.

Assim, por tudo o quanto exposto, nego provimento às preliminares de nulidade arguidas pela contribuinte.

Passo à análise das demais razões recursais.

Quanto aos questionamentos relativos ao arbitramento, a Recorrente insiste em reiterar o vínculo contratual com a empresa Tamires, fato já enfrentado no processo de exclusão.

No mais, diz que a documentação não é imprestável e que não seria caso de arbitramento.

De fato, não apresenta nenhum argumento concreto.

Quanto à correção do procedimento fiscal, o Acórdão da DRJ é irretocável:

O lucro arbitrado foi apurado em face de duas circunstâncias apuradas pela fiscalização. A primeira diz respeito à receita omitida em decorrência do esquema de vendas (envolvendo terceira pessoa jurídica), e a segunda da própria

exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2013 (recálculo dos tributos devidos sobre a receita declarada na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN).

Em síntese, a interessada pleiteia seja reconhecida a existência do instrumento particular de prestação de serviços firmado entre a então Silver And Gold Comércio de Metais Ltda. (atualmente Silver Oil Eireli) e a empresa TAMIRES BORGES CORDEIRO-ME, motivo pelo qual referida empresa passou a prestar serviços particulares de cobrança em nome da primeira, mediante remuneração mensal. Requer, ainda, que seja reconhecido que os valores mantidos em contas correntes bancárias próprias da empresa TAMIRES BORGES CORDEIRO-ME foram transferidos diretamente para os fornecedores de mercadorias para revenda, para fornecedores diversos de itens de despesas operacionais, comerciais e administrativas, mediante autorização prévia da contratante Silver And Gold Comercio de Metais Ltda. - ME.

Pugna, ainda, seja reconhecida e processada toda a escrituração fiscal e contábil, como suas declarações, tanto no período em que a empresa era optante pelo Simples Nacional, como também no período em que excedeu o limite do faturamento e optou pelo Lucro Presumido, e, assim sendo, seja descaracterizado o Lucro Arbitrado do todo o período fiscalizado.

Registre-se, inicialmente, que a empresa, no período examinado, manteve-se no Simples Nacional, não sendo verídica a afirmação de que foi excluída temporariamente do Simples pelo excesso de faturamento.

Outrossim, uma vez excluída do Simples Nacional, a contribuinte sujeita-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme art. 32 da LC 123/2006, reproduzido abaixo:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas

Destarte, em face do litígio posto, mister verificar se o procedimento apuração do imposto com base no lucro arbitrado está correto, ou seja, se presente hipótese legal que autorize tal procedimento.

O lucro arbitrado é um método alternativo para a quantificação do lucro tributável para as pessoas jurídicas, admitido pelo art. 47 da Lei nº 8.981, de 20.01.1995:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não manter escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958;

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

VIII – o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que tratam § 2º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

A fiscalização somente poderá lançar mão desse expediente mais gravoso de apuração do imposto de renda e da contribuição social quando a escrituração do contribuinte não permitir, de fato, a apuração do resultado tributável, conforme também normativa o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3000, de 99), no seu art. 530:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a)identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b)determinar o lucro real;

III-o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

Presentes estas circunstâncias, o procedimento de arbitramento do lucro não pode nem mesmo ser invalidado pela apresentação posterior ao lançamento da documentação contábil, conforme a seguinte súmula do CARF:

Súmula CARF nº 59: *A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.*

Nos termos da legislação acima transcrita, a fiscalização, ao se deparar com empresas que não fazem as entregas regulares das DIPJ, não são encontradas em seus domicílios fiscais declarados e os sócios não são encontrados e apresentam características de serem interpostas pessoas, e ainda quando essas pessoas jurídicas apresentam movimentação financeira incompatíveis com as receitas encontradas ou declaradas ao Fisco, está autorizada a fazer o uso de arbitramento de receitas para a lavratura do auto de infração.

No caso em apreço, a fiscalização demonstrou que a escrituração contábil apresentada pela empresa era imprestável para determinação do Lucro Real, vez que constatou, em suma, que houve movimentação financeira, especialmente bancária, por interposta pessoa; movimentação bancária não identificada no Livro Caixa apresentado, mas evidenciada por extratos bancários obtidos; constatação, ainda, da ausência de emissão de Notas Fiscais na revenda de mercadorias, conforme apurado mediante diligências junto às empresas adquirentes.

Vejamos com maior detalhe os fatos colhidos no Termo de Constatação.

De acordo com a autoridade lançadora, no período lançado a Autuada tinha por objeto social o comércio atacadista de jóias, relógios e bijuterias, inclusive pedras preciosas e semipreciosas lapidadas. No procedimento de auditoria, restou constatado que a empresa realizou movimentação bancária referente a referida atividade utilizando de conta bancária de titularidade da empresária individual Tamires Borges Cordeiro (CNPJ 18.945.521/0001-87), o que levou a conclusão de que esta última se trata empresa constituída por pessoa interposta, com a finalidade de dificultar a fiscalização e apuração de fatos geradores de suas obrigações tributárias, e, por consequencia, manter seu faturamento dentro dos limites legais para usufruir dos benefícios tributários do Simples Nacional.

Acerca destes fatos, relata a fiscalização no Termo de Constatação e Descrição dos Fatos (fls. 750-778):

III- Da empresa individual Tamires Borges Cordeiro – ME: sócia Tamires Borges Cordeiro, afirma “...que formalizou contrato com a empresa Silver na Gold, representada por Christian, supervisionado pelo advogado e cunhado Luis Eduardo Pagliuso, ... que a empresa se obrigou a pagar a declarante a quantia de R\$ 2.800,00 mensais pela prestação do serviços de cobrança; Que recorda que a empresa foi titular de uma conta corrente na agência da Avenida Danilo Galeazi, do Banco Bradesco, desta cidade; Que através da referida conta bancária, clientes da empresa Silver And Gold faziam seus créditos devidos a esta empresa, cobrados pela firma individual da declarante; que a declarante verificava os valores depositados na conta da sua firma individual e os repassava para a conta de terceiros, seguindo orientação de Christian; Que acredita que a empresa Silver and Gold realizava o comércio de jóias nesta cidade; Que acredita que movimentava, mensalmente, cerca de R\$ 1.000.000,00 na conta da firma individual, cujos créditos foram feitos por clientes da Silver na Gold e os débitos também foram feitos em favor de terceiros indicados pela mesma empresa Silver na Gold; Que a declarante não teve conhecimento dos negócios entre a empresa Silver e seus clientes que geraram débitos e créditos em conta da firma individual....Que não tem mais em seu poder cópia do contrato particular que firmou com a empresa Silver na Gold...; Que a declarante prestou serviços para a empresa Silver na Gold por alguns meses do ano de 2014 e deixou de dar continuidade dos referidos serviços, em razão de não sentir segura das elevadas somas movimentadas....”, folhas 741 e 742.

Analizando depoimento acima, nota-se o emprego de verbos e expressões que denotam incertezas, tais como “recorda”, “acredita”, que não “Tinha conhecimento”, demonstrando, assim, que a conta era na verdade movimentada pela empresa Silver And Gold, mas em nome da empresa Tamires Borges Cordeiro.

Em seu depoimento de 20.05.2016, o sócio administrador Christian Pardo Navarro, declara “...Que em meados de 2014, o declarante entrou em desentendimento pessoal com o seu sócio Everton, quando ambos combinaram em transferir para a firma individual de Tamires Borges Cordeiro, os valores do faturamento auferido pela empresa Silver na Gold; Que desta maneira, os clientes da empresa foram orientados a depositarem recursos financeiros de créditos devidos a Silver, na conta da firma individual Tamires Borges Cordeiro; Que por sua vez, mediante orientação do declarante e do seu sócio Everton, a firma individual Tamires Borges Cordeiro direcionava da sua conta bancária para conta de terceiros credores da Silver na Gold, os recursos financeiros do faturamento da Silver; Que assegura que todos os valores movimentados na conta bancária da firma individual de Tamires Borges Cordeiro foram oriundos do faturamento da própria empresa Silver na Gold e destinado para terceiros credores desta empresa....(grifo nosso); Que somente no ano de 2015 a empresa Silver na Gold declarou ao fisco federal os valores do seu faturamento movimentados em conta bancária da firma Individual Tamires Borges Cordeiro...”, folhas 319 a 320.

