



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.722358/2012-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.980 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de novembro de 2021
Recorrente CASA PRIBA DE ARTEFATOS DE TECIDOS LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

SIGILO BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é cabível a transferência do sigilo de informações bancárias do contribuinte à autoridade tributária, nos termos do art. 6º da LC nº 105, de 2001. Nulidade do auto de infração não configurada. Aplicação do art. 62, §2º do RICARF.

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

Ano-calendário: 2008

ARBITRAMENTO DO LUCRO. POSSIBILIDADE

É lícito o arbitramento do lucro nos casos em que o contribuinte, intimado para entregar documentação contábil (Livros Diário, Razão e Lalur) e movimentação bancária o faz parcialmente, entregando apenas o Livro Caixa. Incidência do art. 530 do RIR de 1999.

MULTA QUALIFICADA. DESCABIMENTO

Incabível a aplicação da multa qualificada quando a sua fundamentação se lastreia apenas na constatação de omissão de receitas, sem quaisquer elementos adicionais à justificá-la, a teor do que restou pacificado no âmbito deste CARF no enunciado da Sumula de nº 14.

MULTA AGRAVADA. NÃO CABIMENTO

Deve ser afastada a incidência de multa de ofício agravada, nos termos do art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 1996, no caso em que o contribuinte entregou a documentação contábil que possuía, não podendo ser punida com o agravamento da multa pela não entrega de livros contábeis que entendia não ser obrigada a manter. Conduta punível com a multa de ofício qualificada, nos termos do art. 44, §1º da Lei nº 9.430, de 1996. EXTRATOS BANCÁRIOS. A omissão em entregar à autoridade fiscal extratos bancários não caracteriza, por si só, embaraço à fiscalização capaz de ensejar o agravamento da multa qualificada, especialmente se ocorreu requisição de movimentação bancária perante as instituições financeiras, cujas informações transferidas serviram de base para a determinação da receita tributável. ENTREGA PARCIAL DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. Tendo o contribuinte entregue parte dos

livros contábeis exigidos, fica caracterizada sua colaboração com a fiscalização, a ensejar a exclusão do agravamento da multa de ofício prevista no §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS.

A mingua de elementos que comprovem a prática de atos ilícitos (culposos ou dolosos) por parte dos sócios, inquinados responsáveis, descabe a aplicação dos preceitos do art. 135, III, do CTN..

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Ano-calendário: 2008

MULTA COM EFEITO DE CONFISCO. NÃO CABIMENTO

Descabe ao Carf apreciar matéria relacionada à constitucionalidade de lei em vigor. Inteligência da Súmula Carf nº 2.

CORREÇÃO DA MULTA POR MEIO DA TAXA SELIC. CABIMENTO

Nos termos da Súmula Carf nº 108: "incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, e, no mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para afastar o agravamento e a qualificação da multa de ofício, e, por voto de qualidade, em excluir os responsáveis solidários Fanny Janowski e o espólio de Mordcha Czerkes do polo passivo, vencidos os Conselheiros Cleucio Santos Nunes (relator), Ricardo Marozzi Gregório, Andréia Lucia Machado Mourão e Marcelo Cuba Netto que votaram por dar provimento parcial ao recurso, apenas para afastar o agravamento da multa de ofício. O Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca ficou designado como redator do voto vencedor em relação às matérias em que o relator foi vencido.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 1302-005.980 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.722358/2012-67

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de DRJ que manteve autuação contra a empresa ora recorrente.

Em síntese, o caso versa sobre auto de infração lavrado contra a empresa indicada acima, em que foram constituídos créditos tributários de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS reflexos, referentes ao ano calendário 2008. Nos termos do auto de infração de fls. 02 e TVF de fls. 1035/1216, a autuação se deveu a omissão de receitas decorrentes de depósitos realizados por operadoras de cartão de crédito, depósitos de origem não comprovada e receitas recebidas, conforme escrituração do livro caixa.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 1035/1216), a empresa foi intimada a entregar toda documentação contábil do período e, especialmente, os extratos com a movimentação bancária e das operações com cartões de crédito. Primeiramente, apresentou apenas os Livros de Registro e de Entrada e Saída da matriz e de uma de suas filiais. Em seguida, foi reintimada várias vezes para entregar a documentação completa e, em especial, os extratos com a movimentação bancária e com cartões de crédito. Para todas as reintimações, a empresa pediu prorrogação de prazo e, sobre os extratos bancários e movimentação com cartões de crédito, alegava que estava “fazendo o possível para encontrar tal documentação”. Ainda no curso do procedimento, comprovou o encerramento das filiais para as quais não apresentou a documentação contábil. Posteriormente, alegou que realizou as declarações fiscais de acordo com as regras do Simples Nacional e pediu mais prorrogação de prazo para entrega da escrituração contábil.

Por não ter cumprido os prazos a que se comprometeu, a fiscalização lavrou Termo de Embaraço à Fiscalização. Após a lavratura do citado termo, a empresa entregou o Livro Caixa, mas foi intimada para apresentar a Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e respectivos comprovantes de recolhimento, eis que não constavam dos sistemas da RFB declaração e pagamentos sob esse regime.

Em 29/11/2011 entregou a DASN e os comprovantes de recolhimento no Simples Nacional, mas não entregou a movimentação contábil e nem os extratos bancários e movimentação com cartões de crédito conforme havia sido intimada desde o início. Com relação à movimentação bancária, justificou parcialmente as transações no montante de R\$ 142.616,82.

Registre-se que a fiscalização constatou que a recorrente foi excluída do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2007, portanto, um ano antes do período fiscalizado. Registre-se ainda que, segundo o TVF, não houve impugnação da empresa contra a exclusão do regime simplificado, nem opção por nova forma de tributação, razão pela qual foi intimada para juntar cópia da exclusão do Simples Nacional e escrituração contábil com base no lucro real trimestral. Os sócios da empresa foram advertidos de que, diante das omissões narradas, poderia ser responsabilizados pelo crédito tributário na forma do art. 135 do CTN.

Diante desse histórico, a empresa foi autuada pelo não recolhimento de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS reflexos, por omissão de receitas, tendo sido o lucro arbitrado com base na receita apurada, sob o coeficiente de 9,6% (8% + 20%). Em razão da omissão de receitas decorrentes dos recebimentos das operadoras de cartão de crédito e sem comprovação de sua

escrituração contábil, ficou caracterizada sonegação fiscal, nos termos do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996. Tendo em vista o embaraço à fiscalização caracterizado pelo não atendimento às intimações e esclarecimentos solicitados, a multa de ofício foi agravada para 225%, resultando no crédito tributário consolidado de R\$ 1.311.453,32.

Os sócios administradores foram responsabilizados pelo valor acima, por terem praticado atos que configuram infração à lei, na forma do art. 135, III do CTN.

A recorrente apresentou a impugnação de fls. 1263/1278, alegando, preliminarmente, nulidade do auto de infração por ter se baseado inteiramente em extratos de movimentação financeira, os quais teriam sido obtidos com violação à Constituição Federal. Isso porque, as informações bancárias do contribuinte são protegidas pelo sigilo de dados, podendo ser revelados somente por ordem da Justiça para instrução de investigações e processos penais.

No mérito, defendeu que o arbitramento do lucro se deu de forma ilegal, pois, em 2008, à época da autuação, a empresa era optante do Simples Nacional, não estando obrigada a manter a escrituração contábil solicitada, mas tão somente os Livros Caixa e de Registro de Entrada e de Saída, os quais foram entregues à autoridade fiscal. Ainda em relação ao mérito, sustentou que recolheu R\$ 89.979,18 no regime do Simples Nacional no ano calendário de 2008 e que, nesse período, estava vinculada ao regime simplificado e, diferentemente do que alegou a fiscalização, somente foi excluída em 2010 pela Fazenda do Estado de São Paulo, tendo apresentado impugnação contra esta autuação. Acrescentou que o auto de infração de tributos federais não teria deduzido os valores recolhidos no regime do Simples Nacional. Sustenta ainda duplicidade de lançamentos, pois a fiscalização não deduziu dos valores dos depósitos encontrados nas contas correntes, o montante escriturado no livro caixa da empresa.

Com relação à qualificação da multa, alegou que não ficou caracterizada a hipótese de sonegação fiscal, eis que a não comprovação do pagamento feito por empresas operadoras de cartão de crédito em favor da recorrente, não se enquadra nas hipóteses de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador das obrigações tributárias. Além disso, a empresa teria entregue o Livro Caixa que serviu também de base para apuração do crédito tributário, o que afastaria qualquer alegação de sonegação fiscal. Assim, a multa qualificada deveria ser reduzida para a multa de ofício de 75%.

Sustentou também o afastamento da multa agravada, pois teria atendido todas as intimações feitas pela autoridade tributária, não tendo entregue alguns livros contábeis para os quais não estaria obrigada, por ser optante do Simples Nacional.

Quanto a responsabilização pessoal dos sócios, alegou a recorrente que a fiscalização não comprovou a ocorrência de infração à lei ou ao contrato social da empresa para o enquadramento desse tipo de responsabilidade tributária. Enfatizou que o simples não recolhimento do tributo não caracteriza a hipótese legal do art. 135, III do CTN.

Por fim, impugnou a incidência da Taxa Selic para corrigir as multas lançadas, devendo incidir somente sobre o principal do crédito tributário e pediu a improcedência total do auto de infração.

A DRJ acolheu parcialmente a impugnação para reconhecer a dedução dos valores pagos no regime do Simples Nacional, tendo mantida autuação sobre os demais pontos, conforme se depreende da ementa da decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Exercício: 2008 CONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DE NORMAS.

INCOMPETÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. A análise de teses contra a legalidade ou a constitucionalidade de normas é privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente SIGILO BANCÁRIO. ENTENDIMENTO DO STF. SEM DECISÃO DEFINITIVA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. A matéria acima encontra-se em debate no STF no rito da repercussão geral, não havendo, ainda, decisão definitiva.. Assim, até que o STF decida sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza a transferência dos dados bancários do contribuinte para o fisco, deve-se continuar aplicando tal lei na via administrativa, pelo princípio da presunção da legitimidade das leis.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Não tendo sido comprovada impugnação de ato de exclusão do Simples Nacional, há que se considerar que este produziu efeitos, estando o contribuinte sujeito às regras de tributação aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. FALTA DE OPÇÃO POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. LUCRO REAL TRIMESTRAL.

OBRIGATORIEDADE DE ESCRITURAÇÃO E GUARDA DOS LIVROS DIÁRIO, RAZÃO E LALUR. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS. ARBITRAMENTO O LUCRO.

Excluído do Simples Nacional, compete ao contribuinte optar por uma das formas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Caso não seja feita opção, mesmo depois de intimado para tanto, o sujeito passivo sujeitar-se-á à apuração com base no lucro real trimestral, sendo obrigatória a escrituração e guarda do Diário, do Razão e do Lalur. A falta de apresentação desses livros enseja o arbitramento do lucro.

RECEITAS DE VENDAS EM EXTRATOS BANCÁRIOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RECEITA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO. AUSÊNCIA. OMISSÃO DE RECEITAS. Compete ao contribuinte demonstrar que os créditos em conta-corrente decorrentes de repasse de administradoras de cartão ou de recebimento de títulos relativos a vendas efetuadas estão escriturados no livro Caixa, fazendo a correspondência dos registros. A ausência de tal comprovação em fase de fiscalização, após intimado para tanto, e em sede de impugnação conduz à conclusão de que os registros bancários de origem identificada não estão escriturados, representando omissão de receitas não contabilizadas.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DETERMINAÇÃO DOS TRIBUTOS DE OFÍCIO. OBRIGATORIEDADE DE DEDUÇÃO DOS TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE RECOLHIDOS PELO SIMPLES NACIONAL. Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

MULTA DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO. QUALIFICAÇÃO. A falta de escrituração e declaração de grande parcela da receita auferida pelo contribuinte, no caso, cerca de 75%, deixa evidente que a irregularidade apurada não decorreu de mero equívoco, mas sim de conduta foi intencional para dificultar o conhecimento pela RFB da ocorrência do fato gerador dos tributos, objetivando, com isso, reduzir significativamente o

montante dos tributos recolhidos, bem assim a manutenção indevida da empresa no regime simplificado.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. A multa agravada é aplicada quando o contribuinte ignora a fiscalização, deixando de responder às intimações, ou quando provoca realização de diligências inúteis ou repetição de trabalho, turbando e atrapalhando a fiscalização.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. Demonstrado que os sócios administradores mantiveram intencionalmente, à margem da contabilidade, grande parte das operações de venda realizadas pela empresa, bem assim optaram por não escriturarem os livros contábeis e fiscais obrigatórios para as pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, violando leis comerciais, é devida a responsabilização solidárias dos mesmos.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Cabe a apreciação na primeira instância administrativa de contestação quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício em fase de contencioso.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

Devida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício que compõe o crédito tributário a partir do vencimento do lançamento até o pagamento.

CSLL. PIS. COFINS. REFLEXOS. Aplicam-se aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, no que couber, as mesmas razões de decidir utilizadas na apreciação do lançamento de IRPJ, haja vista aqueles serem reflexos deste.

Impugnação Procedente em Parte

Os recorrentes interpôs o recurso voluntário de fls. 1444/1456, reiterando os fundamentos da impugnação.

O processo foi distribuído inicialmente ao conselheiro Paulo Reynaldo Becari e, em razão da renúncia ao respectivo mandato, foi redistribuído para mim, por sorteio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

O recurso é tempestivo. Além disso, esclareça-se, que a pessoa jurídica e os sócios administradores impugnaram o auto de infração e recorreram da decisão da DRJ em peças únicas, conforme petições de fls. 1263/1278 e 1444/1456, respectivamente. Registre-se, também, que os sócios outorgaram procurações aos advogados subscritores das defesas, como se vê dos documentos de fls. 1294 e 1298.

Assim, todos os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE

A recorrente alega que o auto de infração é nulo por ter se baseado em movimentação financeira obtida mediante extratos bancários requisitados perante os bancos em que mantem contas. Sustenta que tal requisição viola a proteção constitucional ao sigilo de dados e que somente seria possível acesso a tais informações para instrução de investigação e processo penais.

Sem razão a recorrente. A transferência de sigilo de informações de instituições financeiras para a autoridade tributária está previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, com seguinte redação.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o dispositivo legal em questão, conforme o RE 601.314, julgado definitivamente, observando a sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC de 2015:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a

igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

O precedente em questão resultou na fixação da seguinte tese:

I - O art. 6º da *Lei Complementar 105/01* não ofende o direito ao *sigilo bancário*, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de *sigilo* da esfera bancária para a fiscal; II - A *Lei 10.174/01* não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das *leis* tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN.

Conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal em precedente julgado sob a sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC de 2015, fixou o entendimento de que o art. 6º da Lei Complementar nº 105 de 2001, não ofende a Constituição Federal, o que afasta alegação de nulidade suscitada pela recorrente.

Acresça-se, que o §2º do art. 62 do RICARF determina que os julgadores desse órgão administrativo estão vinculados às decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça que tenham sido decididas na sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC de 2015, como é o presente caso.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida.

2. MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente sustenta as seguintes matérias de defesa: i) impossibilidade de arbitramento do lucro; ii) inaplicabilidade da multa qualificada; iii) inaplicabilidade da multa agravada; iv) inexistência de responsabilidade tributária dos sócios administradores; v) ilegalidade da aplicação da Taxa Selic sobre os juros moratórios.

Passemos à análise de cada um desses argumentos.

2.1 Alegação de impossibilidade de arbitramento do lucro

A empresa teve o seu lucro arbitrado com base na movimentação bancária, pois não atendeu às intimações feitas no curso do procedimento fiscal para apresentar os livros contábeis do período. Conforme informado no relatório, a recorrente foi intimada por meio do Termo de Início de Fiscalização de fls. 03 para apresentar, dentre outros documentos, os seguintes livros contábeis: livros diário e razão, livro de registro de inventário, livros de entrada e de saída. Apesar de reintimada várias vezes para apresentar tal documentação, conforme os Termos de Reintimação de fls. 28, 33, 44, 50 e 99, não atendeu à exigência fiscal.

Considerando que as intimações não foram cumpridas, a fiscalização requisitou a movimentação bancária da recorrente, conforme RMF de fls. 129. A requisição foi atendida com as transferências das informações bancárias da recorrente, externadas nos extratos bancários de fls. 143/607. Com base na movimentação bancária e nos lançamentos constantes do Livro Caixa, foi determinada a receita da empresa e calculado o lucro arbitrado, nos termos da legislação.

Assim, o fundamento legal para o arbitramento do lucro, foi a omissão da recorrente em entregar os livros comerciais a que estava obrigada a manter e oferecer à fiscalização quando exigida. Nesse sentido dispõe o art. 530, III do RIR de 1999, vigente à época:

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme relatado, a recorrente somente atendeu a intimação para entrega do Livro de Entrada e de Saídas. Alega que não estaria obrigada a entregar os demais livros, Diário e Razão, porque seria optante do Simples Nacional. Ocorre que o art. 26 da Lei Complementar nº 123 de 2006, não desobriga o optante de manter os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos. Nesse sentido, veja-se:

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

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

Assim, intimada para comprovar sua movimentação comercial para efeito de incidência dos tributos, ainda que optante do Simples Nacional, não poderia a recorrente se omitir.

Seja como for, a questão central é que a autoridade tributária apurou que no período fiscalizado, isto é, no ano calendário 2008, a recorrente estaria excluída do Simples Nacional. Isso porque, conforme o documento de fls. 1019, combinado com o Termo de Reintimação de fls. 1027, a empresa teria sido excluída do Simples Nacional em 2010, com efeitos retroativos a 01/07/2007. O Termo de Reintimação em questão, intimou a empresa para comprovar sua permanência no Simples e, caso não tivesse impugnado o ADE, deveria apresentar os livros diário, razão e Lalur, dentre outros documentos, com apuração do lucro trimestral.

Em resposta, fls. 1028, a recorrente se limitou a entregar somente sua última alteração contratual.

Assim, comprovado pela fiscalização que a recorrente estava excluída do Simples no período e não tendo a empresa comprovado que teria impugnado o ato de exclusão, segue-se que estava obrigada a apresentar os livros mencionados, conforme os arts. 251, 258, 259 e 260, III, do RIR/99. A omissão dessa entrega se enquadra na hipótese de arbitramento do lucro, nos termos do art. 530 do RIR de 1999, reproduzida acima.

A alegação da recorrente contida em suas defesas de que foi excluída do regime simplificado somente em 2010, não comprova o fato que deveria ser comprovado, qual seja, se estava vinculada ao Simples em 2008 e se teria impugnado o ADE, o que suspenderia os efeitos do ato enquanto não resolvida a impugnação. Essa prova não foi juntada, prevalecendo, portanto, as conclusões e provas anexadas pela fiscalização tributária e confirmadas pela decisão da DRJ.

Registre-se que às fls. 102/104, constam Termos de Deferimento de Opção ao Simples Nacional com efeitos a partir de 01/07/2007. Ocorre que, conforme a informação constante do Termo de Intimação de fls. 1027, o ato de exclusão do Simples Nacional é datado de 10/11/2010, com efeitos retroativos a 01/07/2007. Assim, a exclusão se deu depois das datas informadas nos documentos de fls. 102/104.

Outro registro importante, é que o contribuinte alega que fora excluído do Simples Nacional somente em 11/05/2011 por irregularidades no recolhimento do ICMS de São Paulo. Para demonstrar que impugnou o suposto ato de exclusão, junta com a impugnação a petição de fls. 1321/1362, com data de protocolo em 03/06/2011. Ocorre que o ato de exclusão com efeitos retroativos, conforme informado, é datado de 10/11/2010, conforme consta do TVF e da decisão recorrida. Assim, a impugnação juntada teria sido apresentada quase seis meses depois do ato de exclusão, não produzindo, pois, o efeito de suspensão da retirada do contribuinte do regime favorecido. Ressalte-se que, no recurso voluntário, o contribuinte não refuta esses fatos, presumindo-se, portanto, verdadeiros.

Enfim, analisando o processo não se encontram provas de que no ano de 2008 a empresa era optante do regime simplificado ou que teria impugnado a exclusão ocorrida em 10/11/2010 com efeitos retroativos a 01/07/2007.

Assim, deve prevalecer o arbitramento do lucro, eis que ancorado em disposição legal. Nada a prover sobre este ponto.

2.2 Inaplicabilidade da multa qualificada

Sobre o assunto em questão, a recorrente alega que a fiscalização fundamentou a qualificação da multa de 150% com base no art. 44, I, §§ 1º e 2º da Lei 9.430, de 1996. Segundo a empresa, a fiscalização entendeu que, ao não ter contabilizado os valores creditados em suas contas correntes por administradoras de cartões de crédito, teria incorrido na hipótese de sonegação fiscal prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964.

Realmente, a multa qualificada foi fundamentada pela fiscalização, considerando o fato de que, requisitada a movimentação bancária da empresa, detectou-se créditos realizados por operadoras de cartões de crédito nas contas da recorrente. Esse fato caracterizou omissão de receitas de vendas durante todo o ano calendário de 2008, especialmente em função das divergências entre os repasses efetuados pelas operadoras e as receitas escrituradas e incorretamente declaradas como sujeitas ao Simples Nacional. Considerando que os créditos feitos pelas operadoras se referem a vendas realizadas e que não foram oferecidas à tributação, a autoridade fiscal entendeu que restou caracterizada a hipótese de sonegação fiscal definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964. Assim, a fiscalização fundamentou a aplicação das multas no art. 44, I e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430, de 1996.

É necessário distinguir, no entanto, as hipóteses de multa qualificada de multa agravada. A multa qualificada encontra amparo nas hipóteses do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (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; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (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)

Assim, a multa será qualificada nos casos de sonegação fiscal, fraude ou conluio, conforme definido pelos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

A previsão contida no §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, trata de multa agravada, sendo cabível nas seguintes circunstâncias:

§ 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; (Redação dada 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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Quanto a qualificação da multa, o fundamento da fiscalização residuiu na hipótese de sonegação fiscal, pois, ao não ter informado em suas declarações contábeis as receitas recebidas das operadoras de cartões de crédito, teria a empresa praticado a aludida sonegação fiscal. De acordo com o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, sonegação fiscal é definida como:

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.

No caso em tela, durante o ano calendário de 2008, período a que se refere a autuação, a empresa declarou sua movimentação tributária como optante do regime do Simples Nacional. Isso fica evidente com os extratos do Simples Nacional de fls. 105/128. Ocorre que em 10/11/2010 a recorrente foi excluída do Simples Nacional com data retroativa a 01/07/2007 e não existe prova nos autos de que impugnou o ato de exclusão. Assim, teria que declarar a apuração dos tributos federais ora lançados, mediante os regimes de lucro presumido ou real conforme sua opção. Nesse sentido, dispõe o art. 32 da Lei Complementar nº 126, de 2006:

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

§ 1º Para efeitos do disposto no **caput** deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

§ 2º Para efeito do disposto no **caput** deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

Além da escolha de um dos citados regimes de apuração, a recorrente teria que recolher os tributos respectivos, conforme prevê o §1º do art. 32 transcrito.

Observa-se que a recorrente não cumpriu nenhuma dessas obrigações legais e somente foi possível apurar-se os tributos devidos por meio de procedimento fiscalizatório. Acresça-se que, mesmo intimada para apresentar movimentação bancária, a empresa se quedou inerte, exigindo a expedição de RMF e, como base nesse documento, foi possível constatar-se créditos realizados por operadoras de cartões de crédito, em razão de receitas de vendas.

Vê-se, pois, que está caracterizada a hipótese de sonegação fiscal, porquanto, dolosamente, a empresa deixou de apurar e recolher os tributos devidos em conformidade com o regime tributário a que deveria se submeter. A não entrega das declarações fiscais a partir de 2010 no regime normal de apuração demonstra a intenção da recorrente de sonegar tributos devidos, recolhendo em regime diferenciado para o qual não possuía mais o direito de assim se beneficiar. Registre-se que o documento de fls. 95 informa que a recorrente entregou DASN entre 2008 e 2011, o que demonstra o dolo de não se submeter ao regime normal de tributação ao qual tinha conhecimento desde 10/11/2010, data da exclusão da empresa do Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/07/2007.

Ressalte-se ainda tratar-se de omissão de receita expressiva, o que auxilia na fundamentação da qualificação da multa.

Assim, deve ser mantida a multa qualificada de 150% sobre as receitas omitidas, na forma do art. 44, §1º da Lei nº 9.430, de 1996.

2.3 Inaplicabilidade da multa agravada

Em relação à multa agravada, a recorrente se insurge contra a sua aplicação, alegando que a fiscalização fundamentou tal incidência diante do fato de a empresa não ter atendido às intimações para esclarecer os fatos que estavam sujeitos à apuração fiscal. Ressalta que colaborou com a fiscalização prestando os esclarecimentos que estavam ao seu alcance e que, em 2008, por ser optante do Simples Nacional, não estava obrigada a manter escrituração contábil típica de empresas sujeitas ao regime comum de apuração. Daí por que, sustenta ser incabível a aplicação de agravamento da multa na forma do §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

A fiscalização não deixa claro o motivo do agravamento da multa. Conforme se observa da narração do histórico dos fatos constante do TVF e da análise dos autos, realmente, a empresa foi intimada diversas vezes para apresentar os extratos bancários de suas contas correntes e livros contábeis (Diário, Razão, Lalur entre outros). Nesse sentido, registre-se os Termos de Reintimação de fls. 28, 33, 44, 50 e 99.

Ao concluir pela constituição do crédito tributário, às fls. 1047 do TVF, a fiscalização apresenta a seguinte justificativa para o agravamento da multa:

23 – Assim, nos termos da legislação retro mencionada, mediante arbitramento do lucro, constitui-se o respectivo crédito tributário relativo ao Imposto de Renda e Reflexos (CSLL, PIS e COFINS), referente ao ano calendário de 2008, perfazendo o montante de R\$ 1.311.453,32 (um milhão, trezentos e onze mil e quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos), incluídos juros, multa de ofício agravada, em razão do embaraço à fiscalização, pela falta de atendimento e esclarecimentos solicitados e qualificada (225%) pela omissão de receitas decorrente dos repasses originados das vendas por intermédio de cartão de crédito e pelos títulos recebidos não escriturados.

Observa-se que o fundamento do agravamento foi o “embaraço à fiscalização” consistente no reiterado não atendimento às exigências da fiscalização.

Sobre este ponto, é necessário observar, primeiramente, o seguinte, o agravamento da multa tem cabimento nas hipóteses do art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 1996, que se transcreve outra vez:

§ 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 pela sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Assim, há de se presumir que o agravamento da multa estaria fundado na omissão da empresa em “prestar os esclarecimentos” exigidos pela fiscalização, os quais se dariam por meio dos livros contábeis e extratos bancários.

Com relação aos livros contábeis, a alegação da empresa é que, como contribuinte do Simples Nacional não teria obrigação de manter os livros exigidos pela fiscalização.

Em que pese a empresa desde 2010 ser sabedora de que teria sido excluída do Simples Nacional, isso não significa que, por não ter entregado os citados livros, a multa deverá ser agravada. Apesar de ter a obrigação de manter tais livros na medida em que foi excluída do Simples Nacional, não teria como atender à demanda da fiscalização se adotou a estratégia de se manter no regime simplificado, ainda que não pudesse mais realizar tal opção. Por essa infração foi punida com a multa de ofício qualificada.

Por outro lado, não há como impor a multa agravada pela não entrega de tais livros se a recorrente não os possuía. A prevalecer esse entendimento seria punida de forma agravada por não ter feito o impossível! Ora, ninguém é obrigada a realizar o impossível. Tudo indica que a recorrente não tinha realmente os livros exigidos. Aliás, alegou isso no curso da fiscalização e em suas defesas.

No mais, considerando que o motivo do arbitramento do lucro no caso em questão foi a omissão da empresa em entregar os livros fiscais exigidos, é o caso se aplicar a Súmula Carf nº 96, com a seguinte orientação:

Súmula CARF nº 96:

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Quanto a não entrega dos extratos bancários, vê-se que ao requisitar tais documentos às instituições financeiras, a Fazenda logrou as informações que necessitava para realizar o lançamento tributário. A omissão da empresa, nesse caso, não poderá configurar o agravamento da multa, pois, do contrário, esvaziaria a necessidade da RMF, de modo que, sempre que fosse necessária a expedição desse tipo de requisição em razão da omissão do contribuinte, seria cabível o agravamento da multa.

Acresça-se que a recorrente colaborou com a fiscalização, em parte, ao entregar os livros Caixa, o quais serviram, inclusive, de base para verificação das receitas omitidas, quando confrontadas com a movimentação bancária. Isso, obviamente, atenua a caracterização de agravamento da multa com base no art. 44, §2º I, porquanto a empresa chegou a prestar algum esclarecimento sobre os fatos.

Assim, é o caso de se dar provimento, no ponto, para afastar a multa agravada prevista no §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

2.4 Inexistência de responsabilidade tributária dos sócios administradores

Sobre a responsabilidade dos sócios administradores, o TVF se limita a apresentar a seguinte fundamentação:

27 - Com relação aos sócios administradores FANNY JANOWSKI CZERKES e MORDCHA CZERKES, são pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário apurado, tendo em vista terem praticado atos que configuram infração à lei no ano calendário sob exame, conforme acima relatado. Tal fato se enquadra no art. 135 do Código Tributário Nacional:

A recorrente impugna a decisão recorrida no ponto, pois não teria ficado caracterizada a hipótese do art. 135, III do CTN, nem a fiscalização teria reunido provas sobre as mencionadas condutas.

O art. 135, do CTN prevê o seguinte:

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.

Realmente, a fundamentação para caracterização de tal responsabilidade tributária foi superficial. Isso, no entanto, não é suficiente para afastar a aplicação do citado dispositivo.

De acordo com cláusula sétima do contato social de fls. 17/23, a administração da empresa recorrente cabia a ambos sócios Fanny Janowski e Mordcha Czerkes. O despacho da 7ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, anexado às fls. 1300, indica que Mordcha Czerkes morreu e o seu espólio passou a responder por suas obrigações.

Conforme se depreende de todo o histórico do processo e das provas juntadas, a empresa omitiu receitas oriundas de créditos depositados nas suas contas correntes e de pagamento de títulos por seus clientes.

Para omitir da Fazenda sua real movimentação fiscal, utilizou o estratagema de declarar suas obrigações tributárias no regime do Simples Nacional quando deveria tê-lo feito no

regime de lucro real ou presumido, uma vez que tinha conhecimento desde 2010 que foi excluída do regime simplificado com efeitos retroativos a 01/07/2010.

Tais fatos estão devidamente articulados e comprovados nos autos. Aliás, a recorrente não os refuta, na medida em que afirma que em 2008 estava no regime do Simples Nacional, mas não comprovou tal circunstância, apesar de intimada a fazê-lo, depois de a fiscalização ter descoberto que a recorrente foi excluída do regime especial.

A empresa era gerida à época dos fatos pelos sócios mencionados acima e a conduta em questão infringe a legislação tributária, em especial o art. 32 da Lei Complementar nº 123 de 2006, que exige a opção pelo lucro presumido ou real nos casos de contribuinte excluído do Simples Nacional. Aliado a isso, exige igualmente o dispositivo, que a empresa excluída se sujeite às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o que inclui, obviamente, escrituração contábil.

Assim, é caso de se aplicar a norma do art. 135, III do CTN para responsabilizar pelo crédito tributário lançado os sócios Fanny Janowski e o espólio de Mordcha Czerkes.

2.5 Ilegalidade da aplicação da Taxa Selic sobre os juros moratórios

Por fim, a recorrente alega que a multa qualificada e agravada no patamar de 225% fere princípio constitucional do não confisco.

Registre-se que as multas em questão estão previstas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que está vigente. Sobre o ponto há que se aplicar o enunciado da súmula Carf nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Não há como acolher o pleito da recorrente neste ponto por faltar competência a esse Conselho para se pronunciar sobre constitucionalidade de lei vigente.

No mesmo tópico a recorrente ataca a incidência da Taxa Selic para corrigir as multa aplicadas. Sobre este ponto, deve-se aplicar a Súmula Carf nº 108, com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. **(Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).**

Assim, nada a ser provido também sobre este ponto.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço dos recursos, devendo ser rejeitada a preliminar arguida e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para afastar tão somente o agravamento da multa de ofício, previsto no §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes

Fl. 17 do Acórdão n.º 1302-005.980 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.722358/2012-67

Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, redator designado.

Como o devido respeito ao D. Relator, e aos demais Conselheiros que o acompanharam, mas o caso não desafia a aplicação de multa qualificada, nem tampouco a responsabilização dos sócios administradores da recorrente.

Quanto a qualificação, note-se que o único motivo declinado pela D. Fiscalização para justificá-la foi a falta de escrituração das receitas oriundas de vendas com cartão de créditos o que, diga-se, caracteriza **simples omissão de receitas**. Neste caso, vejam bem, o caso atrai, de forma cabal, a aplicação do verbete da Súmula/CARF de nº 14, cujo teor reproduzo abaixo:

Súmula CARF nº 14

Aprovada pelo Pleno em 2006

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.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94258, de 01/07/2003 Acórdão nº 101-94351, de 10/09/2003 Acórdão nº 104-19384, de 11/06/2003 Acórdão nº 104-19806, de 18/02/2004 Acórdão nº 104-19855, de 17/03/2004.

Este Conselheiro, e que se o diga, este próprio Colegiado, vem defendendo a possibilidade de se impor o recrudesimento da multa prevista pelo art. 44, I, da Lei 9.430/96 quando verificada a reiteração, em valores substanciais, da omissão de receitas. Aqui, diga-se, seria possível e razoável afirmar que a omissão se daria forma sub-reptícia e consciente, revelando, assim, uma conduta dolosa tendente à ocultação do fato gerador dos tributos respectivos.

Mas no caso vertente, esta reiteração não é, diferentemente do que afirma o D. Relator, nem mesmo tangenciada pelo TVF que, insista-se, fincou as suas conclusões apenas e tão somente na omissão de receitas alhures referida. Neste particular, qualquer ilação adicional seria fruto do exame e da justificação feita pelos julgadores de primeira e segunda instância, não estando presente, tal justificativa, no próprio ato de lançamento.

Outrossim, o D. Relator afirma, ainda, que a conduta dolosa também se evidenciaria pelo fato do contribuinte ter registrado as suas receitas e as levado à tributação no regime do Simples, quando, em verdade, por conta da sua exclusão, deveria tê-lo feito na sistemática ordinária de tributação.

Mais uma vez com as renovadas vênias, mas há um claro sofisma no raciocínio emendado pelo D. Relator. Primeiramente porque este fundamento também não foi indicado pela D. Autoridade Lançadora para justificar tanto a qualificação da penalidade, como a responsabilidade dos sócios. E, em segundo lugar, e mais importante, o ato de exclusão da empresa do Simples foi editado em **2010**. Ainda que os efeitos deste ato tenham se verificado em 2007, deles a empresa tomou ciência apenas em 2010! Ou seja, não haveria como se imputar

uma conduta dolosa ao contribuinte e aos devedores inquinados solidários por tributar as suas receitas no regime tratado pela Lei Complementar 123 (art. 12 e ss) se, até então, a empresa era, regularmente, optante pelo SIMPLES Nacional.

Em linhas gerais, o contribuinte não registrou as suas receitas conscientemente no SIMPLES para refugir à exigência com base em outro regime. Demais a mais, e vale a insistência, isso nunca foi aventado no relatório, também não tendo sido trazido qualquer outro fundamento, nem mesmo um eventual excesso de omissão de receitas.

E o mesmo raciocínio se aplica à responsabilização dos sócios, envidada pela fiscalização, tão só, por conta da alardeada omissão de receitas e em função de sua condição de sócios (o que atenta, inclusive, contra o entendimento consolidado sobre o tema, tratado pela Sumula 430 do Superior Tribunal de Justiça).

Ainda que a maioria tenha concordado com o relator em relação aos demais temas tratados no processo, em relação à qualificação da multa de ofício e à responsabilização dos sócios administradores há que dar guarida às razões recursais.

A luz do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário a fim de afastar a qualificação e o agravamento da multa de ofício (este último já decidido em concordância com o relator) e, ainda, a responsabilidade tributária atribuída aos sócios administrados com esboço nos preceitos do art. 135, III, do CTN.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca