



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

Processo nº 19515.721719/2011-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.424 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente RIO VERMELHO DISTRIBUIDOR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ADENDO AO RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Tendo em vista que as “razões adicionais” apresentadas pela recorrente, além de não possuírem fundamentação legal e serem completamente extemporâneas, não teriam sido submetidas ao contraditório e ao devido processo legal, não devem elas ser então conhecidas em razão do julgamento.

PRELIMINARMENTE. NULIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INEXISTÊNCIA.

O fato de constar a contribuinte como “inapta” no CNPJ não impossibilita a realização de lançamento contra ela. A declaração de inaptidão em nada afeta a sua personalidade jurídica da empresa (Plano da existência), mas sim a validade dos atos por ela praticados (Plano da validade), não obstante, assim, de forma alguma, que contra ela seja então regularmente efetivados os lançamentos correspondentes.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO FISCAL. REGULARIDADE.

Inexistindo nos autos qualquer comprovação de oposição ou impedimento da fiscalizada em relação aos seus livros contábeis (diário e razão), a apuração dos montantes indicados como devidos decorrem, exclusivamente, da aplicação da hipótese de presunção de receitas, de que tratam os arts. 40 a 42 da Lei 9.430/96.

MULTA QUALIFICADA. DESCONSTITUIÇÃO. SÚMULA CARF No 14.

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. Sem a comprovação fática do “evidente intuito de fraude”, inaplicável se apresenta a qualificação da penalidade pecuniária indicada no lançamento, devendo esta ser definida apenas no percentual mínimo de 75% (setenta e cinco por cento).

DECADÊNCIA PARCIAL

Restando comprovado o recolhimento de tributos pela contribuinte, é de se aplicar as circunstâncias próprias do Art. 150, parágrafo 4º do CTN em relação à decadência sobre o direito de lançar da Fazenda Pública, importando, assim, na conclusão de que, no presente caso, extintos se verificam os fatos ocorridos antes de Novembro/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir a multa para o percentual de 75% e acolhida a decadência parcial. O processo deverá ser apensado ao de nº 19515.001805/2010-89, para fins de tramitação conjunta. Fez sustentação oral pela recorrente Dr. Antônio Fernando dos Santos Barros OAB/GO 25858.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias próprias contidas nos autos, reproduzo, aqui, o relatório apresentado pela r. decisão de origem:

Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 16/11/2011 (fls. 1373, 1386, 1397 e 1408), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao IRPJ, à contribuição para o PIS, à COFINS e à CSLL, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2006 e 2007.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação Fiscal e Responsabilidade Solidária (fls. 1350 a 1371), a contribuinte indevidamente optante pelo lucro presumido em 2006 (DIPJ às fls. 237 a 246) e 2007 (DIPJ às fls. 247 a 258), devido à constatação em fiscalização (processo 19515.001805/2010-89) de receita omitida em 2005 no montante de R\$161.234.160,63 (fl. 1351), teve, em face da não apresentação dos Livros Diários, bem como de novas DIPJs com opção pelo lucro real trimestral ou lucro arbitrado e outros livros e demonstrativos contábeis e fiscais, seu lucro arbitrado com base na receita de vendas contabilizadas nos Livros Razão apresentados. Foram apontados como responsáveis solidários por serem sócios de fato da autuada as pessoas físicas Eder Abrahão, CPF 039.658.21172, e sua esposa Marlene Martins Abrahão, CPF 291.095.66104, e, por serem sucessoras de fato da autuada, as pessoas jurídicas Rio Vermelho Supermercados Ltda., CNPJ 12.149.165/0001-09, e Rio Vermelho Distribuição de Alimentos Ltda., CNPJ 10.912.900/0001-69. Termos de Sujeição Passiva Solidária encontram-se às fls. 1421 a 1427 e os Avisos de Recebimento, provas de ciências da autuação aos responsáveis solidários encontram-se às fls. 1429 a 1432.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 1372 a 1376) com base nos artigos 251, 260, 274, 275, 276, 530 e 532 (fls. 1353 a 1355) do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), formalizando crédito tributário calculado até 31/10/2011 no montante de R\$41.240.934,40;

3.2. PIS (fls. 1385 a 1389) com base nos artigos 1º e 3º da Lei Complementar (LC) nº 07, de 07 de setembro de 1970, 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, formalizando crédito tributário, calculado até 31/10/2011, no montante de R\$11.240.519,38;

3.3. COFINS (fls. 1396 a 1400) com base nos artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, formalizando crédito tributário, calculado até 31/10/2011, no montante de R\$51.879.322,26; e

3.4. CSLL (fls. 1407 a 1411) com base nos artigos 2º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 20 da Lei nº 9.249/1995, 29 da Lei nº 9.430/1996 e 37 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, formalizando crédito tributário, calculado até 31/10/2011, no montante de R\$18.623.019,03.

4. O enquadramento legal da multa de ofício aplicada (150%) para os fatos geradores ocorridos até 21/01/2007 é o inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 na redação até então vigente e para os fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007 é o § 1º e inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 com a redação dada pelo artigo 14 da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 (fls. 1383, 1384, 1395, 1406, 1416 e 1417). O enquadramento legal dos juros de mora aplicado é o artigo 61, § 3º, da mesma Lei nº 9.430/1996 (fls. 1383, 1384, 1395, 1406, 1416 e 1417).

5. Irresignada, a autuada apresentou, representada por procuradora (fls. 1443 a 1457), a impugnação de fls. 1434 a 1443, instruída com os documentos que comprovam a representação (fls. 1444 a 1457) e protocolizada em 14/12/2011 (fl. 1433), alegando, em síntese, o seguinte:

5.1. a impugnação é tempestiva, pois teve ciência da autuação em 16/11/2011;

5.2. a autoridade autuante ofendeu o princípio constitucional da legalidade (artigo 37 da Constituição Federal CF) e desrespeitou o artigo 14 da Lei nº 8.218/1991 ao arbitrar de ofício o lucro da impugnante porque desconsiderou os livros e documentos idôneos que foram apresentados de boa-fé e concedeu um prazo suplementar de apenas vinte dias (ao invés dos trinta dias solicitados) para apresentar a trabalhosa e complexa documentação que fora solicitada a uma empresa de grande porte, como reconhece a própria fiscalização, que foi surpreendida em 29/09/2011 com o Termo de Descaracterização da Opção pelo Lucro Presumido relativa aos anos-calendário 2006 e 2007;

5.3. esclarece que, como acreditava que poderia se utilizar da modalidade de lucro presumido, possuía escrituração levando-se em conta este regime de tributação;

5.4. somente em 30/06/2010 foi notificada que não poderia no ano-calendário 2006 escriturar pelo regime do lucro presumido não tendo conhecimento, desta forma, da suposta omissão de R\$161.234.160,63 discutida no processo 19515.001805/2010-89, que, por ainda se encontrar em trâmite e encontrar-se com sua exigibilidade suspensa, não é gerador de qualquer obrigação;

5.5. o auto de infração contido no processo 19515.001805/2010-89 não prevalecerá ao final, pois a autoridade autuante agiu de maneira arbitrária ao realizar levantamento somente junto às operadoras de cartões de crédito e às instituições financeiras, sem realizar conferência de valores com a escrita fiscal;

5.6. “a contribuinte já finalizou a elaboração dos documentos nos moldes exigidos pela fiscalização e se coloca à disposição para novas averiguações em seus livros”;

5.7. é injusta a imputação de multa qualificada no patamar de 150%, pois não agiu de má-fé, foi concedido prazo curto para apresentação de documentos e

não houve a prática de crime contra a ordem tributária, o que não permite se falar em representação fiscal para fins penais;

5.8. o procedimento de representação fiscal para fins penais deve ser sobrestado até o julgamento final do presente auto de infração por causa do disposto no artigo 83 da Lei nº 9.430/1996 e porque a mera ausência de pagamento de tributo não pode ser considerada ilícito penal;

5.9. a multa qualificada é descabida, imoral, atenta contra os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e possui natureza confiscatória;

5.10. o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a proibição de fixação de multa fiscal, seja ela moratória ou punitiva, com feições de confisco, conforme julgados reproduzidos parcialmente;

5.11. o fato de a matriz estar em localidade diversa da atividade comercial desenvolvida pela empresa não tem nenhuma relevância, pois não existe norma proibitiva neste sentido e no presente caso existem operações, negociações e contatos com os fornecedores na matriz, localizada na capital econômica do país, das quais dependem todas as filiais;

5.12. Vitória Aidar Abrahão e seu neto Michel Aidar Neto são legítimos proprietários da empresa, tendo adquirido de maneira legal e inquestionável as cotas da empresa nos anos de 2001 e 2003, sendo a argumentação fiscal de que a Sra. Vitória por ter 76 anos não tem capacidade intelectual para gerir a empresa afronta grave ao princípio da livre iniciativa contido nos artigos 1º, inciso IV, e 170, incisos II, IV e VIII, da Constituição e preconceito contra idoso.

6. Os responsáveis tributários solidários, irredimidos com a responsabilização que lhes foi atribuída, apresentaram conjuntamente, representados por procuradora (fls. 1471 a 1489), a impugnação de fls. 1458 a 1471, instruída com documentos que comprovam a representação (fls. 1472 a 1489) e com os documentos de fls. 1490 a 1498, protocolizada em 14/12/2011 (fl. 1433), na qual alegam, em síntese, o seguinte:

6.1. o fiscal demonstrou dúvida e se confundiu ao qualificar os impugnantes ao mesmo tempo como sujeitos passivos solidários, o que é regulado pelo artigo 124 do Código Tributário Nacional – CTN, e como responsáveis solidários, o que se encontra configurado no artigo 134 do CTN, o que deve ser corrigido sob pena de nulidade absoluta;

6.2. os supostos responsáveis solidários não tem qualquer tipo de relação com a empresa autuada e somente com o presente auto de infração tomaram conhecimento dos fatos relatados pelo fiscal;

6.3. a responsabilização dos Srs. Éder Abrahão e Marlene Martins Abrahão não é cabível, pois fizeram parte do quadro societário da autuada apenas até 23/01/2001 e 23/01/2003, respectivamente, e os fatos geradores referem-se aos anos 2006 e 2007, sendo os sócios neste último período os verdadeiros responsáveis pelas dívidas tributárias;

6.4. as empresas Rio Vermelho Supermercados Ltda. e Rio Vermelho Distribuição de Alimentos Ltda. também não podem ser responsabilizadas já que tem inscrições próprias e realizam suas atividades comerciais independentemente da Rio Vermelho Distribuidor Ltda.;

6.5. o fiscal autuante afirma sem provar, o que implica cerceamento do direito de defesa e nulidade dos lançamentos desde seu início, que todos os funcionários da empresa Rio Vermelho Distribuidor Ltda. foram transferidos para a empresa Rio Vermelho Supermercado Ltda. e, ainda que provasse, não há nenhum óbice normativo neste sentido;

6.6. as pessoas jurídicas Rio Vermelho Distribuição Ltda. e Rio Vermelho Supermercado Ltda. têm com Rio Vermelho Distribuidor Ltda. apenas uma relação estritamente comercial, não possuem nenhum interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária e em nenhum momento sucederam irregularmente ou compraram o fundo de comércio da autuada que, conforme afirma o próprio auditor, continua operando através de outros estabelecimentos em diversas unidades da federação, não tendo ocorrido a hipótese do artigo 133 do CTN ou qualquer hipótese de responsabilização do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977;

6.7. o processo número 200900004028246 referente à cassação da inscrição estadual da empresa Rio Vermelho Distribuidor Ltda. de número 10.337.6089, que corresponde ao CNPJ 03.688.310/000643, iniciado pela Secretaria de Fazenda de Goiás em 15/10/2009, e somente agora de conhecimento da empresa Rio Vermelho Distribuição Ltda., não tem relação com a abertura desta que ocorreu em 16/06/2009;

6.8. não houve transferência de estoque no valor de R\$67,6 milhões da Rio Vermelho Distribuidor Ltda. para a empresa Rio Vermelho Distribuição Ltda., mas sim operações comerciais de compra e venda, conforme algumas notas fiscais anexadas às fls. 1490 a 1498, que foram contabilizadas corretamente;

6.9. as declarações da Sra. Tânea Aparecida Ferreira de Moura não devem ser consideradas verdadeiras, pois ela não tem conhecimento aprofundado sobre os assuntos que lhe foram questionados, já que é gerente de vendas e não da área de recursos humanos e sentiu-se pressionada, assustada e insegura ao receber em sua sala três Auditores da Secretaria da Receita Federal do Brasil;

6.10. o aproveitamento do crédito de ICMS realizado por Rio Vermelho Supermercados Ltda. não representa sucessão irregular de fato, pois foi realizada com base na própria legislação tributária;

6.11. o processo administrativo de cassação de inscrição estadual nº 200900004028246 não pode ser utilizado como prova emprestada visto que foi construído de maneira ilícita, ilegal e imoral, o que fere o princípio do contraditório e do devido processo legal, já que o fisco federal não ouviu o contribuinte e outros interrogados quanto às informações do referido processo estadual;

6.12. as declarações e documentações colhidas naquele processo estadual foram obtidas de maneira viciada com base na coação e chantagem, já que, conforme conclui o próprio autuante, o Sr. Éder Abrahão, na condição de

representante das ora impugnantes Rio Vermelho Distribuição Ltda. e Rio Vermelho Supermercado Ltda., foi obrigado a assinar Termo de Responsabilidade perante o Estado de Goiás, segundo o qual estas empresas assumiriam a condição de responsáveis pelos débitos de ICMS da autuada para que fossem aceitos seus CNPJs e inscrições estaduais e para que pudesse haver a continuidade das operações sem interrupção e com a transferência do estoque de mercadorias;

6.13. o Sr. Éder Abrahão retirou-se em 23/01/2001 do quadro societário da autuada para voltar à vida de agricultor e a Sra. Marlene Martins Abrahão deixou de ser sócia da autuada em 23/01/2003 por motivo de saúde;

6.14. em 16/06/2009 quando o casal resolveu voltar à vida comercial e abrir nova empresa, foram surpreendidos com entraves, na verdade inexistentes, pela Secretaria da Fazenda de Goiás, que montou um esquema coercitivo e vexatório para forçar o Sr. Éder Abrahão, inclusive amedrontado com a presença de policiais, a assinar um termo de responsabilidade de sucessão que o obrigou a assumir dívidas tributárias de empresa que não lhe pertence;

6.15. é devaneio a afirmação fiscal de que o Sr. Éder Abrahão e a Sra. Marlene Martins Abrahão realizaram manobras para proteger o patrimônio de prováveis execuções fiscais, pois não há impedimento ou proibição legal para que ocorra alteração contratual e o Código Civil (artigos 1039 a 1092) prevê a atividade de administração de patrimônio como atividade empresarial, não sendo, desta forma, ilegais as constituições da empresa Meta Administração e Participação Ltda pelo Sr. Éder em maio de 2002 e da empresa Futura Administração e Participações Ltda. por seus filhos, sendo os bens destas empresas pessoais e advindos de recursos próprios e disponíveis;

6.16. não há proibição legal para que o sobrinho dos Srs. Éder Abrahão e Marlene Martins Abrahão tenha aberto a empresa Man Logística e Transportes de Cargas Ltda., que nunca teve o casal como participante de seu quadro societário;

6.17. não se entende o motivo de suspeita em relação à empresa MG Transportes de Cargas Ltda., pois foi constituída pela Sra. Marlene Martins Abrahão e nunca houve qualquer alteração contratual;

A partir dessas circunstâncias fáticas, entendeu a douta 1ª Turma da DRJ/SP1 pela IMPROCEDÊNCIA DAS IMPUGNAÇÕES e a manutenção do crédito tributário constituído, a partir do acórdão assim então ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

LANÇAMENTOS DECORRENTES. PIS. COFINS. CSLL.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

LUCRO PRESUMIDO. OPÇÃO VEDADA. LUCRO REAL. OPÇÃO NÃO REALIZADA. ARBITRAMENTO DE OFÍCIO.

É cabível arbitrar de ofício o lucro, quando o contribuinte não pode optar pelo lucro presumido e não faz regularmente, inclusive mantendo escrituração e documentação obrigatórias, a opção pelo lucro real.

RECEITA ESCRITURADA. RECEITA DECLARADA. DIFERENÇA. RECEITA OMITIDA.

Considera-se receita omitida provada cabal e diretamente a diferença encontrada entre os valores declarados e os valores escriturados, livre e espontaneamente pela própria fiscalizada e não contestados em impugnação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PESSOAS FÍSICAS SÓCIAS DE FATO. PESSOAS JURÍDICAS SUCESSORAS DE FATO.

Demonstrado nos autos por farta e robusta documentação, não descaracterizada pelos responsáveis regularmente cientificados do lançamento e de sua responsabilidade, que os sócios e administradores de fato da autuada são pessoas físicas que não constam de seu quadro societário e que pessoas jurídicas, de propriedade dos sócios de fato, são sucessoras de fato da autuada, mantém-se a responsabilização tributária apontada pela fiscalização.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Regularmente intimada a contribuinte e os respectivos indicados responsáveis tributários, foram então interpostos dois recursos voluntários, sendo o primeiro (fls. 1606), pela contribuinte principal RIO VERMELHO DISTRIBUIDOR LTDA. e, o segundo (fls. 1617) pelos responsáveis solidários RIO VERMELHO SUPERMERCADOS LTDA., RIO VERMELHO DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., EDER ABRAHÃO e MARLENE MARTINS ABRAHÃO, destacando o seguinte:

Recurso da Contribuinte:***a) Nulidade por erro de identificação do sujeito passivo***

Por força da inaptidão do CNPJ da empresa – declarada no dia 13/09/2011 -, inválido o auto de infração contra ela lavrado no dia 09/11/2011, uma vez que, não sendo mais ela “existente” no mundo jurídico, não poderia ser então indicada como a responsável direta pelos tributos lançados.

b) Do arbitramento do lucro de ofício

Que a contribuinte teria sido surpreendida com a acusação de que teria cometido infração fiscal de omissão de receitas, sendo descaracterizada a sua opção pelo Lucro Presumido, e, mesmo diante de todos os seus esforços para a apresentação da documentação pretendida pelos agentes da fiscalização, não teria ela ali logrado êxito.

Que todos os registros por ela mantidos levavam em conta o regime de tributação pela sistemática do Lucro Presumido, e não pelo Lucro Real, da forma como pretendido pelos agentes da fiscalização, sendo essa, então, a razão do apontado não-atendimento indicado nas razões da autuação.

Que o tratamento contábil com base no lucro real somente foi determinado em 2011, devendo ela então refazer toda a sua contabilidade dos anos passados para atender ao solicitado, o que, por certo, impõe a necessidade de trabalhos muito mais efetivos.

Que a simples existência da autuação constante dos autos do processo 19515.001805/2010-89 (*relativa à imputação de omissão de receita no ano de 2005 que, então, teria causado a discussão a respeito da impossibilidade de opção pelo Lucro Presumido, e que, inclusive, ainda se encontra em debates nesta Corte Administrativa*), não poderia impor a ela a obrigação de tratamento de seus registros contábeis em regime distinto daquela então por ela validamente escolhido.

c) Da inconstitucionalidade da multa

Que o STF já teria consignado a invalidade da aplicação de multas em valores superiores ao do montante do tributo devido, e que, por não se verificar a comprovação de dolo por parte da contribuinte, seria inválida também a imputação de multa no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento) ali apontada.

Recurso dos responsáveis:***Preliminarmente***

Que teria havido confusão pelo fiscal autuante ao indicar as pessoas tanto como “devedores passivos solidários” quanto “responsáveis solidários”, sem, entretanto, em relação a cada conceito, ter tido o cuidado de indicar quais seriam as circunstâncias fáticas que autorizariam esta ou aquela opção.

a) Do erro na eleição dos solidários

Que o Sr. Éder Abrahão e a Sra. Marlene Dias Abrahão somente participaram dos quadros da empresa autuada do período de sua constituição até os anos de 2001 e 2003,

respectivamente, muito antes, inclusive, dos fatos apontados nos presentes autos (2006 e 2007).

As empresas **Rio Vermelho Supermercados Ltda.** e **Rio Vermelho Distribuição de Alimentos Ltda.** não possuem qualquer relação direta com a empresa contribuinte, possuindo inscrições fiscais e societárias próprias, distintas da empresa autuada.

Que a única alegação apresentada na autuação é a de que os empregados da empresa autuada (Rio Vermelho Distribuidor Ltda) e as empresas indicadas como devedoras solidárias seria decorrente do fato de que os funcionários desta teriam sido todos transferidos para aquelas, o que, entretanto, além de não ser devidamente comprovado nos presentes autos, não se mostra, por si só, suficiente para a imposição da pretendida responsabilização solidária.

A presunção fiscal é sustentada em meras alegações, não possuindo solidez para sustentar a sua validade.

b) Da sucessão irregular

Que os agentes da fiscalização teriam se equivocado ao considerar que teria ocorrido “sucessão irregular” entre a contribuinte e os indicados responsáveis, uma vez que elas seriam empresas distintas, com atuações próprias e inconfundíveis.

Que seria inválida a suposição da sucessão irregular ocorrida entre as empresas Rio Vermelho Distribuidor Ltda. com a empresa Rio Vermelho Distribuição Ltda., sendo que esta última teria sido constituída antes, para fins completamente alheios à indicada cassação de registros fazendários, promovido pela Sefaz-GO.

Que as considerações apresentadas pela Sra. Tanea Aparecida Ferreira de Moura não podem ser utilizadas como suficientes para a constituição dos fatos contra a empresa contribuinte e os indicados responsáveis, tendo em vista que, além de não estar funcionalmente habilitada, a referida Senhora teria se sentido “*pressionada, assustada e insegura*” com a presença dos senhores fiscais, não merecendo fé as alegações colhidas de sua manifestação.

Que o simples aproveitamento de créditos de ICMS pela Rio Vermelho Supermercados Ltda, não representa, por si, critérios para a consideração da sucessão empresarial, sobretudo porque as operações e as conseqüentes contabilizações foram realizadas com a integral observância da legislação tributária correspondente. Que as operações ocorridas entre essa empresa e a contribuinte indicada tratam-se, perfeitamente, como operações de compra e venda de mercadorias entre contribuintes do imposto, nos exatos termos das notas fiscais apresentadas, sendo o aproveitamento do crédito uma operação perfeitamente normal e regular nessas circunstâncias.

Que todos os fatos apurados a partir das informações contidas no processo nº 200900004028246 – referente à cassação do registro da contribuinte perante a Sefaz/GO -, somente foi obtido com a aplicação de atividades coercitivas e vexatórias, estando, assim, eivadas e nulidade e, por conseqüência, sendo imprestáveis no presente feito.

Por fim, destacam a regularidade de todas as operações realizadas pelos Srs. Éder Abrahão e Marlene Martins Abrahão, não se podendo, portanto, de forma alguma imputar-lhes as responsabilidades apontadas.

No dia 06/02/2013, foi apresentado pela contribuinte (Rio Vermelho Distribuidor Ltda), um ADENDO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, destacando, em caráter inovador, a existência de “decadência” nos fatos tratados nos presentes autos, circunstâncias essas que, inclusive, poderiam/deveriam ser então conhecidas de ofício, sendo, portanto, perfeitamente cabível o indicado “adendo”.

Sem aqui analisar o cabimento ou não do referido “adendo”, destaco que, nas razões ali lançadas, verifica-se uma “reforço” argumentativo em relação aos elementos apresentados na impugnação e no recurso voluntário interposto, destacando que, tratando-se (no autos do processo 19515.001805/2010-89) de apuração de exclusiva “presunção de omissão de receitas”, realizada a partir das informações obtidas com base nos extratos bancários obtidos, enquanto não finalizada a discussão havida naqueles autos, não poderia ela, a contribuinte, ser então sobre ela responsabilizada.

Destaca que, de acordo com as disposições da Súmula Vinculante nº 24, enquanto não esgotada a discussão administrativa a respeito da constituição do crédito tributário, não se haveria falar em possibilidade de persecução criminal sobre os fatos apurados pelos agentes da fiscalização.

Como corolário desse apontamento, então, sustenta que, pelas mesmas razões, enquanto não finalizada a discussão contida naqueloutros autos, não se poderia falar também em efetivação do lançamento no período subsequente, tendo como base, especificamente, as conclusões atingidas naqueles próprios autos, sendo, portanto, inválido o *Termo de Descaracterização da Opção pelo Lucro Presumido*, e, portanto, também inválido o lançamento agora efetivado.

Em outra linha, sustenta ainda a contribuinte que, sendo o fundamento da presente autuação a apontada descaracterização da opção pela tributação com base no Lucro Presumido, decorrente dos fatos tratados nos autos do PAF 19515.001805/2010-89, tendo sido ela intimada para a apresentação dos livros contábeis mantidos com base na apuração do Lucro Real no irrisório prazo de apenas 20 dias, mesmo diante de todos os seus protestos e esforços para o atendimento da solicitação fiscal, não tendo sido isso possibilitado, contra ela foi então efetivado o lançamento com base no Lucro Arbitrado, o que, por sua vez, exigiria, no mínimo, a comprovação de oposição da contribuinte, o que inexistiria nos presentes autos.

Além dessas considerações, afirma que a aplicação da multa de forma qualificada, da forma como efetivada, não teria observado o seu específico regramento de regência, sobretudo porque, como se verifica, tudo não passava de mera e exclusiva aplicação de presunções, não se podendo admitir, assim, a qualificação apontada.

A partir da verificação do descabimento da multa qualificada apontada, destaca então a contribuinte que, de acordo com o pacífico entendimento do Colendo STJ, a decadência aplicável aos tributos sujeitos ao regime de homologação - nos casos em que há a prova do pagamento de tributo -, deve ser realizada a partir da aplicação das disposições do art. 150, par. 4º do CTN, o que, por sua vez, importa dizer que, tendo a contribuinte sido cientificada do lançamento no dia 16/11/2011, decaídos, de fato, estariam os tributos eventualmente devidos no período de **janeiro a outubro de 2006**, devendo essa decadência ser então efetiva e expressamente reconhecida por este Conselho.

Além disso, a par de todas as considerações, destaca a contribuinte ainda a inaplicabilidade da taxa selic como juros moratórios incidentes sobre a multa de ofício, destacando que, acaso eventualmente mantida qualquer parcela devida, esta deveria ser então reduzida, ante a inexistência de previsão legal própria para a incidência dos juros sobre a referida multa.

Esse é o relatório. Passo ao meu voto.

CÓPIA

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivos e regulares os recursos voluntários interpostos, conheço de ambos.

Da análise de admissibilidade do “adendo” oferecido pela contribuinte

Inicialmente, antes de qualquer consideração a respeito dos elementos apresentados nos recursos interpostos, relevante analisar, em caráter ainda preliminar, a admissão (ou não) das considerações adicionais apresentadas pela contribuinte em seu “*Adendo ao Recurso Voluntário*” apresentado na parte final do relatório construído.

A seu respeito, relevante observa que o prazo para a interposição do recurso voluntário encontra-se expressamente previsto nas disposições do Decreto 70.235/72, que, em seu artigo 33 expressamente prevê que o prazo para a apresentação de recurso contra a decisão de primeira instância que seja total ou parcialmente desfavorável ao contribuinte é de 30 (trinta) dias, contados a partir da data da intimação realizada.

No caso aqui analisado, verifica-se que ambos os recursos interpostos observaram, de fato, o prazo legal estabelecido, sendo aqui agora analisado, exclusivamente, a admissão (ou não) das razões complementares (“adendo”) apresentados pela contribuinte.

Pois bem.

A respeito da (in)admissibilidade das referidas “considerações complementares”, cumpre destacar que, a rigor, não possuem ela qualquer previsão legal, e a sua simples admissão, sem qualquer consideração adicional, de fato, aqui representaria um verdadeiro descaso ao que expressamente previsto na específica legislação processual de regência, o que, por sua vez, não me parece como de mais adequada e regular forma de enfrentamento da questão.

Analizando, mesmo que ainda apenas sumariamente, as razões ali apresentadas, verifica-se que a contribuinte além de utilizar o referido expediente para “fortalecer” as razões recursais anteriormente apresentadas, também aborda questões não contidas no instrumento anterior.

Em que pese o entendimento pacífico a respeito do “formalismo moderado” aplicável ao Processo Administrativo Fiscal, é relevante destacar que essa mitigação não pode importar, de forma alguma, em desconsideração dos princípios da ampla defesa, do contraditório e, sobretudo, do devido processo legal, sendo certo que, acaso admitido o referido adendo, de seus termos então deveriam ser devidamente intimados os representantes da Fazenda Pública, para objetiva manifestação, o que, por certo, além de impor elevados custos para o processo, não representaria relevantes ganhos para a apreciação do feito.

Diante dessas considerações, entendo que as referidas razões adicionais não merecem ser aqui conhecidas, sobretudo em face de sua extemporaneidade, devendo-se ater o julgamento então aos termos do recurso regularmente interposto.

Do mérito do recurso voluntário

Da nulidade por erro na identificação do sujeito passivo

Em caráter preliminar, destaca a recorrente a invalidade formal da autuação efetivada, tendo em vista que, tendo tido o seu CNPJ declarado como inapto a partir do dia 13/09/2011, inválido se apresenta o lançamento posteriormente efetivado (em 16/11/2011), tendo em vista que, no seu entender, a empresa não mais existiria no mundo jurídico.

A respeito das considerações apresentadas pela recorrente, verifica-se que ali se encontra uma efetiva e verdadeira confusão com os conceitos de *existência, validade e eficácia*, sendo certo que a “*existência*” das empresas (ou o reconhecimento de sua personalidade jurídica própria) não decorre da existência ou da manutenção do registro no CNPJ, mas sim, de acordo com as expressas disposições do art. 985 do Código Civil, *com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos*.

Diante disso, ao contrário do que afirma a contribuinte, a declaração de inaptidão para a manutenção do registro no CNPJ em nada afeta a sua personalidade jurídica (Plano da existência), mas sim a validade dos atos por ela praticados (Plano da validade), não obstando, assim, de forma alguma, que contra ela seja então regularmente efetivados os lançamentos correspondentes.

Rejeito, pois, a preliminar argüida.

Da regularidade da aplicação da presunção fiscal nos autos do PAF nº 19515.001805/2010-89

A questão discutida nos presentes autos, conforme aqui se verifica, refere-se ao auto de infração reflexo daquele constante nas disposições do PAF nº 19515.001805/2010-89, tendo sido redistribuído a este relator, tendo em vista que aqueloutro encontrava-se sob a sua inicial relatoria.

Naqueles autos, discutia-se a autuação sofrida pela contribuinte em decorrência da aplicação de presunção de omissão de receitas exclusivamente com base nas informações obtidas a partir dos extratos bancários disponibilizados à fiscalização, sem que, para tanto, houvesse qualquer análise das disposições da contabilidade, além, ainda, da aplicação de decadência parcial sobre o montante dos créditos constituídos, matérias que, com certeza, guardam íntegra relação com a discussão travada nestes autos.

Em sessão realizada no dia 09 de Julho de 2013, foram então devidamente apreciadas as razões recursais lá lançadas, obtendo como resultado o julgamento pelo PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO, entendendo como adequada a aplicação da presunção fiscal, reconhecendo – de ofício – a decadência parcial e, ainda, afastando a aplicação da qualificação da multa, com base, inclusive, nas expressas disposições da Súmula CARF nº 14, em acórdão que, inclusive, ficou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

Documento assinado digitalmente em 07/05/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 07/05/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 25/09/2014 por VALMAR FO

Autenticado digitalmente em 07/05/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 25/09/2014 por VALMAR FO NSECA DE MENEZES

Impresso em 25/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ementa:

PRELIMINAR DE NULIDADE. ÓBICE AO ACESSO AOS AUTOS NÃO COMPROVADO.

Apesar de alegar suposta dificuldade de acesso aos autos no âmbito da DRF, a contribuinte não apresentou nenhuma prova de que tivesse tentado obter cópias e essas lhe teriam sido negadas/obstadas pelos respectivos representantes fazendários.

Não restando comprovada a oposição ao acesso, e não se verificando nos autos qualquer indício de cerceamento ao direito de defesa, descabe a pretendida nulidade.

PIS e COFINS. APURAÇÃO IRREGULAR.

Restando demonstrado nos autos que os doutos agentes da fiscalização não promoveram a apuração do PIS e da COFINS com base nos procedimentos a eles especificamente aplicáveis (apuração mensal, e não trimestral), inválido o lançamento efetivado, nos termos reconhecidos pela decisão administrativa de primeira instância.

DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS SEM A ANÁLISE DA CONTABILIDADE.

Inexistindo nos autos qualquer comprovação de oposição ou impedimento da fiscalizada em relação aos seus livros contábeis (diário e razão), a apuração dos montantes indicados como devidos decorrem, exclusivamente, da aplicação da hipótese de presunção de receitas, de que tratam os arts. 40 a 42 da Lei 9.430/96.

DA DECADÊNCIA PARCIAL

Restando demonstrado que, no ano-calendário de 2005, teria a contribuinte efetivamente apurado e recolhido (mesmo que parcialmente) os tributos objeto do lançamento efetivado, devem então ser aplicadas as disposições do Art. 150, par. 4º do CTN, reconhecendo-se a decadência parcial em relação aos fatos apurados no período anterior a 10/06/2005.

DA DESCONSTITUIÇÃO DA HIPÓTESE QUALIFICADORA DAS PENALIDADES APLICADAS.

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

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula CARF no 14)

Sem a comprovação fática do “evidente intuito de fraude”, inaplicável se apresenta a qualificação da penalidade pecuniária indicada no lançamento, devendo esta ser definida apenas no percentual mínimo de 75% (setenta e cinco por cento).

RO Negado e RV Provido em parte

Credito Tributário Mantido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO e, por maioria, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário.

Da análise dos termos daquele julgado, destaco, aqui, a parte que tratou especificamente da validade da análise desenvolvida pelos agentes da fiscalização na consideração de omissão de receitas por ela praticada, o que, por certo, guarda direta e total relação com a matéria discutida no presente feito.

Senão, vejamos:

Da invalidade da aplicação da presunção de 'omissão de receitas' da forma como apontada pela fiscalização

A aplicação do instrumento da presunção de omissão de receitas é tema, de fato, dos mais fartos debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais relativos à incidência tributária no Brasil. Essa possibilidade, é bem verdade, foi há tempos inserida em nosso sistema normativo pátrio como forma de possibilitar a exigência dos montantes devidos contra contribuintes que, atuando em efetiva pretensão de ocultação de fatos tributáveis, simplesmente mantinham ao largo de sua contabilidade os registros relativos aos créditos efetivamente recebidos, sonegando, assim, aos agentes da fiscalização as informações a respeito dos respectivos e verdadeiros fatos tributáveis ocorridos.

A respeito da possibilidade da aplicação da omissão de receitas, verificam-se as relevantes disposições contidas nos artigos 40-42 da Lei 9.430/96, que, sobre o assunto, inclusive, assim especificamente apontam:

Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.

Art. 41. A omissão de receita poderá, também, ser determinada a partir de levantamento por espécie das quantidades de matérias-primas e produtos intermediários utilizados no processo produtivo da pessoa jurídica.

§ 1º Para os fins deste artigo, apurar-se-á a diferença, positiva ou negativa, entre a soma das quantidades de produtos em estoque no início do período com a quantidade de produtos fabricados com as matérias-primas e produtos intermediários utilizados e a soma das quantidades de produtos cuja venda houver sido registrada na escrituração contábil da empresa com as quantidades em estoque, no final do período de apuração, constantes do livro de Inventário.

§ 2º Considera-se receita omitida, nesse caso, o valor resultante da multiplicação das diferenças de quantidades de produtos ou de matérias-primas e produtos intermediários pelos respectivos preços médios de venda ou de compra, conforme o caso, em cada período de apuração abrangido pelo levantamento.

§ 3º Os critérios de apuração de receita omitida de que trata este artigo aplicam-se, também, às empresas comerciais, relativamente às mercadorias adquiridas para revenda.

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.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

A partir da aplicação dessas disposições, verifica-se que como essencial para fins de aplicação da apontada presunção de “omissão de receitas” a efetiva verificação da contabilidade da pessoa jurídica considerada, buscando-se, em caráter primordial, a verificação da existência ou não de registros na contabilidade da contribuinte a respeito dos referidos lançamentos, os que, não sendo verificados, impõem a necessária intimação da contribuinte a seu respeito da qual, finalmente, não restando regularmente comprovada a sua natureza, possibilita, aí sim, a aplicação daquele comando.

Nesse ponto é relevante destacar que, nos presentes autos, as autoridades fiscalizatórias em momento algum teceram qualquer comentário a respeito dos registros existentes nos Livros Diário e Razão da Contribuinte, isso porque, não estando nos autos, nunca foram sequer analisados pelos agentes da fiscalização, o que demonstra, sem qualquer sombra de dúvidas, que todas as conclusões atingidas na autuação perpetrada decorrem, exclusivamente, da apuração dos montantes globais construídos a partir dos documentos apontados (extratos bancários e extratos das administradoras de cartões de crédito) e a sua confrontação com as informações globais apresentadas na DIPJ2006, o que, absolutamente, em momento algum autoriza a aplicação da pretendida omissão de receitas indicada.

Para que se mostrasse regular a aplicação da presunção de receita na hipótese tratada nestes autos, essencial seria a demonstração da inexistência de registro contábil das referidas movimentações, o que, pela ausência da análise dos livros próprios da contribuinte (diário e razão) resta pois completamente idemonstrada, e, por isso, completamente inválida a aplicação da presunção pretendida.

Nesse sentido, inclusive, remansosa se apresenta a jurisprudência deste CARF, conforme se verifica no seguinte aresto, colhido apenas a título de exemplificação:

Número do Processo 10932.000403/2008-57

Contribuinte METALURGICA CABOMAT SA

Tipo do Recurso Recurso de Ofício
Data da Sessão
Relator(a) MARCELO CUBA NETTO
Nº Acórdão 1201-000.759
Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício. (documento assinado digitalmente) Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente (documento assinado digitalmente) Marcelo Cuba Netto - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Carlos Mozart Barreto Vianna (Suplente convocado), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Gilberto Baptista (Suplente convocado) e João Carlos de Lima Junior.

Ementa

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2003 PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. **Em se tratando de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco comprovar a ocorrência do fato indiciário, sem o que não se admite presumir haver ocorrido o fato probandum.***

(Destaque nosso)

A aplicação das presunções legais, por óbvio, não exigem a existência de prova cabal da ocorrência dos fatos presumidos, mas impõem, sempre, a configuração da hipótese autorizadora de sua aplicação, com a indicada comprovação material da ocorrência do fato indiciário que lhe dá suporte, o que, no presente caso, seria a demonstração da inexistência de contabilização das referidas movimentações - ou mesmo dos créditos possíveis -, o que efetivamente não se verifica nos presentes autos.

Em que pese as considerações aqui esboçadas, na análise colegiada, restou assentado que a intimação inicial feita à contribuinte já se mostra suficiente para a exigência dos respectivos livros contábeis, razão porque, não se há falar, no presente caso, em ocorrência da nulidade apontada.

Nada obstante, em que pese afasta-se a nulidade da autuação, para o desenvolvimento das considerações seguintes, faz-se necessário aqui assentar que, em momento algum, restara pois efetivamente configurada qualquer oposição da contribuinte em apresentação de informações aos agentes da fiscalização, configurando-se a apuração realizada em exclusiva aplicação de presunção de omissão de receitas, sem que para tanto restasse configurada qualquer conduta efetiva da contribuinte para a não-tributação dos referidos montantes.

A partir dessas considerações, concluiu-se, naquele julgado, pela regularidade da aplicação da presunção fiscal sobre os fatos apontados, o que, trasladado para o presente feito, importa na **confirmação da invalidade da opção da contribuinte pela tributação pelo Lucro Presumido nos anos-calendário subsequentes (2006 e 2007)**, tendo em vista o montante apurado de receita omitida pelos agentes da fiscalização, e, nesses termos, no acerto das considerações apresentadas, sendo consequência lógica, de fato, a apuração realizada, no exercício seguinte, pelas normas aplicáveis à apuração com base no Lucro Real, da forma como apresentada.

Da aplicação de presunção fiscal e a penalidade imposta

A partir dessas considerações, verifica-se que, conforme apontado, em que admitir-se aqui como correta a sistemática adotada pelos agentes da fiscalização na apuração dos montantes de receitas devidos e efetivamente omitidos, com base, exclusivamente, na análise dos extratos bancários apurados, é importante também destacar que, no caso, está-se diante de efetiva e verdadeira aplicação de exclusiva “*Presunção Legal*”, o que, a par de legítimo, de fato, não se mostra pois suficiente para a conclusão de que fatos analisados tivessem sido praticados pelos agentes com dolo, fraude ou simulação.

Tais considerações aqui se mostram pertinentes, sobretudo porque, conforme se verifica, o fundamento da aplicação da presunção legal de omissão de receitas fez-se a partir da exclusiva confrontação entre os montantes apontados nos extratos das operadoras de cartões de crédito e das movimentações financeiras com as informações globais apresentadas na respectiva DIPJ2006 apresentadas (*voluntariamente inclusive*) pela própria contribuinte.

Nessa linha, forçoso reconhecer que, de fato, **não se chegou a verificar qualquer informação contida nos livros contábeis específicos (diário e razão)** passando a simplesmente presumir a não-contabilização para, a partir desta, aplicar a presunção legal de omissão de receitas e, daí, imputar a exigência dos tributos e respectivos consectários legais (juros e multa).

Diante dessa verificação, relevante destacar que, a princípio, a qualificação da penalidade, com a nova redação das disposições do Art. 44 da Lei 9.430/96, é estabelecida a partir dos seguintes e específicos parâmetros legais:

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)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída 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)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

§ 5º ~~Aplica-se também a multa de que trata o inciso I do caput sobre: (Incluído pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

~~I - a parcela do imposto a restituir informado pelo contribuinte, pessoa física, na Declaração de Ajuste Anual, que deixar de ser restituído em razão da constatação de infração à legislação tributária; e (Incluído pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

~~II - o valor das deduções e compensações indevidas informadas na Declaração de Ajuste Anual da pessoa física. (Incluído pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

§ 5º Aplica-se também, no caso de que seja comprovadamente constatado dolo ou má-fé do contribuinte, a multa de que trata o inciso I do caput sobre: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - a parcela do imposto a restituir informado pelo contribuinte pessoa física, na Declaração de Ajuste Anual, que deixar de ser restituída por infração à legislação tributária; e (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

Conforme se verifica, a qualificação da penalidade aplicada decorre, necessariamente, da configuração específica de uma das hipóteses constantes nas disposições dos Art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, que, por sua vez, estabelecendo os parâmetros específicos das hipóteses de sonegação fiscal, assim especificamente apontam:

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.

A partir dessas disposições, verifica-se que, para a admissão da pretendida qualificação da penalidade aplicada, da forma como apontada, necessária seria a demonstração das específicas atuações próprias da contribuinte, voltadas, no caso, a impedir o conhecimento pela fiscalização da ocorrência dos respectivos fatos geradores, sendo esse, inclusive, essencial para a materialização da hipótese aventada.

Ocorre que, conforme já apontado, não se chegou a verificar sequer os demais livros fiscais da contribuinte além daqueles apresentados, não havendo, inclusive, o encaminhamento de pedido específico de sua apresentação ou mesmo o comparecimento dos

agentes fiscais ao estabelecimento apontado, restando, pois, presumida a não-contabilização para que, sobre esta, fosse então aplicada a presunção de omissão de receitas.

Para a configuração das hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, como se verifica, é essencial que se verifique, no caso, a específica atuação da contribuinte e, a partir daí, demonstre-se a efetiva presença do “*dolo*” o que, nos presentes autos, efetivamente não fora especificamente percorrido pelas autoridades fiscalizadoras, não se admitindo, assim, de forma alguma, a qualificação da penalidade da forma como apontada.

Nesse sentido, aliás, é relevante destacar que não basta a aplicação da hipótese de presunção da omissão de receitas para que dela decorra, imediata e exclusivamente, a aplicação da qualificação da penalidade. Nesse sentido, é importante também destacar, assim inclusive determinam as expressas disposições da Súmula CARF nº 14, que, sobre o assunto, especificamente destaca:

Súmula CARF nº 14: 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.

Diante dessas considerações, entendo, no caso, a ausência de comprovação, pela fiscalização, do “evidente intuito de fraude” por parte da contribuinte, e, por essa razão, afasto a aplicação da qualificação da penalidade apontada, determinando a redução do percentual aplicado para 75% (setenta e cinco por cento), que seria, no caso, a penalidade mínima aplicável na espécie.

Dos fatos tributáveis e a ocorrência da decadência

A partir das considerações apresentadas no tópico anterior, relevante aqui observar que, em que pese a conclusão de correção do entendimento efetivado pelos agentes da fiscalização no que diz respeito ao cerne da discussão (impossibilidade de opção pela tributação com base no Lucro Presumido nos anos-calendário subsequentes em decorrência da omissão de receitas efetivada), verificou-se que tal conclusão fora operada com base em exclusiva aplicação de *presunção*, o que, como já demonstrado, afasta a possibilidade de consideração da existência de *dolo*, *fraude* e/ou *simulação*.

Afastando-se aquelas hipóteses, de fato, e, verificando-se no caso a existência de prova de pagamento pela contribuinte (mesmo que apenas parcial), na linha do hoje pacífico entendimento do Colendo STJ, é de se aplicar, no caso, as disposições do Art. 150, par. 4º do CTN, verificando-se a decadência em relação aos fatos ocorridos no período superior ao quinquênio anterior à data da intimação da efetivação do lançamento, nos termos, inclusive, expressamente definidos no Acordo do REsp 973.733 – SC, da lavra do Min. Luiz Fux, que, submetido às regras próprias do Art. 543-C do CPC, assim especificamente destaca:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

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

Autenticado digitalmente em 07/05/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente e

m 07/05/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 25/09/2014 por VALMAR FO

NSECA DE MENEZES

Impresso em 25/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

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

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

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

A partir dessas disposições, verifica-se que tendo a contribuinte sido intimada do lançamento no dia **16/11/2011 (fls. 1373)**, verifica-se como decaídos os fatos tributáveis ocorridos no período anterior a Novembro/2006, verificando-se, assim, necessário o reconhecimento da decadência parcial do crédito tributáveis em relação aos fatos ocorridos entre os meses de **Janeiro a Outubro de 2006**.

Das imputações de sucessão, sujeição passiva e responsabilidade tributária

A par das questões meritorias até então apreciadas, relevante ainda observar – **sobretudo no recurso interposto pelos "responsáveis"** –, a discussão havida nos autos a respeito

da imputação às pessoas físicas e jurídicas apontadas, de responsabilidade solidária pelos créditos constituídos.

A esse respeito, a par dos destaques apresentados no recurso, verifico, em análise cuidadosa dos elementos contidos nos autos, que a r. decisão de primeira instância bem apreciou a matéria, destacando, do conjunto probatório formado, todos os elementos que indicam e comprovam, de fato, que, apesar de formalmente desligados da sociedade nos anos de 2001 e 2003, os Senhores Éder Abrahão e Marlene Martins Abrahão foram imediatamente nomeados como procuradores da contribuinte, mantendo a sua atuação nas atividades da empresa ao longo de todo o período apontado (2001 a 2008).

Ante a sua clareza, destacamos aqui o trecho do acórdão recorrido que, a respeito da presença dos fundamentos necessários para a imposição das respectivas responsabilidades, assim então efetivamente se manifestou:

38. De fato, estas afirmações dos impugnantes tomadas isoladamente não podem ser consideradas inverídicas. Contudo, a prova de um ato ilícito também pode ser feita por um conjunto de provas de outros atos, indícios ou circunstâncias realizados com o objetivo de preparar ou ocultar o ato ilícito. É isto que ocorre no presente caso quanto à responsabilização tributária.

39. Entre a vasta documentação colhida e produzida pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás nos autos do processo administrativo 2009.00004028246 (juntada aos presentes autos de fls. 471 a 1053), cujo escopo foi cassar duas inscrições estaduais da autuada no presente processo, as provas mais contundentes são as diversas procurações nas quais a autuada no presente processo, livre e desembaraçadamente, nomeou seus procuradores com os mais amplos poderes de gestão e administração e em caráter irrevogável e irretratável, o Sr. Eder Abrahão, CPF 039.658.21172, e sua esposa Marlene Martins Abrahão, CPF 291.095.66104, evidentemente em datas nas quais estes dois cidadãos não mais faziam parte formalmente do quadro societário da autuada. Estas procurações são as seguintes:

Data da procuração Procurador fls. do processo

06/03/2007 Marlene Martins Abrahão 627 a 629

25/07/2001 Éder Abrahão 632

01/03/2002 Éder Abrahão 636 e 637

26/02/2008 Éder Abrahão 638 e 639

06/03/2007 Éder Abrahão 640 a 643

23/02/2006 Éder Abrahão 644 e 645

13/11/2003 Marlene Martins Abrahão 646 e 647

30/06/2005 Éder Abrahão 648 e 649

40. Como se observa, desde que saiu formalmente da sociedade em 23/01/2001, o Sr. Éder Abrahão, foi nomeado procurador da contribuinte autuada praticamente todos os anos de 2001 a 2008 (somente não o foi em 2003 e 2004) e sua esposa, que deixou de ser sócia de direito em 23/01/2003, foi nomeada procuradora em 2003 e 2007. Cabe observar que as procurações não tinham prazo de validade (foram assinadas em caráter irrevogável) e livravam ou isentavam os procuradores de prestação de contas e que as pessoas físicas envolvidas nos atos eram marido e mulher e senhora idosa mãe do marido, evidentemente sogra da esposa. Portanto, infundada a alegação de que o

Sr. Éder Abrahão voltou em 2001 a exercer somente a atividade de agricultor e que a Sra. Marlene Martins Abrahão abandonou a vida empresarial por se encontrar doente.

41. Neste ponto, cabe ressaltar que o casal Éder Abrahão e Marlene Martins Abrahão não apenas tiveram conhecimento do processo estadual número 200900004028246 de cassação de inscrição em Goiás por serem procuradores da autuada, mas também porque foi cientificado, o primeiro (fls. 882 a 887), a apresentar defesa naquele processo (o que de fato fez, conforme documentos de fls. 902 a 906) e ouvida, a segunda (fls. 627 a 629), naquele processo administrativo. As pessoas jurídicas Rio Vermelho Supermercados Ltda., CNPJ 12.149.165/000109, e Rio Vermelho Distribuição de Alimentos Ltda., CNPJ 10.912.900/000169, por sua vez tomaram conhecimento formalmente daquele processo administrativo, quando firmaram, por meio de seu sócio-administrador, Éder Abrahão, os Termos de Responsabilidade de fls. 1050 a 1053, por meio dos quais assumiram, perante o Fisco do Estado de Goiás, responsabilidade solidária por qualquer débito, passado ou futuro, constituído ou não, da autuada no presente processo.

42. Quanto à afirmação que processo do Estado de Goiás número 200900004028246 teria sido construído de maneira ilícita, ilegal e imoral, os responsáveis tributários limitam-se a afirmar que houve coação, sem apresentar nenhum documento que infirme o vasto conjunto probatório colhido naqueles autos e reproduzidos no presente processo. Não há ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, porque os documentos puderam ser consultados pela autuada e pelos responsáveis tributários nos presentes autos e puderam ser questionados nas impugnações apresentadas e ora analisadas.

A partir dessas disposições, ao contrário do que pretendem fazer crer os recorrentes, as pessoas físicas indicadas ÉDER ABRAHÃO e MARLENE MARTINS ABRAHÃO, apesar de formalmente desligadas dos quadros societários da empresa, mantiveram, de fato, atuação de operacionalização e gestão das atividades da contribuinte, não podendo, agora, pretender escudar-se das obrigações a eles então devidamente aplicadas.

No que tange à apontada sucessão tributária, provas existem nos autos que as empresas RIO VERMELHO SUPERMERCADOS LTDA. e RIO VERMELHO DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. mantiveram, na aparência, o desenvolvimento das atividades da contribuinte autuada, sendo sim, de fato, responsáveis pelos fatos tributários praticados, não se podendo valer da simplesmente aparente distinção de personalidade jurídica para, com isso, impedir o cumprimento das obrigações tributárias correspondentes.

Conclusão

Em face de todas essas considerações, encaminho o meu voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, exclusivamente no sentido de reconhecer a impossibilidade da aplicação da qualificadora sobre a multa de ofício aplicada, e, ainda, em reconhecer a ocorrência da decadência parcial apontada, mantendo a autuação em todas as suas demais disposições, nos termos aqui então devidamente destacados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER- Relator

Processo nº 19515.721719/2011-77
Acórdão n.º **1301-001.424**

S1-C3T1
Fl. 14

CÓPIA