



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

Processo nº 19311.720511/2013-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.886 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - CORRESPONSABILIDADE
Recorrente COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA. (contribuinte), DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ (coobrigado), HUGO ROBERTO CARL (coobrigado) e VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (coobrigada)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório.

PROVA TESTEMUNHAL.

Inexiste previsão legal para oitiva de testemunhas no julgamento administrativo em primeira instância.

PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO.

A perícia não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte. Tratando-se da comprovação de origem de depósitos bancários, a prova deveria ser produzida pela parte, sendo desnecessária a realização de perícia. Ademais, a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, competindo à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.204-2 de 2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. PRECEDENTE DO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 973.733/SC.

A ausência de pagamento antecipado, ou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, afasta a possibilidade de homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional e remete a contagem do prazo decadencial para a regra geral prevista no art. 173, inc. I, do mesmo diploma legal, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Precedente do STJ no Recurso Especial nº 973.733/SC julgado nos termos do art. 543-C do CPC o que implica, em razão do disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009, vinculação dos membros deste Colegiado à tese vencedora no âmbito do STJ.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Ausente a comprovação de dolo necessária à ocorrência de sonegação ou fraude, não subsiste a cominação da penalidade de 150%. A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo (Súmula CARF nº 14).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

LUCRO ARBITRADO. NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS.

A não apresentação de livros contábeis e fiscais, bem como da documentação correspondente, implica o arbitramento de lucros.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS

A solução dada ao litígio principal, relativa ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso nas questões atinentes à constitucionalidade de normas, indeferir o pedido de perícia e de oitiva de testemunha, rejeitar as arguições de nulidade, e, no mérito: (i) dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício a 75%; (ii) determinar a extinção da sujeição passiva solidária de Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro. Ausente o Conselheiro Carlos Pelá. Participou do julgamento a Conselheira Cristiane Silva Costa.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ (coobrigado), HUGO ROBERTO CARL (coobrigado) e VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (coobrigada) recorrem a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 14-46.001 da 3ª Turma da Delegacia de Julgamento Ribeirão Preto/SP, que julgou improcedentes as impugnações apresentadas.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto excertos do relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Contra a empresa epigrafada foram lavrados os autos de infração de fls.732 e seguintes, que se prestaram a exigir o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e respectivos consectários legais, como também a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep – PIS, relativos a fatos geradores ocorridos no ano-calendário (AC) 2008, em razão da constatação de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada. Foi arbitrado o lucro com base no art. 530, III, do Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR, de 1999), uma vez que, sendo intimada a apresentar os livros contábeis e documentos de sua escrituração, a contribuinte deixou de fazê-lo.

Foram lavrados os autos de infração exigindo os seguintes valores:

TRIBUTO	VALOR DO TRIBUTOS R\$	VALOR DOS JUROS DE MORA R\$	VALOR DA MULTA R\$	VALOR TOTAL R\$
IRPJ	1.541.232,10	688.634,23	2.311.848,17	4.541.714,50
PIS	423.917,04	193.782,84	635.875,61	1.253.575,49
CSLL	704.354,43	314.750,80	1.056.531,65	2.075.636,88
COFINS	1.956.540,13	894.382,29	2.934.810,22	5.785.732,64

O enquadramento legal para o lançamento dos tributos deu-se como a seguir demonstrado:

• IRPJ: Art. 3º da Lei nº 9.249/95; Art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 537 do RIR/99.

• CSLL: Art.2º da Lei nº 7.689/88 com alterações do art. 2º da Lei nº 8.034/90; Arts. 2º e 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Art. 29, I, da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02; Art. 22 da Lei nº 10.684/03.

• PIS: Arts. 1º da Lei Complementar (LC) nº 7/70; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Arts. 2º, inciso I, 8º, I, e 9º da Lei nº 9.715/98; Arts.

2º e 3º (com alterações do art. 2º da Medida Provisória - MP nº 2.158-35/01 e pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05) da Lei nº 9.718/98.

• COFINS: Art. 1º da LC nº 70/91; Arts. 2º, 3º (com alterações do art. 2º da MP nº 2.158-35/01 e pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05) e 8º da Lei nº 9.718/98; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95.

Consta no Termo de Verificação Fiscal e Imputação de Sujeição Passiva (fls. 777 a 787) que a contribuinte adotou a sistemática do lucro real no ano-calendário de 2008, com apuração trimestral, tendo transmitido a DIPJ e duas declarações DCTF com os valores zerados, sem informação. Por outro lado, sistemas da Receita Federal acusaram movimentação financeira da ordem de 78 milhões de reais no referido ano, com base em informações prestadas pelas instituições financeiras.

Como a empresa não foi localizada no seu endereço cadastral, o Termo de Início de Fiscalização foi enviado para seus dois sócios: CARINA ROBERTA ARAÚJO e MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, via postal, com Aviso de Recebimento.

Não havendo qualquer manifestação por parte dos sócios, foi empreendida diligência fiscal, em 02/04/2012, ao seu endereço cadastral, na cidade de Itatiba, sendo constatado que neste endereço encontrava-se um galpão industrial onde eram exercidas as atividades da empresa "DA ROSA RAMALHO INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA. ME" (CNPJ 00.613.172/0001-30), conforme informações prestadas pelo funcionário EDSON PRIMO CRIVELLARI (RG 17.367.027 e CPF 068.708.178-55). Nos fundos do interior do galpão foi vista no chão uma placa com o nome da empresa FORMILIGAS, que anteriormente lá se estabelecera.

Uma vez que não houve manifestação por parte dos sócios em relação ao atendimento da intimação fiscal e sendo o exame dos extratos bancários indispensável para a continuidade da fiscalização, foi solicitada em 13/03/2012 a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001, direcionadas para os bancos: Real, Luso Brasileiro, Itaú, Bradesco e Santander.

Pela não localização da empresa e tendo em vista o silêncio de seus sócios foi elaborada, em 03/04/2012, Representação Fiscal para tornar a situação da inscrição da fiscalizada Inapta perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), processo 19311.720185/2012-39, culminando com o Ato Declaratório Executivo nº 70, de 11/12/2012 (DOU 13/12/2012).

No início de abril de 2012, chegou à fiscalização, documento datado de 21/03/2012, encaminhado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, residente na cidade de Santana, no estado do Amapá, no qual afirma "não ter posse dos documentos solicitados da FORMILIGAS, em virtude de não ter qualquer envolvimento com esta empresa". Apresentou ainda o documento "PEDIDO DE EXCLUSÃO DE SOCIEDADE EM

VIRTUDE DE VÍCIO", endereçado ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Macapá solicitando a exclusão de seu CPF da sociedade das empresas LITOFERME - LITORAL FERROLIGAS E METAIS LTDA, COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA e DELLA VIDA INDUSTRIA E COMERCIO DE APARELHOS ORTOPÉDICOS LTDA-EPP, por não ter qualquer participação societária nelas.

Diante desse fato, foi feito pedido de cópia dos documentos arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) relativos às alterações contratuais promovidas pela contribuinte. Ao se confrontarem as assinaturas do documento apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA com os documentos obtidos da Jucesp, ficou nítida a falta de semelhança entre elas.

Posteriormente, foi encaminhado e-mail por MARCELO TADEU CARNEIRO GONÇALVES com arquivo digital anexado contendo procuração outorgada pela contribuinte dando poderes de representação para o remetente. Em tal instrumento de procuração, a contribuinte fez-se representada por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA (CPF 221.531.362-53, e RG 14.256.783-9), com firma reconhecida pela escrevente do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais - 9º Subdistrito da Vila Mariana, em São Paulo. Ao confrontar a procuração apresentada com o documento apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, restou nítida mais uma vez a disparidade entre as assinaturas.

Diante do fato de haver no quadro societário da contribuinte sócio alegando não ter qualquer envolvimento com a empresa, foi afixado nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Jundiaí o Edital nº 38, de 09/04/2012, para formalizar a ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal.

Em função da disparidade entre as assinaturas, foi enviado ofício para o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Vila Mariana, São Paulo, para obtenção de cópia do documento de identidade apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA para abertura de firma no cartório, bem como a respectiva ficha de assinatura.

Em resposta datada de 20/03/2013, a escrevente Naima Oliveira Santos informou que não consta em seus arquivos nenhum registro em nome de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA e, "quanto ao reconhecimento de firma da procuração, na data de 21 de fevereiro de 2013, (1) a escrevente estava de férias, (2) o selo é falso, pois ainda não chegamos a essa numeração de FIRMA, e (3) a etiqueta é diferente do padrão".

Registrou o autuante que foi procedida Consulta de Vínculos Empregatícios do Trabalhador no sistema CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), da Previdência Social. Em tal relatório, consta o registro de que MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA é empregado da empresa ANGLO FERROUS AMAPÁ MINERAÇÃO LTDA (CNPJ 06.030.747/0002-50 e 06.030.747/0003-30) desde 12/02/2007, em

dois de seus estabelecimentos: um na cidade de Pedra Branca do Amapari e o outro na cidade de Santana, ambas no estado do Amapá.

Quanto aos depósitos bancários foi expedida intimação para a apresentação de documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, comprobatória da origem dos créditos nas contas bancárias, sendo sua ciência por meio do Edital nº 67, de 03/07/2012.

Esgotado o prazo para atendimento da intimação fiscal sem qualquer manifestação por parte da contribuinte, solicitou-se o comparecimento de várias pessoas que figuram nas alterações contratuais e que pudessem prestar esclarecimentos a respeito das operações da empresa. O Termo de Solicitação de Comparecimento foi enviado para CARINA ROBERTA ARAÚJO, HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL, ANTONIO LIMA DOS SANTOS, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ, SILVANA SILVA, e VIVALDI CAMARGO RIBEIRO.

DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ enviou a esta fiscalização documento em papel timbrado do Hospital Sírio Libanês e firmado por seu médico, atestando que se encontrava desde o dia 29/08/2012 internado, sem previsão de alta hospitalar.

Já HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL apresentou instrumento de procuração para MARCELO TADEU CARNEIRO GONÇALVES, que compareceu a esta DRF/Jundiaí, e obteve uma cópia do Termo de Início de Procedimento Fiscal.

Compareceu CARINA ROBERTA ARAÚJO, em 14/09/2012, para prestar esclarecimentos, abaixo reproduzidos:

"A declarante, acompanhada de seu pai, JOSE CARLOS DL ARAUJO (CPF 468.816.468-87), afirmou que em setembro de 2010 foi convidada pelo Sr. DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ a integrar o quadro societário da empresa COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA; que neste convite, ficou acertado que permaneceria como sócia por um período de dois meses, e que após este prazo, seria admitida na empresa como empregada na função de auxiliar administrativa, sem estabelecer ainda sua remuneração; que ingressou formalmente no início de outubro de 2010 conforme 14ª Alteração Contratual datada de 04/10/2010 e registrada na Jucesp em 08/10/2010; que nesta época a empresa estava estabelecida na cidade de Cajamar e que estaria de mudança para a cidade de Itatiba, porém a mudança de domicílio não foi autorizada pela Sefaz (Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo) devido a uma série de guias não recolhidas e dívidas fiscais estaduais; por este motivo não se efetivaria sua contratação como empregada; que então, no mês de fevereiro de 2011, numa conversa com o Sr. DANIEL, solicitou que a retirasse do quadro societário; que foi formalizada sua saída através da 18ª Alteração Contratual, de 01/07/2011, registrada na Jucesp em 29/07/2011; que não praticou qualquer ato de gestão em nome da FORMILIGAS; que os únicos documentos que assinou

foram as duas alterações contratuais. Foram entregues cópias das alterações contratuais.”

Dada a falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais e de qualquer outra documentação para a verificação da devida tributação, procedeu-se ao arbitramento dos lucros, nos termos do art. 530, inciso III, do RIR/99 e foi exigida a multa qualificada de 150%.

Com base no art. 124, I do Código Tributário Nacional (CTN), foram lavrados Termos de Sujeição Passiva em nome de:

1) DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ (CPF 117.649.968-87);

2) ANTONIO LIMA DOS SANTOS (CPF 392.238.413-72);

3) HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL (CPF 004.083.448-49);

4) PEDRO RODRIGUES DE OLIVEIRA (CPF 269.930.118-32);

5) VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (CPF 054.806.778-37);

6) SANDRA DE LOURDES GONZALEZ BARBEIRO (CPF 036.245.918-51);

7) MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA (CPF 221.531.362-53);

8) CARINA ROBERTA ARAÚJO (CPF 293.143.868-56).

Em relação ao Banco Luso Brasileiro, figuram como acionistas ANTONIO LIMA DOS SANTOS e DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ. Como fontes de referência, figuram os nomes de VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (contador da FISCALIZADA), e HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL. Em sua ficha cadastral, ANTONIO LIMA DOS SANTOS se apresenta como gerente financeiro da FORMILIGAS. No cartão de autógrafos, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ e ANTONIO LIMA DOS SANTOS têm amplos poderes para representar a empresa isoladamente.

Dos documentos apresentados pelo Banco Itaú, as pessoas autorizadas a movimentar a conta bancária são HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL, VIVALDI CAMARGO BARBEIRO e SANDRA DE LOURDES GONZALEZ BARBEIRO.

Dos documentos apresentados pelo Banco Bradesco, no cartão de assinaturas consta o nome de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, com assinatura divergente da apresentada por ele nesta ação fiscal.

Além disso, seu endereço é informado à Rua Coaracy Nunes, nº 369, na cidade de Macapá-AP. O documento de identidade que aparece no cadastro do banco é o RG de nº 248474, emitido em 03/08/1993, expedido pela SSP/AP. Na resposta de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, este se identifica como sendo amapaense, e portador do CPF e do RG de mesmos números que os cadastrados no banco Bradesco.

E dos documentos do Banco Santander, figuram os nomes de DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ e PEDRO RODRIGUES DE OLIVEIRA como sendo representantes e/ou procuradores. No cartão de assinaturas, como procurador, figura VIVALDI CAMARGO BARBEIRO, através de instrumento de procuração outorgada pelo administrador DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ.

Sendo notificados da autuação Sandra de Lourdes Gonzalez Babeiro, Carina Roberta Araújo, Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez, Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro apresentaram impugnações, nas quais alegam:

- **Sandra de Lourdes Gonzalez Barbeiro** alega que desconhece a razão pela qual foi incluída no auto de infração. Contudo, ao que se pode perceber, a sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. responde por débito tributário do período de 2008.

Dessa forma, vem informar que não figurava como sócia da empresa nesse período nem em 2011, quando se considerou a dissolução irregular da sociedade.

Conforme pode ser lido na Ficha Cadastral Completa expedida pela JUCESP, foi incluída na sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda em março de 1998 (03/1998) e retirou-se em fevereiro de 2002 (02/2002).

Portanto, mostra-se equivocada a sua inclusão como responsável dos débitos tributários da Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. porque não se enquadra na figura do responsável (CTN, art. 121, inc. II), isso é, "sem condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".

Nos termos do art. 135, do Código Tributário Nacional, não praticou qualquer ato com excesso de poderes ou contrario a lei, contrato social ou estatuto, e também não tinha qualquer poder de gerência.

Ressalta-se que se retirou da sociedade 6 anos antes da suposta ocorrência do fato gerador e 9 anos antes da suposta dissolução irregular da sociedade, motivo pelo qual não há que se falar em sua responsabilidade.

Nem mesmo o fato de ter sido autorizada a movimentar a conta bancária do Banco Itaú é o suficiente para justificar a sua inclusão nesse auto de infração. Isso porque, como se afirmou e comprovou, foi sócia

da sociedade devedora e naquele período - hoje não mais - tinha a autorização para movimentar a conta do Banco Itaú.

Diante do exposto, nos termos do art. 121, inc. II, c/c com o art. 135, caput e inc. III pede a sua exclusão dos termos do presente auto de infração e imposição de multa.

• **Carina Roberta Araújo** alega que deve ser excluída do auto de infração porque nunca exerceu qualquer função de gerência na devedora originária, Formiligas. É robusta a prova documental que confirma esta assertiva.

Não praticou qualquer ato de gestão em nome da FORMILIGAS. Os únicos documentos que assinou foram as duas alterações contratuais. É pessoa simples, vive pacatamente na cidade de Itatiba e foi convidada pelo sr. Daniel Costa para trabalhar na sociedade Formiligas como auxiliar administrativo.

Contudo, ao aceitar o emprego oferecido foi surpreendida com uma estranha condição imposta pelo sr. Daniel: foi obrigada a assinar documento denominado "Alteração de Contrato Social" afirmando que esta seria sócia da sociedade Formiligas.

Diante dessa estranha imposição - tendo em vista que possuía aptidão apenas para exercer a função de auxiliar administrativo - indagou ao sr. Daniel sobre essa medida, o qual foi explicado que esta trabalharia apenas por dois meses como suposta sócia e, ao final, seria regularmente registrada como funcionária da sociedade.

Passados poucos meses da sua inclusão na sociedade e não concretizada a promessa do emprego fixo, a sra. Carina pediu a sua exclusão da sociedade, o qual foi prontamente acatado pelo sr. Daniel. Daí assinou alteração de contrato social, documento também apresentado à fiscalização.

Como se vê, no exercício da sua função a sra. CARINA não tinha - e nem poderia ter - qualquer poder de gerência para decidir pagar ou não pagar tributos. Nem sequer era responsável por essa área, trabalhando no catálogo de documentos, na redação de cartas e atendendo ao telefone. Não era de sua responsabilidade o recolhimento e o pagamento de tributos.

O CTN (art.121) descreve o sujeito passivo da obrigação tributária como aquele que guarde alguma relação com a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária ou aquele que venha a ser chamado por lei a responder por ela:

Não guarda qualquer relação com a situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária ora cobrada, nem, tampouco, tinha competência funcional ou administrativa para praticar algum ato com excesso de poderes ou infração da lei. Afinal, era mera

encarregada de custos da sociedade, executando tarefas em serviços de contabilidade.

De fato, a sra. Carina, em meados de 2010 foi coagida a assinar documento que não tinha conhecimento, sob pena de não ser finalizado o processo de sua contratação.

Aliás, para a realização das suas atividades, continuou a ser subordinada diretamente ao sr. Daniel - este sim, amealhando lucros com a sua atividade.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial, apresentando a sua CTPS, momento em que poderá ser demonstrado o histórico da sua função de auxiliar administrativo.

• **Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez** alega que o procedimento fiscal, como restará configurado, baseou-se em provas obtidas por meios ilícitos, seja pela quebra inconstitucional do sigilo bancário, seja da segurança jurídica, seja pela falta de motivação para emissão do ato administrativo que solicitou a quebra do sigilo bancário. A total improcedência do lançamento em relação ao IRPJ e a CSLL por ter havido erro no lançamento quanto ao período de apuração, maculando toda a apuração do resultado no respectivo período. Assim como a improcedência do lançamento em relação ao PIS, COFINS e IPI dos meses de janeiro/2008 a maio/2008.

Alega ser inconstitucional o art. 6º da Lei Complementar (LC) 105/2001 que permitiu o acesso do fisco às contas de depósito e aplicações financeiras dos contribuintes por haver violação ao art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. No entanto, deixa de aprofundar tal debate na fase administrativa, uma vez que as instâncias administrativas têm se recusado a proceder ao exame de constitucionalidade da LC 105/2001 por entenderem estar tal exame na competência do Poder Judiciário.

Recentemente, em 5/12/2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário 389.908-PR e concluiu pela inconstitucionalidade da LC nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001.

Embora não seja uma decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) existe para Recurso Extraordinário com matéria similar (RE 601.314) o reconhecimento da repercussão geral prevista no art. 543-A do Código de Processo Civil (CPC). Resulta dizer que o resultado daquele irá ser repetido em todos os recursos similares. Ou seja, a inconstitucionalidade do art 6º da LC 105/2001 reconhecida pelo STF irá se propagar por todas as decisões emitidas pelo Poder Judiciário.

E não só pelo Poder Judiciário. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) teve seu regimento alterado em 21/12/2010 pela Portaria MF 586/2010 e, entre as modificações, encontramos o art. 62-A que determina que o Carf irá reproduzir as decisões do STF oriundas de recursos

para os quais houve o reconhecimento da repercussão geral. Logo, a inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001 irá repercutir também na esfera administrativa. Reconhecida tal inconstitucionalidade, o acesso do fisco aos dados bancários obtidos pela via administrativa será tido como ilegal, tornando ilícitas todas as provas daí decorrentes. Sem tais provas, o presente lançamento perderá totalmente sua motivação tática, o que resultará em sua total improcedência. O reconhecimento administrativo da improcedência evitará que a Fazenda Nacional seja condenada, em eventual ação judicial, a ônus sucumbencial e custas judiciais de expressivo valor monetário.

Além disso, a legislação exige que, havendo procedimento fiscal instaurado, a autoridade fiscalizadora faça relatório circunstanciado do caso, justificando a indispensabilidade dos exames das contas de depósito e aplicações financeiras em um dos casos do art. 3º do Decreto 3.724/2001.

Tal procedimento foi totalmente ignorado no presente caso.

Não está nos autos o necessário relatório circunstanciado da autoridade fiscal. Sua presença nos autos é indispensável para que o contribuinte possa exercer seu direito à defesa. Sem o relatório circunstanciado como poderá o impugnante demonstrar que o exame de suas contas era totalmente dispensável e que não existiam as razões da autoridade fiscal para emitir a RMF? A inexistência do relatório circunstanciado nos autos equivale à sua inexistência.

A emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira -RMF é ato administrativo que, como todo ato administrativo, necessita adequada motivação. No texto da própria RMF não há referência a qualquer inciso do art. 3º do Decreto 3.724/2001 fls. 67/70.

Sendo a omissão da RMF ato administrativo emitido sem a motivação exigida pelo Decreto 3.724/2001, é ato nulo que deve ter sua nulidade declarada pela autoridade julgadora de primeira instância, o que requer o impugnante.

Conseqüentemente, tornam-se ilícitas todas as provas obtidas em virtude de tal requisição, o que fulmina todo o procedimento fiscal a partir desse ponto, resultando na total improcedência do lançamento.

Ocorreu a decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 03/06/2013. A decadência em tributos cujo lançamento se dá por homologação, como o IRPJ, a CSLL, a Cofins e o PIS ocorre em cinco anos contados a partir do fato gerador, conforme farta e uníssona jurisprudência do Conselho de Contribuintes confirmada pela posição da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em resumo, considerando que a impugnante apresentou a DIPJ com fatos geradores trimestrais e que tomou ciência da presente autuação em 03/06/2013, estão decaídos os fatos geradores referentes aos

trimestres anteriores a 03/06/2008. o que atinge o primeiro trimestre de 2008 e os meses de janeiro/2008 a maio/2008 em relação ao PIS, Cofins e IPI.

Ilegalidade da Taxa Selic como juros de mora. Não há previsão legal do que seja a taxa Selic. A lei apenas manda aplicá-la, sem indicar nenhum percentual, delegando indevidamente seu cálculo a ato governamental, que segue as naturais oscilações do mercado financeiro- mas sempre com a preliminar interferência do Banco Central.

O art. 161, § 1º do CTN, com força de lei complementar, determina que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser em contrário. A lei ordinária não criou a Taxa Selic, mas apenas estabeleceu seu uso. A criação da Taxa Selic foi obra do poder regulamentar do Banco Central, não tendo sido expressão da atividade do Poder Legislativo.

Por todo o exposto, requer a limitação dos juros de mora ao percentual de 0,5% ao mês.

A autoridade fiscal fixou a multa de ofício em 150%, percentual que caracteriza confisco do patrimônio do impugnante conforme os tribunais pátrios já vêm decidindo. Para a multa de ofício os tribunais têm determinado que o percentual de 20% cumpre sua função para o sistema tributário. Diante disso, o impugnante requer a improcedência da multa de ofício aplicada e, subsidiariamente, a aplicação do percentual de 20% no caso dos autos.

• **Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl** alega que *deverá ser declarada a decadência parcial do crédito tributário porque prestadas as informações à autoridade fiscal no prazo determinado, esta dispunha do prazo de cinco anos para examiná-las e homologá-las ou não. Não o fazendo no prazo determinado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito (CTN, art. 150, § 4º).*

Aplicar-se-ia a regra disposta no art. 173, inc. 1. apenas e tão somente se o contribuinte do tributo não procedesse ao cumprimento de qualquer "auto-lançamento" - o que não é a hipótese dos autos. Como é incontroverso e foi afirmado pela autoridade fiscal, a sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. cumpriu com o seu dever e apresentou as respectivas declarações (DIPJ e DCTF) dos tributos ora cobrados.

Diante do exposto, é de rigor seja declarada a ocorrência da decadência em relação aos supostos ilícitos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de maio de 2008 porque o prazo decadencial de cinco anos transcorreu sem que a Fazenda Pública tenha se manifestado e, portanto, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário daquele período.

Alega que não poderá ser chamado para responder ao presente auto de infração porque não cometeu nenhum ato ilícito e a responsabilidade tributária prevista nos arts. 134 e 135 do Código

Tributário Nacional é subjetiva porque depende de prova do ato ilícito e do dano.

Foi incluído como responsável pelo crédito tributário da sociedade fiscalizada apenas e tão somente porque um dia, em um passado muito distante, figurou como sócio da presente sociedade. E o simples fato de se associar não configura prática de ato ilícito. Daí porque, diante da ausência de imputação de ato ilícito ao sr. HUGO ROBERTO, indevida a sua inclusão como responsável tributário pelos débitos da sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda.

Por outro lado, não há que se falar em ato ilícito pela ausência de preenchimento detalhado das declarações DCTF e DIPJ. Afinal, foram cumpridas as exigências legais de preenchimento e apresentação das respectivas declarações e, portanto, não há que se imputar culpa há qualquer um dos agentes, principalmente ao sr. HUGO ROBERTO.

Por fim, nem se diga que pelo simples fato de a sociedade ser supostamente devedora de tributos é o suficiente para imputar responsabilidade ao sr. HUGO ROBERTO.

Por fim, o sr. HUGO ROBERTO não poderá responder pelos débitos da sociedade FORMILIGAS também porque não figurava como sócio na época da sua dissolução irregular.

Em outras palavras, o sr. Hugo Roberto, enquanto sócio desta sociedade, mantinha endereço atualizado na cidade de Cajamar. E este endereço foi mantido por mais de um ano, após a sua saída da sociedade, em 27 de novembro de 2009.

Apenas em outubro de 2010, na alteração societária registrada sob o n. 339.096/10-0. os sócios da sociedade Formiligas quais sejam, os srs. MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALES E CARINA ROBERTA ARAUJO, consolidaram alteração da sede da sociedade para a Rua Basílio Consolini, nº 155, Jardim de Lucca, Itatiba, São Paulo.

E como ficou muito bem demonstrado, o sr. HUGO ROBERTO nunca chegou a ser sócio da sociedade FORMILIGAS naquele endereço, exercendo as suas atividades apenas em Cajamar, São Paulo.

Portanto, não pode ser imputada nenhuma responsabilidade sr. HUGO ROBERTO pela suposta dissolução irregular da sociedade, razão pela qual pede a sua exclusão do auto de infração ora respondido.

A multa de ofício de 150% é confiscatória. Para a multa de ofício os tribunais têm determinado que o percentual de 20% cumpre sua função para o sistema tributário. Diante disso, o impugnante requer a improcedência da multa de ofício aplicada e, subsidiariamente, a aplicação do percentual de 20% no caso dos autos.

No mérito, pede sejam observados os limites impostos para o arbitramento do lucro da sociedade e, por consequência, a retificação dos cálculos apresentados e dos montantes supostamente devidos.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente mediante juntada de documentos, perícia, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal dos representantes legais da Formiligas e dos seus contadores.

• **Vivaldi Camargo Barbeiro** alega que

O CTN (art.121) descreve o sujeito passivo da obrigação tributária como aquele que guarde alguma relação com a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária ou aquele que venha a ser chamado por lei a responder por ela:

Não guarda qualquer relação com a situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária ora cobrada, nem, tampouco, tinha competência funcional ou administrativa para praticar algum ato com excesso de poderes ou infração da lei. Afinal, era mera encarregada de custos da sociedade, executando tarefas em serviços de contabilidade.

Não poderá ser chamado para responder ao presente auto de infração porque não cometeu nenhum ato ilícito.

Como foi afirmado pela autoridade fiscal, o Sr. Vivaldi Camargo Barbeiro era prestador de serviço da sociedade FORMILIGAS. Ou seja, com relação a ela não tinha nenhum vínculo societário.

Essa afirmação é cabalmente provada pela Ficha Cadastral Completa da sociedade expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Estabelecida essa premissa - ausência de vínculo societário - o Sr. Vivaldi não pode ser responsabilizado pela dissolução irregular da sociedade.

Por outro lado, figurando como prestador de serviços para a sociedade, também não pode ser imputado a ele qualquer ato de administração. Os poderes do Sr. Vivaldi eram extremamente limitados. A sociedade, por meio do seu administrador, firmou instrumento de procuração ao Sr. Vivaldi para que este, utilizando-se do seu know-how prestasse os serviços de assessoria da maneira mais eficiente possível.

E como é óbvio, devido à ausência de vínculo societário, a prestação dos serviços era remunerada por um preço. Ou seja, o Sr. Vivaldi não recebia dividendo, recebia salário da sociedade e não participava dos seus Lucros e Resultados.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva por ato ilícito, conforme dispõe os arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional, indispensável à imputação de algum tipo de ato ao suposto responsável tributário.

Ao deixar de fazê-lo, a autoridade fiscal não criou provas, indícios ou nem sequer algum vínculo de causalidade entre a conduta do Sr. Vivaldi e os tributos devidos.

Diante dessa situação fática e jurídica, outra não é a solução, senão a conclusão de que o Sr. Vivaldi não poderá responder por obrigação tributária de outrem, devendo o seu nome ser excluído do presente auto de infração, nos termos dos arts. 121, inc. I, e 135, caput e inc. III, do Código Tributário Nacional.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente mediante juntada de documentos, perícia, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal dos representantes legais da Formiligas.

Ressalta-se o teor do despacho de fls. 884, resumindo as questões atinentes às impugnações apresentadas e as revelias declaradas, do qual destaco a tabela e o parágrafo a seguir reproduzidos:

Suj passivo solidário	Data ciência	Meio ciência	Impugnação	Data questionamento	Questionamento tempestivo?	Tipo Questionamento
Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez	4/6/2013	Correios	Sim	28/6/2013	Sim	mérito lançamento
Antonio Lima dos Santos	2/7/2013	Edital	Não	N/A	N/A	N/A
Hugo Roberto Carl	3/6/2013	Correios	Sim	28/6/2013	Sim	Mérito + suj passiva
Pedro Domingues de Oliveira	1/7/2013	Edital	Não	N/A	N/A	N/A
Vivaldi Camargo Barbeiro	3/6/2013	Correios	Sim	28/6/2013	Sim	Mérito + suj passiva
Sandra de Lourdes Gonzalez Barbeiro	5/6/2013	Correios	Sim	28/6/2013	Sim	sujeição pasiva
Carina Roberto Araujo	4/6/2013	Correios	Sim	28/6/2013	Sim	sujeição pasiva
Marco Aurelio de Campos Silva	8/6/2013	Correios	Não	N/A	N/A	N/A

Pelo exposto, proponho a declaração de revelia em relação aos contribuintes a seguir, bem como o envio deste processo a DRJ Ribeirão Preto para prosseguimento.

Contribuinte Revel	CPF/CNPJ
COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA - ME	02.482.771/0001-98
Antonio Lima dos Santos	392.238.413-72
Pedro Domingues de Oliveira	269.930.118-32
Marco Aurelio de Campos Silva	221.531.362-53

Em análise das impugnações apresentada, a 3ª Turma da DRJ em Juiz de Fora as julgou improcedentes, excluindo, contudo a responsabilidade tributária atribuída à Sandra de Lourdes Gonzalez Babeiro e à Carina Roberta Araújo.

O despacho de fls. 1065-1066 descreve em detalhes as questões atinentes à ciência do contribuinte e coobrigados, bem como aos questionamentos enfrentados em cada peça recursal, cujo quadro elaborado em tal expediente reproduzo a seguir:

Suj passivo solidario	Data ciência Acórdão DRJ	Meio ciência	Recurso voluntário	Data questionamento	Questionamento tempestivo?	Tipo Questionamento
Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez	10/02/2014	Correios	Sim	21/02/2014	Sim	mérito lançamento
Hugo Roberto Carl	10/02/2014	Correios	Sim	21/02/2014	Sim	Mérito + suj passiva
Vivaldi Camargo Barbeiro	10/02/2014	Correios	Sim	21/02/2014	Sim	Mérito + suj passiva
Com Impotadora Formiligas LTDA*	15/02/2014	Edital	Sim	21/02/2014	Sim**	mérito lançamento

*Representada por Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez

**Apesar do recurso ter sido interposto antes do decurso de 30 dias da ciência do acórdão da DRJ, foi declarada a revelia da empresa no despacho de folhas 884/885.

Ressalto, contudo, que o coobrigado Daniel Castro Pedro Dario Gonzalez, em seu recurso voluntário, ainda que de forma concisa, ataca a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída, embora, de fato, em sua impugnação não tenha atacado tal ponto (fls. 826-842).

Em síntese, os recorrentes repisam seus argumentos apresentados em impugnação, exceto quanto ao argumento da ausência de relatório circunstanciado que embasou a emissão das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1. ADMISSIBILIDADE

Os recursos são tempestivos. Com exceção do apresentado pelo contribuinte, os demais preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

No que atine ao recurso voluntário apresentado pelo contribuinte, entendo que não deva ser conhecido, pois, como a pessoa jurídica não apresentou impugnação, não faz jus também ao recurso voluntário. De todo modo, não há maiores prejuízos ao interessado, uma vez que tendo os corresponsáveis impugnado e apresentado recursos voluntários em relação ao mérito da lide, manteve-se a suspensão de exigibilidade do crédito tributário em litígio também em relação ao contribuinte.

2. RESUMO DA LIDE

Trata-se de lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins em razão de omissão de rendimentos apontada pela autoridade fiscal com base em depósitos bancários sem comprovação de origem (art. 42 da Lei nº 9.430/96). O lucro do período foi arbitrado em razão de o contribuinte não apresentar os livros contábeis e documentação pertinente aos períodos de apuração em exame. Houve imputação de corresponsabilidade a sócios com poder de gerência, bem como à sua gerente administrativa à época dos fatos geradores (senhora Vivaldi Camargo Barbeiro).

Passa-se à análise dos itens objeto de litígio.

3. DA SUPOSTA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Os Recorrentes trazem à baila inúmeras questões atinentes a princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis.

Ocorre que em relação a tais matérias, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que *“Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob*

fundamento de inconstitucionalidade.” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

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

Em relação aos argumentos sobre confisco, esclareça-se, ainda, que a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil não se destina aos aplicadores da Lei, mas sim ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tal preceito quando da elaboração das leis.

Assim sendo, não conheço do recurso em relação a tais pontos.

4. DA PRETENSA NULIDADE DO LANÇAMENTO

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1.º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

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

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Compulsando os autos, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Além disso, no caso concreto, não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte e aos coobrigados, tanto que, já em sede de impugnação, os coobrigados defenderam-se plenamente, despendendo com clareza e qualidade, todos os argumentos necessários ao pleno exercício de suas defesas. Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pelos detalhes da descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal e enquadramento legal utilizado no Termo de Verificação Fiscal, no qual se apontou com minúcias os fatos constatados, qualificando-os e subsumindo-os com perfeição aos dispositivos legais apontados no próprio relatório em questão.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula no auto de infração lavrado.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Portanto, deve ser afastada esta arguição de nulidade.

5. DA ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA

Aduzem os Recorrentes que deveria ser reconhecida a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 03/06/2008.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Entendo não lhe assistir razão.

Em relação à contagem do prazo decadencial, assim dispõe o art. 150, § 4º do CTN, *verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Em relação à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (art. 543-C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, mas também a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observar na ementa do REsp 973733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco

regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

No caso concreto, independentemente da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, item que será analisado em tópico específico deste voto quando da análise da qualificação da penalidade, é incontroversa a inexistência de recolhimento antecipado, o que implica que o início da contagem do prazo decadencial deve se dar com base no disposto no art. 173, I, do CTN, conforme já salientado alhures. Não basta a confissão de dívida, como argumentou um dos Recorrentes em sua peça recursal, para que a contagem do prazo decadencial se dê a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Na ausência de pagamento antecipado, o início da contagem do prazo decadencial é postergada para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido realizado.

Portanto, em relação aos fatos geradores ocorridos até junho de 2008, o lançamento poderia ter sido realizado ainda no ano de 2008, e o início da contagem do prazo se deu em 01/01/2009, encerrando-se em 31/12/2013.

Ora, considerando que a do lançamento ocorreu 06/06/2013, não há que se falar em decadência.

Rejeito, portanto, tal arguição.

6. DO ARBITRAMENTO DE LUCROS

Em relação ao arbitramento, não se sustentam as razões apresentadas pela defesa. Isso porque o contribuinte, intimado a apresentar seus livros contábeis e fiscais, deixou de fazê-lo. A decisão recorrida bem aborda a questão, por isso, transcrevo seus fundamentos como razões de decidir:

Verifica-se nos autos que o arbitramento do lucro teve como fundamento o art. 530, III, do RIR, de 1999.

No presente caso, a contribuinte, relativamente ao ano-calendário de 2008, foi intimada a apresentar os livros Diário, Razão e Lalur e os extratos bancários, e nada apresentou. Assim, não restou à fiscalização outra alternativa senão arbitrar o lucro da empresa e aplicar o disposto nos arts. 532 e 537 do citado regulamento, in verbis:

Dispõe o RIR/1999, nos arts. 532 e 537:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

(...)

Art. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).(sublinhei)

Portanto, correto está o procedimento fiscal de arbitrar o lucro com base na receita bruta conhecida, para apurar a base de cálculo do imposto.

Assim sendo, correto o arbitramento de lucros levado a efeito pela autoridade fiscal.

7. DA OMISSÃO DE RECEITAS

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O contribuinte é acusado de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

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

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa

condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

O contribuinte foi intimado a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente, deixando de atender a contento a solicitação da autoridade fiscal. Ou seja, não houve a comprovação da origem dos depósitos questionados pelo Fisco, limitando-se os Recorrentes a discorrerem sobre a impossibilidade de apresentação de documentação que comprovaria a origem dos depósitos, bem como que nem todos os depósitos corresponderiam a receitas.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe o art. 333 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO –

IMPRESINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 expedida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, confirma-se a omissão de receita apurada em depósitos bancários de origem não comprovada.

8. LANÇAMENTOS REFLEXOS

Os lançamentos do Programa de Integração Social - PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL foram lavrados em decorrência da omissão de receita apurada. De igual forma, o arbitramento de lucros levado a efeito em relação ao IRPJ impõe a mesma sistemática de apuração à CSLL.

Há disposição legal expressa de que a receita omitida seja incluída na base de cálculo da CSLL, PIS e COFINS, conforme dispõe o § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249/1995, *verbis*:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Assim, considerando as conclusões do IRPJ, e não tendo fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa, é de se manter a simetria em tais exigências, ante a íntima relação e causa e efeito.

Diante do exposto, os lançamentos reflexos devem ser mantidos em sua totalidade.

9. DA MULTA DE OFÍCIO

Sobre o tema, assim concluiu a decisão recorrida:

A contribuinte contestou a multa aplicada no lançamento, alegando que é confiscatória e solicitando a sua redução.

Verifica-se que a multa aplicada está prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, e § 1º, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

Referida multa tem natureza punitiva e é aplicada nos lançamentos de ofício, não ficando o seu percentual ao arbítrio da autoridade lançadora.

Portanto, não cabe a sua redução para 20%, devendo-se esclarecer que somente se aplica tal percentual nos recolhimentos espontâneos, o que aqui não ocorreu.

Quanto à alegação de que é confiscatória, como visto anteriormente, não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese.

Em relação aos argumentos atinentes ao confisco, já se discorreu a respeito de suas peculiaridades no âmbito do processo administrativo fiscal.

Para qualificação da penalidade, faz-se necessário perquirir o dolo, um algo a mais em relação a uma mera omissão de receita. Nessa linha de raciocínio, inclusive, foi editada a Súmula CARF nº 14, assim vazada: “*A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo*”.

Entendeu a decisão recorrida restarem evidenciados os elementos necessários à manutenção da qualificação da penalidade.

Dirijo de tal entendimento. A meu ver, os elementos apontados pela autoridade fiscal não permitem concluir ter o contribuinte tenha agido com dolo, de modo a caracterizar sonegação, fraude ou conluio a que aludem os artigos 71, 72 e 72 da Lei nº 4.502/1964.

Isso porque a autuação baseia-se única e exclusivamente em presunção legal de omissão de receitas, sendo que as contas bancárias em que se apoia o lançamento estavam em nome da própria empresa. Salienta-se que as demais peculiaridades descritas no termo de verificação em nada alteram as características da ocorrência do fato gerador, este sim, elemento a ser levado em consideração para fins de dosimetria da penalidade a ser cominada.

Assim sendo, entendo que não há que se falar em qualificação da multa.

Desse modo, voto por reduzir a penalidade ao percentual de 75%.

10. RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A respeito do tema, frisa-se que o litígio limita-se aos coobrigados Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro. Isso porque alguns coobrigados sequer apresentaram impugnação (Antônio Lima dos Santos, Pedro Domingues de Oliveira e Marco Aurélio de Campos Silva), e o coobrigado Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez, embora tenha apresentado impugnação, não contestou em sua peça recursal a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída, precluindo, portanto, seu direito de fazê-lo em sede de recurso voluntário. Nesse sentido, em relação a tal ponto, deixo de conhecer suas razões apostas em sua peça recursal.

Pois bem. Passo a análise do tema.

A decisão recorrida manteve a imputação de responsabilidade atribuída a alguns dos coobrigados, nos seguintes termos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 18/02/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl, relacionado como responsável tributário, ingressou na sociedade em 30/08/2007 e se retirou em 2009, tendo exercido a função de gerente nesse período.

Sendo sócio com poderes de gestão à época dos fatos (2008), verifica-se que realizou conjuntamente com o outro sócio-gerente a situação configuradora do fato gerador e agiu com excesso de poderes e infração à lei ao omitir rendimentos, com a supressão dos tributos, e não fornecer documentos obrigatórios ao fisco. Ficou evidenciada no processo a ocorrência de fraude, portanto a ocorrência do dolo e a infração à lei. Assim, correta a imputação de sujeição passiva solidária ao Sr. Hugo, não somente com base no CTN, art. 124, I, mas também no art. 135, III, do referido código.

*Quanto a **Vivaldi Camargo Barbeiro**, consta no processo a procuração de fls. 131/132 outorgada pela autuada em 03/09/2004, com prazo indeterminado, na qual lhe foram concedidos amplos e especiais poderes para representar a contribuinte perante as repartições públicas federais, estaduais e municipais, instituições bancárias, podendo abrir e movimentar contas em nome da outorgante, assinar contratos de financiamento em geral, assinar cheques, sustá-los, dar quitação em duplicatas, determinar protestos ou cancelá-los, descontar títulos, assinar contratos de leasing e tudo o que for necessário ao cargo de gerente administrativo da firma.*

Verifica-se que referida pessoa física não atuava como um simples prestador de serviços de contabilidade. Possuía amplos poderes para administrar a contribuinte e tinha sim, ao contrário do que afirma, competência funcional e administrativa para praticar atos com excesso de poderes ou infração da lei. Vivaldi, como administrador da autuada, realizou conjuntamente outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador dos tributos lançados. Infringiu a lei ao omitir rendimentos, com a supressão dos tributos, e não fornecer documentos obrigatórios ao fisco.

Portanto, considero correta a imputação de responsabilidade a Vivaldi Camargo Barbeiro.

Com a devida vênia, creio que tal imputação de responsabilidade não deve prevalecer.

Com as ressalvas que farei ao final, adoto o entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em seus inúmeros votos a respeito do tema:

Nesse ponto, é fundamental para o deslinde o fato de que a solidariedade não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da

obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.¹

Tanto é assim, que o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador. Daí a fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.²

Mais ainda, é necessário que o interesse comum não seja simplesmente econômico mas sim jurídico, entendendo-se como tal aquele derivado de uma relação jurídica de qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitima a postular em juízo em defesa do seu interesse.

No caso de grupos econômicos definidos pela participação societária, como no presente caso, tal circunstância, por si só, não define juridicamente o interesse comum. O interesse jurídico se caracteriza quando a situação realizada por uma pessoa é capaz de gerar os mesmos direitos e obrigações para a outra. E este tipo de interesse não existe entre sociedades que mantêm a sua independência e distinção, ainda que vinculadas a um objetivo econômico comum. Para que duas sociedades tivessem interesse

¹ Derzi, Misabel Abreu. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729

² BARCELOS, Soraya Marina. Os Limites da Obrigação Tributária Solidária Prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional e o Princípio da Preservação da Empresa. Disponível em [http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2011/Acesso em 31/08/2012](http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2011/Acesso%20em%2031/08/2012).

*jurídico comum capaz de imputar a solidariedade, seria necessário que ambas tivessem realizado conjuntamente o fato gerador tributário, como, por exemplo, que ambas fossem proprietárias do mesmo imóvel, ou que tivessem prestado um serviço em conjunto ou que tivessem alienado um produto ao mercado consumidor em parceria.*³

Sob esse prisma, a autoridade fiscal não apontou qualquer circunstância que estabelecesse um liame da coobrigada com a ocorrência do fato gerador, derivado de ações ou omissões praticadas exclusivamente pela autuada.

Alinhando-se a tal posicionamento, saliento, contudo, que caso a multa qualificada fosse mantida, entendo que restaria satisfeita a condição para imputação de responsabilidade aos coobrigados com poder de gerência com base no art. 135, III, do CTN. Contudo, tendo votado pela desqualificação da penalidade, ante a ausência de prova de interesse comum de que trata o art. 124, I, do CTN, não vislumbro como incluir os coobrigados no polo passivo da obrigação tributária.

De igual forma, caso a imputação de responsabilidade com base no art. 135, III, do CTN se ancorasse na hipótese de dissolução irregular da sociedade, entendo que seria possível manter a responsabilidade dos administradores em questão. Sob o mesmo prisma, parece-me que haveria possibilidade de imputação de responsabilidade, por sucessão (com fulcro no art. 132, parágrafo único, do CTN), em relação à pessoa jurídica Da Rosa Ramalho Indústria e Comercio de Móveis Ltda ME (CNPJ 00.613.172/0001-30). Contudo, não tendo sido esses os fundamentos utilizados pela autoridade fiscal, ou, no segundo caso, a pessoa jurídica sequer integrou a lide, não há como aperfeiçoar o procedimento administrativo quando de seu julgamento, o que não impedirá, contudo, que a Fazenda Nacional adote as providências necessárias a implementação de tal procedimentos em sede de execução fiscal.

Do exposto, voto por determinar a extinção da sujeição passiva solidária de Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro.

11. DA TAXA SELIC

No que tange ao questionamento da aplicação da taxa Selic, a matéria encontra-se absolutamente pacificada no âmbito do CARF, tendo sido alvo, inclusive de súmula, cujo enunciado número 4 recebeu a seguinte redação:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conforme determina o *caput* do art. 72 do Regimento Interno do CARF, os enunciados da súmula CARF são de observância obrigatória por parte de seus membros.

Desse modo, correta a aplicação da taxa Selic sobre os tributos apurados.

12. DO REQUERIMENTO DE PERÍCIA E DA PROVA TESTEMUNHAL

Os interessados requereram em sua impugnação, e também em sede de recurso voluntário, a realização de perícia a fim de demonstrar que grande parte dos recursos movimentados em suas contas correntes diz respeito a valores estranhos ao seu faturamento. O pedido foi indeferido pela decisão recorrida de forma fundamentada.

O recurso voluntário apresentado repete o pedido de perícia.

O inciso IV do art. 16 e o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993), assim dispõem:

Art. 16 – A impugnação mencionará:

[...]

IV – As diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/93).

§ 1º – Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (parágrafo introduzido pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/1993).

[...]

Art. 18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, tanto a perícia quanto a diligência objetivam a comprovação de elementos ou fatos que o contribuinte não pôde trazer aos autos.

No caso ora examinado trata-se da exigência de tributos sobre suposta omissão de receitas baseada em presunção legal insculpida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Para elidir a presunção de omissão de receitas baseadas em depósitos bancários bastaria ao recorrente demonstrar que determinados depósitos possuíam origem em operação que não denotava a auferição de renda. Tanto em sua impugnação, quanto em sede de recurso voluntário, o contribuinte limitou-se a argumentar de que muitos dos depósitos não se referiam à renda, sem trazer à baila elementos suficientes que pudessem comprovar suas alegações.

Além disso, deixou-se de identificar o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, o que por si só, já seria suficiente para o indeferimento do pleito.

Dessa forma, além da ausência do preenchimento dos requisitos legais para seu deferimento, resta demonstrada a desnecessidade da perícia, uma vez que, conforme dispõe

o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, compete à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

Diante do exposto, indefiro o pedido de perícia.

No que tange ao pedido de provas testemunhas, outra sorte não merece o recurso. Por bem retratar o tema, adoto os fundamentos da decisão recorrida:

Com relação à produção de prova testemunhal solicitada pela interessada, deve ser indeferida, porque o Decreto nº 70.235, de 1972 disciplina que a impugnação deverá ser formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar (art. 15 e §§ 4º, 5º e 6º do art. 16), além de diligências e perícias na forma do art. 16, IV e §§. Não existe previsão legal para apresentação de provas testemunhais no julgamento administrativo em primeira instância. Digno de menção o ensinamento do insigne Francisco de Assis Praxedes, verbis:

“No procedimento tributário administrativo, só se verifica o procedimento escrito, isto é, todos os atos processuais se exprimem por escrito. E de um modo apenas se movem os atos processuais. Dizer que o procedimento é apenas escrito é o mesmo que dizer que inexiste o procedimento oral no processo tributário administrativo federal, no âmbito do Ministério da Fazenda.

Sendo o procedimento escrito, a conclusão é de que os meios de prova permitidos são a documental e a pericial, para a demonstração dos fatos deduzidos na petição de impugnação” (O Processo Tributário Administrativo no Âmbito Federal, Revista Resenha Tributária nº 21/82 – Comentários 1.3, p. 429)”.

Indefiro, portanto, o pedido para oitiva de testemunhas.

13. CONCLUSÃO

Isso posto, voto por não conhecer do recurso nas questões atinentes à constitucionalidade de normas, indeferir o pedido de perícia e de oitiva de testemunha, rejeitar as arguições de nulidade, e, no mérito: (i) dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício a 75%; (ii) determinar a extinção da sujeição passiva solidária de Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator

Processo nº 19311.720511/2013-99
Acórdão n.º **1402-001.886**

S1-C4T2
Fl. 1.102

CÓPIA