Conforme se verifica no depoimento acima, todos os valores à crédito e à débito na conta da Tamires Borges Cordeiro, são na realidade da empresa fiscalizada Silver na Gold.

Em seu depoimento na Polícia Federal de São José do Rio Preto, em 21.06.2016, o sócio administrador Ewerton de Castro afirma “.... Que em meados do ano de 2014, o declarante e seu sócio Christian deliberaram por movimentar o faturamento da empresa Silver and Gold, em conta da titularidade de Tamires Borges Cordeiro, devido a uma divergência societária travada entre o declarante e Christian por questões familiares; Que depois da movimentação financeira da empresa ser transferida para conta da Tamires, o declarante não teve controle dos recursos dos faturamento da empresa, pois esta questão ficou aos cuidados do seu ex-sócio Christian e da própria Tamires... ”, folhas 502.

Entretanto, constam assinaturas em cheques e contratos do sócio administrador Ewerton, no ano-calendário de 2013, conforme discriminado abaixo.

Conforme tabela abaixo, ao contrário das afirmações dos sócios administradores, que a empresa Tamires Borges Cordeiro, teria sido utilizada para movimentação financeira no “em meados do ano de 2014”, existe movimento desde o mês 10/2013, movimentação esta, não declarada e não justificada.

Para a empresa Tamires Borges Cordeiro temos os seguintes dados:

1- Ano-calendário de 2013, apresentou declaração de inativa, mas movimentou valores superiores a R\$ 3.000.000,00;

2- Ano-calendário de 2014, não apresentou declaração, mas movimentou recursos superiores a R\$ 10.900.000,00 Na ação Fiscal desenvolvida na empresa individual Tamires Borges Cordeiro, temos a seguinte cronologia dos principais atos, folhas 496:

1- A empresa não foi encontrada no endereço declarado, sito na Rua Major Joaquim Borges de Carvalho, 398 – Vila Angélica – São José do Rio Preto-SP, visto que a correspondência voltou com a indicação de mudou-se;

2- Em virtude disto, foi afixado edital eletrônico, com ciência em 01.12.2016;

3- Em 19.12.2016, a contribuinte compareceu nesta seção de fiscalização, acompanhada da Sra. Marcia Regina Rodrigues Idenaga Navarro e solicitou prorrogação dos prazos para apresentação dos documentos requeridos;

4- Nesta mesma data, foi prorrogado o prazo inicial até o dia 18.01.2017;

5- Em 30.01.2017, a empresa foi reintimada;

6- Em 10.02.2017, foi requisitado ao Banco Bradesco, os extratos bancários através de RMF;

7- Em 19.02.2017, apresentou um pedido de prorrogação de prazo por mais 8 dias;

8- *Em 09.03.2017, recebemos os extratos do Banco Bradesco;*

9- *Em 23.03.2017 a empresa apresenta um livro caixa, com lançamentos totais mensais e extratos bancários;*

10- *Em 28.03.2017, a empresa foi intimada para apresentar justificativa de todos os créditos encontrados em sua conta corrente, junto ao Banco Bradesco;*

11- *Em 20.04.2017, a empresa foi mais uma vez reintimada, através do Termo de Reintimação Fiscal n.º 06;*

12- *Em 26.04.2017, a empresa requereu mais 30 dias para apresentar os documentos requeridos;*

13- *Nesta mesma data, recebemos os demais documentos remetidos pelo Banco Bradesco.*

14- *Em 13.06.2017 a empresa requereu mais 60 dias para atender os termos de intimação 6 e 7;*

15- *Em 27.06.2017, foram requeridos cópia dos cheques ao banco Bradesco, conforme relação;*

16- *Em 11.08.2017, recebemos as cópias requeridas;*

Em 17.08.2017, a empresa respondeu o seguinte "...Informo que houve uma transferência de responsabilidade das informações para a empresa Silver And Gold, conforme consta no termo de Reintimação Fiscal n.º 10...."

A fiscalização também apurou que na conta corrente da empresa individual Tamires Borges Cordeiro, foram encontradas movimentações financeiras que superiores a R\$ 3.000.000,00 em 2013 e R\$ 10.900.000,00 em 2014.

Em sua defesa, a contribuinte pugna seja reconhecida a existência de contrato de prestação de serviços firmado entre ela e a empresa individual Tamires Borges Cordeiro ME, a fim de justificar a movimentação de seus recursos por esta última.

Como visto acima, nenhuma documentação foi apresentada, quer por parte da autuada, quer por parte da Tamires Borges Cordeiro ME, que conferisse legitimidade às transações realizadas por esta última em nome daquela.

A própria impugnante admite que os valores mantidos nas contas bancárias da Tamires Borges Cordeiro ME foram transferidos para fornecedores de mercadorias de revenda e pagamentos de despesas operacionais, comerciais e administrativas da Silver and Gold (atual Silver Oil), todavia, na escrituração contábil não há registro de eventos relacionados à execução do alegado contrato.

Somado a isso, a circularização das informações obtidas por meio dos extratos bancários, na conta da fiscalizada e na conta corrente da empresa individual Tamires Borges Cordeiro ME, evidenciaram a venda de mercadorias sem a emissão da correspondente nota fiscal.

A própria escrituração do Livro Caixa apresentado pela contribuinte também se reputa irregular, porquanto apresenta totais mensais do débitos e créditos e não identifica os beneficiários ou destinatários, conforme observa-se na cópia às folhas 41 a 71.

Por tais motivos, a escrituração contábil e fiscal apresentada não reflete a realidade dos fatos, não sendo possível, através dela, apurar o lucro real da empresa.

A alegação de que os ingressos de recursos não necessariamente tem origem na venda de mercadorias, porquanto podem ser representados por operações de créditos, de adiantamento de clientes, de empréstimos efetuados pelos sócios, financiamentos bancários, operações de venda de recebíveis para empresas de factoring, de adiantamentos para futuro aumento de capital e uma outra infinidade de operações financeiras, veio desprovida de qualquer elemento comprobatório, reforçando ainda mais a ausência de escrituração contábil regular, porquanto todas as justificativas apresentadas pela contribuinte constituem-se em eventos sujeitos à devida escrituração.

Também é inservível para afastar o arbitramento a alegação de dificuldades de encontrar a documentação suporte e comprobatória das movimentações financeiras realizadas, em face de desentendimento entre sócios da empresa e mudanças de endereço. O contribuinte é obrigado a elaborar e manter em boa guarda a escrituração contábil que dá suporte às suas informações fiscais, consoante, inclusive, previsto nas obrigações estabelecidas pela Lei Complementar 123, de 2006:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

(...)

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

Alega ainda a interessada que a fiscalização ignorou, na lavratura dos Autos de Infração, as receitas declaradas pela contribuinte Silver and Gold Comércio de Metais Ltda. - ME e pela empresa Tamires Borges Cordeiro - ME através do PGDAS, que geraram saldos de imposto a pagar e mantidos em Conta Corrente Pessoa Jurídica.

A receita bruta declarada pela contribuinte Silver and Gold no PGDAS entregue antes do início do procedimento fiscal (28/01/2016) foi considerada pela fiscalização, e a ela somados os valores das vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, apuradas com base na movimentação bancária das contas mantidas em nome da Silver And Gold e da empresa Tamires Borges Cordeiro, excluídos os depósitos identificados e os cheques depositados e devolvidos, conforme descrito no item VI do Termo de Constatação Fiscal.

Os valores recolhidos ao Simples e pagos pela empresa, conforme planilha constante do arquivo não paginável (anexado conforme anotação de fls. 721), foram deduzidos dos lançamentos de ofício, observada a alíquota de partilha do Simples Nacional, por faixa de receita bruta declarada, conforme tabela do anexo I da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. A apropriação dos valores, quando existentes, pode ser verificada nos Demonstrativos de Apuração integrantes das Autuações.

No tocante à empresa individual Tamires Borges Cordeiro ME, no ano-calendário de 2013 apresentou declaração de inativa e no ano-calendário de 2014 não apresentou declaração. Ainda que houvessem declarações e recolhimentos de impostos por parte desta, não seria possível seu aproveitamento nos presentes lançamentos, vez que estariam vinculados a CNPJ distinto.

Pugna a contribuinte, ainda, seja descaracterizado o Lucro Arbitrado e reconhecido que optou pelo Lucro Presumido no período em que excedeu o limite para permanência no regime simplificado de tributação (Simples Nacional).

Como relatado, ao ser excluída do Simples Nacional, a contribuinte foi intimada pela fiscalização (TERMO nº 12), a optar pelo recolhimento do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS na forma do Lucro Presumido, ou Lucro Real trimestral ou trimestral, na forma do art. 32 da LC nº 123, de 2006 e a apresentar declarações e arquivos exigidos para cada uma das opções. Na oportunidade, a contribuinte manifestou à fiscalização que "*achamos por bem, aguardar resultado do recurso efetuado pela empresa, referente ao Despacho de Exclusão do Simples, no processo 16004.720124/2017-61, que foi protocolizado na Receita Federal do Brasil na cidade de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, no dia 10.10.2017. E assim sendo, fica complicado fazer a opção do sistema de recolhimento da empresa como também cumprir com a entrega de todas as declarações, reflexo da opção tributária...*".

Qualquer declaração apresentada pela contribuinte, posteriormente, não pode ser considerada, uma vez que, no momento oportuno, deixou de fazer a opção, conforme lhe facultava a legislação, ensejando a apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica pelo lucro arbitrado.

Não há reparos, portanto, no procedimento adotado pela autoridade fiscal, de arbitramento do lucro.

Não há reparos a serem feitos na decisão Recorrida. A própria decisão já adotada no PAF relativo à exclusão já confirmou a existência de empresa constituída em nome de interposta pessoa, para receber movimentações da autuada.

Ademais, a própria discrepância entre os valores movimentados e os escriturados demonstram a imprestabilidade da documentação. Ainda, instado a optar pela forma de tributação, a Recorrente preferiu não optar, e sabia da consequência legal do arbitramento, não podendo agora contestar o método utilizado.

Ainda, o fiscal teve o cuidado de abater os valores já recolhidos de tributo.

A base tributável está correta, e seguiu o estabelecido na legislação aplicável.

Por último, questiona a recorrente a qualificação da multa. Ora, no caso concreto, a sonegação fiscal foi confessada pelas partes, que assumiram usar pessoa jurídica para desviar o faturamento da empresa e, por consequência, manter ela no SIMPLES.

Os sócios demonstraram absoluta ciência e conhecimento das ações adotadas. Ademais, a própria estratégia de defesa adotada nesse momento, de se defender a existência de um suposto contrato entre as partes, contrato este que jamais foi alegado na fiscalização ou no seu depoimento à Polícia Federal apenas reiteram a escancarada tentativa de ludibriar o Fisco, bem como este Conselho.

No mais, alegações relativas à confiscatoriedade e inconstitucionalidade não podem ser apreciadas por este Conselho, nos termos do que dispõe a Súmula n. 02 do CARF.

Assim é que, por todas as razões fáticas analisadas tanto no processo de exclusão, quanto no presente processo, não restam dúvidas da atuação dolosa com a intenção de sonegar, fraudar e simular. Portanto, devida a multa qualificada.

Por tudo o quanto exposto, voto por negar provimento integral ao Recurso da contribuinte Silver Oil.

Passo à análise do Recurso Voluntário apresentado pelo responsável solidário Sr. Ewerton.

O responsável solidário pauta seu recurso em dois fundamentos: (i) inexistência de responsabilidade pessoal nos termos do inc. III do art. 135 do CTN, e; (ii) decadência do direito de incluí-lo como responsável nos termos do artigo 1.02 do CC/2002.

Quanto à alegada decadência, o criativo argumento do recorrente deve ser rechaçado de pronto.

O código civil estabelece critérios relativos à responsabilização do ex-sócio para matérias do âmbito civil e comercial.

O prazo decadencial em matéria tributária é definido pelo CTN, e a responsabilização como forma de garantir o recebimento do crédito, igualmente, também apenas poderia ser regido pelo próprio CTN.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, quando for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

Ora, se a responsabilização tributária é instituto que visa garantir a satisfação do crédito tributário, como se defender que para fins de constituição o prazo aplicável é de 05 anos mas para responsabilização seria de 02 anos? Tal argumento beira o absurdo.

Defender que tal prazo valeria para a constituição mas não para responsabilização, é absolutamente equivocado e destoa de qualquer lógica jurídica constitucional.

Assim, não acolho a preliminar arguída.

Quanto à responsabilização, cumpre ressaltar que ela decorreu da aplicação tanto do art. 124 inc. I, quanto do art. 135 inc. III do CTN. Por sua vez, em sede de recurso, o recorrente apenas contesta a responsabilização pelo art. 135, silenciando-se quanto ao interesse comum. Assim é que, a decisão recorrida restou definitiva quanto a este argumento.

De toda forma, a responsabilização solidária deve ser mantida pelos 02 fundamentos legais.

Todo o relato fático demonstra claramente o intuito doloso dos sócios de enganar o Fisco e sonegar tributos.

O Sr. Ewerton era sócio administrador, recebia valores da contribuinte, exercia atos de gestão, assinava contratos e cheques, além de usar recursos depositados na conta da empresa Tamires para pagamento de despesas pessoais.

Além disso, como um sócio administrador de uma empresa que, confessada e comprovadamente, movimentava aproximadamente R\$ 1.000.000,00 mensais imaginava que a empresa poderia estar sendo tributada pelo Simples Nacional?! Ao passo que, formalmente declararam receitas de aproximados R\$ 500.000,00 no mesmo período?

Ademais, em seu depoimento na Polícia Federal de São José do Rio Preto, em 21.06.2016, o sócio administrador Ewerton de Castro afirma “.... Que em meados do ano de 2014, o declarante e seu sócio Christian deliberaram por movimentar o faturamento da empresa Silver and Gold, em conta da titularidade de Tamires Borges Cordeiro, devido a uma divergência societária travada entre o declarante e Christian por questões familiares; Que depois da movimentação financeira da empresa ser transferida para conta da Tamires, o declarante não teve controle dos recursos dos faturamento da empresa, pois esta questão ficou aos cuidados do seu ex-sócio Christian e da própria Tamires...”,.

Entretanto, constam assinaturas em cheques e contratos do sócio administrador Ewerton, no ano-calendário de 2013. Além disso, apesar de alegar que a empresa Tamires Borges Cordeiro, teria sido utilizada para movimentação financeira no “em meados do ano de

2014”, existe movimento desde o mês 10/2013, movimentação esta, não declarada e não justificada.

Veja, portanto, que o Sr. Ewerton tanto exercia atos de gestão, como deliberou junto com seu outro sócio, a transferência de receitas para empresa constituída por interposta pessoa. Isso, por si só, já é suficiente para a imputação da responsabilidade pessoal, vez que demonstra ato doloso e inequívoco de vontade. Ressalte-se, mais uma vez, que isso foi confessado pelo próprio responsável solidário.

O argumento de que a empresa era uma prestadora de serviço já foi enfrentado, e é absolutamente improcedente. A empresa sequer existia, era um CNPJ para desviar faturamento da contribuinte, evitando o recolhimento de tributos e permitindo a sua manutenção no Simples.

As provas colhidas pela autoridade fiscal são absolutamente contundentes e como bem concluiu a DRJ, a narrativa permite concluir que o impugnante tinha pleno conhecimento e participou do planejamento tributário ilícito, com vistas a reduzir o faturamento da empresa da qual era sócio e administrador, de forma a mantê-la como optante pelo Simples, mediante a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa, bem como que efetuou pagamentos à margem da escrituração contábil, por meio das contas bancárias da Autuada e da empresa individual Tamires Borges Cordeiros.

Assim é que, face a tudo o quanto exposto, mantenho a responsabilização do Sr. Ewerton pelo art. 124 inc. I, quanto do art. 135 inc. III do CTN.

No caso em apreço, não havendo qualquer modificação quanto ao lançamento de IRPJ (principal), a mesma conclusão aplica-se aos lançamentos decorrentes (CSLL, PIS e Cofins).

Desta feita, nego provimento integral aos Recursos Voluntários.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva