



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

Processo n° 19515.001551/2010-07
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.124 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente PANIFICADORA E LANCHONETE AMIGAS PARA SEMPRE LTDA -ME.
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO. LANÇAMENTOS DECORRENTES DO SIMPLES - IRPJ, CSLL, PIS, COFINS E INSS. ACRÉSCIMOS LEGAIS. INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado, no percentual determinado expressamente em lei.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

É cabível a aplicação da Taxa Selic enquanto juros de mora no tocante ao lançamento de crédito tributário relativo às contribuições devidas ao Simples, não recolhidas em época própria.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

NOTIFICAÇÕES AOS PROCURADORES.

Indefere-se o pedido de que as notificações sejam encaminhadas aos procuradores, uma vez que elas devem ser endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, de acordo com o Decreto n° 70.235/1997, art. 23, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 9.532/1997, art. 67.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA NÃO CARACTERIZADA NOS AUTOS.

Quando não restar comprovado nos autos o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador nos termos do artigo 135 do CTN, as pessoas físicas na qualidade de administradores e gerentes da atuada não podem ser responsabilizadas solidariamente pelo crédito tributário exigido no Auto de Infração.

Tanto o administrador, como o gerente da sociedade, só pode ser pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, quando restar comprovado os atos praticados por eles com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto nos termos do artigo 135 do CTN; atos que a fiscalização não provou nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e, no mérito, i) negar provimento ao recurso voluntário da recorrente, mantendo os lançamentos; ii) dar provimento aos recursos voluntários dos sujeitos passivos solidários Susy Aparecida Anacleto e Cícero Agnaldo de Souza Leal, afastando a responsabilização.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Ailton Neves da Silva, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter as exigências perpetradas no Auto de Infração.

A Recorrente foi autuada para recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples (IRPJ, contribuição para o PIS, CSLL, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social INSS), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2006 (janeiro a dezembro de 2006).

Os créditos exigidos nestes AIs foram arbitrados com base na receita encontrada por meio de depósitos bancários, cruzadas com a receita indicada na Declaração do Simples (declaração zerada).

A DACON e a DCTF não foram entregues pela Recorrente, motivo pelo qual foi arbitrado o valor com base na movimentação financeira do ano de 2006 encontrada na conta corrente 12196-23 Agência 0478 do Banco HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo.

A Fiscalização lavrou também termos de sujeição passiva solidária face aos sócios administradores indicados nas cláusulas da Sexta Alteração do Contrato Social, a Sra. Susy Aparecida Anacleto e o Sr. Cícero Agnaldo de Souza Leal, nos termos do artigo 124, inciso e artigo 135, ambos do CTN.

A Recorrente foi excluída do Simples Federal e do Simples Nacional a partir de 01/01/2007. (Importante ressaltar que em 1 de julho de 2007 a legislação do Simples Federal foi revogada pela legislação do Simples Nacional, motivo pelo qual, a Recorrente foi excluída das duas, devido ao fato de a receita ter ultrapassado o limite previsto em lei para se manter neste regime de tributação.)

No presente Auto de Infração, não consta a infração relativa a insuficiência de recolhimento gerado pela alteração da alíquota do Simples quando incluída na base de cálculo os valores relativos a receita encontrada com a movimentação financeira encontrada.

Para evitar repetições aproveito o bem elaborado relatório do v. acórdão recorrido.

A matéria sob litígio tem origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 08.1.90.00.2009.05305-0, que culminou com a formalização de lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 na modalidade do Simples, na exclusão da empresa do Simples através do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 12/2012 com efeitos a partir de 01/01/2007 (fls. 552) e na exclusão do Simples Nacional através do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 06/2012 com efeitos a partir de 01/07/2007 (fls. 557).

Consta do Termo de Verificação Fiscal, fls. 93/101, que na intenção de cientificar o sujeito passivo do início do procedimento fiscal, o fiscal visitou o local indicado no endereço do cadastro, verificando que lá existia outra empresa. Feito o Termo de Constatação Fiscal, foi encaminhado o Termo de Início de Procedimento Fiscal e intimação para apresentação de documentos, esclarecimentos e informações necessárias, aos sócios e ex-sócios do sujeito passivo. A ciência, via postal, deu-se em 12/12/2009 aos ex-sócios Ana Lucia Pereira de Godoy e Nazaré Pedro dos Santos, e em 15/12/2009 aos atuais sócios Cícero Agnaldo de Souza Leal e Susy Aparecida Anacleto.

Para o ano-calendário 2006, consta dos sistemas corporativos da Receita Federal, que o contribuinte apresentou uma Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – PJSI sem valores, e não apresentou o Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais – DACON e nem a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF.

Com a entrega, pelo contribuinte, dos extratos bancários do ano de 2006 da conta mantida junto ao Banco HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo, o fiscal elaborou uma planilha com os valores creditados/depositados nesta conta bancária e intimou o interessado a comprovar a origem dos mesmos.

Constava desta intimação (fls. 73) que “a não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos relacionados neste termo, na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício, a título de omissão de receita ou rendimento, nos termos do artigo 849, RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem”. Em resposta, o contribuinte informa não possuir a documentação física dos recebimentos.

Em 14/04/2010 foi feita a reintimação para prestar esclarecimentos quanto a origem dos valores creditados/depositados em sua conta-corrente, apresentar os Livros Comerciais e Fiscais Obrigatórios, assim como os documentos comprobatórios das movimentações realizadas. Novamente o contribuinte alega não possuir documentação física dos depósitos realizados.

Diante deste fato, os créditos não comprovados, no valor de R\$ 4.450.207,40, foram lançados de ofício, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

O lançamento de ofício relativo ao Simples, período de 01/01/2006 31/12/2006 está consubstanciado nos autos de infração – Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples (fls. 117), no valor de R\$ 78.577,04; Contribuição para o PIS/Pasep – Simples (fls. 125), no valor de R\$ 57.523,34, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Simples (fls. 133), no valor de R\$ 81.461,29, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (fls. 141), no valor de R\$ 239.563,08 e Contribuição para Seguridade Social – INSS – Simples (fls. 149), no valor de R\$ 685.687,47; apurando o crédito tributário total no valor de R\$

1.142.812,22 (um milhão, cento e quarenta e dois mil, oitocentos e doze reais e vinte e dois centavos), aí incluído o principal, multa proporcional de 75% e juros de mora calculados até 31/05/2010.

Da Impugnação

O sujeito passivo foi cientificado dos Autos de Infração e do Termo de Verificação Fiscal em 14/06/2010 (fls. 101 e 154), e os sócios Cícero Agnaldo de Sousa e Susy Aparecida Anacleto Leal tomaram ciência, via postal, em 23/06/2010 (fls. 158) dos Termos de Ciência de Sujeição Passiva Solidária (fls. 156/157).

Em 14/07/2010 a “Panificadora e Lanchonete Amigas para Sempre Ltda – ME” apresenta sua impugnação, de fls. 160/204, alegando, em síntese:

1- Seu objeto social consiste na preparação e venda de refeições e bebidas em geral;

2- em resposta a intimação fiscal, apresentou os extratos bancários de suas contas junto ao Banco HSBC e informou que não mantinha seus arquivos e documentos contábeis sistematizados por total incompatibilidade com a sua realidade econômica de microempresa, assim como comentou o fato de ter ocorrido o extravio de parte da documentação fiscal e de seus registros, que seriam aptos a prestar os esclarecimentos solicitados;

3- é um comércio que proporciona baixíssima renda, na qual a maior parte da movimentação financeira se refere, em princípio, aos tíquetes que comercializava, restando-lhe apenas um pequeno deságio, referente a 1% do faturamento verificado. As quantias envolvidas não compunham, de maneira nenhuma, a renda do estabelecimento comercial, pois repassadas, invariavelmente, às operadoras destes tíquetes;

4- o valor movimentado nas contas-corrente da empresa é meramente ilusório, pois se trata de mera circulação de dinheiro, ou seja, o mesmo dinheiro ora utilizado para comprar tíquetes com pequeno deságio em um mês, é repassado para as empresas operadoras, que depositavam em sua conta as quantias referentes aos tíquetes repassados, descontadas as taxas de praxe;

5- “foi vítima de contumazes e reiterados roubos a seu estabelecimento comercial, situação que conduziu, invariavelmente, a papéis de toda sorte, entre os quais, alguns daqueles que seriam aptos a prestar os devidos esclarecimentos”;

6- explica a sistemática do vale-alimentação e do vale-refeição e como é feita a troca, por pecúnia, por parte dos trabalhadores, subtraído de um pequeno deságio;

7- não há que se falar em faturamento, uma vez que não “revendia” os tíquetes a ninguém, mas, ao contrário, figurava como depositária em favor dos administradores de tíquetes;

8- em função da argumentação supra, se pode concluir da impossibilidade de considerar a movimentação bancária como presunção de receita do contribuinte;

9- não há de se falar em crime de estelionato;

10- o suposto trânsito financeiro se deu inúmeras vezes por conta e ordem de terceiros e, como já dito, a sua própria comercialização ordinária, qual seja, a destinação de refeições, lanches e bebidas em geral ao consumo varejista de pessoas físicas, não permite grandes margens de lucro;

11- os sócios da empresa, pessoas físicas, não apresentam quaisquer sinais exteriores de riqueza, e tal afirmação condiz plenamente com as suas realidades;

12- não se admite é que se exija o conhecimento técnico-tributário apurado de pessoas simples, proprietários de um restaurante deste porte, acostumados à informalidade inerente à cultura de seus pares, quando mesmo aqueles com vasta experiência na área jurídica ou mesmo contábil apresentam severas dificuldades ao se deparar com a complexa legislação tributária pátria;

13- se refere ao conceito de renda: só se considera receita o ingresso de dinheiro que efetivamente se incorpora ao patrimônio do contribuinte;

14- traz julgados do Conselho de Contribuintes e a definição de receita por alguns juristas, reforçando o conceito acima exposto;

15- se refere à indevida presunção de receitas com base nos depósitos bancários: a presunção deve sempre estar apoiada na repetida e comprovada correlação natural entre os fatos conhecidos e os desconhecidos. Entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica e segura. Nem sempre o volume de depósitos injustificado leva ao rendimento omitido correlato;

16- na área judicial, consoante a Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, TRF, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;

17- a presunção legal estribada nos depósitos bancários encontra os seguintes óbices: (a) não está calcada na experiência anterior; (b) não é possível estabelecer uma correlação entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos; (c) o encargo probatório é totalmente transferido para o contribuinte, com manifesta impossibilidade dessa prova ser produzida;

18- da inexistência da sujeição passiva solidária por ilegitimidade passiva dos sócios: trata das hipóteses em que a lei prevê expressamente a atribuição de responsabilidade a sócios e administradores sobre as obrigações sociais. Não prescindem, para serem adotadas, da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do novo Código Civil. Assim, o legislador limitou a desconsideração da personalidade jurídica a apenas quando se verificar o abuso da personalidade, isto é, o uso da pessoa jurídica com interesse diverso daquele para o qual o direito o previu. Refere-se ao artigo 135 do Código Tributário Nacional – Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, segundo o qual é possível, sem se desconstituir a sociedade, atingir o patrimônio pessoal do sócio somente quando comprovada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou a infração de lei, contrato social ou estatutos. Sustenta que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no artigo antes citado, e tampouco se preocupou o fiscal em demonstrá-lo;

19- cabe à autoridade fiscal demonstrar o ilícito praticado, vez que a simples falta de recolhimento de tributo, sem dolo ou fraude, representa mora da empresa contribuinte, mas não ato violador da lei, do contrato social ou do estatuto; assim, os sócios do sujeito passivo, incluídos como sujeitos passivos solidários, figuram em clara situação de ilegitimidade passiva;

20- a invasão patrimonial dos sócios somente será possível na hipótese de não existirem bens suficientes da própria sociedade, por expressa disposição dos artigos 135 e 134 do Código Tributário Nacional;

21- não se pode permitir a ofensa aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da propriedade e a todos os valores e princípios que informam a ordem constitucional democrática brasileira, sendo imperativo de legalidade que a pessoa jurídica comprove tanto a irregularidade da sociedade comercial, quanto a ilicitude na gestão administrativa dos sócios para que possa efetuar a inclusão dos atuais sócios como sujeitos passivos solidários da presente demanda;

22- o entendimento mais abalizado mantido pelos Tribunais é no sentido de que os sócios, ainda que exercendo poderes de gerência, não podem responder com bens próprios pelas dívidas da pessoa jurídica, devendo, pois, os sócios do Impugnante ser excluídos imediatamente do pólo passivo da presente demanda;

23- não houve qualquer irregularidade ou infração praticada pelo Impugnante que ensejasse a imposição de multa de ofício correspondente a 75% do valor do tributo imposto, configurando uma situação abusiva e confiscatória, violando o princípio da proporcionalidade;

24- da inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício: a expressão "débitos decorrentes de tributos e contribuições" prevista no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996 diz respeito apenas ao valor do principal relativo à obrigação tributária não

paga no vencimento. Isso porque a multa não decorre do tributo, mas sim do descumprimento do dever legal de pagá-lo. Conclui o contribuinte que a cobrança de juros sobre a multa de ofício feita no presente Auto de Infração é manifestamente indevida, pela ausência de previsão legal expressa autorizando a referida cobrança, devendo ela, portanto, ser desconsiderada.

25- da ofensa ao princípio da estrita legalidade e da impossibilidade da utilização da Taxa Selic como juros moratórios em matéria tributária: a definição, a composição e a forma de cálculo da Taxa Selic não possuem qualquer regramento em lei, mas apenas em resoluções e circulares do Banco Central do Brasil. O Código Tributário Nacional, diploma normativo com status de lei complementar, somente autoriza a aplicação de juros de mora diversos de 1% se a lei assim estabelecer, o que absolutamente não ocorre com a Taxa Selic, conforme muitos afirmam de maneira equivocada. Em razão da inconstitucionalidade da Taxa Selic, deve ser cancelado o presente Auto de Infração;

26- ao final requer: (a) seja julgada improcedente a lavratura do presente Auto de Infração, com o cancelamento do débito ora cobrado; (b) a imediata exclusão dos sócios da pessoa jurídica do pólo passivo da presente demanda; e (c) todas as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam encaminhadas exclusivamente em nome dos advogados que relaciona.

O sócio Cícero Agnaldo de Sousa Leal apresenta sua impugnação em 20/07/2010 (fls. 312/355) e a sócia Suzy Aparecida Anacleto vem aos autos em 22/07/2010, conforme fls. 428/471, com os mesmos argumentos da pessoa jurídica, já expostos.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo integralmente a exigência do Auto de Infração, registrando a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO. LANÇAMENTOS DECORRENTES SIMPLES - PIS - COFINS - CSLL - IRPJ - INSS. ACRÉSCIMOS LEGAIS. INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

É cabível a aplicação da Taxa Selic enquanto juros de mora no tocante ao lançamento de crédito tributário relativo às contribuições devidas ao Simples, não recolhidas em época própria.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

NOTIFICAÇÕES AOS PROCURADORES.

Indefere-se o pedido de que as notificações sejam encaminhadas aos procuradores, uma vez que elas devem ser endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, de acordo com o Decreto nº 70.235/1997, art. 23, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532/1997, art. 67.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. CARACTERIZAÇÃO.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

O gerente da sociedade é pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Os Recursos Voluntário são tempestivos e possuem os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual devem ser admitidos.

O Recurso Voluntário da empresa Recorrente é idêntico ao dos responsáveis solidários, sendo que o mesmo patrono os assinou.

Como a Recorrente deixou de apresentar argumentos de defesa em relação a sua exclusão do Simples, devido ao valor da receita bruta ter ultrapassado o limite previsto em lei para tal regime tributário, entendo que a lide referente a tal matéria restou definitiva nos autos.

Da alegação de nulidades ou cerceamento do direito de defesa:

Em relação a alegação de cerceamento do direito de defesa, entendo que não deve ser acolhida.

A acusação está bem instruída com os documentos necessários para demonstrar a infração a legislação tributária de omissão de receita nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96 (287 do RIR/99), sendo que neste caso, a Recorrente é quem tem o ônus de provar que tal diferença não se refere a receita tributável, inexistindo assim cerceamento ao direito de defesa.

Também entendo necessário se observar que as preliminares de nulidade do lançamento fiscal arguidas pela Recorrente não encontram amparo nas hipóteses previstas no artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

Observa-se que quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas em Auto de Infração 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, nos termos do art. 60 do mencionado decreto.

Da leitura do Termo de Verificação Fiscal (fls. vol. 1) percebe-se que a Autoridade Autuante narrou as etapas do procedimento fiscal e os fatos verificados em consequência daquele, bem como a subsunção à presunção legal adiante versada. Constatam do referido termo e dos documentos que compõem os Autos de Infração lançados os dispositivos legais nos quais se alicerçaram, estando ainda presentes no processo administrativo a composição analítica da base de cálculo e os demonstrativos dos tributos devidos.

Por conseguinte, restaram adequadamente observadas as previsões estampadas nos incisos do art. 10, do Decreto nº 70.235/72, não merecendo prosperar as alegações da Recorrente em sentido contrário.

Ademais, foram disponibilizadas cópias dos documentos integrantes da autuação à Autuada, tendo-lhes sido conferido tempo hábil, após regularmente cientificado dos lançamentos, para apresentar seus questionamentos, consubstanciados na Impugnação apresentada nos autos, da qual é possível se depreender que a Recorrente entendeu perfeitamente dos fatos que lhes foram imputados. Assim, não houve qualquer preterição do respectivo direito de defesa.

Mérito:

Em relação as alegações de inconstitucionalidade da legislação referente a presunção de omissão de receita, insta esclarecer que nos termos da Súmula 2, este E. Tribunal não tem competência para analisar ou afastar aplicação de lei por entendê-la inconstitucional.

O contribuinte é optante do Simples que é um sistema que se constitui em uma forma simplificada e unificada de recolhimentos de tributos, por meio da aplicação e percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre uma única base de cálculo, a receita bruta, que é considerado nos termos do artigo 186 do RIR/99 como o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionalmente concedidos.

Ressalvadas essas exclusões, é vedado, para fins da determinação da receita bruta apurada mensalmente proceder-se a qualquer outra exclusão ou individualização em virtude da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado, tais como, substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução de base de cálculo e isenção, aplicáveis as demais pessoas jurídicas não optantes ao Simples (Lei no 9.317 de 1996, art. 2º, § 2º e IN SRF nº 250/2002, art. 40, §1º, e art. 1º).

Assinale-se que a base de cálculo do Simples não é o acréscimo patrimonial, o resultado ou o lucro, ainda que este seja diminuto em comparação com a receita bruta, mas sim esta última, que no caso da autuada foi constatada por meio dos créditos bancários cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada.

Observe-se que os conceitos de renda, acréscimo patrimonial ou lucro não interessam aos optantes do Simples, quer exista ou não lançamento de ofício, pois a base de cálculo dos tributos devidos em conformidade com este sistema simplificado de tributação é a receita bruta, conforme previsto no art. 5º da Lei nº 9.317/1996.

Portanto, a base de cálculo para optantes do Simples é a totalidade das receitas auferidas pela empresa, não admitindo a exclusão dos valores relativos a gastos efetivados ou depósitos cuja a origem não foi identificada, bem como a individualização das bases tributáveis por imposto ou contribuição.

Dando continuidade ao raciocínio, a autuação trata de omissões de receita de microempresas e empresa de pequeno porte, onde existe o artigo 18 da Lei 9.317/1996 que determina que aplicam-se as presunções de omissão de receita existentes nas legislações específicas de regência dos impostos e contribuições. Vejamos o texto do dispositivo:

“Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. ”

Sendo assim, foi correta a aplicação do artigo 42 da Lei 9.430/96 quando caracterizado a omissão de receita com base em depósitos bancários não escriturados e sem a comprovação de sua origem.

Quando detectada tal hipótese prevista no dispositivo acima indicado, cabe aos contribuintes demonstrar com documentos idôneos e hábeis o registro e a origem do depósitos não escriturados, quando questionados pela fiscalização, sob pena de serem considerados receita tributável.

Portanto, verificada a ocorrência da hipótese descrita em lei, qual seja, a que o contribuinte recebeu depósitos, não os escriturou e eximiu-se de comprovar depósito por depósito mediante documentação hábil e idônea a sua origem, correta está a autuação.

Ao enquadrar os depósitos bancários não escriturados como acréscimo à receita bruta declarada pela Recorrente; logo como aumento da base de cálculo; verificou-se também um novo enquadramento da alíquota do SIMPLES, ou seja, os valores originalmente recolhidos foram insuficientes, ensejando também a cobrança complementar devido a insuficiência de recolhimentos, conforme demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos, que faz parte do presente processo de débito.

Desta forma, não verifico que as duas infrações constantes no Auto de Infração estão imputando a Recorrente dupla tributação, eis que na primeira foi recomposta a receita bruta mensal com base nos depósitos bancários não escriturados e, na segunda, foram aplicados os percentuais progressivos fixados na legislação que prevê exceção para as microempresas e empresas de pequeno porte inscritas no Simples, em relação a receita bruta acumulada.

Sendo assim, entendo que ambas infrações indicadas no Auto de Infração estão corretas, devendo ser mantida a acusação fiscal em seus termos.

Em relação ao juros de mora, adoto os fundamentos do v. acórdão recorrido:

7. Dos Juros de Mora

Sobre os juros moratórios constantes do Auto de Infração, a penalidade foi corretamente aplicada, como podemos ver no artigo 61 parágrafo 3º da Lei nº 9.430/1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa

de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Mora quer dizer atraso. Juros de mora constituem a pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação. Funciona como uma indenização pelo retardamento na execução do débito.

Já a multa aplicada, de 75%, refere-se a declaração inexata, no caso a omissão de receitas, e foi concebida para punir o contribuinte que não cumpriu espontaneamente com sua obrigação tributária (não oferecimento à tributação, rendimentos que, nos termos da legislação de regência, devem ser tributados).

No caso em apreço não houve a incidência de juros sobre a multa, incidindo, cada um, isoladamente, sobre o valor do tributo (principal).

Quanto à argüição de inaplicabilidade da taxa SELIC, cabe ressaltar que o parágrafo primeiro do art. 161 do CTN determina que os juros moratórios aplicáveis a créditos tributários não integralmente pagos no vencimento serão de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. Já o legislador ordinário com a Lei nº 9.430/1996, artigo 61, § 3º, determinou expressamente que a taxa de juros em questão seria equivalente à taxa SELIC.

Vejamos:

Acréscimos Moratórios

Multas e Juros

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Vejamos o que diz o artigo 5º, parágrafo 3º acima referido:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do

primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Pelo exposto, as previsões normativas acima transcritas fundamentam a incidência da Taxa Selic como percentual de juros de mora, aplicáveis ao lançamento relativo ao sistema simplificado de tributação.

Estando presente determinação legislativa válida e eficaz, para que seja exigida a taxa SELIC sobre “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal” (redação do artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996), exaure-se a discussão na esfera administrativa, face à ausência de competência da Administração para negar eficácia a atos normativos.

Sujeição Passiva Solidária:

Em relação aos Termos de Sujeição Passiva lavrados contra os sócios administradores Sra. Susy Aparecida Anacleto e o Sr. Cícero Agnaldo de Souza Leal, nos termos do artigo 124, inciso I e artigo 135, ambos do CTN, entendo que não devem prosperar.

A Fiscalização imputou a responsabilidade solidária as pessoas físicas sócias administradoras da empresa Recorrente apenas com base na Alteração do Contrato Social, sem qualquer outra fundamentação para incluí-los no pólo passivo da autuação.

Nem no Termo de Verificação Fiscal, e nem nos Termos de Sujeição Passiva consta a necessária motivação para incluir determinadas pessoas físicas no pólo passivo da exação.

A simples constatação da infração de omissão de receita não autoriza a Fiscalização imputar responsabilidade solidária para os sócios administradores da empresa autuada.

A imputação de responsabilidade solidária deve ser devidamente fundamentada e demonstrar que os atos das pessoas físicas se enquadram perfeitamente com a hipótese prevista nos dispositivos relativos a tal matéria.

A Fiscalização deveria comprovar nos autos os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, bem como interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, obrigações que não se desincumbiu de demonstrar.

No presente caso, a infração de omissão de receita com base em depósitos bancários com origem não comprovada, não é suficiente para fundamentar e demonstrar com precisão o enquadramento dos fatos ocorridos com as hipóteses previstas nos dispositivos referentes a imputação de responsabilidade solidária pelo crédito tributário.

Desta forma, como não basta a mera indicação de dispositivos para imputar responsabilidade solidária aos sócios administradores, entendo que o Sra. Susy Aparecida Anacleto e o Sr. Cícero Agnaldo de Souza Leal devem ser excluídos do pólo passivo da autuação.

Processo nº 19515.001551/2010-07
Acórdão n.º **1402-003.124**

S1-C4T2
Fl. 816

No mais, mantido o lançamento relativo ao IRPJ, igual tratamento deve ser dado aos lançamentos de PIS, Cofins, CSLL e INSS, decorrentes da omissão de receita, ante a íntima relação de causa e efeito.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso Voluntário da empresa e a ele nego provimento e em relação aos Recursos Voluntários dos responsáveis solidários, os conheço e dou a eles provimento para afastar a responsabilidade solidária dos sócios administradores, Sra. Susy Aparecida Anacleto e do Sr. Cícero Agnaldo de Souza Leal.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves