



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

Processo nº 10183.003840/2008-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.118 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria Auto de Infração de IRPJ e reflexos
Recorrente FAZENDA AGROPECUÁRIA XAVANTINA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Não se apresentando as causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade.

SIGILO DAS OPERAÇÕES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001, LEI ORDINÁRIA Nº 10.174/01 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES (DECRETOS Nº 3.724, DE 2001, E Nº 4.489, DE 2009). CONSTITUCIONALIDADES DECLARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADI 2.859, 2.390, 2.386 e 2.397 e do Recurso Extraordinário 601.314, que questionavam dispositivos da Lei Complementar 105/2001, da Lei nº 10.174/01 e dos Decretos nº 3.724, de 2001, e nº 4.489, de 2009, que permitem à Receita Federal do Brasil receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelas instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, concluiu pela constitucionalidade das normas.

2. A Lei Complementar nº 105/2001 e os Decretos nº 3.724, de 2001, e nº 4.489, de 2009, consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista.

3. Na sistemática da repercussão geral, decidiu o STF (Tema 225): “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” e “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”.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

PLURALIDADE DE SUJEITOS PASSIVOS. LANÇAMENTO. INCLUSÃO DE TODOS OS RESPONSÁVEIS. VALIDADE.

Uma vez apurada pela Fiscalização a existência de pluralidade de sujeitos passivos, o lançamento deve ser dirigido contra todos eles, os quais deverão figurar no pólo passivo, assegurando a cada um o direito de defesa.

DEPOIMENTOS. VALORAÇÃO DA PROVA. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

A consideração de depoimentos e documentos se insere na atividade de valoração da prova, a cargo do órgão julgador, não podendo ser tomada como cerceamento de defesa, desde que o convencimento seja motivado.

IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

Quando os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), Eva Maria Los, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente convocado), Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, José Carlos de Assis Guimarães e Luis Fabiano Alves Penteado. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

FAZENDA AGROPECUÁRIA XAVANTINA LTDA. recorre a este Conselho com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 04-24.226, de 15/04/2011, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande (MS), que julgou improcedente a impugnação apresentada.

O CARF, por intermédio da extinta 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento converteu o julgamento em diligência, por meio da Resolução nº 1202-000.259, de 24 de março de 2015.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto o relatório da Resolução ao norte mencionada, completando-o ao final:

"Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda., pessoa jurídica acima qualificada, teve contra si lavrado o auto de infração (AI e demonstrativos às f. 03 a 23) em decorrência de omissão de receitas decorrente de receitas não contabilizadas e depósitos bancários não contabilizados cuja origem não foi comprovada.

O lançamento resultou em R\$ 1.522.979,56 de imposto, R\$ 1.142.234,62 de multa proporcional de ofício (75%) e R\$ 455.460,46 de juros de mora calculados até 31 de julho de 2008.

Foram também lavrados os autos de infração reflexos (Pis/Pasep, Cofins e CSLL - f. 24 a 67).

O total do crédito tributário lançado e objeto deste processo é de R\$ 5.535.962,21, incluídos os juros moratórios e as multas (f. 02). Os valores individuais estão discriminados em cada auto de infração.

O Mandado de Procedimento Fiscal e o Termo de Início de Fiscalização foram enviados, por via postal, tanto ao endereço do senhor Wanderlei Farias Santos (cópia do AR à f. 70), quanto ao dos sócios constantes no contrato social (cópia do AR à f. 72), como também ao da pessoa jurídica na zona rural do município de Campinópolis-MT (cópia de AR à f. 71). A única correspondência efetivamente recebida foi a enviada ao senhor Wanderlei Farias Santos.

A enviada aos sócios retomou com a indicação "desconhecido" (f. 72) e aquela remetida à pessoa jurídica com a expressão "não procurado".

Em face desses fatos, foi publicado o edital para ciência quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal e ao Termo de Início de Fiscalização, afixado em 6 de março de 2008 em local próprio da ARF/Barra do Garças/MT (f. 73).

Foram emitidas as RMFs (f. 74 a .85), tendo os documentos correspondentes sido juntados às f. 86 a 116.

Houve, ainda, intimação para empresas adquirentes de produtos da contribuinte (f. 117 a 122) que foram respondidas conforme documentos acostados às f. 123 a 127.

Foi emitido, também, Termo de Intimação Fiscal para que o contribuinte justificasse os créditos financeiros, conforme planilhas a ele anexadas, enviado ao endereço do senhor Wanderlei Farias Santos (AR à f. 131).

Não tendo havido resposta ao termo referido no parágrafo anterior, foram lavrados os autos de infração, enviados por via postal ao endereço do senhor Wanderlei Farias Santos e recebidos em 29 de agosto de 2008 (AR à f. 152).

Em 26 de setembro de 2008 foi protocolado o documento de f. 162 a 171 (anexos às f. 172 a 248), no qual o senhor Wanderlei Farias Santos, por meio de procurador, aduz, em apertada síntese, que:

- a) retirou-se da sociedade em meados de 2003;*
- b) houve ofensa ao sigilo fiscal pelo fato de os autos de infração terem sido enviados ao seu endereço;*
- c) o endereço da pessoa jurídica era conhecido do autuante, não sendo justificável o envio das peças ao seu endereço;*
- d) os negócios com os frigoríficos intimados a prestar informações foram efetuados em nome próprio e não em nome da autuada;*
- e) mesmo tendo se retirado da sociedade não ficou impedido de realizar negócios com a empresa, o que justifica transferências de numerário das contas da autuada para outras de sua titularidade;*
- Í) não pode exercer o direito de defesa sem ter acesso aos dados contábeis da empresa autuada;*
- g) os autos devem baixar em diligência, para intimação do representante legal da pessoa jurídica autuada, cancelando-se a intimação a ele feita;*
- h) a ação fiscal é nula pela falta de intimação à pessoa jurídica em face de seu representante legal;*
- i) não tendo havido a regular intimação, não pode ocorrer a presunção de que depósitos bancários cuja origem não foi comprovada caracterizam-se como omissão de receitas.*

Ao final, é requerida a declaração da ilegitimidade passiva ad causam do senhor Wanderlei Farias Santos e o acolhimento da preliminar de nulidade da ação fiscal. Se superadas as preliminares, sejam os autos de infração declarados improcedentes.

Em 8 de julho de 2009 os autos de infração foram enviados por via postal ao endereço da pessoa jurídica, na zona rural de Campinápolis/MT, tendo sido recebidos em 10 de julho desse mesmo ano (AR a f. 255). Desse ato, bem como de todos os procedimentos de fiscalização e, bem assim, das diligências efetuadas, foi dada ciência ao senhor Wanderlei Farias Santos, conforme Termo de Informação Fiscal (f. 256 a 259), cujo recebimento ocorreu em 24 de agosto de 2009 (AR à f. 260). Não houve nenhuma manifestação a respeito desses documentos por parte das pessoas científicas.

Foi então lavrado o Termo de Revelia (f. 271) e os autos foram enviados à PFN-MT para inscrição dos débitos em Dívida Ativa da União (f. 285 a 297).

Os autos foram remetidos ao Secat da DRF/Cuiabá, devolvidos à PFN-MT para que fosse extinta a inscrição, enviados novamente ao Secat e, em seguida, remetidos a esta DRJ/CGE tendo em vista o documento juntado às f. 162 a 171.

O recorrente, sr. Wanderley Farias Santos, ingressou com impugnação, tendo sido mantida a exigência, conforme decisão da DRJ de origem.

Em sede de recurso, novamente o recorrente pleiteia a nulidade do auto, nos seguintes termos:

“PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO FISCAL

A ação fiscal está maculada pela nulidade absoluta, uma vez que o representante legal da Empresa autuada é conhecido (JOSÉ VIEIRA DA SILVA), possui endereço de conhecimento da autoridade lançadora e, mesmo assim, não foi intimado pela fiscalização para esclarecer os eventuais depósitos e, por fim, para, em querendo, impugnar o presente lançamento.

Se não bastasse a falta de intimação do atual representante legal da autuada, houve diligências sem obedecer às formalidades legais que concluiu, equivocadamente, ser o Recorrente sócio oculto da empresa autuada.

(...)

Acontece que a autoridade não diz como obteve tais informações se houve notificação para que essas pessoas prestassem esclarecimentos, “fabricando” provas ao arrepio da legislação tributária.

As pessoas mencionadas NEGAM ter prestado tais declarações e se propuseram inclusive declarar formalmente não terem prestados tais informações, conforme documentos em anexo.

É justamente com base nestas informações que a autoridade conclui ter o recorrente utilizado interposta pessoa, isso é absurdo, ilegal e não pode prosperar.

Nesse diapasão, é importante frisar que as informações prestadas no âmbito do MPF não passam de meras declarações, sem qualquer formalidade ou compromisso em dizer a verdade e sequer, os declarantes assinam o documento de modo a confirmar as afirmações realizadas, evidenciando um disparate quanto a sua utilização para justificar o auto e a responsabilidade do recorrente.

Caso esse procedimento tenha sido realizado de forma oficial não foi disponibilizado para apreciação e melhor elucidação de forma clara e justa dos fatos para elaboração do presente recurso, o que configura cerceamento ao direito de defesa.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

O V Recorrente, tomando ciência da lavratura do AI, se insurgiu contra o relatório ali exposto e, sobretudo, contra o crédito ali consignado, NAO na condição de representante legal da empresa contribuinte mas o faz nos restritos termos do que dispõe o art. 9 da Lei n.º 9.784/99 e nos moldes do procedimento do Decreto 70235/72.

Em meados de 2003, o Recorrente se retirou da sociedade empresaria autuada, conforme se depreende da alteração contratual às fls. 177/179.

É sabido por todos que: ao cidadão/contribuinte e dado fazer TUDO aquilo que não exista proibição por lei, ao tempo em que ao administrador SOMENTE é possível fazer o autorizado por lei.

No caso presente, estamos diante de ação de autoridade administrativa excedendo o que permite a legislação. Afinal, SEM QUALQUER PREVISÃO LEGAL, a autoridade administrativa conclui que o Recorrente, exsócio da sociedade autuada e sócio. É paradoxal, existe documento público que prova exatamente o contrário da ilação patrocinada pela autoridade administrativa lançadora.

Ademais, não foi constituído nenhum crédito tributário no período em que o Recorrente foi sócio da Empresa autuada, ou seja, em meados de 2003.

A autoridade administrativa ao enviar o auto de infração da pessoa jurídica para o endereço de ex-sócio, no mínimo, ofende o sagrado direito do sigilo fiscal.

Doutos Julgadores, o referido acórdão em seu bojo reconhece que o Recorrente NAO compoe o quadro de sócios, quando afirma em seu relatório que “na sétima alteração contratual da pessoa jurídica (f.177 e 178), datada de 30 de outubro de 2003 consta a cessão das cotas sociais da pessoa jurídica autuada do senhor Wanderlei Farias Santos para o senhor José Vieira da Silva, passando este a gerir o empreendimento”; ao tempo em que tenta justificar que o “senhor José Vieira da Silva não tinha condições financeiras de adquirir a empresa Fazenda Agropecuaria Xavantina LTDA, nem tão pouco administrála”, pasmem, em razão de algumas declarações, sem qualquer prova documental das afirmações realizadas, um disparate.

Ora Excelências se houve a intimação ficta por meio de edital nada justifica o envio do AI ao Recorrente. Ademais, o endereço da empresa autuada é de conhecimento da autoridade autuante, sendo um dos sócios é vivo, capaz, sendo o representante legal da sociedade empresarial.

Deve-se notar que, emitido Termo de Requisição de Movimentação Financeira junto às instituições financeiras e requisição dos dados cadastrais e eventuais procurações para terceiros, sendo que não havia procuradores, e que em uma das instituições o cadastro estava desatualizado, uma vez que ainda

constava o contrato social antigo, o que comprova que eram os próprios administradores que geriam a sociedade autuada.

Quando da intimação de frigoríficos, um deles afirma que as transações foram realizadas pelo antigo sócio, ora Recorrente. A bem da verdade são realizadas pelo Recorrente, NAO EM NOME DA AUTUADA, MAS EM NOME PRÓPRIO,

(...)

Após ilegal e injustificada “requisição” de movimentação financeira, a Autoridade Administrativa elaborou planilhas discriminando TODA movimentação bancária, ou seja, os depósitos efetuados, as transferências de valores, entre outros, sendo devassado seu sigilo fiscal, o que fere de morte o princípio constitucional a ele protegido.

Com efeito, de posse destas informações dos valores de movimentação financeira, o Sr. Wanderley Farias Santos foi considerado como sócio da Empresa Contribuinte (fls. 007), por fim dando origem ao Auto de Infração em combate .

Ocorre, ilustres Julgadores, o procedimento utilizado NÃO está amparado pela legislação pátria, de modo que não é a via mais acertada para obter os esclarecimentos pretendidos pela Autoridade Administrativa, não obstante, há necessidade do provimento jurisdicional para a quebra de sigilo, em obediência aos princípios consagrados na Carta Maior, a dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, além do princípio da legalidade, os quais modulam um Estado Democrático de Direito, remetendo a necessária harmonia ao texto constitucional.

(...)”

Aquele Colegiado, ou seja, a então 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, entendeu que as alegações de nulidade trazidas aos autos pelo recorrente, suposto sócio do sujeito passivo, estão intrinsecamente ligadas aos processo administrativo fiscal nº 14098.000174/2009-91, devendo o mesmo ser juntado aos autos "para a perfeita compreensão dos fatos e um julgamento com conhecimento de causa."

Cumprida a diligência requerida, com a juntada por apensação do processo nº 14098.000174/2009-91 a este processo, os autos retornaram a este Colegiado para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Preliminarmente, o recorrente Wanderlei Farias Santos, único a apresentar recurso, requer a sua ilegitimidade passiva *ad causam* pelas razões a seguir mencionadas:

- em meados de 2003, o recorrente se retirou da sociedade empresária autuada, conforme se depreende da alteração contratual às fls. 177/179;

- no caso presente, estamos diante de ação de autoridade administrativa excedendo o que permite a legislação. Afinal, sem qualquer previsão legal, a autoridade administrativa conclui que o Recorrente, ex-sócio da sociedade autuada é sócio. É paradoxal, existe documento público que prova exatamente o contrário da ilação patrocinada pela autoridade administrativa lançadora;

- ademais, não foi constituído nenhum crédito tributário no período em que o Recorrente foi sócio da Empresa autuada, ou seja, em meados de 2003;

- o acórdão recorrido em seu bojo reconhece que o Recorrente não compõe o quadro de sócios, quando afirma em seu relatório que “na sétima alteração contratual da pessoa jurídica (f. 177 e 178), datada de 30 de outubro de 2003 consta a cessão das cotas sociais da pessoa jurídica autuada do senhor Wanderlei Farias Santos para o senhor José Vieira da Silva, passando este a gerir o empreendimento”; ao tempo em que tenta justificar que o “senhor José Vieira da Silva não tinha condições financeiras de adquirir a empresa Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda, nem tão pouco administrá-la”, em razão de algumas declarações, sem qualquer prova documental;

- deve-se notar que, emitido Termo de Requisição de Movimentação Financeira junto às instituições financeiras e requisição dos dados cadastrais e eventuais procurações para terceiros, sendo que não havia procuradores, e que em uma das instituições o cadastro estava desatualizado, uma vez que ainda constava o contrato social antigo, o que comprova que eram os próprios administradores que geriam a sociedade autuada;

- quando da intimação de frigoríficos, um deles afirma que as transações foram realizadas pelo antigo sócio, ora Recorrente. A bem da verdade são realizadas pelo Recorrente, não em nome da autuada, mas em nome próprio;

- a autoridade autuante, quando identifica transferência da Empresa autuada para conta de titularidade do Recorrente, deve lembrar que com a sua saída da sociedade, o Recorrente não ficou proibido de realizar negócios com aquela Empresa. Ademais, sua falecida Genitora compunha o quadro de sócios da Empresa em referência;

- não se pode imaginar, nem por hipótese, que o Recorrente, sem ter acesso aos dados contábeis da Empresa autuada, possa exercer, em plenitude, o devido processo legal e a ampla defesa, constitucionalmente assegurado aos litigantes, inclusive na seara administrativa;

- cabe ressaltar que os débitos consignados no Auto de Infração não são contemporâneos à presença do Recorrente na condição de sócio da empresa autuada.

Nesse contexto, cumpre registrar que o processo administrativo fiscal nº 14098.000174/2009-91, juntado a este por apensação, trata de representação fiscal para alteração de ofício do cadastro CNPJ da empresa Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda, no

que se refere ao seu quadro societário. A seguir extraio excertos da representação de e-fls. 58 do processo apenso:

Em procedimento de fiscalização na contribuinte, o AFRFB Manoel Santos constatou, conforme relatório constante nas folhas 1 a 3, que o sócio de fato, e responsável pelos negócios da empresa, continuava sendo o sócio WANDERLEI FARIAS DOS SANTOS – CPF 209.592.736-20, excluído, em nossos sistemas, do quadro societário em 18/11/2003 (folha 53).

A situação de sócio de fato apontado no relatório mencionado é corroborada pelo AFRFB Reinaldo Cardoso, ao demonstrar em seu Termo de Encerramento de Diligência, datado de 10/12/2008, (folha 48) no qual ficou demonstrado que os supostos sócios atuais, senhores José Vieira da Silva – CPF 146.944.501-82 e Delice Farias dos Santos – CPF 568.535.801-68 não reuniam condições econômicas e técnicas para gerirem a sociedade.

Considerando as constatações dos AFRFBs Manoel Santos e Reinaldo Cardoso, encaminho o presente processo ao SECAT/DRF-Cuiabá para que proceda a alteração cadastral de ofício do CNPJ 33.031.055/0001-18 de forma a fazer constar como **sócio e responsável** pela sociedade o senhor WANDERLEI FARIAS DOS SANTOS – CPF 209.592.736-20. De forma a desconsiderar as alterações contratuais constantes nas cláusulas 1 a 3 da sétima alteração contratual (folhas 54 e 55) no cadastro CNPJ.

A representação ao norte mencionada foi cumprida pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da DRF/CUIABÁ/MT, conforme despacho de e-fls. 71 do processo apenso. Além disso, foi providenciada, por solicitação do chefe da SEFIS/DRF/CUIABÁ/MT (doc. de e-fls. 72 do processo apenso) nova ciência dos Autos de Infração e Termo de Informação Fiscal ao contribuinte pessoa jurídica e ao sócio Sr. Wanderlei, conforme AR de e-fls. 73 e 78 do processo apenso.

Após, os autos do processo nº 14098.000174/2009-91 foram encaminhados ao arquivo pelo prazo de 5 anos e desarquivados em 05 de novembro de 2009 por solicitação do CARF e juntados a este por apensação.

Entendo que descabe a análise aqui neste processo da alteração cadastral de ofício realizada pela DRF/CUIABÁ/MT incluindo o Sr. Wanderlei Farias dos Santos como sócio e responsável pela sociedade empresarial.

Tal pedido deveria ser efetuado nos autos do processo de inclusão do recorrente no CNPJ da empresa autuada, de número 14098.000174/2009-91, apenso a este processo, eis que foi ali que proferiram a decisão de inclusão da pessoa física.

Ademais, esta matéria não se submete às regras do processo administrativo fiscal e os julgadores tributários não têm competência para se manifestar sobre tal.

Dessa forma, deixo de analisar tal pedido.

A nulidade do lançamento é alegada pelo recorrente, uma vez que o representante legal da empresa autuada é conhecido (JOSÉ VIEIRA DA SILVA), possui endereço de conhecimento da autoridade lançadora e, mesmo assim, não foi intimado pela fiscalização para esclarecer os eventuais depósitos e, por fim, para em querendo, impugnar o presente lançamento.

A argumentação de que o representante legal da empresa autuada não teria sido intimado, é no sentido de que, se a tese da fiscalização é que havia sócio "de fato" e o oficial era "de fachada", então cabia intimar somente o primeiro.

Tal fato, não entanto, não se insere nas previsões da legislação de se considerar nulo o lançamento.

Estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, in verbis:

“Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

(...)

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

Como se vê, de acordo com o art. 59, I, supra, só se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração que se insere na categoria de ato ou termo, quando esse auto for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, transcrito, somente pode ser declarada quando o cerceamento está relacionado aos despachos e às decisões, ou seja, somente pode ocorrer em uma fase posterior à lavratura do auto de infração. No presente caso, a contribuinte e o sócio de fato apontado pela fiscalização foram intimados do auto de infração, não havendo a preterição do direito de defesa.

Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972. Caso não influam na solução do litígio, também prescindirão de saneamento.

Dessa feita, não deve ser acolhida a preliminar de nulidade, em razão de não haver ofensa aos dispositivos legais mencionados.

Requer também a recorrente, em matéria preliminar, a nulidade do procedimento fiscal tendo em vista a quebra de seu sigilo bancário na esfera administrativa, sem autorização judicial, em desacordo com as normas constitucionais e decisões colacionadas do STF e artigo 62-A do RICARF.

Não há qualquer ilegalidade, nulidade ou irregularidade na requisição e obtenção de documentos bancários pela Receita Federal do Brasil junto às instituições financeiras, pois, para tanto há suporte jurídico na Lei Complementar 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto 3.724, de 2001, e na Lei 10.174, de 2001.

Em 24/02/2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento das ADI 2859, 2390, 2386 e 2397 e do Recurso Extraordinário 601.314, que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001 que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, concluindo pela constitucionalidade das normas.

No julgamento do Recurso Extraordinário 601.314, submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu o STF (Tema 225): “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” e “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”.

Assim, ao contrário do que afirma o recorrente, foi aplicado o que dispõe o artigo 62 do REGIMENTO INTERNO DO CARF.

A fiscalização enxergou o recorrente como sócio de fato da contribuinte. O esquema foi assim relatado na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos autos de infração, *verbis*:

A partir dos extratos bancários (087 a 111), foram elaboradas planilhas discriminando, toda a movimentação bancária, ou seja, os depósitos efetuados, as transferências de valores, etc. por data da movimentação e o mês da ocorrência, conforme documentos as folhas de nº.132 a 133.

Também foram intimados os frigoríficos JBS e Margem para prestar informação se houve transação comercial com a contribuinte e com quem efetuou a transação (responsável), conforme documentação constante as folhas de nº.117 a 122.

Em resposta, o frigorífico Margem informou que não houve transação (fl. nº.123).

O frigorífico JBS apresentou relação da transação efetuada e informou também que a transação foi efetuada com o antigo sócio da contribuinte, ou seja, WANDERLEI FARIAS SANTOS, conforme documentos as folhas de nº.124 a 127.

Os valores informados pela JBS foi confirmado junto aos extratos bancários, conforme consta na planilha a folha de nº.132/133 com a indicação de "FRIBOI" esses valores foram lançados como receita da atividade não contabilizada e os demais valores, foram lançados como depósitos bancários não contabilizados.

As planilhas da movimentação financeira foram encaminhadas para o antigo sócio sr.WANDERLEI FARIAS SANTOS para comprovar origem dos recursos conforme Termo de Intimação Fiscal as folhas de nº.128 a 131, em decorrência dos fatos acima narrados.

Tendo em vista que a contribuinte não se manifestou acerca das respectivas planilhas de movimentação financeira, os tributos e contribuições foram constituídos sob a forma de lucro real através deste auto de infração.

ENCAMINHAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO AO SR WANDERLEI FARIAS SANTOS PARA CIÊNCIA

Quando da requisição da movimentação financeira, foi solicitada que as instituições financeiras enviassem também dados da ficha cadastral e também instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros, conforme documentos a folha de nº.084.

Em resposta, a SICOOB ARAGUAIA encaminhou cópia do Contrato Social da contribuinte, onde consta ainda o sr. WALDERLEI FARIAS SANTOS como sócio responsável pela gestão da `contribuinte, conforme documentos a folha de nº.112 a 116.

O frigorífico JBS S/A também foi intimado a informar as transações realizadas com a contribuinte e também quem mediou as transações(fl. nº.117 e 118).

Em respostas a JBS S/A informa que as negociações foram efetuadas com o Sr. Wanderlei Faria Santos (fl.nº.124).

Os extratos bancários constante as folhas de nº 144 e 145 identifica transferência de valores para conta de outro titular, e, esses extratos da conta bancária da Agropecuária Xavantina.

Os extratos bancários constante as folhas de nº 146 e 147 referem-se a conta bancária pertencente ao sr. Wanderlei Farias Santos que recebeu os valores transferidos da conta da Agropecuária Xavantina.

Pelos fatos acima, o sr. Wanderlei Farias Santos foi considerado como sócio da contribuinte em consequência disso, o auto de infração foi enviado em seu endereço pelo fato da contribuinte se localizar em zona rural e ciente do lançamento efetuado em nome da contribuinte. (Grifamos).

A decisão de primeira instância assim decidiu sobre a questão:

"No âmbito da Delegacia da Receita Federal em Cuiabá a questão já foi resolvida no bojo do processo n. 14098.000174/2009-91, formalizado especificamente para a inclusão, de ofício, do senhor Wanderlei no quadro societário da contribuinte autuada, conforme se vê no despacho de f. 369.

Entretanto, tendo-se em vista a imposição tributária por meio do processo em tela. o senhor Wanderlei pode contra ela se insurgir, inclusive alegando a ilegitimidade desua posição como representante da contribuinte autuada, como de fato fez.

Ocorre que muitos negócios jurídicos são celebrados ou mesmo implementados de maneira encoberta, com o intuito de ocultar da Administração Tributária a forma e principalmente os efeitos desses negócios. Isso é o que se verifica no caso de negócios jurídicos simulados ou com a utilização de interpostas pessoas.

Em face disso, o responsável pelos serviços de fiscalização procurou de maneira exaustiva comprovar o ocorrido pela investigação dos fatos, carreando aos autos documentação da qual se pode extrair a relação entre o senhor Wanderlei com as pessoas que, segundo o contrato social, fariam parte do

quadro societário da pessoa jurídica autuada, e com ela própria: Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda.

Como pode ser visto no documento de, f. 128 a 147, foi emitido Termo de Intimação Fiscal contendo planilhas anexas, para que fossem justificados os depósitos bancários. Tal termo foi enviado ao endereço do senhor Wanderlei e recebido em 21 de julho de 2008 (AR à f. 131).

No termo referido no parágrafo anterior consta o seguinte (f. 128 e 129):

"Inspecionando os extratos bancários, ficou evidenciado que houve muitas transferências da conta corrente da contribuinte para conta corrente do Sr. Wanderlei Farias Santos cujo histórico é "Déb. Transf Contas Out. Titular (RET)".

Identificou também no extrato da contribuinte, pagamento referente aquisição de animais pela Friboi (JBS) que, de acordo com informação prestado por este em decorrência de Termo de Intimação Fiscal, toda transação da operação foi efetuada com o sr. Wanderlei Farias Santos.

De acordo com a informação acima, é que este Termo de Informação Fiscal para comprovar origem dos avisos de créditos, depósitos, etc. constante nas Planilhas anexas, estão sendo enviado ao Sr. Wanderlei Farias Santos, conforme abaixo."

A informação prestada pelo Friboi (JBS) a que se referiu o autuante encontra-se no documento de f. 124, firmado pelo representante da empresa JBS S.A., senhor Valdir Aparecido Boni (procuração à f. 125), nos seguintes termos:

Em atendimento ao TERMO DE INTIMAÇÃO em referencia, apresentamos em arquivo magnético/Excel. as Notas Fiscais de Entradas emitidas em nome da FAZENDA AGROPECUARIA XA VANTINA LTDA, CNPJ nº 33.031.055/0001-18, AGROPECUARIA FARIAS SANTOS LTDA, CNPJ nº 05.081.209/0001-40 e WANDERLEI FARIAS SANTOS, CPF nº 209.592.736-20, referente as compras de gado na ano-calendário de 2003 a 2006.

Outrossim, informamos, que o Sr. Wanderlei Farias Santos. representou referidas empresas nas negociações.

No Termo de Informação Fiscal (f. 256 a 259), recebido pelo senhor Wanderlei em 24 de agosto de 2009 (AR à f. 260), consta resultado de diligências conforme abaixo:

a) ANDRÉIA SANTOS DE ALMEIDA SOARES, CPF 071.715.868-39, neta de uma das sócias da Agropecuária)t:avantina Ltda a Senhora Delice Farias dos Santos já falecida, de que o sr. JOSE VIEIRA DA SILVA também falecido, era:

a. Considerado uma pessoa da família;

b. Um irmão de criação; e

c. Desconhecia ter renda e ter adquirido a propriedade Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda.

b) MARIA APARECIDA DE ALMEIDA CUNHA, CPF 11º 765.183.101-20

a. Que conheceu o sr. José Viejr'a. da Silva morando na residência da Srª Delice Farias dos Santos (falecida a mais de 2 anos), sogra do seu irmão Juarez Sebastião de Almeida;

b. Que era efetivamente uma pessoa da casa;

c. Que prestava pequenos favores a Delice Farias dos Santos, como acompanhá-lo à missa e outras atividades cotidianas;

d. Não parecia ser uma pessoa com condições aparentes de ser proprietário de nenhuma fazenda a não ser que tivesse recebido alguma herança.

Na sétima alteração contratual da pessoa jurídica autuada (f. 177 e 178), datada de 30 de outubro de 2003, consta a cessão das cotas sociais da pessoa jurídica autuada do senhor Wanderlei Farias Santos para o senhor José Vieira da Silva, passando este a gerir o empreendimento.

Conforme visto pelas declarações acima transcritas, o senhor José Vieira da Silva não tinha condições financeiras de adquirir a empresa Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda., nem tampouco administrá-la.

Demais disso, o representante do frigorífico Friboi (JBS S.A.) afirmou que as negociações com a empresa interessada neste processo eram conduzidas pelo senhor Wanderlei Farias Santos.

Por outro lado, houve várias transferências de recursos financeiros da conta bancária da empresa autuada para uma conta controlada pelo senhor Wanderlei Farias Santos.

Isoladamente, esses fatos não são conclusivos quanto à participação do senhor Wanderlei no quadro societário ou na administração da sociedade. Contudo, em conjunto, denotam que o senhor Wanderlei era de fato o proprietário e administrador da empresa em tela, como concluído no processo n. 14098.000174/2009-91 supracitado.

Portanto, correta a inclusão do senhor Wanderlei Farias Santos no quadro societário da pessoa jurídica, inclusive como seu administrador, estando claro que possuía totais condições de se defender da imputação a ele efetuada, até mesmo com acesso aos dados contábeis."

E os argumentos listados pela fiscalização para considerar o Sr. Wanderlei Farias dos Santos como sócio oculto da fiscalizada foram assim justificados pelo recorrente em seu recurso voluntário:

1) O Recorrente representou a empresa autuada junto à instituição financeira SICOOB ARAGUAIA;

A conclusão exposta pela autoridade fiscal não retrata a resposta prestada pela instituição financeira. O que responde a instituição é que em seu cadastro ainda existia contrato social que constava o nome do recorrente. Jamais afirmou que o recorrente geria os recursos da empresa autuada.

2) Que a empresa JBS S/A informou que o Recorrente representou a autuada;

Novamente falta com a verdade a autoridade fiscal. A empresa JBS S/A em sua correspondência de Fls. 124 do processo 10183.003840/2008-42, encaminha notas fiscais de entrada emitidas em nome da empresa autuada, da empresa AGROPECUÁRIA FARIAS SANTOS, CNPJ 05.081.209/0001-40 e de WANDERLEI FARIAS SANTOS, CPF 209.592.736-20 e que o Recorrente representou as empresas nas negociações.

O Recorrente nunca negou que quando era sócio da Empresa autuada a representou nas negociações.

Contudo, como se pode observar em todo o período representou a empresa AGROPECUÁRIA FARIAS SANTOS, CNPJ 05.081.209/0001-40 e mesmo em nome próprio como produtor rural pessoa física.

Tanto é verdade que autoridade não traz aos autos as notas apresentas pela empresa JBS. A autoridade optou pela conclusão mentirosa ao ter o trabalho de analisar as notas e verificar a sua emissão e em qual banco foram realizados os pagamentos.

3) Que inspecionando os extratos bancários fornecidos por meio de requisição, verificou a existência de várias transferências de recursos com destino a conta corrente do recorrente;

O Recorrente nunca negou que realizou negócios com empresa autuada. Mesmo porque sua genitora fazia parte do quadro social daquela empresa, o que não permite concluir que a transferência de valores de titularidade da autuada para a conta do recorrente faça com que ele passe a ter qualquer responsabilidade com os eventuais débitos daquela empresa, como quer fazer crer a autoridade autuante.

Não satisfeito com as conclusões equivocadamente perpetradas, a autoridade fiscal (REINALDO CARDOSO DO ESPÍRITO SANTO) no cumprimento da diligência nº 0010, fls. 048 e seguintes do processo nº 14098.000174/2009-91, com o objetivo de verificar a ocorrência interposta pessoa no quadro societária da empresa autuada, traz as seguintes informações:

1) Que ouviu a Senhora Andréia Santos Almeida, concluiu:

** O Sr. José Vieira da Silva morava na residência à Rua Bororos 1007 que pertencia a sua avó e era considerado uma pessoa de família, um irmão de criação;*

** Diz não ter nenhuma informação de sua renda;*

** Não sabia da aquisição por parte do mesmo, de nenhuma propriedade com o nome da Fazenda e Agropecuária Xavantina;*

** Diz que, embora constasse como herdeira do imóvel segundo os vizinhos, somente detém os Rendimentos de Aluguel, que são depositados em sua conta corrente;*

** Informou que o Sr. José Vieira da Silva FALECEU HÁ MAIS DE 01 (UM) ano.*

2) Que ouviu a Senhora Maria Aparecida de Almeida Cunha, CPF 7651B3101~20, concluindo:

** Diz ter conhecido a pessoa de José Vieira da Silva quando o mesmo morava na residência da Sr. Delice Farias dos Santos, sogra do seu irmão Juarez, pois o Hospital do seu falecido esposo era vizinho a esta residência;*

** Diz ter sido efetivamente uma pessoa da casa;*

** Que prestava pequenos favores a Dona Delice, tais como acompanhá-la à missa e outras atividades cotidianas;*

** Não parecia pessoa com condições aparentes de ser proprietário de nenhuma fazenda a não ser que tivesse recebido alguma herança;*

Acontece que a autoridade não diz como obteve tais informações se houve notificação para que essas pessoas prestassem esclarecimentos, “fabricando” provas ao arrepio da legislação tributária.

As pessoas mencionadas NEGAM ter prestado tais declarações e se prepuseram inclusive declarar formalmente não terem prestados tais informações, conforme documentos em anexo.

É justamente com base nestas informações que a autoridade conclui ter o recorrente utilizado interposta pessoa, isso é absurdo, ilegal e não pode prosperar.

Nesse diapasão, é importante frisar que as informações prestadas no âmbito do MPF não passam de meras declarações, sem qualquer formalidade ou compromisso em dizer a verdade e sequer, os declarantes assinam o documento de modo a confirmar as afirmações realizadas, evidenciando um disparate quanto a sua utilização para justificar o auto e a responsabilidade do recorrente.

Caso esse procedimento tenha sido realizado de forma oficial não foi disponibilizado para apreciação e melhor elucidação de forma clara e justa dos fatos para elaboração do presente recurso, o que configura cerceamento ao direito de defesa

No caso concreto, as provas dos autos mostram com clareza cristalina que o Sr. Wanderlei Farias dos Santos era o sócio de fato da Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda, corroborando o entendimento expresso no voto condutor da decisão de piso. A situação do recorrente, embora não figurasse formalmente como titular, sócio ou administrador da empresa, era ele quem efetivamente a controlava.

O sócio administrador da Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda, constituído pela Sétima Alteração Contratual, datada de 30 de outubro de 2003 (e-fls. 505/506 do processo apenso), José Vieira da Silva, não tem, aparentemente, capacidade econômica para fazer frente aos débitos das empresas.

A situação do recorrente, entretanto, se distingue da situação do administrador qualificado pelo instrumento ao norte mencionado. Isso porque, embora não figurasse mais formalmente como titular, sócio ou administrador da empresa, era ele quem efetivamente a controlava.

A empresa JBS, ao contrário do que afirma a recorrente e conforme documento de e-fls. 478 do processo apenso, confirmou que o Sr. Wanderlei Farias Santos representou a Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda nas negociações referentes às compras de gado nos anos-calendário de 2003 a 2006, objetos de autuação. As notas fiscais de entrada desse período, apresentadas pela JBS à fiscalização não comprovariam essa representação, sendo prescindíveis a sua juntada aos autos.

Os extratos bancários de e-fls. 147/150, referentes ao ano-calendário de 2016, apontam diversas transferências de recursos da Fazenda Agropecuária Xavantina Ltda para a conta-corrente do Sr. Wanderlei Farias Santos, comprovando de maneira inequívoca, que era ele realmente quem administrava a Fazenda.

Dentro desse contexto, os depoimentos de Andréia Santos de Almeida Soares (neta da sócia já falecida da Agropecuária Xavantina Ltda, Delice Farias dos Santos) e Maria Aparecida de Almeida Cunha (conhecida do Sr. José Vieira) à fiscalização, conforme "Termo de Encerramento de Diligência" nº 10, de e-fls. 499 do processo apenso, somados aos demais elementos de prova, vêm compor o conjunto probatório que aponta na mesma direção. Importa ressaltar que os depoimentos de Andréia e Maria Aparecida, isoladamente considerados, teriam pouco valor como prova, mas se tornam relevantes quando corroboram as outras provas carreadas aos autos. Ademais, não há provas nos autos que corroboram a afirmação do recorrente de que *"as pessoas mencionadas NEGAM ter prestado tais declarações e se prepuseram inclusive declarar formalmente não terem prestados tais informações, conforme documentos em anexo"*.

Assim, considero correta a inclusão do Sr Wanderlei Farias Santos no pólo passivo da obrigação tributária.

Quanto aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, importa ressaltar que, por recaírem sobre a mesma base fática do IRPJ, a decisão adotada para qualquer um deles há de ser a mesma para os demais, o que só não ocorreria se houvesse algum aspecto específico, inerente à legislação de um desses tributos, que exigisse solução diferente.

Isso posto, **VOTO** no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - Relator

