



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

Processo n° 19515.002985/2010-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.091 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente PRODUTORA DE CHARQUE ALVORADA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

IRPJ. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A escrituração que, por conter vícios erros ou deficiências, mostra-se imprestável para identificar o lucro real ou a movimentação financeira, inclusive a bancária, implica o arbitramento do lucro

IRPJ. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

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

IRPJ. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ÔNUS DA PROVA

A presunção legal de omissão de receita inverte o ônus da prova, incumbindo ao autuado elidir de forma cabal a acusação fiscal. Não o fazendo, presume-se a omissão conforme determina a legislação.

CSLL. PIS. COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. ICMS.

O valor da receita omitida é considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da CSLL, COFINS e PIS.

PIS E COFINS CUMULATIVOS. LUCRO ARBITRADO.

Permanecem sujeitas ao PIS e à COFINS cumulativos as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro arbitrado.

CSLL. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. ICMS.

O ICMS integra o preço de venda e, portanto, a Receita Bruta.

INTUITO DE FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A existência de depósitos bancários não comprovados pela contribuinte autoriza a presunção de omissão de receitas, mas não a presunção de fraude. Não restando comprovado o evidente intuito de fraude, descabe o agravamento da multa de ofício.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES.

A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONFIGURA O FATO GERADOR.

Respondem solidariamente pelo pagamento do crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANDATÁRIOS. EXCESSO DE PODERES. INFRAÇÃO DE LEI OU CONTRATO SOCIAL.

Respondem pessoalmente pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos, empregados diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTERPOSTAS PESSOAS. MANDATÁRIOS.

Constatado que a pessoa jurídica foi constituída por interpostas pessoas e que os reais proprietários são os mandatários, aos quais foram outorgados poderes para movimentar contas bancárias, imputa-se a eles a responsabilidade solidária pelo crédito tributário.

PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO

A interessada deve demonstrar as razões que justifiquem o pedido de produção de prova pericial, devendo-se indeferir o pedido quando os fatos a serem demonstrados não requeiram conhecimentos técnicos específicos que vão além normalmente exigido para o desempenho da função de auditoria fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso dos coobrigados e dar provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada para reduzir a multa ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Processo nº 19515.002985/2010-16
Acórdão n.º **1402-002.091**

S1-C4T2
Fl. 6.668

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

CÓPIA

Relatório

PRODUTORA DE CHARQUE ALVORADA LTDA recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 3ª Turma da DRJ São Paulo01/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“1. Trata-se de créditos lançados pela Fiscalização, contra a empresa acima identificada, referente ao IRPJ, do ano-calendário 2005, e reflexos, quais sejam, CSLL, PIS e COFINS, incidentes sobre receitas omitidas provenientes de operações de vendas e de depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas pela Autuada.

1.1. Os créditos, no valor consolidado de R\$ 17.083.120,17 (dezesete milhões, oitenta e três mil, cento e vinte reais e dezessete centavos), tem a seguinte composição:

IRPJ	1.833.439,91
Juros de Mora	1.101.684,48
Multa	2.750.159,85
Valor do Crédito Apurado	5.685.284,24
PIS	503.056,60
Juros de Mora	310.586,92
Multa	754.584,88
Valor do Crédito Apurado	1.568.228,40
CSLL	835.847,97
Juros de Mora	502.009,59
Multa	1.253.771,95
Valor do Crédito Apurado	2.591.629,51
COFINS	2.321.799,88
Juros de Mora	1.433.478,36
Multa	3.482.699,78
Valor do Crédito Apurado	7.237.978,02

1.2. Preliminarmente, o Termo de Verificação Fiscal informa que, até o início da ação fiscal, o Contribuinte encontrava-se omissos quanto à entrega da DIPJ-Declaração de Informações Econômico – Fiscais, para o ano-calendário de 2005, bem como informa que, neste período, a atividade principal da empresa foi a venda de produtos alimentícios.

1.3. De acordo com a Fiscalização, a Autuada, no período de 2008 a 2010, foi intimada por diversas vezes a apresentar documentos, sendo que nas datas de 18/04/2008, 03/06/2008, 28/08/2008, 16/09/2008, 06/10/2008, foi-lhe solicitado seguinte:

a) Cópia do Contrato/Estatuto Social e das alterações posteriores dos últimos 05 (cinco) anos;

b) Livros Comerciais (Livros Diários, Razão Auxiliar, Caixa e outros) e fiscais (Livros de Entrada, Saída, e outros), obrigatórios e acessórios referentes ao período sob análise:

c) Relação das instituições financeiras com as quais transacionou no período sob análise, acompanhada da movimentação financeira, documentada pelos respectivos extratos bancários;

d) Arquivos contábeis, em meio magnético, contendo centros de custo, lançamentos contábeis, saldos de contas, e plano de contas, do período sob análise.

1.4. Por não ter apresentado, nessas oportunidades, os livros da escrituração contábil e fiscal e documentos atinentes à movimentação bancária, foram lavrados os documentos Termo de Embarço à Fiscalização (fl. 22) e Representação Fiscal para Fins Penais (art. 330 do Código Penal).

1.5. A resistência da Autuada em apresentar a referida documentação motivou a requisição de informações junto à instituição financeira Banco Bradesco, conforme transcrição abaixo:

-Dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo;

- Extrato de movimentação de conta-corrente

- Instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar conta corrente e

- Cartão de assinaturas das pessoas autorizadas a movimentar a conta corrente.

1.6. O Contribuinte continuou a ser intimado a apresentar os documentos descritos no item anterior, bem como a apresentar documentos hábeis e idôneos que comprovassem a origem dos recursos que haviam sido depositados/creditados no Banco Bradesco S.A.

1.7. De posse dos extratos bancários apresentados pela instituição financeira, relata a Fiscalização que:

“Procedemos à conciliação dos valores movimentados, conforme extratos bancários, onde foram considerados como justificados eventuais créditos relativos às transferências entre contas da mesma titularidade, resgates de aplicações financeiras, liberação de empréstimos bancários e créditos concedidos para cobertura de saldo devedor, restando diversos créditos/ depósitos para comprovação da origem, no valor de **R\$ 65.148.726,40**”.

1.8. Prosseguindo, a Fiscalização discorre acerca das situações em que a Autuada protocolou a entrega de livros e documentos.

1.9. Em 31/08/2009, alguns desses documentos foram apresentados em meio digital (gravados em CD), quais sejam, livros fiscais (de entrada e de saída de mercadorias), diário, razão e arquivos contábeis do ano de 2005.

1.10. A apresentação dos livros fiscais e comerciais, apenas em meio digital, fez com que, nas intimações, a partir de 31/08/2009, passasse a constar, destacadamente, que os livros obrigatórios e acessórios, bem como as demonstrações financeiras e balancetes analíticos, fossem apresentados com as formalidades exigidas pela lei.

1.11. Em 15/10/2009 e 04/06/2010, conforme Termos de Abertura de Volume, datados de 26/07/2010 e 06/09/2010, a Autuada protocolou a entrega de livros e documentos à RFB, sendo que, nas duas ocasiões, eles se encontravam acondicionados em uma caixa.

1.12. A Fiscalização destaca que o Livro Diário Geral nº 6 (01/01/2005 a 31/12/2005), entregue em 15/10/2009, continha lançamentos mensais e não estava registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, por outro lado, o Livro Diário Geral nº 2 (01/01/2005 a 31/12/2005), apresentado em 04/09/2009, também apresentava lançamentos mensais e não continha assinaturas dos representantes legais.

1.13. Afirma ainda que em razão de a entrega dos livros, em meio papel, ter-se dado pelos Correios e não pessoalmente, como seria de se esperar, o Contribuinte foi intimado a presenciar a abertura das caixas, porém, nas duas oportunidades, ele não compareceu.

1.14. Em 16/09/2010, em resposta ao Termo de Constatação e de Intimação Fiscal, datado de 12/08/2010, através do qual o Contribuinte foi intimado a apresentar os livros *Diário (com o balanço patrimonial e o de resultado, balancetes e LALUR) e Razão (e livros auxiliares, se for o caso) correspondente a todos os atos ou operações comerciais e fiscais do ano calendário 2005. inclusive a movimentação bancária, devidamente encadernados, assinados pelo contabilista responsável e representante legal do contribuinte e registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo*, compareceu o mandatário da empresa, Afonso Celso Alves Figueiredo, tendo este apresentado os documentos: Livro Diário nº 3, Razão Analítico nº 3 e LALUR nº 1, bem como quatro folhas impressas referentes à demonstração dos lucros e prejuízos acumulados, do período 01/01/2005 a 31/12/2005.

1.15. Relata e conclui a Fiscalização que:

Como se vê, o contribuinte apresentou para o mesmo período livros, diário e razão, com nº de ordem diferentes (anexos I a VI). Os que vieram na caixa protocolada em 15/10/2009 foram assinados pelo procurador Afonso Celso Alves Figueiredo e pelo Contador Waldir Martins, os que vieram na caixa protocolada em 04/06/2010, ninguém os assinou e os apresentados, em 16/09/2010, foram assinados pelo procurador Afonso Celso Alves Figueiredo e pelo Contador Waldir Martins, e o livro diário registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Verificamos que não é só o número de ordem que é diferente, o conteúdo também o é. Enquanto o livro diário que estava dentro da caixa protocolada em 15/10/2009 registra 365 lançamentos, com débito/crédito de R\$ 366.197.263,47, o que estava dentro da caixa protocolada em 04/06/2010, registra 417, com débito/crédito de R\$ 533.191.328,35, e o apresentado em 16/09/2010, com os mesmos lançamentos constantes no que estava dentro da caixa protocolada em 04/06/2010. Isto prova o quão confiável é a escrituração contábil apresentada pelo contribuinte. Portanto imprestável ao fim a que se propõe.

1.16. Informa a Fiscalização que em razão de o Contribuinte não ter apresentado documentação hábil e idônea que comprovasse a origem dos recursos depositados no Banco Bradesco, realizaram-se diligências no domicílio fiscal do contribuinte, a fim de verificar as notas fiscais que ele havia disponibilizado.

1.17. Constatou-se que as notas fiscais, de modo geral, estavam escrituradas nos livros de registro de saídas e descreve as inconsistências encontradas, tais como, número de ordens diferentes para livros que foram apresentados em mais de uma

oportunidade, notas fiscais não registradas, valores de notas fiscais gravados no CD e não registradas nos livros de registro de saídas e vive-versa. Apresenta planilha das divergências encontradas bem como os motivos que a levaram a considerar este ou aquele valor, sendo que o resultado final da análise consta das planilhas “A” e “B”, denominadas “Demonstrativo do Valor Faturado e dos Depósitos Bancários”.

1.18. Em razão de a escrituração mantida pelo contribuinte ter sido considerada imprestável para a determinação do lucro real, devido a vícios, erros ou deficiências, tais como, os livros Diário e Razão foram escriturados com partidas mensais, desacompanhados dos livros auxiliares, e, neles, não constavam os registros atinentes à movimentação bancária, o lucro foi arbitrado (art. 530, I e II, c/c art. 258, “caput”, e §§ 1º e 2º, do Decreto 3.000/99).

1.19. Os valores faturados, representados por notas fiscais de vendas, descontadas as devoluções, foram considerados oriundos de receitas de vendas de mercadorias nas operações de conta própria e tributados como receita não declarada, enquanto que os valores depositados/creditados que, em determinado mês, excederam aos das vendas foram considerados de origem não comprovada (presunção de omissão de receitas), nos termos do art. 42, da Lei 9.430/96.

1.20. Com base no fato de o contribuinte ter auferido receitas de vendas no valor de R\$ 70.784.270,37 e recebido depósitos bancários no montante de R\$ 65.148.726,40, e, apesar disso, não ter apresentado a DIPJ do ano-calendário 2005 e DCTF relativas a esse período, e ainda, não ter recolhido valores a título de IRPJ, a Fiscalização considerou que houve omissão consciente, que impediu o conhecimento, por parte da RFB, dos fatos geradores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, e efetuou o lançamento com base no art. 173, I, do CTN, aplicando a multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96.

1.21. Por outro lado, com fundamento nos artigos 124, I, e 135, II e III, ambos do CTN, imputou-se a mandatários, com poderes para movimentar contas bancárias, a responsabilidade solidária pelos créditos constituídos. São eles: Waldir Cândido Torelli, Marcelo Barthman Gomes, Natalino dos Santos Filho e Luiz Antônio Lentisco. Os Termos de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Tributária constam às fls. 421/428.

1.22. Os motivos que levaram a Fiscalização a responsabilizar os procuradores são, em síntese, os seguintes:

a) Osvaldo de Amorim Costa e Silvestre Martinez Valhientes, que, formalmente, são os representantes legais da Autuada, jamais entraram em contato com a Fiscalização;

b) as diligências realizadas nos endereços residenciais dos sócios, conforme cadastro da RFB, resultaram que eles não foram encontrados e os atuais habitantes não souberam dar notícias deles;

c) os sócios não apresentaram declaração de rendimentos para o ano calendário 2005, fato que foi considerado incompatível com quem é proprietário de empresa que recebeu depósitos/ créditos no valor de R\$ 65.148.726,40, ao passo que os procuradores, com poderes para movimentar as contas bancárias, declararam rendimentos e bens e direitos bastantes razoáveis, principalmente, o procurador Waldir Cândido Torelli;

d) nas respostas às intimações para prestar esclarecimentos sobre os mandatos, os procuradores não mencionam os nomes dos sócios, situação que é incomum, já que a outorga de poderes para movimentar a conta bancária pressupõe alto grau de confiança entre os contratantes.

e) segundo Waldir Cândido Torelli, a procuração teve como causa uma dívida da Autuada com a empresa AMAMBAÍ INDÚSTRIA ALIMENTÍCIA LTDA, da qual é sócio. Fato como este só ocorre quando aquele que recebe a procuração é de fato o dono dos recursos financeiros a movimentar, sendo comum, entretanto, quando se trata de empresas cujos sócios são interpostas pessoas.

f) Marcelo Barthman Gomes alega que trabalhava para o grupo TORLIM e que a pedido de seus superiores, dentre eles Jair Antônio de Lima, sócio de Waldir Cândido Torelli, daí TORLIM, atendeu uma fiscalização que ocorria na PRODUTORA DE CHARQUE ALVORADA LTDA, e que, durante o atendimento, assinou alguns cheques desta, tendo sido remunerado pela empresa AMAMBAÍ Indústria Alimentícia Ltda. A empresa TORLIM Produtos Alimentícios LTDA., pertencente ao grupo TORLIM, estava estabelecida, até 12/08/2005, no mesmo endereço da Autuada. Também pertencem ao grupo as empresas FRIBAI – Frigorífico Vale do AMAMBAÍ Ltda., TORLIM Alimentos S/A e a Empresa de Transportes TORLIM Ltda.

g) em 2005, Marcelo Barthman Gomes movimentou a conta bancária, embora tenha afirmado que tal atribuição só teria sido exercida até maio de 2004.

h) as informações prestadas por Marcelo Barthman Gomes deixam claro que ele não conhecia os sócios da Autuada e que a procuração foi providenciada por Jair, sócio de Waldir.

i) as informações prestadas por Luiz Antônio Lentisco e Natalino dos Santos Filho são basicamente as mesmas e ambos afirmam que seus antigos patrões tinham outra atividade na cidade de Amambaí –MS. Apreende-se da declaração desses procuradores que eles não conhecem os sócios da Autuada e estão se referindo a pessoas que mantêm negócios em Amambaí.

J) os sócios, Osvaldo de Amorim Costa e Silvestre Martinez Valhientes, não pertencem a nenhum quadro societário de outra empresa, em qualquer lugar do país, enquanto que o procurador Waldir, em sociedade com Jair, é sócio de várias empresas (relacionadas anteriormente), sendo que uma delas, a Transportes TORLIM Ltda. tem domicílio fiscal em Amambaí –MS e outras duas (FRIBAI – Frigorífico Vale do Amambaí e AMAMBAÍ Indústria Alimentícia Ltda.) trazem em sua razão social o nome AMAMBAÍ.

k) a conclusão é a de que os procuradores Waldir Cândido Torelli, Marcelo Barthman Gomes, Natalino dos Santos Filho e Luiz Antônio Lentisco são os verdadeiros proprietários da Autuada.

2. Por meio do instrumento, às fls. 465/479, acompanhado da documentação, em meio papel, às fls. 465/2470, e, em meio digital, às fls. 2471, a Autuada impugnou os Autos de Infração. Alega, em síntese, que:

2.1. os autos de infração retratam supostos débitos de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, com base em lucro arbitrado, à vista da movimentação financeira detectada em contas bancárias de titularidade da Autuada,

2.2. aplicou-se multa majorada de 150%, sob o fundamento de que a Autuada teria agido com evidente intuito de fraude;

2.3. a autuação é improcedente, pois a razão do arbitramento é inidônea, além do que a base de cálculo contém erros, conduzindo à nulidade da autuação;

2.4. a escrituração resumida não pode dar azo à desqualificação da escrituração fiscal da autuada, e, conseqüentemente, dar suporte ao arbitramento da movimentação financeira da empresa.

2.5. o art. 258, §1º, do RIR/99, permite a escrituração resumida e a Autuada entende que preencheu seus requisitos;

2.6. os livros auxiliares foram apresentados, porém como se tratava de um grande volume a ser examinado, os documentos não foram recebidos, por isso, aliás, que não restou outra alternativa senão enviá-los pelos Correios;

2.7. todos os requisitos legais foram preenchidos, pois os livros estão devidamente autenticados pela Junta Comercial;

2.8. por esta razão, requer a Impugnante seja declarado nulo o arbitramento efetuado;

2.9. quanto às supostas diferenças ou divergências na documentação apresentada, o que também daria suporte ao arbitramento, requer-se a produção de prova pericial, a fim de que se verifique a veracidade das afirmações constantes da autuação;

2.10. nesse ponto, a Impugnante invoca o artigo 16, IV, do Decreto 70.235/72 e passa a descrever as razões de fato e de direito que, no seu entender, justificam a produção de prova pericial, como também nomeia perito para a realização de tal procedimento.

2.11. a base de cálculo do PIS e do COFINS, é a Receita Bruta, não podendo ser tomado como base tributável o valor total das operações estampadas nas notas fiscais, identificadas na atividade fiscalizatória, e o valor das operações bancárias.

2.12. A Receita Bruta é o valor das operações ajustadas com as exclusões permitidas pela legislação (transcreve dispositivos das Leis 9.718/98, 10.833/2003 e 10637/2002);

2.13. o conceito de Receita Bruta compreende uma série de exclusões, envolvendo o custo de produção da empresa, bem como despesas operacionais e também os tributos não cumulativos (ICMS e IPI) recolhidos pelo contribuinte.

2.14. incorreu-se em erro ao não efetuar a operação aritmética necessária para não inclusão desses elementos na Receita Bruta, devendo ser reconhecida a nulidade da autuação;

2.15. houve equívoco na formação do lucro arbitrado, como base de cálculo da CSLL e do IRPJ (transcreve os art. 224, parágrafo único, 279, parágrafo único, 529, 530, I e II, 531, I e II, 532, “caput”, 519, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, todos do RIR/99).

2.16. o lucro arbitrado, base de cálculo do IR e também da CSLL, é fixado em função da receita bruta conhecida no período;

2.17 após as exclusões, permitidas na legislação, tem-se a receita bruta para fins do lucro arbitrado;

2.18. porém, como já foi demonstrado, houve erro na mensuração da receita bruta; sendo nulos os lançamentos;

2.19. considerou-se que houve intuito de fraude, aplicando-se multa majorada no percentual de 150% (transcreve os artigos 44, da 9.430/96, 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64 e 957, do RIR/99;

2.20. há uma premissa fática que foi desconsiderada: a Impugnante, em razão de ter encerrado suas atividades e devido às dificuldades que enfrentava, não apresentou a DIPJ ano-calendário 2005;

2.21, não houve, porém, intuito de fraude, tanto que sequer mascarou qualquer das operações mercantis: emitiu as notas fiscais pertinentes e, bem assim, recebeu em conta-corrente os numerários relativos às transações, tal e qual foi informado ao Autuante;

2.22. as operações foram documentadas em notas fiscais e registros bancários;

2.23. a própria atividade de lançamento registra que o representante da Impugnante informou à autoridade fiscal que as movimentações eram oriundas de operações de compra e venda, as quais vinham documentadas em notas fiscais;

2.24. a pena pecuniária no percentual de 150% é absolutamente indevida, primeiro, porque é confiscatória, segundo, porque é inadmissível a sua aplicação por descumprimento de lei quando se demonstra a ausência de qualquer intuito fraudatório;

2.25. nessa situação, qualquer que seja o percentual, configura-se evidente confisco, o qual é condenado pelo ordenamento jurídico, mormente pela Constituição Federal (art. 150, IV);

2.26. dúvidas não há de que a multa aplicada é um verdadeiro confisco, pois totalmente desarrazoada e desproporcional ao suposto infrator;

3. Requer a Impugnante o acolhimento do pedido de realização de perícia, nos livros e documentos indicados, ao cabo da qual, seja acolhida a impugnação para extinguir os supostos créditos constituídos pelos Autos de Infração, bem assim seja reconhecida a nulidade e a improcedência dos mesmos.

Da Impugnação dos responsáveis solidários

4. Waldir Candido Torelli, apresentou dois instrumentos de defesa, o primeiro (fls. 2472/2473) é ele quem assina, o segundo, o seu mandatário (fls. 2556/2562). Alega em síntese que:

a) recebeu uma procuração, mas nunca foi utilizada.

b) o objetivo era o recebimento de uma dívida;

c) nada assinou pela Produtora Charque Alvorada; não recebeu remuneração, nunca exerceu nem exerce outra ou qualquer atribuição em favor desta empresa;

d) o seu patrimônio foi construído pelo árduo trabalho durante esses 20 anos, como pode ser verificado nas declarações dos anos anteriores;

e) a situação causa estranheza, uma vez que antes do início desta diligência, mês de abril de 2008, desligou-se de todas as empresas, vendendo sua participação para o sócio remanescente (Jair Antonio de Lima) e Pedro Cassildo Pascutti.

f) requer sejam verificados os depoimentos dos outros procuradores, que não citam o seu nome, mas os dos proprietários de fato e atuais, assim como, os contratos onde constam o seu desligamento das empresas e, ainda, a pesquisa da RFB, onde ele não aparece como integrante do quadro societário;

g) a autuação não traz qualquer elemento probante concreto a não ser a procuração, da qual se arrepende por ser elemento da negociação da dívida;

h) o Autuante apenas afirma que, no seu entender, o Impugnante seria dono da empresa autuada, sem trazer nenhum elemento de fato, além da noticiada procuração;

i) o ato administrativo baseia-se em meras presunções, e, portanto, eivado de irremediável defeito;

j) admitida a contraprova, apresentada (documento comprobatório da existência da dívida) pela Impugnante, deveria o Autuante ter reconhecido a condição de mero mandatário em interesse próprio, sob pena de ingressar no terreno do arbítrio;

l) o “sumiço” dos sócios da empresa autuada não pode ser imputado ao impugnante;

m) nos termos do art. 142 do CTN, o Autuante teria de comprovar a veracidade da autuação realizada, fundando-se em elemento concreto verificável, como por exemplo, um ato de gestão, a direção patrimonial da empresa ou outro de igual gênero;

4.1. Pelo exposto, requer o acolhimento da impugnação para que, relativamente à Impugnante, seja reconhecida a improcedência da autuação, cancelado-se o Termo de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Tributária, seja pela nulidade do ato administrativo, porque fundado em mera presunção, seja porque inexistente qualquer vínculo de propriedade do impugnante sobre a empresa Produtora de Charque Alvorada.

5. Natalino dos Santos Filho e Luiz Antônio Lentisco, apresentaram defesa em conjunto, conforme instrumento fls.2.562/2.568. Tal como na impugnação realizada por Waldir Candido Torelli, os impugnantes alegam que a imputação da responsabilidade solidária pelos débitos da Autuada foi fundamentada em meras presunções e requerem a anulação do Auto de Infração. Em síntese, argumentam ainda que:

a) tanto um quanto outro, impugnantes, eram meros funcionários da empresa recorrida, como comprovam cópia da folha pertinente do livro de registro de funcionários e o termo de rescisão de contrato de trabalho, assinado em 2005, por ambos.

b) se o vínculo era empregatício, nos termos da CLT, é evidente que cai por terra a presunção de que ambos eram proprietários da empresa autuada.

c) ademais, ambos eram mandatários, consoante as diretrizes traçadas pelos proprietários da empresa ou os superiores dos impugnantes.

d) mesmo os administradores, que poderão ser responsabilizados, nos termos do art. 135, III, do CTN, são apenas aqueles incumbidos dos comandos financeiro e comercial da empresa, o que não é o caso dos impugnantes, eis que Natalino exercia a função de encarregado de cobrança e, Luiz Antônio, a função de supervisor de vendas.

e) assim não são eles responsáveis pelas eventuais decisões da empresa de não recolher tributos;

f) por outro lado, para se imputar a responsabilidade tributária é necessário que se comprove que os créditos são resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (Art. 135, I a III);

g) se os impugnantes apenas detinham poderes para movimentar uma conta corrente, não há como transferir-lhes as obrigações tributárias da empresa, sobre as quais eles sequer tinham poder de decisão;

5.1. Do exposto requerem a improcedência da atuação em relação a eles.

6. Marcelo Barthman Gomes apresentou defesa às fls. 2579/2592. Alega em síntese que:

a) A imputação de responsabilidade solidária não pode prosperar por falta de amparo legal e por falta de clara identificação de que os atos praticados, enquanto procurador para certos atos em nome do contribuinte autuado, configurem excesso de poder ou infração à lei, ou que tenha agido em proveito próprio ou adquirido qualquer vantagem pessoal, além de sua normal remuneração como assalariado.

b) Inexiste qualquer declaração de pessoas ligadas à empresa autuada, seja na qualidade de funcionário, de fornecedor ou de mandatário, que levasse ao processo tal informação, bem porque o Impugnante jamais teve qualquer ligação com a referida empresa, a não ser para desenvolver o mandato que lhe fora outorgado no início de 2003,

c) o mandato destinava-se tão-somente ao atendimento da Fiscalização do Ministério do Trabalho e da Previdência Social

d) logo que admitido na empresa AMAMBAÍ (01/03/2003), seus patrões lhe deram a incumbência de prestar ajuda na empresa Produtora de Charque Alvorada Ltda, que passava por uma fiscalização.

e) após seu desligamento, 16/04/2004, transferiu sua residência para São José do Rio Preto; para continuar seus estudos, onde permanece até os dias de hoje;

f) durante o período de 05/05/2006 a 19/12/2008, prestou serviços novamente ao Grupo Torlim, na cidade de Louveira (SP);

g) em 2005, sobreviveu a custa de pequenos trabalhos desenvolvidos em escritório que abriu na Rua Saldanha Marinho, 3868, em São José do Rio Preto.

h) Naquele ano, jamais retornou à empresa autuada para prestar qualquer atividade.

i) em 2003, época do atendimento à fiscalização, questionou seus patrões que lhe autorizaram a assinar os cheques, sendo que a movimentação da conta está esclarecida no depoimento de Waldir, conforme item "19" do termo de verificação

fiscal;

j) o impugnante não tinha conhecimento da dívida, mas cumpria ordens de seus patrões.

k) pelo silogismo lógico apresentado pelo Autuante, a conclusão seria a de que Jair e Waldir, proprietários das empresas em Amambaí e patrões do Impugnante fossem supostamente os proprietários da Autuada.

l) a conclusão não obedece à lógica

m) o trabalho fiscal não determina quais os atos praticados pelo Impugnante, exceto a emissão de alguns cheques

n) ainda que se admitisse ao Impugnante a qualidade de administrador há que se provar que os atos foram exercidos com excesso de poder ou com fraude ou simulação em prejuízo do erário.

o) o instrumento de procuração não lhe conferia poder de decisão sobre questões tributárias, de gerência ou de administração da autuada;

p) não há nos autos qualquer alusão às contas do Impugnante que demonstre movimentação financeira em seu favor, como era de se supor se ele estivesse administrando seu próprio negócio.

q) o critério de movimento financeiro e patrimonial dos procuradores foi utilizado para atribuir responsabilidade a Waldir, mas não para isentar o Impugnante de responsabilidades, também não sendo coerente o Fisco neste aspecto.

r) em matéria tributária não se aplica a presunção de legitimidade, cabendo o ônus da prova à Autoridade Administrativa, nos termos do art. 142, do CTN, além do que a administração como ente público deve agir com lealdade, de modo a não estimular insegurança nas relações jurídicas.

s) requer o Impugnante sejam acatadas as preliminares arguidas para que as autuações sejam julgadas totalmente improcedentes com relação à co-responsabilidade a ele atribuída;

t) embora não seja sua atribuição questionar a pretensão da Receita Federal, quanto às infrações e respectivos valores exigidos no Auto de Infração, o faz por negativa geral, eis que não tem qualquer relacionamento com a empresa autuada bem como por não ter acesso a qualquer documento da mesma;

u) ademais, não se verifica nos autos qualquer prova que lhe atribua interesse comum na situação que constitui o suposto fato gerador descrito na inicial.

6.1. Requer seja a autuação julgada totalmente improcedente, ou, caso seja declarada parcialmente procedente, requer a sua exclusão do rol dos responsáveis solidários.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-29.892 (fls. 2.674-2.698) de 25/02/2011, por unanimidade de votos, considerou improcedentes as impugnações. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005/2001

IRPJ. ARBITRAMENTO DO LUCRO. A escrituração que, por conter vícios erros ou deficiências, mostra-se imprestável para identificar o lucro real ou a movimentação financeira, inclusive a bancária, implica o arbitramento do lucro

IRPJ. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. ÔNUS DA PROVA. Caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A presunção legal de omissão de receita inverte o ônus da prova, incumbindo ao autuado elidir de forma cabal a acusação fiscal. Não o fazendo, presume-se a omissão conforme determina a legislação.

CSLL. PIS. COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. ICMS. O valor da receita omitida é considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da CSLL, COFINS e PIS.

Permanecem sujeitas, ao PIS e COFINS cumulativos, as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro arbitrado.

O ICMS integra o preço de venda e, portanto, a Receita Bruta.

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Caracterizada a fraude com o intuito de ocultar ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, aplica-se multa de ofício qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES. A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTERPOSTAS PESSOAS. MANDATÁRIOS. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONFIGURA O FATO GERADOR. EXCESSO DE PODERES. INFRAÇÃO DE LEI OU CONTRATO SOCIAL. Respondem solidariamente pelo pagamento do crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Respondem pessoalmente pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos, empregados diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Constatado que a pessoa jurídica foi constituída por interpostas pessoas e que os reais proprietários são os mandatários, aos

quais foram outorgados poderes para movimentar contas bancárias, imputa-se a eles a responsabilidade solidária pelo crédito tributário.

PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO. A Impugnante deve demonstrar as razões que justifiquem o pedido de produção de prova pericial.

Deve-se indeferir o pedido de prova pericial, quando os documentos a serem analisados poderiam ter sido juntados na impugnação.

Considera-se prescindível a prova pericial quando os fatos a serem demonstrados não requeiram conhecimentos técnicos específicos que vão além normalmente exigido para o desempenho da função de auditoria fiscal.”

Contra a aludida decisão, da qual foram cientificados, conforme tabela a seguir, os interessados apresentaram recursos voluntários onde repisam seus argumentos impugnatórios.

Sujeito passivo e solidários	Ciência do acórdão de impugnação	Apresentação de Recurso Voluntário
Sujeito passivo	26/08/2011, AR fl. 2.703	19/09/2011, fls. 2.754/2.775
Waldir Cândido Torelli	01/11/2011, AR fl. 2.735	19/09/2011, fls. 2.784/2.790
Marcelo Barthman Gomes	05/11/2011, AR fl. 2.744	
Natalino dos Santos Filho	20/10/2011, termo fl. 2.733	19/09/2011, fls. 2.776/2.783
Luiz Antônio Lentisco		

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

Os recursos voluntários reúnem os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Conforme relatado, o presente processo trata de lançamento de IRPJ, do ano-calendário 2005, e dos reflexos, CSLL, PIS e COFINS, tendo por base receitas de vendas não declaradas e depósitos bancários, cujas origens não foram comprovadas. A Autuada não apresentou a DIPJ do ano-calendário 2005, tampouco, as DCTF correspondentes ao citado período.

O lucro foi arbitrado, uma vez que a escrituração mantida pela Contribuinte foi considerada imprestável para apuração do lucro real, pois continha vícios, erros ou deficiências. Os livros Diário e Razão apresentavam-se com escrituração resumida (partidas mensais) e desacompanhados de livros auxiliares, além do que não continham a movimentação bancária.

Abaixo, transcrevem-se os artigos 258 “caput” e §§ 1º e 2º, e 530, I e II, ambos do RIR –Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/1999:

Art. 258. Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 5º).

§ 1º Admite-se a escrituração resumida no Diário, por totais que não excedam ao período de um mês, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares para registro individualizado e conservados os documentos que permitam sua perfeita verificação (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 5º, § 3º).

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, no transporte dos totais mensais dos livros auxiliares, para o Diário, deve ser feita referência às páginas em que as operações se encontram lançadas nos livros auxiliares devidamente registrados.

...

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

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

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

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

(destaques não constam do original)

Parte dos valores depositados foi relacionada a operações de vendas e, portanto, considerada receita não declarada e o restante, por não ter sua origem comprovada, foi, presumidamente, considerado como omissão de receita, cabendo à Autuada o ônus da prova em contrário. Dispõem o artigos 532 do RIR/1999 e 42, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96:

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. 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.*

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

*§ 2º Os valores **cuja origem houver sido comprovada**, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, **submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.***

Sustenta a recorrente que o lucro não poderia ter sido arbitrado, uma vez que, no seu entender, a legislação permite a escrituração resumida. Alega ainda que teria apresentado os livros auxiliares pelos Correios, e, dessa forma, preenchido os requisitos do art. 258 do RIR/99.

Entendo que não assiste razão à recorrente. A Fiscalização é clara ao informar que a Autuada apresentou os livros Diário e Razão, desacompanhados dos livros auxiliares e, nos autos, não se verifica a existência deles.

Aliás, cumpre notar que o livro Diário Geral (Nº de Ordem 3), registrado na JUCESP, somente em 09/09/2010, ou seja, ao final do procedimento fiscal (ciência do lançamento em 24/09/2010), não faz referência a lançamentos feitos nos livros auxiliares, conforme exige o parágrafo 2º, do art. 258, do RIR/1999, o que é mais um indicativo de que não houve a escrituração de livros auxiliares.

Por outro lado, a ausência de escrituração da movimentação das contas bancárias foi admitida pela própria defendente, que ofereceu, como alternativa, a disponibilização das notas fiscais de vendas e dos livros de registro de entradas e de saídas.

Some-se a isso, o fato de que, em três oportunidades, foram apresentados livros com número de ordens diferentes e com dados divergentes.

Não tenho dúvidas de que a Fiscalização agiu com acerto ao arbitrar o lucro, não cabendo reconhecer a nulidade de tal procedimento, como quer a recorrente.

Aliás, as hipóteses de nulidade, por vício insanável, restringem-se às elencadas no art. 59, do Decreto 70.235/72. Dispõem os artigos 59 e 60 do referido Decreto:

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.

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

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

§ 3º Quando puder decidir do 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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 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.

Quanto às alegações de que há equívocos na determinação das bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, também não assiste razão à recorrente.

O conceito de Receita Bruta vem disposto no art. 31, da Lei 8.981/95, abaixo transcrito:

Art. 31. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta, não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

(destaques não constam do original)

Observe-se que o ICMS integra o preço de venda e, portanto, não está excluído do conceito de receita bruta.

Assim, não há qualquer reparo a ser feito no cálculo que teve a finalidade de apurar o valor das receitas vinculadas às operações de venda, representado pela diferença entre o montantes mensais depositados e os de vendas, mesmo porque essas operações não sofreram a incidência de IPI - o qual se enquadraria na ressalva do parágrafo único do art. 31, acima transcrito - conforme se verifica nos livros de registro de saídas.

Já nos casos de omissão de receita, o art. 24, parágrafo 2º, da Lei 9.249/95 determina que o valor da receita omitida, entenda-se Receita Bruta, será utilizado para determinação das bases de cálculo da CSLL, PIS e COFINS:

Lei 9.249/95

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.

.....
(destaques não constam do original)

Ressalte-se que, uma vez que a contabilidade foi considerada imprestável para a apuração do lucro real, não há que se proceder às exclusões relacionadas aos custos de produção e às despesas operacionais, devendo-se aplicar, ao lucro arbitrado, o regime da cumulatividade, conforme prescrevem as Leis 10.833/2003 e 10.637/2002:

Lei 10.833/2003

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

. II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no **lucro presumido ou arbitrado**; (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)

.....
Lei 10.637/2002

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

.....
II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no **lucro presumido ou arbitrado**; (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)

.....
(destaques não constam do original)

Aliás, cumpre notar que, de acordo com a Lei 9.718/98, o ICMS só é excluído da Receita Bruta nas operações em que o sujeito passivo se encontre na condição de substituto tributário. Referida lei dispõe em seu artigo 3º, §2º, I, que:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

.....
§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

Noutro ponto, requer a interessada a produção de prova pericial, nos termos do art. 16, do Decreto 70.235/72, a fim de que sejam afastadas as divergências encontradas nos livros e, para tanto, nomeia perito. Segundo a defendente, não haveria divergências, mas meros equívocos.

Os quesitos formulados são os seguintes:

1) Sr. Perito: Pelo que consta nos documentos periciados, os livros auxiliares da empresa impugnante foram autenticados na Junta Comercial?

2) Sr. Perito: há alguma discrepância entre os documentos apresentados pela Impugnante ao agente autuante?

3) Sr. Perito: à vista das respostas acima, é possível afirmar que os documentos apresentados possibilitam a quantificação da movimentação financeira da impugnante, de modo a ser possível identificar o lucro e a receita bruta?

Ocorre, contudo, que não se verifica nos autos qualquer elemento que justifique a determinação de prova pericial. A Autuada teve, durante o procedimento fiscal, inúmeras oportunidades, e, durante o prazo de impugnação e recurso, nova oportunidade para apresentar os livros auxiliares, porém não o fez.

A prova pericial, em regra, só se justifica quando os exames a serem feitos requeiram conhecimentos técnicos específicos que estão fora do normalmente exigido para o desempenho da função de auditoria fiscal, ou então, quando há um motivo que, pela sua natureza, a torne indispensável, o que também não é o caso dos autos.

Abaixo, transcrevem-se os dispositivos do Decreto 70.235/72 que são mais relevantes para a questão em comento, inclusive a possibilidade de o julgador indeferir os pedidos de diligências e perícias que entender desnecessárias ou impertinentes:

Art. 16. A impugnação mencionará:

.....
III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

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 pela Lei nº 8.748, de 1993)

.....
§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

.....
§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

*Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, **quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.** (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

(destaques não constam do original)

Indefiro, portanto, o pedido de prova pericial.

Noutro ponto, insurge-se a recorrente contra a multa qualificada de 150%, sustentando que não houve fraude.

Os autuantes justificaram a qualificação da multa de ofício da seguinte forma:

Com base no fato de o contribuinte ter auferido receitas de vendas no valor de R\$ 70.784.270,37 e recebido depósitos bancários no montante de R\$ 65.148.726,40, e, apesar disso, não ter apresentado a DIPJ do ano-calendário 2005 e DCTF relativas a esse período, e ainda, não ter recolhido valores a título de IRPJ, a Fiscalização considerou que houve omissão consciente, que impediu o conhecimento, por parte da RFB, dos fatos geradores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, e efetuou o lançamento com base no art. 173, I, do CTN, aplicando a multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96.

A decisão recorrida entendeu pela manutenção da qualificadora. Seus argumentos são a seguir transcritos.

"...

Primeiramente cabe salientar que, no âmbito federal, o controle da regularidade fiscal do contribuinte é fortemente baseado em informações que, por dever legal, ele deve prestar à RFB.

As informações são prestadas por meio de declarações, na forma e periodicidade previstas em lei, sendo que algumas delas são hábeis e suficientes para constituir o crédito tributário, dispensando, portanto, o lançamento de ofício, como é o caso da DCTF.

No caso dos autos, a Autuada deixou de entregar a DIPJ do ano-calendário 2005, bem como não entregou as DCTF relativas ao citado período.

A entrega das DACON do 1º e 2º trimestre de 2005, em 15/07/2005, conforme cópias dos recibos de entrega juntados pela autuada, às fls. 688 e 706, não é suficiente para minimizar a omissão na entrega da DIPJ e das DCTF.

A alegação da recorrente, de que a causa da não entrega seria o encerramento de suas atividades e as dificuldades que enfrentava, não convence, principalmente, quando se leva em conta que ela recebeu depósitos no montante de R\$ 65.148.726,40.

Além disso, há outros fatos como:

a) somente após a emissão do Termo de Embaraço à Fiscalização (04/11/2008), ou seja, somente depois de ter sido intimada em 18/04/2008, 03/06/2008, 16/09/2008 e 06/10/2008, é que a autuada passou a apresentar alguns livros e documentos, sendo que, inicialmente, em 31/08/2009, a apresentação deu-se, exclusivamente, em meio digital, e, quando apresentados pela primeira vez, em meio papel (14/10/2009), os livros Diário, Razão Analítico, Registro de Apuração do ICMS, Registro de Entradas e Registro de Saídas não continham a assinatura do contribuinte/representante legal, e, por óbvio, o Livro Diário não estava registrado na JUCESP.

b) a autuada não escriturava sua movimentação bancária e os extratos só foram obtidos mediante requisição ao Banco Bradesco S/A, conforme fls. 246/264.

Essas condutas denotam que a autuada procurou esconder, ou, ao menos, retardar o conhecimento dos tributos e contribuições incidentes sobre as receitas auferidas no ano calendário de 2005. Abaixo, transcrevem-se o artigo 44, da Lei 9.430/96 e 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

.....
*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será **duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.** (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*
.....

(destaques não constam do original)

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Frise-se que o fato de a Impugnante ter em sua guarda as notas fiscais de vendas, apenas vem a confirmar que ela tinha todas as condições de declarar, nas DCTF, os tributos e contribuições incidentes sobre os preços de venda, porém, deixou de fazê-lo, integralmente.

..."

Com efeito, entendo que as razões para a qualificação da multa de ofício levantados na autuação e analisados na decisão recorrida não caracterizam a motivação para tanto.

Isso porque a existência de depósitos bancários não comprovados pela contribuinte autoriza, na forma do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, a presunção de omissão de receitas, mas não a presunção de fraude.

Inexistindo a presunção, não há que se falar em inversão do ônus da prova, de modo que cabe à fiscalização comprovar, cabalmente, o intuito de fraude, exigido pelo inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, para a qualificação da multa de ofício. No entanto, não vislumbro nos autos que a fiscalização tenha comprovado o intuito de fraude.

Destaque-se que a Súmula nº 14 do 1º CC dispõe que “*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*”.

Assim, para que a multa de ofício seja qualificada, a contribuinte deveria ter infringido um dos três artigos (71, 72 ou 73) da Lei nº 4.502/64, fato esse que não resta caracterizado nos autos. Ressalte-se que o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, de norma punitiva, deve ter sua interpretação literal/restritiva,

Os acórdãos a seguir transcritos ratificam o entendimento quanto à impossibilidade de qualificação da multa de ofício, no presente caso.

“MULTA AGRAVADA - Não se justifica a aplicação da penalidade agravada, prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, se não restar devidamente comprovado o evidente intuito de fraude. Não logrou a fiscalização demonstrar que o contribuinte agiu dolosamente, não devendo prosperar a penalidade aplicada, majorada”. (Acórdão 105-13836, de 09/07/2002).

“MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO QUALIFICADA - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, para que a multa de 150% seja aplicada, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º. 4.502, de 1964. A falta de esclarecimentos, bem como o vulto dos valores omitidos pelo contribuinte, apurados através de fluxo financeiro, caracteriza falta simples de presunção de omissão de rendimentos, porém, não caracteriza evidente intuito de fraude, nos termos do art. 992, inciso II do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994”. (Acórdão 104-19055, de 05/11/2002).

“LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA - JUSTIFICATIVA - Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, para que a multa de 150% seja aplicada, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude. Se a fiscalização não demonstrou, nos autos, que a ação do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de recursos que caracterizam evidente intuito de fraude, não cabe a aplicação da multa qualificada”. (Acórdão 104-18487, de 06/12/2001).

“MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - Para a aplicação da multa qualificada de 150%, é indispensável a plena caracterização e comprovação da prática de uma conduta fraudulenta por parte do contribuinte, ou seja, é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que fique configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção mas também o seu objetivo”. (Acórdão 102-46773, de 19/05/2005).

“MULTA QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de

1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos. Nos termos do enunciado n.º 14 da Súmula deste Primeiro Conselho, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos, sem a devida comprovação do intuito de fraude". (Acórdão 106-16089, de 25/01/2007).

Pelo exposto, entendo descabida a qualificação da multa de ofício.

Alega ainda a recorrente que a multa aplicada é confiscatória, o que seria vedado pelo artigo 150, IV, da CF, e que fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não há como acolher tais alegações, uma vez que a multa foi aplicada nos estritos termos da lei, conforme foi exposto.

Ressalte-se que, no tocante às alegações de inconstitucionalidades, entende-se que a apreciação dessas matérias encontra-se reservada ao Poder Judiciário, razão pela qual qualquer discussão nesse sentido deve ser submetida ao crivo daquele Poder.

Da Responsabilidade Solidária

Quanto à responsabilidade solidária atribuída pela Fiscalização a pessoas naturais que formalmente foram constituídas como mandatários, com poderes para movimentar contas bancárias, verifica-se que não foram apresentados motivos suficientes para que qualquer uma delas fosse excluída do pólo passivo da obrigação tributária, conforme se passa a expor.

Primeiramente, cabe salientar que, de acordo com o que consta nos autos, não merece reparo a conclusão da Fiscalização de que os sócios formais, Osvaldo de Amorim Costa e Silvestre Martinez Valhientes, na realidade, não eram proprietários da empresa autuada.

Oswaldo e Martinez, jamais atenderam, diretamente, à Fiscalização, seja por escrito, seja pessoalmente.

Não há livros comerciais ou fiscais, ou mesmo, documentos relacionados a atos negociais da empresa que tenham sido assinados, conjuntamente, ou, isoladamente, por qualquer deles. Suas assinaturas aparecem apenas nos instrumentos de procuração, contrato social, e em fichas de abertura de conta bancária.

As diligências realizadas nos endereços dos sócios não tiveram resultado positivo, uma vez que, neles, residiam outras pessoas, que lá já se encontravam, quando da constituição da empresa autuada.

Os sócios não apresentaram a DIRPF do ano calendário 2004, fato incompatível com quem integra o quadro societário de empresa.

Estes fatos nos levam a concordar com as conclusões apresentadas pela Fiscalização, quer seja sobre as interpostas pessoas como também sobre os mandatários da empresa.

Abaixo, transcrevem-se os dispositivos do CTN, que tratam da imputação a terceiros pelo pagamento dos créditos tributários e que são mais relevantes para o caso presente:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Como se vê, a responsabilidade deve ser atribuída àquele que, tendo o poder de decidir sobre a realização de determinada conduta, o faz com infração a lei, contrato social ou estatutos.

Bem frisou a Fiscalização que, nas respostas às intimações, todos os procuradores deixaram transparecer que não conheciam os sócios formais da empresa atuada, ou seja, eram eles, os “mandatários”, que tinham o poder de decisão. Os procuradores, ao se referirem a esse assunto, o fazem de maneira vaga e não trazem qualquer prova concreta de que atuavam unicamente no interesse dos sócios formais.

No tocante a Waldir Cândido Torelli, há diversos outros elementos que não deixam dúvidas de que ele era, de fato, um dos proprietários da empresa atuada.

À época da ocorrência dos fatos geradores ele, juntamente, com Jair Antônio da Lima eram sócios de diversas empresas do ramo de alimentos que formavam o grupo TORLIM (TOR de Torelli e LIM de Lima) e a alegação de Waldir de que recebeu procuração com o fim de dar cabo a uma dívida existente entre a empresa atuada e a AMAMBAÍ INDÚSTRIA ALIMENTÍCIA LTDA., da qual ele era sócio, só vem a reforçar o entendimento de que ele estava no comando dessas duas empresas. É óbvio que, em razão dos sócios formais da empresa atuada serem outros, o instrumento de procuração tornava-se necessário para que Waldir praticasse os atos negociais.

Reforça ainda mais tal entendimento o fato narrado pela Fiscalização de que a empresa do grupo TORLIM, TORLIM Produtos Alimentícios Ltda., da qual o Sr. Waldir é, ou foi sócio, está estabelecida na Rua Mariano Pamplona, 305, São Caetano do Sul-SP, ou seja, no mesmo endereço em que, até 12/08/2005, estava operacionalmente estabelecida a empresa Autuada.

As alterações contratuais juntadas pelo Sr. Waldir, que informam a sua retirada do quadro societário de várias empresas, dentre as quais a TORLIM Produtos Alimentícios LTDA., CNPJ 03.426.346/0001-44, com filiais em Umuarama-PR, AMAMBAÍ-MS, Campina Verde- MG, São Caetano do Sul-SP e Guarulhos-SP, não têm relevância para o presente processo, uma vez que esses fatos deram-se, posteriormente, ao ano-calendário de 2005, a não ser para demonstrar que quem tinha negócios em diversas regiões do país era ele, Sr. Waldir, e não os sócios formais da empresa autuada.

Quanto aos mandatários Natalino dos Santos Filho e Luiz Antônio Lentisco, a situação não é diferente, sendo claro em suas declarações que eles não conheciam os sócios formais da empresa autuada.

A outorga de poderes para a movimentação de conta bancária, segundo os defendentes, teria sido o fato de os proprietários da empresa autuada terem negócios em Amambaí –MS, e, conseqüentemente, não permaneciam na sede da empresa autuada.

Ocorre que, conforme amplamente comprovado e comentado ao longo desse voto, quem tinha negócios na cidade de Amambaí era Waldir Cândido Torelli, em sociedade com Jair Antônio da Lima e não os sócios formais, Osvaldo de Amorim Costa e Silvestre Martinez Valhientes.

As rescisões dos contratos de trabalho juntados pelos defendentes são insuficientes, por si só, para afastar o entendimento de que eles eram, juntamente com os demais mandatários, os reais proprietários da empresa autuada.

Instrumentos formais não podem prevalecer sobre a verdade dos fatos, mormente, em se tratando de relação de emprego, que é regida pelo princípio da primazia da realidade.

Aliás, causa espécie o fato de os coobrigados alegarem que as rescisões deram-se por *divergências com a administração da empresa na qual trabalhavam*, quando se observa, nos autos, que, durante o aviso prévio, com início em 01/08/2005 conforme fls. 2572/2573, eles continuaram a emitir cheques, transferindo importâncias para empresas como a Amambaí Indústria Alimentícia, da qual Waldir Cândido Torelli era sócio. O quadro abaixo demonstra as características dos aludidos cheques (cópias):

Data	Valor (R\$)	Beneficiário	Folha do Anexo XXVIII
09/08/2005	150.000,00	Amambaí Indústria Alimentícia Ltda.	103
16/08/2000	200.000,00	Garantia Agropecuária Ltda.	106
02/08/2000	140.000,00	Amambaí Indústria Alimentícia Ltda	109
16/08/2005	180.000,00	Garantia Agropecuária Ltda.	112
01/08/2005	130.000,00	Amambaí Indústria Alimentícia Ltda	115

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

Autenticado digitalmente em 04/02/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 11/02/2016 por LEONA

em 04/02/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 11/02/2016 por LEONA

RDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 19515.002985/2010-16
Acórdão n.º **1402-002.091**

S1-C4T2
Fl. 6.694

Do exposto, conclui-se que os coobrigados, pessoas naturais, não conseguiram afastar a responsabilidade a eles atribuídas pela Fiscalização, devendo responder juntamente com empresa autuada pelos créditos constituídos.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos apresentados para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator