



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

Processo n° 10240.001860/2009-38
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.387 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - MULTA QUALIFICADA E AGRAVADA
Recorrente A C VAZ COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2005, 2006

MPF. PRORROGAÇÕES. CIÊNCIA POSTERIOR À DATA DE VALIDADE. DECURSO DE PRAZO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento de controle administrativo, não gerando qualquer espécie de nulidade eventuais inobservâncias à Portaria que o rege. Ademais, a ciência de suas prorrogações se dá exclusivamente via internet, e não por meio da ciência de eventuais termos lavrados pela autoridade fiscal.

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

Ano-calendário: 2005, 2006

CONVÊNIOS. INFORMAÇÕES ESTADUAIS.

A Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE.

Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. MULTA NO PERCENTUAL DE 150%.

Justifica-se a aplicação da multa no percentual de 150% quando restar demonstrado que o contribuinte agiu de forma dolosa, com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES. AUSÊNCIA DE REINTIMAÇÃO E DE CONSEQUÊNCIAS DO NÃO ATENDIMENTO. CIÊNCIA POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

Para o agravamento de penalidade em razão da falta de atendimento às intimações é imprescindível não só a reintimação do contribuinte, mas também o esclarecimento sobre as consequências de seu não atendimento. De qualquer forma, para aplicação da exasperação da penalidade faz-se necessária a intimação pessoal do contribuinte. A ciência ficta, por edital, impossibilita o agravamento da penalidade por falta de atendimento às intimações.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO SÓCIO-GERENTE DE FATO.

Comprovado por indícios convergentes a ocorrência de interposição de pessoas, e identificando-se o real proprietário e/ou gerente de fato do contribuinte autuado, correta a inclusão do verdadeiro representante legal no polo passivo da obrigação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir o agravamento da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Relator

Processo nº 10240.001860/2009-38
Acórdão n.º **1402-001.387**

S1-C4T2
Fl. 443

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo de Andrade Couto, Paulo Roberto Cortez e Sandra Maria Dias Nunes. Ausente o Conselheiro Carlos Pelá.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de autos de infração que culminaram com a exigência do crédito tributário discriminado a seguir:

	TRIBUTO	JUROS DE MORA	MULTA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) - Simples	89.344,96	32.971,71	200.964,35	323.281,02
Programa de Integração Social (PIS) - Simples	65.421,75	24.152,26	147.153,70	236.727,71
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - Simples	92.401,16	34.318,03	207.840,80	334.559,99
Contribuição p/ Financ. da Segurid. Social (Cofins) - Simples	270.474,58	100.409,42	608.385,86	979.269,86
Contribuição para Seguridade Social - Simples	769.782,54	284.792,11	1.731.484,98	2.786.059,63
TOTAL	1.287.424,99	476.643,53	2.895.829,69	4.659.898,21

O contribuinte, optante pelo Simples, teria cometido as seguintes infrações:

a) Omissão de compras (novembro de 2005 a janeiro de 2006): com capital integralizado de R\$ 15.000,00 (novembro de 2005), a empresa não registrou compras de R\$ 46.136,30 em novembro/2005, de R\$ 211.922,49 em dezembro/2005 e de R\$ 575.594,00 em janeiro de 2006. De igual forma, não declarou qualquer valor de receitas no mesmo período (Declaração Simplificada da PJ foi transmitida com todos os seus campos “zerados”);

b) Omissão de receitas de vendas de mercadorias (fevereiro a dezembro de 2006): apurada com base nas Guias de Informação e Apuração do ICMS mensal apresentadas pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda Estadual. Enquanto nestas declarações se declarou receita bruta superior a R\$ 8.700.000,00, para a RFB o valor das vendas não chegou a R\$ 6.000,00 no mesmo período;

c) Em razão da omissão de receitas apurada, recalculou-se o valor de Simples devido em relação às receitas já declaradas à RFB.

A penalidade aplicada chegou a 225% dos tributos apurados, tendo a autoridade fiscal assim justificado sua exasperação:

As condutas descritas abaixo adotadas pelo sujeito passivo 'demonstram o ânimo de fraude e/ou sonegação, pois, de forma reiterada, omitiu e ocultou deliberadamente do conhecimento do Fisco os fatos geradores de tributos/contribuições, uma vez que restou comprovado que:

- A empresa inexistente de fato, tendo sido declarada inapta nos autos no processo 10240000484200964;

- Utilizou-se de interposta pessoa, Adir Cirino Vaz, para ocultar a pessoa do verdadeiro administrador conforme os fatos a seguir

relatados no item 8;

- Prestou informações falsas na Declaração Simplificada — AC 2005 - apresentada em 19.04.2006, ao declarar valores "zerados" para os itens compras, estoque inicial, estoque final, receitas e rendimentos, tendo, em verdade, efetuado compras e pagamentos aos fornecedores, no mesmo período;*
- Prestou informações falsas na Declaração Simplificada — AC 2006 — apresentada em 30.05.2007, ao deixar de declarar a totalidade das Receitas auferidas;*
- Não recolheu os impostos/contribuições incidentes sobre a receita declarada na Declaração Simplificada AC 2006;*
- Deixou de atender as intimações da Fiscalização.*

Tais condutas configuram, em tese, os crimes previstos nos incisos I e II, do art. 1º da Lei nº 8.137/90 c/c arts. 71 e 72 da Lei 4.502/64, o que será objeto de Representação Fiscal para Fins Penais em atendimento ao previsto no artigo 1º da Portaria RFB de 665, de 24 de abril de 2008, e impõem a aplicação da multa de ofício e agravamento do multa, totalizando 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) sobre as impostos/contribuições apuradas com base na Receita Omitida, [...]

Sobre o impostos/contribuições apurados com base na Receita Bruta declarada aplicou-se a multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) de acordo com o art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96.

Ao final, concluiu a autoridade fiscal que o único sócio de AC VAZ COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, seria, na realidade, interposta pessoa. O titular de fato da empresa seria José Geraldo Santos Pinheiro. Convém transcrever as conclusões do Fisco:

Além das receitas omitidas, as informações prestadas por terceiros, corroboradas com as constantes do banco de dados da RFB, revelaram: (1) a interposição de pessoa na empresa, com objetivo de ocultar o administrador, de fato, e, por conseguinte, fugir ao cumprimento das obrigações tributárias e dificultar o conhecimento e a exigência dos créditos tributários devidos, por parte do Fisco; (2) a realização de operações comerciais mediante a utilização de estrutura física de outras empresas e sob a gerência do administrador destas.

De acordo com informações da SEFIN/RO, nos autos do Processo Administrativo Fiscal Estadual n' 20082500600004, Adir Cirino Vaz figurava como responsável legal da empresa AC VAZ apenas para acobertar a pessoa do verdadeiro responsável e administrador, José Geraldo Santos Alves Pinheiro, CPF nº 288.120.002-82, também sócio-gerente da empresa RONDÔNIA MERCANTIL DISTRIBUIDORA IMPORTADORA E EXPORTADORA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA, CNPJ 06.243.390/0001-07.

O Fisco Estadual tomou conhecimento destes fatos a partir da busca e apreensão judicial de todos documentos, livros e equipamentos de informática e software existentes no estabelecimento da empresa RONDÔNIA MERCANTIL, ocasião em que foram apreendidos também vários documentos de constituição e abertura da AC VAZ, documentos pessoais e procurações e diversas Notas Fiscais de fornecedores para esta

empresa, conforme constam do "Auto de Apresentação de Apreensão" e "Laudo de Constatação Contábil nº 03221SMC12007" anexos, a saber:

(1)01-Um envelope com destinatário: Lenilda de Souza, End. Av. Presidente Dutra, 227, Centro — Guajará-Mirim/RO, com Notas Fiscais de diversos fornecedores para as empresas.. Á. C. Vaz "; (2) "Notas Fiscais de diversos fornecedores para as empresas.. A.C. Vaz... ";(3) "vários documentos de abertura e constituição de empresas utilizadas pelo Grupo Rondônia Distribuidora (.A. C Vaz...) juntamente com cópias de documentos pessoais e procurações ".

Relata o Fisco Estadual que "Conforme dados da ficha cadastral da empresa junto a Receita Estadual, em 0611012005, a mesma (AC VAZ) iniciou suas atividades na cidade de Itapoá D `Oeste, tendo como único proprietário, ADIR GIRINO VAZ, CPF 850128582-04. Em 2310412007, após constatação de que a mesma não exercia atividades no estabelecimento, houve o cancelamento da inscrição Estadual da empresa".

Prossegue relatando que: "Ainda, conforme Procuração Pública registrada no 1º Ofício de Notas e Registro Civil da Comarca de Ariquemes — Livro 271, folha 67 — o Sr. DELMIRO BARBOSA GUIMARÃES FILHO, CPF 290.969.795-95 e Cédula de Identidade MG-1 1.050.358-SSP/MG, assumiu, por procuração (anexa), a gerência, a administração e a movimentação financeira e bancária da empresa A C VÁZ COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, razão pelo qual, em conformidade com o CTN— Código Tributário Nacional (artigo 135 e incisos, artigo 136 e artigo 137 e incisos) e RICMS/RO (artigo 76, inciso 1, letra h e parágrafo único do artigo 836), qualificamos o Sr. DELMIRO BARBOSA GUIMARÃES FILHO como identicamente responsável pelo crédito tributário constituído neste procedimento fiscal ".

Importante ressaltar que a AC VAZ "não exercia atividades no estabelecimento "próprio e Adir Cirino Vaz não a administrava, tendo outorgado poderes de administração para Delmiro Barbosa Guimarães Filho (CPF 290.969.795-9 1) mediante procuração registrada perante o Cartório de Jo Ofício de Notas e Registro Civil da Comarca de Ariquemes/RO (Livro 271, fl.67).

Delmiro Barbosa, por sua vez, mantinha estreito relacionamento com a pessoa de José Geraldo Santos Alves Pinheiro, tendo inclusive sofrido apreensão dos documentos de sua representação comercial D B GUIMARÃES FILHO REPRESENTAÇÃO S, CNPJ nº 04.316.87010001-25, dentro do estabelecimento da RONDÔNIA MERCANTIL, na mesma ocasião, a saber:

(1) "02 — Livros de Registro de Prest. Serv. da Empresa D.B. Guimarães Filho — Rep. — ME contendo 50 fls. cada, sendo que um livro não contém lançamentos e o outro, contém até as frs. 11 "; (2) Vias de Notas de prestação de serviços da empresa D.B. Representações nº55 a 59 para empresa Rondônia Merc. Distr. Impor. E Exp. "; (3) Vias de Relatórios das comissões pagas mês a mês das seguintes empresas:. ..D. R Guimarães Filho. — ME... "; (4) "Vinte e oito (28) pastas suspensas de Representantes Comerciais das Seguintes Pessoas:D.B. Guimarães Filho... Delmiro Barbosa Guimarães... "; (4) "Vinte (20) pastas suspensas contendo comprovantes de pagamento de comissão sobre vendas dos seguintes vendedores:.. Belmiro Guimarães Filho... ".

Após perícia nos equipamentos de informática apreendidos na RONDÔNIA MERCANTIL, os peritos puderam afirmar que entre tantas outras empresas por ela controlada, fazia parte a empresa D.B. Guimarães Filho, inclusive com a denominação filial " da RONDÔNIA MERCANTIL, conforme "Arquivo Impresso" denominado "Relação Completa de Empresas ", e ainda como "Vendedor" conforme "Relatório de funcionários oriundo da base de dados dosoftware Midas ", anexos do "Laudo de Exame Pericial de Constatação de Equ4-amento de Microinformática ".

Delmiro Barbosa Guimarães Filho foi convidado a prestar esclarecimentos através do Termo de Solicitação de Esclarecimentos, encaminhado em 12.10.2009, via postal (AR477163394RL), porém recusou-se a recebê-lo.

Depreende-se dos fatos que Delmiro Barbosa Guimarães Filho era apenas vendedor das empresas AC VAZ e RONDÔNIA MERCANTIL ambas administradas por José Geraldo.

Os documentos abaixo citados, apresentados pelos fornecedores, comprovam que José Geraldo tinha o poder de decidir sobre a realização ou não de pagamento das mercadorias adquiridas pela AC VAZ:

(1) Solicitação de pagamento expedida pela empresa Campari do Brasil Ltda e encaminhada à AC VAZ aos cuidados de "GERÁLDO" (MPF 250100200801244-3);

(2) FAX de confirmação de pagamento de mercadorias adquiridas pela AC VAZ, encaminhado pela RONDONIA MERCANTIL a empresa Urbano Industrial Ltda (MPF 250100200801260- 5);

(3) Pagamento de mercadorias adquiridas pela AC VAZ, efetuado pela RONDÔNIA MERCANTIL a empresa Vinhos Salton SIA(MPF 25010020080 1266-4).

O CNIS-Cadastro Nacional de Informações Sociais, alimentado por informações declaradas em GFIP-Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, anexa, revela que a AC VAZ jamais contratou empregados, o que permite concluir ter utilizado de empregados da RONDÔNIA MERCANTIL para realização de suas operações comerciais.

Sobre a GFIP, cumpre destacar que a empresa RONDÔNIA MERCANTIL é responsável pelo envio de informações mensais da empresa AC VAZ à Receita Federal e desde 08/2005 vem transmitindo GFIP "sem movimento" tendo ambas como contador o Sr. Edes de Jesus Santana conforme comprova o anexo da GFIP: "Informações do Responsável".

Jose Geraldo Santos Alves Pinheiro foi intimado a prestar esclarecimentos sobre a RONDÔNIA MERCANTIL mediante ciência do "Termo de Solicitação de Esclarecimentos" em 23. -01.2009, via postal (AR 126072648RL), haja vista a apreensão dos documentos da AC VAZ no estabelecimento de sua empresa. Em resposta, protocolizou solicitação de prorrogação de 30(trinta) dias do prazo estabelecido justificando problemas de saúde e comprometendo-se a comparecer espontaneamente "para prestar esclarecimentos que venham a ser necessários, a fim de sanar dúvidas, pendências ou divergências junto a Receita Federal do Brasil ". Não obstante o compromisso firmado, deixou de comparecer para prestar esclarecimentos.

Foi intimado novamente em 19.11.2009, via postal (AR4771 65727RL), a prestar esclarecimentos sobre a AC VAZ porém não compareceu.

Os fatos e provas mencionadas demonstraram o ânimo de fraude e/ou sonegação, pois, de forma reiterada, os responsáveis articularam, omitiram e ocultaram deliberadamente do conhecimento do Fisco, o verdadeiro proprietário da empresa AC VAZ, José Geraldo Santos Alves Pinheiro, a localização dos seus estabelecimentos e bens, bem como a ocorrência dos fatos geradores de tributos/contribuições.

Restou, portanto, caracterizada a Responsabilidade Passiva Solidária de José Geraldo Santos Alves Pinheiro, CPF no 288.120.002-82, em face do interesse comum na situação que constituiu o fato gerador ocorrido na empresa AC VAZ, haja vista o exercício efetivo de gerência e administração sobre os negócios da empresa, constatadas durante o período em que foram verificadas as omissões e a falta de recolhimento dos tributos federais ora apontados.

O contribuinte deixou de apresentar impugnação. Contudo, o interessado José Geraldo Santos Alves Pinheiro apresentou sua defesa em 14/01/2010 (fls. 291/401) alegando, em síntese que:

a) Não há provas que possam configurar a responsabilidade passiva solidária de José Geraldo Santos Alves Pinheiro;

b) Houve inobservância da Portaria 11.317/07, que regulamenta o MPF, no que se refere à ciência de prorrogação dos MPFs;

c) Transcreve conclusões da autoridade fiscal ("*A responsabilidade solidária do sujeito passivo restou caracterizada em face do interesse comum na situação que constituiu o fato gerador ocorrido na empresa, nos termos do Inciso I do art. 124, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), haja vista o efetivo exercício de gerência e administração sobre os negócios da empresa, constatadas durante o período em que foram verificadas as omissões e a falta de recolhimento dos tributos federais, conforme demonstrado no TERMO DE VERIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO Nº 0250100/2008/01036-0*"), asseverando que não haveria sustentação jurídica e fática para eleger José Geraldo Santos Alves Pinheiro como responsável tributário, pois inexistiria o interesse comum na situação do fato gerador. No mesmo sentido, não se comprovou que tenha efetivamente exercido a gerência e administração sobre os negócios da empresa autuada;

d) Assevera ainda que a certeza da responsabilidade tributária do terceiro apontado deve ser resultado de processo administrativo prévio, em que seja apurada nos termos dos pressupostos estabelecidos por lei, sendo essa condição *sine qua non* que irá determinar a futura legitimidade passiva daquele na respectiva execução fiscal, caso não haja pagamento oportuno do crédito fiscal;

e) A respeito da responsabilidade tributária solidária de que trata o inciso I do art. 124 do CTN alega ser um grande equívoco a conclusão de que bastaria a interdependência entre as empresas - caracterizada pela composição do capital ou pela identidade de pessoas que compõem as sociedades - para concluir-se pela responsabilidade tributária solidária. Sobre o tema, argumenta ainda que não seria suficiente o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico para imputar-se a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas, ou mesmo por membros dessas empresas. Para que isso ocorra seria indispensável a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal. A solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico estaria condicionada a algumas comprovações, a saber: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo. Haveria interesse comum mediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficiam diretamente com sua ocorrência

g) A autoridade fiscal sustenta a responsabilidade solidária do autuado baseada nas informações obtidas a partir de procedimento da SEFIN/RO. Nos autos do Processo Administrativo Fiscal Estadual nº 20082500600004, Adir Cirino Vaz figuraria como responsável legal da empresa A C VAZ apenas para acobertar a pessoa do verdadeiro responsável e administrador, Jose Geraldo Santos Alves Pinheiro, também sócio-gerente da empresa RONDÔNIA MERCANTIL DISTRIBUIDORA IMPORTADORA E EXPORTADORA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA, CNPJ 06.243.390.0001-07. O equívoco do Fisco Estadual, e por consequência do Fisco Federal, seria a conclusão de que se trata de um mesmo grupo econômico. Não se poderia confundir interesse jurídico comum na

situação que constitua o fato gerador (art. 124, I, do CTN) com interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária: *“Uma coisa é as empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade. Outra coisa bem diversa é o fato de as empresas coligadas terem interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, isto é, que participem entre si da mesma situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.”* Somente o interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador poderia gerar responsabilidade tributária solidária.

Alega ainda que não há qualquer procuração outorgada a ele e sim a Delmiro Barbosa Guimarães Filho. Aduz também que os documentos que fazem menção ao nome “Geraldo” não são suficientes para comprovar que tais operações diziam respeito à sua pessoa, podendo dizer respeito *“a qualquer um que se chame Geraldo”*. No mesmo sentido, a alegação de que Delmiro era vendedor em sua empresa não poderia ser elemento de conclusão de que o próprio Recorrente seria o gerente, de fato, da empresa autuada. Também não haveria qualquer previsão legal que proibisse uma pessoa de prestar serviços para mais de um empregador.

Haveria ainda inobservância do disposto no art. 112 do CTN, pois em caso de dúvidas quanto à ocorrência e características da infração, a conclusão deveria ser favorável ao acusado.

O Recorrente também não teria sido intimado a prestar esclarecimentos referente à empresa autuada, tendo o Fisco concluído a partir de documentos obtidos em outro procedimento fiscal, induzindo em erro os julgadores a respeito do pretense não atendimento às intimações lavradas.

A respeito da penalidade aplicada, alega sua inconstitucionalidade em razão de seu caráter confiscatório.

A decisão recorrida ficou assim ementada:

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

Ano-calendário: 2005, 2006

INFORMAÇÕES ESTADUAIS. A Fazenda Pública da União e as dos Estados; do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

Em suas razões de recurso, o Recorrente repete seus argumentos utilizados na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O Recorrente foi cientificado da decisão recorrida em 15/07/2010 (fl. 397), apresentando Recurso Voluntário em 06/08/2010 (fl. 404). Desse modo, dada a tempestividade do recurso, bem como o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento

1. PRELIMINAR - NULIDADE

Alega o Recorrente que o procedimento fiscal não observou o disposto na Portaria RFB nº 11.371/2007. A continuidade do procedimento fiscal teria sido dada somente após o lapso temporal de validade do MPF, o que teria acarretado sua extinção por decurso de prazo.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Em primeiro lugar porque o MPF se consubstancia em instrumento administrativo. A esse respeito, convém transcrever as conclusões da decisão recorrida, por bem tratarem do tema:

O MPF, primordialmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Neste sentido os seguintes acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes:

Número do Recurso 107-131369

Turma PRIMEIRA

Número do Processo 10746.00099412001-93

Acórdão CSRF101-05.189

Datada Sessão 1410312 005 08:30: 00

MPF — FALTA DE RENOVAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR — NULIDADE — INOCORRÊNCIA — O desrespeito à renovação do MPF no prazo previsto na Portaria SRF 1265199 não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores. Recurso voluntário negado.

Número do Recurso 141357

Acórdão 103-21933

IRPJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O MPF-Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. A extrapolação no prazo de sua prorrogação não constitui, por si só, causa de nulidade do lançamento.

Número do Recurso 139359

Acórdão 101-95208 NULIDADE — INEXISTÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL — PRORROGAÇÃO — REGISTRO ELETRÔNICO NA INTERNET — A prorrogação do MPF, à luz do que determina o artigo 13 da Portaria 3007/2001, se dá mediante registro eletrônico, disponível na Internet.

Número do Recurso 123381

ACÓRDÃO 203-09205

NORMAS PROCESSUAIS - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF, primordialmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. O MPF sozinho não é suficiente para demarcar o início do procedimento fiscal, o que reforça o seu caráter de subsidiariedade aos atos de fiscalização e implica em que, ainda que ocorram problemas com o MPF, não teria como efeito tornar inválidos os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, nem dados por imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributários apurados. A prorrogação após o vencimento do prazo do mandado de procedimento fiscal - (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso ao qual se nega provimento.

Ademais, ainda que se queira adentrar ao mérito da observância ou não do procedimento fiscal aos comandos da Portaria em questão, compulsando os autos, concluo pela correção dos atos praticados. Explico.

Embora o Recorrente tenha citado os artigos 2º, 3º, e 11 a 15 da referida Portaria, deixou de mencionar justamente o disposto no art. 4º, que prevê expressamente que a ciência pelo sujeito passivo do MPF dar-se-á por intermédio da Internet, no próprio sítio da RFB mediante utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Portanto, a cada prorrogação de prazo o contribuinte, automaticamente, poderia consultar, via internet, a continuação da validade do MPF. Portanto, não há que se falar em extinção do MPF por decurso de prazo.

Desse modo, rejeito a preliminar de nulidade.

2. MÉRITO

Não houve contestação sobre a infração referente à omissão de compras. Por conseguinte, analisa-se somente a infração referente à omissão de receitas apurada com base

em informações obtidas junto ao Fisco Estadual e à imputação de responsabilidade tributária a José Geraldo Santos Alves Pinheiro.

2.1 DA PROVA EMPRESTADA

Ainda que de modo indireto, ataca o Recorrente a validade da prova emprestada obtida pelo Fisco Federal junto ao Fisco Estadual.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o próprio CTN, em seu art. 199, prevê a celebração de convênios para troca de informações entre as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A esse respeito, sem ressalvas as conclusões da decisão recorrida, *in verbis*:

Quanto à denominada "prova emprestada", deve-se observar que a doutrina processual usualmente utiliza tal denominação para a prova produzida num processo, seja por documento, depoimento pessoal ou exame pericial, que possa ser transladada e aproveitada em outro processo. Cabe observar que o artigo 332 do CPC, utilizado subsidiariamente no Processo Administrativo Fiscal, prescreve que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa". Portanto, em termos gerais é perfeitamente válida a utilização de provas produzidas em outros processos, desde que naturalmente estas guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

7. Especificamente em termos tributários, é conveniente destacar que a cooperação entre os entes tributantes é prevista em lei, nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional, que prescreve que "a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio". Destaque-se que não houve o simples aproveitamento das provas produzidas no âmbito Estadual. A fiscalização diligenciou exaustivamente na contribuinte e nas empresas com ela envolvidas nas transações em foco.

Pode-se dizer que, atualmente, há uma certa uniformidade na jurisprudência administrativa do CARF no sentido de que as conclusões do lançamento Estadual ou municipal não podem ser aplicadas de imediato aos tributos federais, mas, sim, os documentos colhidos e os demonstrativos já elaborados podem ser aproveitados como "prova emprestada", desde que submetidos ao contraditório.

Doutrina e jurisprudência do STF também não destoam de tais conclusões.

O Pretório Excelso assim se manifestou:

Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução

contraditória, com a presença e a intervenção das partes" (HC 78749/MS, 1ª Turma, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 25/05/1999, DJU de 25/06/1999)

O STJ, em caso envolvendo prova emprestada entre o Fisco Estadual e Federal, assim se manifestou:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (ICMS). CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESAS POSTERIORMENTE CONSIDERADAS INIDÔNEAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL IRREGULAR. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS SEM SAÍDA DE MERCADORIA. PROVA EMPRESTADA DA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE.[..](REsp 1215222/SP RECURSO ESPECIAL 2010/0179015-0, 1ª Turma, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, sessão de 18/10/2011, DJe de 11/11/2011) (grifo nosso)

*Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à **prova emprestada**, coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265)" (REsp 81.094/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 6/9/04)*

A respeito da validade da prova emprestada, Darci Guimarães Ribeiro assevera que *“a prova emprestada encontra-se albergada no art. 332 do CPC, pois, uma vez que foi coletada com todos os requisitos supra-referidos [nota deste relator: entenda-se, em especial, o respeito ao contraditório], ela é um meio moralmente legítimo e, portanto, capaz de produzir convencimento, já que a prova deve ser visualizada, principalmente, pelo seu aspecto subjetivo.”*¹

No caso concreto, as provas emprestadas obtidas junto ao Fisco Estadual serviram não só para comprovação da responsabilidade solidária do Recorrente, mas também para determinação do montante de receitas omitidas ao crivo da tributação. Cumpre ressaltar ainda que, na sessão de 10/12/2012 da CSRF, pôs-se em votação inúmeras propostas de enunciados de súmulas. Entre elas, encontrava-se a proposta de enunciado nº 12 a ser examinada pela 1ª Turma da CSRF, assim vazado: *“Os valores declarados ao Fisco Estadual em montante superior aos informados ao Fisco Federal caracterizam omissão de receitas, se o sujeito passivo não justifica as diferenças apuradas.”* Embora tal enunciado não tenha sido aprovado, ante a necessidade quórum qualificado para tanto (2/3), o simples fato da proposição do tema para fins de sua inclusão em súmula já demonstra que o entendimento do Fisco sobre a caracterização a omissão de receitas nesses casos encontra respaldo jurisprudencial.

Desse modo, confirmo a validade das provas obtidas pela autoridade fiscal. Considerando-se que não há qualquer controvérsia quanto à omissão de receitas propriamente dita, tanto em relação à sua ocorrência quanto à sua quantificação, voto por manter a exigência dos tributos exigidos de ofício.

2.2 SOLIDARIEDADE

Alega o contribuinte, em primeiro lugar, que não se aplica o art. 124, I, do CTN ao caso concreto, pois, o suposto responsável tributário não teria interesse comum na

situação que constitui o fato gerador. No máximo, teria interesse econômico. Não haveria, portanto, que se falar em responsabilidade solidária.

Além disso, inexistiriam provas aptas a demonstrar que o Recorrente tivesse exercido a gerência da empresa autuada.

Pois bem. A discussão posta é analisar quem se desincumbiu do ônus da prova. Entendo que o trabalho do Fisco não merece reparos. Por consequência, concluo que não se deve dar guarida aos argumentos do Recorrente. Quanto à inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN ao caso concreto, não se pode negar que haja interesse comum do real proprietário de determinada empresa em seu faturamento. Ademais, como bem consta no relatório fiscal ao transcrever excertos das conclusões do relatório do Fisco Estadual citou-se também os arts. 135, 136 e 137 do CTN que tratam da responsabilidade tributária dos representantes legais de empresas (fls. 94 e 95).

Quanto aos elementos de prova de que Recorrente seria, de fato, o titular e gerente da empresa autuada, entendo haver um feixe de indícios convergentes que permitem corroborar as conclusões da autoridade autuante e também do acórdão recorrido.

Ora, as provas coligidas pelo Fisco Estadual, trasladadas aos presentes autos e submetidas ao crivo do contraditório, tanto ao contribuinte quanto ao responsável, ora Recorrente, demonstram cabalmente a correção da responsabilidade tributária apontada pelo Fisco. Todos os documentos fiscais da autuada e seus controles de receitas e movimentação financeira estavam na sede de empresa em nome do próprio Recorrente (Rondônia Distr. Imp. e Exp. de Gêneros Alimentícios Ltda). A autuada possuía como procurador o senhor Delmiro Barbosa Guimarães Filho, empregado do Recorrente na própria Rondônia Distr. Imp. e Exp. de Gêneros Alimentícios Ltda. Ao contrário do que apontado em suas razões de defesa, tal fato não é corriqueiro, pois tanto Rondônia quanto AC Vaz Comercial de Gêneros Alimentícios atuavam no mesmo mercado!!! Ora, seria normal um empresário ter um empregado, também empresário, ambos atuando no mesmo ramo, ou seja, sendo concorrentes diretos? Obviamente não. Os indícios não param por aí. Quando a Fiscalização efetuou procedimento de circularização, diversos foram os clientes que manifestaram que as negociações junto à AC Vaz Comercial de Gêneros Alimentícios foram realizadas sempre com o Recorrente. O fato de os clientes terem citado o nome de “Geraldo”, sem identificação completa, poderia não ser determinante para perfeita identificação do recorrente (José Geraldo Santos Alves Pinheiro). Poderia, mas não o é no contexto da produção dessas provas. A Recorrente alega que poderia ser qualquer um com nome “Geraldo”. Contudo, dada a identidade de ramo de atuação e o local onde foram colhidas as provas, entendo que não há outra conclusão a se chegar: os indícios convergentes coligidos pela Fiscalização fazem prova de que José Geraldo Santos Alves Pinheiro era, de fato, o gerente de AC Vaz Comercial de Gêneros Alimentícios.

Cumprido-me, então, discorrer sobre a força probatória dos indícios. Sabe-se que os indícios e presunções constituem prova. Já no art. 136 do antigo Código Civil previa-se que os indícios são substratos fáticos que formam a presunção.

Gilberto de Ulhôa Canto (Presunções no Direito Tributário, Resenha Tributária, São Paulo, 1991, p. 3/4) ensina:

Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de frequência ou de resultados conhecidos, ou

em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas, determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da consequência já conhecida em situações verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexu causal lógico que o liga aos dados antecedentes.

Já Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º volume, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 436/437), assim leciona:

[...] prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.

A prova indireta é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o fato conhecido. O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma presunção [...]

Um dos maiores especialistas sobre provas no Direito Processual Civil brasileiro – Darci Guimarães Ribeiro – assim se manifesta sobre os indícios:

Nas presumptiones hominis, também conhecidas por simples, comuns ou de homem, e que, para os criminalistas, chamam-se indícios e, para os ingleses, denominam-se circunstâncias, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, a fim de obter o convencimento necessário. [...] Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC. [...] Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar, pessoa honesta, etc.²

Corroborando essas teses, a jurisprudência administrativa há muito tempos segue a mesma direção:

MEIOS DE PROVA - A omissão de receitas, quando sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive presuntiva com base em indícios veementes, sendo livre a convicção do

juizador. (Acórdão nº 105-4.032/90, 1º Conselho de Contribuintes, Publicado em 14/09/90).

Observe-se o que diz Paulo Celso B. Bonilha (Da prova no Processo Administrativo Tributário, Dialética, São Paulo, 1997, p. 92):

Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao juizador a idéia objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina CARNELUTTI, referem-se a outro fato que não o probando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através de trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim, de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, "factum probatum", que leva à percepção do fato por provar ("factum probandum"), por obra do raciocínio e da experiência do juizador.

Desse modo, pode-se afirmar que indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido e que assim é definido por Moacyr Amaral dos Santos (*op.cit.*):

Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.

Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.

Sobre o tema, evoca-se o voto vencedor do acórdão nº CSRF/01-02.743, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que toma por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Indícios de omissão de receitas é que não faltam. A propósito, como relembra o preclaro mestre Hely Lopes Meirelles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que "indícios vários e concordantes são prova", com o que, de plano, este relator poderia dar o assunto por encerrado. (STF, RTJ 52/140 apud Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 97.)

Como visto, os indícios, ou fatos conhecidos, são as bases para construção da prova. No caso concreto, a Fiscalização demonstrou de forma inequívoca uma série de fatos a comprovar que o Recorrente efetivamente exercia a gerência da empresa autuada. Todos os indícios coligidos possuem consistência e vínculo com a responsabilidade apontada.

Oportuna, neste ponto, a lição de Maria Rita Ferragut (Evasão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação, Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120), ao tratar da força probatória das presunções e indícios, bem como da imperatividade de seu uso na esfera tributária:

É a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova (exceção feita ao arbitramento, que também é

meio de prova indireta), e não o conhecimento ou não do evento. Com isso, não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se quer provar será ao máximo jurídica certo e fenomenicamente provável. É a realidade impondo limites ao conhecimento.

Com base nessas premissas, entendemos que as presunções nada 'presumem' juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Faticamente, tanto elas quanto as provas diretas (perícias, documentos, depoimentos pessoais etc.) apenas "presumem".

O conjunto de indícios e presunções é chamado pela doutrina de prova indireta. Sobre o tema, Antônio da Silva Cabral (*Processo Administrativo Fiscal, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, página 305*) assim se pronunciou:

Valor da prova indireta. *Em direito fiscal conta muito a chamada prova indireta. Conforme consta do Ac. CSRF/01-0.004, de 26/10/79, 'A prova indireta é feita a partir de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção.*

Sobre o tema, prossegue o mesmo autor (*Op. cit., página 312*):

O julgador de uma causa não esteve em contato com os fatos, não conheceu as circunstâncias e as pessoas que atuaram. Tudo isso é dado no processo e ele procura, manipulando as provas, chegar ao verdadeiro conhecimento dos fatos para, depois, aplicar a norma. Como todo ser humano que se debruça sobre os fatos, tem ele de valer-se por vezes, da experiência adquirida com o trato da coisa pública. As presunções e os indícios servem, pois, para o julgador chegar à verdade dos fatos.

Alberto Xavier (*Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, editora Forense, 1998, pág. 133*), quando analisa o lançamento, assim se manifesta:

Nos casos em que não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída, a Administração fiscal deve também investigar livremente a verdade material. É certo que ela não dispõe agora de uma base probatória fornecida diretamente pelo contribuinte ou por terceiros; e por isso deverá ativamente recorrer a todos os elementos necessários à sua convicção.

Tais elementos serão, via de regra, constituídos por provas indiretas, isto é, por fatos indiciantes, dos quais se procura extrair, com o auxílio de regras de experiência comum, da ciência ou da técnica, uma ilação quanto aos fatos indiciados. A conclusão ou prova não se obtém diretamente, mas

indiretamente, através de um juízo de relação normal entre o indício e o tema prova. Objeto de prova em qualquer caso são os fatos abrangidos na base de cálculo (principal ou substitutiva) prevista na lei: só que no caso a verdade material se obtém de um modo direto e nos outros de um modo indireto fazendo intervir ilações, presunções, juízos de probabilidade ou de normalidade. Tais juízos devem ser, contudo, suficientemente sólidos para criar no órgão de aplicação do direito a convicção da verdade.

Desse modo, conforme já abordado, os indícios levantados pela Fiscalização fazem prova da responsabilidade tributária atribuída a José Geraldo Santos Alves Pinheiro.

A respeito da possível não participação do Recorrente no procedimento fiscal, os documentos acostados aos autos demonstram justamente o inverso.

Ao contrário do que alega o Recorrente, este foi efetivamente notificado sobre o pedido de esclarecimento a ser prestado a respeito de AC Vaz Comercial de Gêneros Alimentícios, conforme se observa às fls. 129 e 130, e não somente em relação à sua relação com a empresa Rondônia Distr. Imp. e Exp. de Gêneros Alimentícios Ltda.

Ademais, a fase litigiosa do procedimento inicia-se somente com a apresentação da impugnação, a teor do art. 14 do Decreto nº 70.235/72. Desse modo, ainda que o interessado não tivesse sido intimado durante o procedimento fiscal, frise-se, o que não ocorreu, não haveria qualquer mácula ao procedimento adotado pela Fiscalização. De qualquer modo, o Recorrente foi intimado para se defender não só sobre a imputação de responsabilidade tributária, mas também sobre o mérito da atuação. E a análise de seus argumentos foi realizada tanto no acórdão recorrido quanto no presente voto, não havendo que se falar em qualquer espécie de prejuízo aos interessados, e, por consequência, de qualquer nulidade que possa vir a ser alegada. Logo, o argumento do Recorrente sobre a necessidade de processo administrativo para apuração da responsabilidade tributária que lhe foi atribuída é corroborado pela análise de sua defesa, tanto em nível de DRJ, quanto em grau de recurso perante o CARF no presente julgado.

Frise-se ainda que se torna ainda mais intrigante o fato de a autuada permanecer inerte não só durante todo o procedimento fiscal, mas também na fase de defesa, uma vez que não respondeu a qualquer termo durante a fase de fiscalização e tornou-se revel após a lavratura dos autos de infração. Ora, se o procurador da empresa, senhor Delmiro Barbosa Guimarães Filho, possuía estreita relação com o Recorrente (aquele era empregado em sua empresa), é no mínimo estranho que este não tenha alcançado àquele ao menos o resultado do trabalho fiscal a fim de que a autuada pudesse também apresentar sua defesa. O fato só vem a corroborar a conclusão de que o Recorrente era, de fato, sócio-gerente da autuada.

A respeito da possível infringência ao art. 112 do CTN, mais uma vez não merecem prosperar as razões de defesa. Não há qualquer espécie de dúvida quanto à capitulação legal dos fatos, à sua natureza ou circunstâncias materiais, ou ainda à natureza ou extensão dos seus efeitos. Também não há dúvidas quanto à autoria, imputabilidade, ou punibilidade, bem como em relação à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. As provas coligidas aos autos demonstram com precisão a ocorrência do fato gerador e suas circunstâncias. Demonstrou-se também com clareza a autoria e imputou-se precisamente as penalidades.

Isso posto, voto por manter a responsabilidade tributária atribuída ao Recorrente.

2.3 MULTAS DE OFÍCIO. PRETENZA INCONSTITUCIONALIDADE EM RAZÃO DE SEU CARÁTER CONFISCATÓRIO. AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM QUALIFICAÇÃO E AGRAVAMENTO DA PENALIDADE.

2.3.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO CONFISCO

O Recorrente argumenta que a penalidade aplicada seria inconstitucional, uma vez que teria caráter confiscatório, ferindo ainda os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

As questões que envolvem princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis não podem ser analisadas na esfera administrativa. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional. As autoridades administrativas, enquanto responsáveis pela execução das determinações legais, devem sempre partir do pressuposto de que o legislador tenha editado leis compatíveis com a Constituição Federal.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do Fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato.

Uma vez validamente editada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou, cabendo lembrar que o lançamento é atividade plenamente vinculada à lei, não estando ao livre critério do agente lançar ou não lançar o crédito tributário ou escolher a oportunidade de lançá-lo.

Cumprе ressaltar o art. 116, III, da Lei nº 8.112/90 impõe como dever dos servidores públicos “*observar as normas legais e regulamentares*”.

No âmbito do CARF, assim dispõe o art. 62 de seu Regimento Interno:

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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Frise-se que não há notícias de decisões ou atos que se enquadrem nas exceções dispostas no parágrafo único do dispositivo em questão.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do CTN, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

É inócuo, então, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas motivadoras do lançamento, cuja validade está sendo questionada, em observância ao art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN).

A impugnante cita decisões que abarcariam sua tese. As decisões judiciais relatadas não obrigam a Administração Pública, pois não abrangidas no disposto no Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais. Tais decisões, exaradas em controle difuso de constitucionalidade, não possuem eficácia *erga omnes*, limitando-se seus efeitos às partes litigantes, haja vista a não edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução do dispositivo julgado inconstitucional. Também não há ato do Secretário da Receita Federal do Brasil determinando o cancelamento das exigências formalizadas com base no dispositivo combatido, de forma que, ao julgador, resta observar o comando legal enquanto os dispositivos não forem afastados do mundo jurídico.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria, rechaça-se suposta mácula.

Por fim, sobre a matéria o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já pacificou esse entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No que tange aos argumentos sobre o confisco, esclareça-se, ainda, que a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, impede que o padrão de tributação seja insuportável ao contribuinte e é dirigida ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tal preceito, quando da feitura das leis.

Pelas razões acima expostas, não há como acatar as ponderações feitas pelo contribuinte, devendo serem afastados da análise dessa autoridade administrativa quaisquer argumentações que versem sobre inconstitucionalidade de leis ou ofensa a princípios constitucionais.

2.3.2 DA QUALIFICAÇÃO E DO AGRAVAMENTO DA PENALIDADE

O Recorrente não concorda com a multa aplicada no percentual de 225%, pois entende não há comprovação de fraude e/ou dolo, bem como não teria deixado de atender às intimações.

No caso dos autos, foi aplicada a multa de 225%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação vigente para os anos-calendário a que se referem as infrações, cujos excerto de interesse transcreve-se a seguir:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

[...]

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

[...]

Como visto, nos termos inc. II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, somente se admite a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

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

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

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

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

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

Desse modo, a multa de 150% terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

Vê-se que, para enquadrar determinado ilícito fiscal nos dispositivos dessa lei, há necessidade que esteja caracterizado o dolo. O dolo, que se relaciona com a consciência e a vontade de agir, é elemento de todos os tipos penais de que trata a Lei nº 4.502/64, ou seja, a vontade de praticar a conduta, para a subsequente obtenção do resultado. Deve ficar

demonstrada que a conduta praticada teve o intuito consciente voltado a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo ou contribuições devidos.

No caso em tela, deve-se observar, conforme já exposto, que o contribuinte efetivamente agiu com dolo, declarando, reiteradamente, ou ausência de receitas em suas declarações de renda, ou faturamento insignificante em relação ao seu montante real.

A conduta levada a efeito pelo contribuinte, que restou impugnada pelo Fisco, teve como objetivo a redução dos encargos tributários devidos, utilizando-se da sonegação, que se caracteriza pela ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador. A conclusão pela prática do dolo, diante de tais elementos, é uma consequência lógica e inevitável.

Não é demais ressaltar que o contribuinte sequer apresentou impugnação e somente o responsável tributário, que argumenta não ter qualquer relação com a autuada, é que apresentou defesa, inclusive alegando ausência de elementos que justificassem a qualificação da penalidade, argumento, a propósito, já desqualificado nas razões expostas acima.

Diante de tais fatos, entendo correta a aplicação da penalidade de 150%.

Quanto ao agravamento da penalidade em razão de não atendimento às intimações, contudo, entendo incorreta sua exigência. Embora o Recorrente tenha sido intimado a prestar esclarecimentos, conforme se observa às fls. 129 e 130, compulsando os autos não identifiquei qualquer outra intimação a ele dirigida neste procedimento fiscal. Saliento que a intimação de fls. 113/114 (resposta à fl. 115) diz respeito a outro procedimento fiscal, levado a efeito junto à RONDÔNIA MERCANTIL DISTRIBUIDORA E EXPORTADORA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA, e, portanto, não pode ser levada em consideração para agravamento da penalidade do contribuinte ora autuado. Ademais, embora AC VAZ COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS tenha sido cientificada de todos os termos, sem responder a qualquer um deles, todos, sem exceção, utilizaram-se de edital, haja vista que a empresa não mais se encontrava em seu endereço cadastral.

No que tange ao atendimento às intimações por parte do responsável tributário, ora Recorrente, localizou-se somente uma intimação para prestar esclarecimentos, sem qualquer reintimação e esclarecimento sobre possível exasperação de penalidade em caso de ausência de atendimento aos pedidos da Fiscalização.

No caso concreto, tivesse a Fiscalização cientificado o responsável tributário dos termos lavrados em nome de autuada, entendo que a penalidade aplicada poderia ser mantida. Desse modo, não vejo como impor o agravamento da penalidade em 50%.

Em suma, voto por reduzir a penalidade de 225% para 150%, haja vista a ocorrência de sonegação, sem, contudo, restar caracterizada a ausência de atendimento às intimações por parte da autuada ou o ora Recorrente.

A fim de se evitar embargos declaratórios sobre possível contradição em meu voto, esclareço desde já que o fato de inexistir reintimações expedidas ao Recorrente, ou ciência, durante o procedimento fiscal, dos termos lavrados em nome da autuada, em nada prejudica a imputação de responsabilidade tributária, uma vez que, conforme já salientado, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72, o início do litígio se deu somente com apresentação

Processo nº 10240.001860/2009-38
Acórdão n.º 1402-001.387

S1-C4T2
Fl. 463

de impugnação, não havendo qualquer prejuízo aos interessados no exercício da ampla defesa e do contraditório.

3. CONCLUSÃO

Isso posto, voto no sentido de rejeitar as arguições de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a penalidade aplicada a 150%, cancelando-se o seu agravamento por falta de atendimento a intimações.

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Relator