



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

Processo nº 10380.019975/2008-01
Recurso nº 882.032 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.397 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2011
Matéria RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
Recorrente COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida 3a.TURMA DRJ FOR/CE

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES

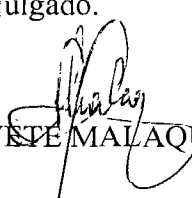
PAF: NULIDADE DA DECISÃO/CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – O julgador não está obrigado a contestar, item por item, os argumentos expendidos pela parte quando analisa a matéria de mérito. (STJ – Resp 652.422 – 2004/0099087-0) RET n 43 – maio/junho/2005, p.136:5691)

PROVA TESTEMUNHAL - As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras, principalmente quando nos depoimentos os próprios Recorrentes prestaram informações a termo, perante autoridade fiscal, confirmando fatos que apontam para ocorrência de crime contra a ordem tributária.

SUJEITO PASSIVO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Respondem pelo crédito tributário os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertadas por terceiras pessoas que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual detinham amplos poderes para agir.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Silvana Rescigno Guerra Barretto, Manoel Mota Fonseca e João Carlos de Lima Júnior, que declaravam nulidade do termo de sujeição passiva e não conheciam do recurso interposto pelas pessoas físicas de Celmo Ermany Araújo, Alexandre Gontijo Guerra e Aberto Alves de Souza, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 16 MAI 2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Otavio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sergio Gomes (Suplente convocado), Manoel Mota Fonseca (Suplente convocado) e João Carlos Lima Junior (Vice-Presidente).



Relatório

Trata de recurso de voluntário interposto contra o acórdão 08-15.260 – da 3ª Turma da DRJ/REC, fls.440/446, de 17/04/2009, que julgou procedente o lançamento realizado a partir do arbitramento do lucro, nos anos calendários de 2004 e 2005, para exigência do IRPJ, fls.02/15; PIS, fls.16/26; COFINS fls.27/37; CSLL fls.38/48, conforme consignado em cada termo e assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2004, 2005 ARBITRAMENTO DE LUCRO.

A não apresentação dos Livros e Documentos da escrituração contábil, por ocasião da fiscalização, justifica o arbitramento do lucro calculado sobre os valores das receitas auferidas pela Empresa. Como inexistente arbitramento condicional, o ato administrativo de lançamento não é modificável pela posterior apresentação do documentário cuja inexistência e/ou recusa foi a causa do arbitramento.

DIVERGÊNCIA ENTRE A RECEITA INFORMADA NOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS ESTADUAIS E A DECLARADA AO FISCO FEDERAL (DIPJ).

Não logrando o Contribuinte justificar a diferença dos valores dos faturamentos consignados, em relação a idêntico período, nas Declarações de Informações da Pessoa Jurídica - DIPJ versus Livros e Documentos Fiscais Estaduais (Guias de Informação Mensal do ICMS e Declarações de Informações Econômico-Fiscais), procede o lançamento com base nos valores efetivamente levantados pela fiscalização.

VALORES DECLARADOS AO FISCO ESTADUAL.

Os valores informados e atestados como verídicos ao Fisco Estadual, pelo Contribuinte, mediante declaração firmada no Livro Guias de Informação Mensal do ICMS e Declarações de Informações Econômico-Fiscais, presumem-se verdadeiros, cabendo prova em contrário, com elementos objetivos.

Assunto: Normas de Administração Tributária Ano-calendário: 2004, 2005 CONSERVAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS.

Os livros e documentos fiscais deverão ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

SIMULAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Na utilização de interposição de pessoa o intuito do declarante é o de inculcar a existência de um titular de direito, mencionado na declaração, ao qual, todavia, nenhum direito se outorga ou se transfere, servindo seu nome exclusivamente para encobrir o da pessoa a quem de fato se quer outorgar ou transferir o direito de que se trata, afigurando-se, na espécie, o evidente intuito de fraude, enquadrável na tipificação de simulação da identidade dos verdadeiros responsáveis pela empresa fiscalizada.

MULTA QUALIFICADA.

Nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa qualificada sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, quando comprovado o evidente intuito de fraude.

ATIVIDADE VINCULADA.

Não compete à Autoridade Administrativa apreciar questões relacionadas à situação econômico-financeira do Contribuinte Autuado, quando da constituição do Lançamento previsto pela legislação.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições Ano-calendário: 2004, 2005 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL-PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL-COFINS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO-CSLL.

Dada a íntima relação de causa e efeito que vincula as exigências, a decisão proferida no lançamento principal é aplicável aos lançamentos decorrentes.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005 PERÍCIA CONTÁBIL E FISCAL.

Indefere-se pedido de perícia julgada prescindível.

POSICIONAMENTOS DE ILUSTRES JURISTAS.

A Autoridade Administrativa não tem competência para apreciar alegações de descabimento de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, não obstante posicionamentos de Ilustres Juristas, por motivo de essa matéria ser reservada ao Supremo Tribunal Federal.

CONSELHOS DE CONTRIBUINTES. DECISÕES ADMINISTRATIVAS.

A teor do art. 100, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), as decisões administrativas, mesmo proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário e não podem ser estendidas genericamente a outros casos, somente aplicando-se sobre a questão em análise e vinculando as partes envolvidas naqueles litígios.

O Relatório Fiscal aponta que a empresa se constituiu sob titularidade de interpostas pessoas. Ainda, informou, nas Declarações de Rendimentos parcela insignificante da receita auferida por suas atividades, (0,08% para o ano de 2004 e 0,11% para 2005) conforme Termo de Apuração da Matéria Tributável, fls. 63/65.

Ante o silêncio da pessoa jurídica, no tocante às intimações enviadas, é realizada a ciência da Ação Fiscal, via postal, para a pessoa que figurava como Sócio Gerente no Contrato Social da Fiscalizada, como também para as pessoas que foram apontadas como Sócios de fato da Empresa, conforme relatado no Termo de Apuração da Responsabilidade Solidária, fls. 49/62.

Os Sócios de fato da Empresa encaminharam Correspondência à Fiscalização, assinada por Advogada devidamente constituída, na qual informava que os Livros Contábeis e Fiscais da Empresa não estavam em seu poder, razão pela qual não os apresentava à Fiscalização. Da pessoa que figurava como Sócio Gerente no Contrato Social da Empresa,



nenhum retorno ocorreu, a despeito da remessa da intimação devidamente recebida pelo mesmo, conforme faz prova o AR dos Correios.

Há o arbitramento do lucro com base na receita bruta, conhecida a partir dos extratos das Guias de Informação Mensal do ICMS, GIM e GIAM, anocalendarário 2004, e DIEF Declarações de Informações Econômico-Fiscais e GIAM, anocalendarário de 2005, encaminhados pelas Secretarias da Fazenda do Estado do Ceará e de Tocantins. Nas planilhas 1 e 2, fls. 67/68, estão demonstrados os valores exigidos para o IRPJ e reflexos.

É realizada a compensação das parcelas já recolhidas e declaradas em DCTF. Igualmente é qualificada a multa de ofício aplicada, conforme circunstanciado no Termo de Apuração da Matéria Tributável e Termo de Sujeição Passiva Solidária que integram o Auto de Infração, fls. 49/65.

Formalizou-se o Termo de Sujeição Passiva solidária, fls. 46/62 para consignar a responsabilização solidária dos Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, cujos CPFs e endereços foram discriminados nas fls. 49, em relação aos débitos tributários levantados em nome da Empresa COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., CNPJ 02.314.021/0001-07, com fundamento nos arts. 124, I, e 135, III, do Código Tributário Nacional – CTN.

No relatório do acórdão combatido o autuante narra os fatos na seguinte ordem:

A Empresa COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. foi constituída como uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social foi arquivado na Junta Comercial do Estado do Ceará na data de 08 de janeiro de 1998, nº 23200761322. No referido instrumento figura como sócio gerente o senhor Masil Torres Pessoa CPF 516.045.66604 com 95% das cotas de capital, e um outro sócio de nome Sr. Lourival de Jesus C.P.F. 650.617.13753 com os 5% restantes. No entanto, os Srs. Alexandre Gontijo Guerra CPF 485.681.71672, Celmo Ernany Araújo CPF 480.067.85600 e Alberto Alves de Souza CPF 757.648.49853, eram quem, de fato, estavam à frente desse empreendimento comercial e detinham todo o poder para a sua administração, inclusive dispondo da movimentação dos seus recursos financeiros, enquanto os Srs. Masil Torres Pessoa e Lourival de Jesus eram mantidos apenas formalmente no quadro societário da Empresa, sendo pessoas incautas e desprovidas de capacidade patrimonial ou Empresarial para a operacionalização dos negócios realizados pela citada Empresa, ao tempo em que esta sonegava, em larga escala e de forma contumaz, os tributos e contribuições devidos ao Erário Federal. A Empresa declarou à Receita Federal, durante os anos de 2004 e 2005, apenas 0,08% do total faturado no período seu faturamento foi de R\$ 117.244,656,00 mas submeteu à tributação do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS apenas R\$ 104.713,00.

A interposição fraudulenta acima referida já havia sido constatada em uma outra fiscalização concluída nessa Empresa no ano de 2003, cabendo ressaltar que essa conduta perdurou

nos exercícios de 2004 e 2005, porquanto nenhuma alteração contratual ocorreu desde então, modificando o quadro societário da Empresa, a qual, de igual modo, continuou com os mesmos procuradores à frente dos seus negócios e com o mesmo ímpeto sonegatório que vinha de anos anteriores. Convém registrar que o procedimento fiscal a que se referiu foi objeto do processo 10380.003026/200397, submetido a julgamento e considerado procedente em ambas as instâncias administrativas de julgamento.

DOS FATOS QUE EVIDENCIARAM A INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA:

A presença do Sr. Alexandre no comando da administração da Fiscalizada se fez notar no início da Ação Fiscal mencionada, quando esse senhor recebeu a Fiscalização no seu escritório o único localizado nas dependências do estabelecimento sede da Empresa, e assinou o respectivo Termo de Início, na qualidade de Procurador, justificando motivo de doença para a ausência do sócioadministrador Masil Torres Pessoa. Na ocasião, apresentou uma cópia do instrumento procuratório, através do qual lhe eram outorgados os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar os negócios da Fiscalizada, inclusive no tocante à movimentação de suas contas bancárias.

Expirado o prazo, sem atendimento do solicitado no Termo de Início de Fiscalização, buscou-se novo contato com os seus representantes e, mais uma vez, não se encontrou nenhum dos sócios para atender. Localizou-se então o Contador da Fiscalizada, que indagado sobre os Livros da escrituração contábil e fiscal da Empresa, informou que os mesmos não ficavam com ele, mas na Empresa, provavelmente sob os cuidados do Sr. Rui Bias Amorim Marques Gontijo.

Contatado, o Sr. Rui compareceu em 22/01/2002 ao Serviço de Fiscalização, munido de instrumento procuratório particular datado de 18/11/2002, em que o sócio oficial da Empresa Masil Torres Pessoa, lhe conferia poderes para representá-lo perante a Receita Federal. Naquela oportunidade, referido Senhor pediu prorrogação do prazo para atendimento dos elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, ao que foi prontamente atendido. Expirado o prazo dessa prorrogação, retornou o Sr. Rui com uma declaração escrita em que afirmava não ter localizado os Livros da Empresa. Nessa ocasião, o mesmo foi por inquirido, em depoimento reduzido a termo, tendo o referido Senhor afirmado, dentre outras, que o sócio-proprietário da Empresa Sr. Masil, estava residindo no interior de Minas Gerais, na cidade de Bom Despacho e que a administração da Empresa era conduzida pelos senhores Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Araújo e Alberto de Sousa, conforme se infere do teor de seu depoimento transcrito às fls. 51.

Cabe ressaltar que ao final do depoimento, após ler o seu texto impresso, o Declarante, após ausentar-se da sala e fazer uma ligação telefônica, retornou ao recinto recusando-se a assinar o referido Termo, alegando que só o assinaria após mostrá-lo ao seu Advogado, solicitando para isso uma cópia do mesmo,

solicitação com a qual não se concordou, orientando-o que poderia retornar com seu Advogado no outro dia para novo depoimento, ao que ele não atendeu. No decorrer desse depoimento, na presença do Sr. Rui, fez-se uma ligação para um número de celular fornecido pelo Depoente como sendo do Sr. Masil, e que foi atendido por uma pessoa que disse ser o próprio. No diálogo essa pessoa falou que estava na cidade de Nossa Senhora do Bom Despacho MG, para onde se deslocara no final de 2001 e que lá estava em tratamento de saúde não sabendo quando retornaria a Fortaleza. Afirmou que era o Sócio da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos e que a administração dessa Empresa estava a cargo do Sr. Celmo Araújo e Alberto de Sousa, com a gerência do Alexandre. Perguntado sobre o outro sócio Sr. Lourival de Jesus, o interlocutor disse que há muito tempo não tinha notícias dessa pessoa.

Suspeitando tratar-se de Empresa sob a titularidade de interposta pessoa, foram circularizados os Cartórios da Capital e tomou-se conhecimento da existência de três instrumentos procuratórios, todos outorgados pelo Sr. Masil, em nome da Cometa Distribuidora Alimentos Ltda., através dos quais foram conferidos os mais amplos poderes, inclusive no tocante à movimentação bancária dessa Empresa, para as seguintes pessoas: Sr. Alexandre Gontijo Guerra CPF 485.681.71672, Celmo Ernany Araújo, CPF 480.067.85600, Alberto Alves de Sousa, CPF 757.648.49353.

De posse dessas informações, providenciaram-se Intimações para que os respectivos outorgados prestassem esclarecimentos acerca de suas participações na administração da Fiscalizada.

Inicialmente intimou-se o Sr. Alexandre Gontijo Guerra, pois além de ter sido apontado como Gerente da Firma pelos Senhores Masil e Rui, o Senhor Alexandre, quando da visita pela Fiscalização à Empresa para a entrega do Termo de Início de Fiscalização, aparentava ser o responsável pela Mesma, tendo-se apresentado na ocasião como seu Procurador.

Tendo comparecido à Repartição na data de 09/04/2002, o Sr. Alexandre prestou declarações a termo, fls. 52, 53, na presença de duas testemunhas, ocasião em que, dentre outras informações, admitiu atuar como Gerente da Empresa Fiscalizada e ser o responsável pelas compras das mercadorias para revenda realizadas em seu nome. Informou já ter sido proprietário de uma Empresa que atuava na mesma rua e no mesmo ramo da Fiscalizada, mas que atualmente não tinha mais firma em seu nome alegando não ser compensatório, dadas as inúmeras responsabilidades e encargos que sobrecarregam o Empresário. Afirmou ainda que não possuía poderes para movimentar as contas bancárias da Empresa, contrariando o teor do instrumento procuratório que possuía para tanto.

Após ler o seu depoimento reduzido a termo, o Sr. Alexandre não quis assiná-lo, pedindo que o deixasse levar uma via, pois

retornaria no dia seguinte para a assinatura. Obviamente que não se pôde concordar com a solicitação. Embora haja sido orientado a retornar com o Advogado no outro dia para novo depoimento, não compareceu.

Em seguida, foi intimado o Sr. Celmo Ernany Araújo, que também prestou declarações reduzidas a termo na presença de testemunhas na data de 07/05/2002, fls. 53, 54. Suas informações se apresentaram ora conflitantes com a dos demais envolvidos na administração da Empresa, ora um tanto fora do razoável, como por exemplo quando disse que sua família e a do Sr. Alexandre residiriam conjuntamente em um mesmo apartamento, ou que possuía Procuração da Empresa para representá-la em todos os sentidos, mas que só a utilizava para fazer cobranças. Afirmou ser o Sr. Rui o Gerente da Empresa e que o Sr. Alexandre seria responsável apenas pelas operações de compra de açúcar revendido pela Empresa.

Devidamente intimado, também compareceu à Repartição o Sr. Alberto Alves de Souza, que nas declarações prestadas, fls. 54, 55, afirmou, dentre outras, que exercia a função de “Caixa” na Empresa, e que prestava contas da movimentação financeira do Empreendimento diretamente com o Sr. Masil, através de contatos telefônicos ou pessoalmente, quando ele vinha eventualmente a Fortaleza. Não soube informar quem era o Contador da Empresa e nem tampouco onde ficavam guardados os Livros Fiscais.

Foi igualmente intimado o Contador da Empresa Sr. Francisco Geraldo Aires Benevides, que se apresentou ao Serviço de Fiscalização em 02/10/2002, ocasião em que informou, fls. 55, 56, que não era ele nem os funcionários do seu escritório que faziam a escrituração dos Livros Fiscais da Empresa, os quais se encontrariam nas dependências da Fiscalizada.

Finalmente, foram encetados todos os esforços no sentido de ouvir o Sr. Masil Torres Pessoa, tido formalmente como o Sócio Majoritário e Gerente da Empresa. Tarefa bastante difícil, pois, em que pesassem insistentes Intimações para os diversos endereços da sua residência, fosse o indicado no cadastro do CPF, fosse na Declaração de Rendimentos – IRPF, ou nos Instrumentos Procuratórios, o mesmo não atendeu ou deu qualquer satisfação às solicitações. Foi então que se resolveu recorrer ao pessoal da Inteligência Fiscal da Receita Federal, lotado no ESPEI – Escritório de Pesquisa e Investigação, que num trabalho investigatório descobriu o paradeiro dessa Pessoa no interior do Estado de Minas Gerais, na cidade de Bom Despacho. Nessa localidade, foi feito contato com o mesmo e colhido seu depoimento acerca do seu envolvimento com a Empresa Fiscalizada. Na ocasião, dentre outras informações, fls. 56, 57, disse o Sr. Masil que se encontrava desempregado, que foi embora de Fortaleza em dezembro de 1998, tendo-se desligado a partir de então dos negócios realizados pela Empresa, cuja administração cedeu integralmente aos Srs. Alexandre Gontijo Guerra e Alberto Alves de Sousa, passando a receber mensalmente do Sr. Alexandre a quantia de mil reais. Que o único bem de valor que possui é um Fusca velho, ano



1977, que foi adquirido através de um empréstimo no Banco Itaú, que até hoje não pagou.

Quanto ao outro sócio apontado no Contrato Social da Empresa, de nome Lourival de Jesus, foi também muito difícil contatá-lo, uma vez que, intimado no endereço que constava no cadastro CPF (o mesmo da Empresa), aquele Senhor jamais atendeu. Já no endereço informado no cadastro bancário da Empresa, também não foi possível encontrá-lo, pois no local ali indicado residia uma outra pessoa de nome Elisângela Silva Andrade, que informou desconhecer completamente o Sr. Lourival de Jesus. Vale ressaltar que nessa busca, não se contou com a cooperação dos Procuradores da Empresa acima citados, nem do seu sócio oficial, pois todos, segundo se infere de seus depoimentos, desconheciam o paradeiro do Sr. Lourival.

Diante dessa dificuldade, mais uma vez pediu-se auxílio ao pessoal da Inteligência Fiscal da Receita Federal, que descobriu a residência do Sr. Lourival de Jesus no distrito de Iparana, município de Caucaia/CE. Em diligência à residência desse Senhor, fls. 57, 58, os Auditores da Inteligência foram rispidamente recepcionados pelo mesmo, que nem ao menos abriu o portão para atendê-los, só se acalmando após lhe ser esclarecido que o motivo daquela visita era de seu interesse, pois visava deixar-lhe informado acerca de uma fiscalização que estava sendo desenvolvida na Empresa COMETA, em cujo Contrato Social o seu nome figurava como um dos sócios, ao mesmo tempo para saber sobre sua real participação na referida Empresa. Mais calmo, porém ainda relutante, após algumas indagações, o Sr. Lourival respondeu que era sócio da COMETA; que ganhava a vida como caminhoneiro; que o outro sócio da Firma se chamava Masil e residia em Minas Gerais; que o gerenciamento da Empresa ficava a cargo do Sr. Alexandre Gontijo e que não sabia dar nenhuma informação sobre as atividades da Empresa, pois precisava consultar o pessoal da Gerência. Convidado a acompanhar os Auditores até a sede da Receita Federal em Fortaleza, onde poderiam ser tomadas suas declarações por escrito, o Sr. Lourival desconversou e, um pouco irritado, retirou-se do recinto, retornando ao interior de sua residência, não dando mais nenhuma atenção aos Auditores. Na oportunidade, foram colhidas informações na vizinhança de que o Sr. Lourival era uma pessoa pobre e que ganhava a vida como motorista de caminhão, o que devia ser verídico, uma vez que foi visto estacionado no pátio de sua residência um caminhão tipo carreta, no qual o Sr. Lourival saiu dirigindo, tendo sido inclusive alvo de uma foto. A esse respeito, um vizinho seu, de nome Francisco Moreira da Silva, que morava defronte à sua casa, atendendo ao solicitado, se dirigiu até o prédio da Receita Federal em Fortaleza, onde a termo, confirmou que o Sr. Lourival trabalhava como caminhoneiro, transportando cargas de cereais e que nunca teve conhecimento de que o Sr. Lourival fosse sócio de alguma Empresa, até porque o Sr. Lourival era pessoa pobre, residindo numa casa construída com a ajuda de pessoas da comunidade de Iparana em regime de mutirão.



Vale registrar que em pesquisa ao sistema RENAVAM, confirmou-se a informação do Sr. Francisco de que o caminhão utilizado pelo Sr. Lourival em seu trabalho, de fato, não era de sua propriedade.

Em 22/02/2003 encaminhou-se, via postal, Intimação para o endereço residencial do Sr. Lourival, insistindo no seu comparecimento ao Serviço de Fiscalização para que se pudesse tomar por escrito suas declarações relacionadas à sua atividade profissional, ao que não se foi atendido.

Em 21/03/2003, o Sr. Alexandre Gontijo Guerra, assistido por seu Advogado, Sr. Leo Marcos Vagner, compareceu à Repartição para prestar esclarecimentos acerca de sua participação como Procurador de outra Empresa também sob ação fiscal na Receita Federal. Na ocasião, perguntado que foi sobre suas atividades profissionais, o Sr. Alexandre informou atuar no ramo comercial de gêneros alimentícios na Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda. fazendo de tudo na referida Empresa, tanto no que tange às operações de compras como nas de vendas, fls. 58, 59.

No mesmo dia em que foi tomado o depoimento citado, o Sr. Alexandre, juntamente com seus advogados Leo Marcos Vagner e José Carlos Macieira, insistiram para que fosse tomado o depoimento também do Sr. Lourival de Jesus, que aparece como sendo o outro sócio da COMETA, o qual por três vezes havia sido intimado e não tinha comparecido. Acatou-se pois o Pedido e colheu-se o depoimento prestado pelo referido Senhor, que compareceu à Repartição na data de 24/03/2003, acompanhado do Advogado Marcelo Greechi, também inscrito na OAB de São Paulo, fls. 59/61. Na oportunidade, o Sr. Lourival de Jesus, apesar de afirmar ser sócio da Empresa Fiscalizada, demonstrou estar totalmente alheio aos negócios a ela pertinentes, não sabendo informar o seu faturamento nem tampouco seus fornecedores, aliás nem mesmo o nome correto da Empresa o Declarante sabia, ou mesmo o ano preciso em que a mesma havia iniciado suas atividades. Afirmou ainda ser comerciante e viver desse ramo, fazendo retiradas aleatórias que lhes seriam entregues pelo valor desejado, pelo tesoureiro de nome Alberto. Afirmou ainda que não tinha renda proveniente de serviços de fretes, mas que todo mês realizava viagens dirigindo um caminhão tipo carreta Scânia, transportando carga de gêneros alimentícios, porém insistindo em não revelar quem era o proprietário daquele veículo e nem qual o número de sua placa. O Declarante informou ainda que o gerenciamento da Empresa COMETA ficava a cargo do Sr. Alexandre Gontijo.

Diante de tudo o que foi apurado, a conclusão a que se chegou é que as pessoas figurantes do quadro societário da Fiscalizada são seus sócios apenas “no papel”, não representando a realidade dos fatos. Esses Senhores, ao que tudo indica, apenas emprestaram ou alugaram seus nomes para constarem como sócios no Contrato Social da Empresa, com a finalidade escusa de encobrir o nome dos seus verdadeiros proprietários. Esse procedimento é, aliás, bastante comum na área em que a Empresa estava instalada Rua Governador Sampaio no centro de Fortaleza onde atuam Empresas do ramo de comércio



atacadista de cereais, algumas delas autuadas por idêntica irregularidade pelo Fisco Federal. Os "sócios de fato" atuam em geral, mediante procurações públicas outorgadas pelos "sócios formais", através das quais lhes são conferidos os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a Empresa. Em troca, esses supostos sócios, que em regra são pessoas incautas e sem renda, recebem uma compensação financeira. E dessa maneira, escudada em sócios "laranjas", a Empresa passa a sonegar tributos, prestando declarações falsas à Receita Federal sobre o faturamento obtido, para assim nada ou quase nada recolherem à Fazenda Federal, conforme o que se viu no caso apreciado.

Portanto, os fatos relatados e comprovados apontam com toda a clareza para a presença de interpostas pessoas no quadro societário da Fiscalizada, no intento de ocultar da responsabilidade pelos atos cometidos em seu nome aqueles que de fato a administravam e tinham o domínio de seu patrimônio, identificados pela Fiscalização como sendo o Sr. Alexandre Gontijo Guerra, juntamente com os Srs. Celmo Hernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, devendo essas pessoas, por consequência, responderem perante a Fazenda Pública, pelos tributos resultantes das atividades mercantis da referida Empresa, por força do disposto pelo art. 135, III, do CTN.

Com efeito, na Fiscalização que envolveu os anos de 2004 e 2005, foram circularizadas as Instituições Bancárias onde a Empresa mantinha conta e os Cartórios onde as Procurações foram passadas, e nada de novo foi levantado que alterasse a situação constatada pela Fiscalização anterior (encerrada em 2003) no tocante aos responsáveis pelas atividades da Fiscalizada. Ou seja, nesses anos de 2004 e 2005, persistiram no quadro societário da Empresa os mesmos sócios "laranjas" que, conforme restou provado, não tinham a mínima capacidade para tocar aquele comércio que, frise-se, continuava de "vento em popa" tendo faturado as expressivas cifras de R\$ 81.289.131,00 em 2004 e R\$ 35.955.525,00 em 2005 (dados da Fazenda Estadual do Ceará e do Tocantins), fato este que confirmou a continuidade da mesma Administração que vinha do ano de 2003, até porque outros Mandatários não surgiram depois e nem disso foi cogitado por parte dos responsabilizados.

Assim sendo, os Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, considerados coresponsáveis pela Fiscalizada, foram nesta condição intimados nas datas de 12/09/2008, 12/09/2008 e 15/09/2008, respectivamente, acerca da Fiscalização envolvendo os anos de 2004 e 2005, para que apresentassem os correspondentes Livros com a escrituração e outros elementos concernentes às obrigações tributárias da Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., conforme consta dos competentes Termos encaminhados e recebidos no endereço de cada uma dessas pessoas, nas datas citadas. A resposta sobreveio através de correspondência, datada de 23/09/2008, subscrita por uma Advogada que representava os três Intimados, através da qual os mesmos se opunham à responsabilização que

lhes fora imputada, sob o argumento de que o processo onde esses fatos foram apurados poderia ainda ser alvo de recurso especial à CSRF. Ou seja: nenhum fato novo foi trazido pelos Intimados, capaz de justificar nova discussão acerca da responsabilização solidária a eles atribuída pela Fiscalização em relação às atividades mercantis realizadas pela Empresa nos anos de 2004 e 2005.

Portanto, para os efeitos da responsabilização solidária das Pessoas referidas, em relação aos Autos de Infração resultantes da Ação Fiscal, cabem os mesmos argumentos das Autuações concluídas no ano de 2003, objeto do processo 10380.003026/2003-97, razão pela qual se fez juntada dos elementos de prova colhidos naquela Ação Fiscal, inclusive de cópia dos Acórdãos exarados pela 1ª e 2ª Instância Administrativa de Julgamento.

Ante o exposto, concluiu-se, por fim, pela caracterização da sujeição passiva solidária dos Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, identificados no preâmbulo, nos termos do artigo 124, inciso I, combinado com o artigo 135, inciso III, da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

Destarte, ficaram os Sujeitos Passivos Solidários supramencionados cientificados da Exigência Tributária de que trataram os Autos de Infração lavrados contra a citada Empresa.

Inconformado com as Exigências Fiscais, de fls. 02/48, das quais consta intimação ocorrida em 05/01/2009, fls. 377, apresentou o Contribuinte Impugnação em 09/01/2009, fls. 392/413, 434/437, com os pedidos seguintes: cancelamento do crédito tributário; realização de perícia contábil e fiscal, com vistas a apurar os impostos e contribuições devidos; exclusão da penalidade agravada, ante a inatividade da Empresa, em virtude de paralisação das suas atividades operacionais.

Há impugnação apresentada pelos responsáveis solidários (fls. 392/413), onde apontam supostos vícios que alteraram a realidade dos fatos, porque a fiscalização distorceria informações importantes, para poder acusá-los da prática de crime doloso de sonegação fiscal contra a Fazenda Pública, linha na qual expende vasto arrazoado, para dizer que o argumento utilizado nas razões de decidir, tomando por empréstimo a decisão proferida no processo 10380.003026/2003-97, seria temerário porque esse processo estaria em sede de embargos.

Aduz que a prova da acusação de fraude e sonegação fiscal imputada neste processo é ônus do Fisco. Este deve deixar claro, de forma irresponsável, o evidente intuito de fraude, nos precisos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, porque não se trata de presunção legal, presunção relativa, com simples multa de ofício.

Afirma não discutir a ocorrência dos fatos geradores ou possíveis ilícitos fiscais da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., mas se, comprovadamente, houve a participação objetiva dos Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany de Araújo e Alberto Alves de Souza; para com isto responderem pela acusação de fraude ao fisco e serem enquadrados como sujeitos passivos e co-responsáveis solidários pela satisfação do crédito tributário lançado de ofício.

Lembra que as provas testemunhais são verdadeiros depoimentos e confissões - como aqueles trazidos - obtidos unilateralmente nas unidades da Receita Federal e que



frequentemente são desconstituídos pelo Poder Judiciário, logo devem ser aceitos com certa reserva e não como verdades absolutas, uma vez que a Fiscalização só traz aos autos aqueles "depoimentos" que interessa à acusação; aliás, sem qualquer espanto, este é seu mister funcional.

Transcreve do livro Processo Administrativo Fiscal, de autoria de Marcos Vinícius Neder de Lima, nos termos seguintes:

"...A constatação de um indício é apenas o ponto de partida para novas investigações, pois, em geral, são necessários mais elementos de convicção para que se possa concluir de forma segura a ocorrência de um fato gerador." (grifos na transcrição)

E comenta que no seu caso havia indícios que reclamavam aprofundamento das investigações. Contudo, o Fisco fez do indício a própria prova; ao se louvar exclusivamente em Termos de Depoimento e algumas débeis provas documentais inconclusivas; na medida em que deixou de demonstrar, de forma irresponsável, onde estava o fenômeno econômico que pudesse ensejar o comprometimento dos Impugnantes por terem aproveitado em nomes próprios ou de terceiros das operações comerciais da Pessoa Jurídica.

Afirma que a Fiscalização não esteve preocupada com a busca da verdade material, como dão conta duas intimações (docs. 01/04) - uma em 26.03.2002 e outra em 11.10.02, que foram respondidas em 11.04.2002 e 04.10.2002, respectivamente - dirigidas à Central Paulista de Açúcar e Alcool (USINA ATALLA em São Paulo) que era a principal fornecedora da autuada; solicitando fosse informado o nome da pessoa representante da compradora que mantinha contato com a remetente para negociar contratos de venda de açúcar.

Responde que a resposta da Usina foi uma só: era o Sr. Masil Torres Pessoa e, pelo fato disto concorrer em benefício dos denunciados - em especial do Sr. Alexandre Gontijo Guerra - a Fiscalização não juntou estes expedientes aos autos, o que demonstra de forma irresponsável que sua única intenção era o de tão-somente autuar e não apurar a verdade material.

Diz possuir notícias seguras de que outras pessoas também foram chamadas a prestar "informações" e como os resultados militavam contra o Fisco, também passaram a não existir nos autos, ainda que fossem provas subjetivas e indiretas. Pergunta qual seria o valor probante de provas testemunhais, reduzidas a termo, tomadas e trazidas unilateralmente pelos Impugnantes no sentido contrário àquelas produzidas no interior dos órgãos da SRFB, contra eles? Seguramente o resultado seria NENHUM; porque produção de provas subjetivas é prerrogativa do Fisco sem direito ao contraditório em todos seus termos.

Refere-se às provas materiais frente às provas testemunhais constantes dos autos, dizendo que para tentar imputar responsabilidade aos Recorrentes, a Fiscalização decidiu eleger os reais administradores da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., sem qualquer respaldo fático, apenas com base no Termo de Declaração do Sr. Masil Torres Pessoa, fls. 56, do qual transcreveu parte.

A fiscalização pretendeu deixar cravado que a partir de dezembro de 1998 a pessoa jurídica autuada passou a ser de fato administrada pelos três Recorrentes, logo, os principais alvos da acusação fiscal.



Também como prova indireta, testemunhal, subjetiva, a Fiscalização trouxe aos autos os Termos de Declaração - além dos Recorrentes - do Sr. Lourival de Jesus (sócio cotista minoritário da empresa) e Francisco Geraldo Aires Benevides (contador).

Por outro lado, afirma que as provas diretas, materiais, documentais, carreadas aos autos não passaram de: a) instrumentos procuratórios, fls. 193/196 e 204; b) DIRPFs dos Srs. Lourival de Jesus [2001/2002 e 2004/2005] (fls. 275/276 e 212/217), Masil Torres Pessoa [2001/2002 e 2004/2005] (fls. 273/274 e 218/220), Celmo Ernany Araújo [2005/2006] (fls. 221/227), Alberto Alves de Souza [2004/2005 e 2005/2006] (fls. 228/233), Alexandre Gontijo Guerra [2001/2002; 2004/2005 e 2005/2006] (fls. 270/272 e 234/248); c) Cartões de Assinaturas do Banco Sudameris, de 24.12.2001, como procuradores os Srs. Alberto Alves de Souza e Celmo Ernany de Araújo, abonadas pelo Sr. Masil Torres Pessoa (fls. 287/290) e Ficha Cadastral da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda, de 15.02.2002, assinada pelo Sr. Masil Torres Pessoa (fls. 292/293); d) Cartões de Assinaturas do Banco Bradesco, de 21.06.06, dos Srs. Alberto Alves de Souza, Lourival de Jesus e Masil Torres Pessoa (fls. 307/309); e) Três fotos - de pouca nitidez - sendo duas laterais de um "semi-truck" [sem possibilidade de se verificar a chapa] e uma da residência tida como do Sr. Lourival de Jesus, obtidas pelo Setor de Inteligência da SRFB na cidade de Bom Despacho em Minas Gerais."

Aponta que uma prova para ser recebida deve apresentar-se com as seguintes características: 1. *ser admissível (não proibida em lei)*; 2. *ser pertinente (adequada à demonstração dos fatos e a estes aplicados e* 3. *ser **concludente** (há de trazer esclarecimentos ao ponto controvertido, ou confirmar as alegações feitas). E é sob este prisma que se deve valorar as provas juntadas aos autos sob exame. (grifos da peça)*

No tocante aos Instrumentos Públicos de Procuração, datados de 13/12/2001, onde o Sr. Masil Torres Pessoa outorgou amplos, gerais e irrestritos poderes aos três Recorrentes, são atos jurídicos que se revestem de rigorosa forma prescrita em lei e merecem fé pública - *juris et de juris* - desde que sobre eles não pairem acusação de qualquer vício de ilegitimidade, quando o Outorgante [aqui o Sr. Masil Torres Pessoa] OBRIGATORIAMENTE, esteve presente no Tabelião do 2º Ofício de Fortaleza.

E que essas procurações fazem prova é só a favor dos Recorrentes, uma vez que em 13.12.2001 - contrariamente do que foi extraído do depoimento do Sr. Masil Torres Pessoa - o Outorgante esteve "na frente" do Tabelião do 2º Ofício do Cartório de Fortaleza/CE; o que fulmina de morte a assertiva da Fiscalização, que destacou (ora se repisa): "...que não tem noção do volume de faturamento dessas empresas nos últimos três anos; que saiu de Fortaleza em dezembro de 1998..." (destaque e grifo na transcrição).

Pergunta como pode se afirmar que o Sr. Masil Torres Pessoa saiu de Fortaleza e não mais retornou desde de dezembro de 1998, se as procurações foram outorgadas em datas bem posteriores (docs. 5/19)?

Comenta que as DIRPFs juntadas estão desacompanhadas de qualquer comentário da Fiscalização, sem qualquer valor probante contra os Impugnantes e/ou Sócios da pessoa jurídica, bem como sem nexos causal entre essas e o que ora se discute, inclusive, no Termo de Sujeição Passiva Solidária elas não receberam sequer uma linha que pudesse por em dúvida qualquer elemento delas constantes.

Em reforço aos amplos, gerais e irrestritos poderes concedidos pelos Instrumentos Públicos de Procuração aos Impugnantes, a Autuante traz como prova de tais faculdades dos procuradores as Fichas de Assinaturas dos Bancos Sudameris e Bradesco dos Srs. Celmo Ernany de Araújo e Alberto Alves de Souza. Que fique sob destaque, inexistem tais fichas assinadas do Sr. Alexandre Gontijo Guerra, logo, ainda que quisesse, jamais este poderia

movimentar qualquer valor das contas bancárias em nome da pessoa jurídica, nem tampouco assumir obrigações em nome da mesma.

Pedi destaque para o fato das assinaturas - do Sr. Masil Torres Pessoa e Lourival de Jesus - constantes nas fichas de autógrafos e demais documentos fornecidos pelos Bancos Bradesco e Sudameris (fls. 287/288; 290/293 e 308/309) estão datados entre 2001 e 2002, logo, conclusivamente, **eles estavam em Fortaleza após dezembro de 1998**. (Destaque das razões)

No mérito comenta, quanto à solidariedade passiva, com fulcro nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN, que a mesma vem sendo rechaçada por este órgão, como seria prova a decisão UNÂNIME, da 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, fls. 403, ac.102-49245 de 10/09/2008, de cuja ementa transcreve.

E não seria apenas a ementa, mas a semelhança dos casos tratados em ambos os processos. Destaca alguns excertos do voto condutor, fls. 403/405, inclusive com citação de Paulo de Barros Carvalho.

À evidência, dos institutos do direito penal, a Fiscalização adotou precipitadamente o "crime formal" - aquele que independe do resultado - quando sustenta toda sua acusação sobre a simples existência de tais procurações e fichas de assinaturas bancárias de só dois recorrentes e não sobre seus efeitos (atos praticados) ocorridos *in concreto*. Foram assacadas levianas acusações desacompanhadas de qualquer prova da materialidade do exercício dos procuradores da pessoa jurídica; que pudessem incriminá-los por terem praticado atos de administração financeira e, por decorrência, fraudar o Fisco.

Ainda que tudo isto não bastasse - para comprovar a precariedade da denúncia fiscal - também lembrou uma outra decisão UNÂNIME da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, onde o Colegiado entendeu que as provas carregadas aos autos eram suficientes para imputar responsabilidade passiva a terceiros, tidos como "sócios de fato". De maior relevância ao juízo de convencimento, a necessidade de provas materiais e diretas quando se discute fraude fiscal, verificado o voto condutor (Ac. 101-96.145, de 23.05.07, Cons. Sandra Maria Faroni), em respeito ao devido valor à prova material em caso de evidente intuito de fraude, fls. 405, 406.

No caso sob exame, a Fiscalização teve acesso a toda movimentação bancária da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda. - não só às Fichas de Assinaturas dos sócios e dos Srs. Celmo Ernany de Araújo e Alberto Alves de Souza, como também aos extratos e cheques emitidos - mas não encontrou absolutamente nada; ainda que por amostra apontasse que os Recorrentes eram os efetivos administradores da mesma. Por isto, lavrou o TERMO DE DESTRUIÇÃO DE ARQUIVO EM MEIO MAGNÉTICO, fls. 376, 407.

Afirma que era sobre os dados financeiros que a Fiscalização deveria se debruçar para poder asseverar que os Recorrentes eram os efetivos administradores da Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda. Não se pode pensar diferente que a zelosa Autuante deixou de esquadriñar minuciosamente os extratos, cheques, DOCs, TEDs, Contratos de Abertura de Crédito etc. das contas bancárias sem lograr êxito - em sequer um documento - que autorizasse à conclusão, ou melhor, pelo menos a existência de um indício convergente, que os procuradores movimentavam os recursos da Empresa junto àquelas instituições financeiras.

Também afirma que não há nos autos qualquer comunicação com fornecedores ou clientes - **pelo contrário neste momento quem traz esta prova são os Impugnantes** - ainda que por amostra pouco representativa no sentido de solicitar informações sobre os negócios de compra e venda de mercadorias; perquirindo sobre atuação dos Impugnantes na administração da Empresa, ainda que fosse tão-somente na parte comercial.

Alude que não tem nenhum valor probante o Termo de Declaração do Sr. Lourival de Jesus, aliás, além de confuso dá conta de manifesta contradição.

Aponta ausência de qualquer elemento concreto contra eles, no que respeita à administração da Empresa; para dizer que o Sr. Lourival de Jesus estava alheio aos negócios, a Autuante serviu-se do pessoal da inteligência fiscal da SRFB que esteve na cidade de Bom Despacho/Minas Gerais, onde tirou fotos de um "semi-truck" e da residência do mesmo.

Refere as duas fotos do veículo constantes nos autos e que não possibilitam identificar sua placa; bem como não se sabe quem estava dirigindo o "semi-truck", seria o Sr. Lourival de Jesus?; depois, tendo a Fiscalização concluído e repetido por várias vezes que o Sr. Lourival de Jesus "ser uma pessoa pobre" a foto tirada da residência não autoriza esta conclusão, uma vez que a mesma tem até porteiro eletrônico com uma residência tipo sobrado no interior do imóvel, e muito menos que tenha sido construída na forma de mutirão, com a ajuda dos vizinhos?

Isto faria com que o juízo de pobreza ficasse muito aquém do que se está vendo na foto (fls. 316). Aponta mais contradição, na casa - isto é o sobrado - "construída sob o regime de mutirão da comunidade" (ajuda dos vizinhos), sequer consta das DIRPFs de 2001/2002 e 2004/2005 como sua propriedade. Será que o Sr. Lourival de Jesus também não deixou de prestar outras tantas informações de natureza econômica ao Fisco, com destaque, em quarto lugar, para o que diz em seu depoimento, fls. 60, 61, 409?

Alega, por amor ao debate, que se tomadas como verdade tais assertivas, só se pode aceitar que o Sr. Lourival de Jesus seja de uma pobreza franciscana, inclusive seu voto de pobreza chega às raias do absurdo de trabalhar para terceiros sem cobrar nada. Como também ficou sem explicação - por parte do pessoal da inteligência fiscal da SRFB - de quem seria o proprietário do "semi-truck" e sua placa, porquanto o Depoente fez questão de não divulgar estes dados e, por outro lado, a Fiscalização diz ter pesquisado no RENAVAM, mas também não trouxe estas informações aos autos.

Afirmar que tais contradições impedem que apresentem, sobre esses fatos, um juízo de valor razoável

Quanto ao enquadramento legal: artigos 124, I, e 135, III, do CTN, afirma que por presunção, na melhor das hipóteses, os litisconsortes foram chamados aos autos do Processo Administrativo Fiscal para responderem tanto como sujeitos passivos da obrigação tributária como responsáveis solidários pelo crédito tributário, conforme o Termo de Sujeição Passiva Solidária, fls. 62, 410.

Mas a estrutura legislativa do Código Tributário não admite que se tome uma coisa por outro sujeito passivo da obrigação tributária por terceiro responsável pelo pagamento do crédito tributário uma vez que são institutos diagonalmente diferentes e cada qual com seus pressupostos e efeitos jurídicos próprios. Um é excludente do outro.

No Capítulo IV o Código trata do SUJEITO PASSIVO; Seção I das Disposições Gerais [que vai do art. 121 ao art. 123]. Já em sua Seção II trata da Solidariedade



[que vai do art. 124 ao art. 125]. As seções III e IV seguintes tratam da Capacidade Tributária e do Domicílio Tributário. É óbvio que neste Capítulo se estuda a RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA; onde ressalta evidente que se vincula o sujeito passivo ao FATO GERADOR.

No Capítulo V o Código trata da RESPONSABILIDADE, sendo que as Seções de I e II são da Disposição Geral e Responsabilidade dos sucessores [arts. 128 a 133]. A Seção III dispõe sobre Responsabilidade de Terceiros [arts. 134 e 135].

Esta a questão dentro da estrutura do CTN interpretar a volição do legislador, no sentido que quis dar a cada um dos dispositivos sob exame. Transcreve lição de Washington de Barros Monteiro, fls. 411,

"A doutrina e a jurisprudência estabeleceram vários e preciosos critérios interpretativos: ...; c) deve ser afastada a exegese que conduza ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo...; h) em matéria fiscal, a interpretação se fará restritiva; i) urge se considere onde esta colocado o dispositivo, cujo sentido deve ser fixado" (grifos na transcrição).

No enquadramento legal vincularam os Impugnantes ao FATO GERADOR COM SUJEIÇÃO PASSIVA, como também, ao mesmo tempo, RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS PELA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. O que é contraditório, porquanto os dispositivos legais adotados (art. 124, I, c/c art. 135, II e III) são excludentes entre si.

Afirma que não podem prevalecer as duas figuras. O "caput" 135 do CTN dispõe sobre a responsabilidade solidária das "obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatutos"; a expressão "**atos praticados**" é o núcleo da norma penal, aplicável a imputação **por ato comissivo que é o resultado de uma ação**.

Refere-se aos três elementos necessários à caracterização de uma norma penal: a) a hipótese tipo do ato ilícito: "atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatutos"; b) os possíveis agentes: elencados, em numerus clausus, nos incisos I a III de seu "caput" e c) a pena: "São pessoalmente responsáveis sobre os créditos correspondentes" (isto é o pagamento).

Comenta que a imputação decorre de ação ou omissão e não das duas figuras. E é sob esta única ótica de interpretação da unicidade das normas em todo campo do direito, tanto penal como tributário que devem ser apreciadas a denúncia fiscal e a Impugnação, conforme Seherkerkewitz, (Iso Chaitz, Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Tributário Penal, RENOVAR, 2002, pág.175).

"Com o apoio de Villegas, cremos que o direito é uno, não, podendo haver contradições em seu bojo (ou melhor dizendo, as contradições devem ser superadas pelo intérprete), sendo que quando a lei, no caso concreto a lei penal tributária emprega conceitos e instituições de direito penal comum e não „, lhe da um conteúdo particularizado, este deve ser interpretado • tal como é definido pelo Código Penal por sua doutrina e por... IS sua jurisprudência, tal como existe esse conceito ou essa • instituição no direito tronco" (grifos na transcrição)

O artigo 142 do CTN, que trata da regularidade da constituição do crédito tributário como um dos elementos essenciais do lançamento, dispõe sobre a responsabilidade funcional o agente que deve "identificar o sujeito Passivo". Todavia não autoriza a interpretação de que deve ou pode identificar o responsável pelo pagamento do crédito tributário.

Aponta o inusitado da situação, onde três pessoas são acusadas de fraudar o fisco, sem restar provado, objetivamente, que tenham beneficiado a si ou a terceiros. Portanto, não pode subsistir a acusação de evidente intuito de fraude, sem prova de manifesto benefício para alguém em prejuízo de outrem. Aqui, não restando, comprovado o cometimento de evidente intuito de fraude, o voto de presunção de inocência aproveita aos Impugnantes, uma vez que se tornou vazia a denúncia fiscal.

Lembra que um princípio que orienta o Julgador em um processo com implicações penais: "que a Defesa até pode ser fraca, mas a acusação não pode ser falha".

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA (fls. 434/437):

Nesta peça afirma o Contribuinte que os autos foram lavrados com base em informações coletadas do Fisco Estadual, sem nenhuma prova concreta de que as receitas consideradas nos Autos fossem efetivamente aquelas auferidas pela Empresa nos períodos considerados.

Tratando-se de prova emprestada, na linha de vários Acórdãos do Conselho de Contribuintes, esta é falha por não garantir o contraditório, nem a ampla defesa, sendo, no caso concreto, obstáculo oponível à admissão e à valoração de referida prova.

Aponta a entrega regular das Declarações de Rendimentos com base no Lucro Presumido, exercícios de 2005 e 2006, anos-calendário de 2004 e 2005 e não compreendeu o procedimento de Fiscalização que lavrou exigências sem observar as disposições do Regulamento do Imposto de Renda, especialmente o art. 904 do Decreto 3.000/1999.

Reclama do arbitramento dos lucros com base em informações de terceiros, mais especificamente sobre as bases de cálculos das GIMs informadas à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará - SEFAZ-CE, que incluía as vendas, mas não consignava os custos, de forma a possibilitar a apuração do real lucro da Empresa.

Discorre sobre o arbitramento se contrapondo a esta forma de apuração dos lucros, embora reconheça que o mesmo não é penalidade. E junta que sua manutenção implicará na falência extrajudicial da empresa, ou seja, a bancarrota pelo excesso de exação.

Reconhece a divergência entre a receita declarada e a receita contábil, mas a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica DIPJ seria retificada oportunamente, antes do período decadencial, com base nos registros e nas informações contábeis, mas a Ação Fiscal tirou sua espontaneidade deixando-a engessada, sem possibilidade de retificar ou corrigir qualquer elemento já declarado anteriormente. Não houve intuito de fraudar o Fisco, já que a Empresa mantém sua escrita regular para comprovar o real lucro da Empresa.

Aduz que não entregou os livros devido "à má orientação do pessoal envolvido" e que não houve, sequer, reintimação para entrega da documentação comprobatória. A Fiscal achou melhor se basear em laudos e declarações feitas há mais de 5 (cinco) anos, que envolvia os Sócios e Procuradores. A posição atual diverge das circunstâncias inexistentes à

época dos depoimentos constantes do Auto de Infração, efetivados nos anos de 2002 e 2003. Vale salientar que muitos dos depoimentos não foram assinados pelos possíveis Declarantes.

No Auto de Infração, na descrição dos fatos, a Fiscal consignou que as intimações foram feitas "via postal", ou seja, não atenderam ao disposto pelo art. 904 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000, de 1999, que exige que a Ação Fiscal seja feita diretamente no domicílio do Contribuinte. Isso requer uma ação direta e permanente no estabelecimento da Empresa, com o comparecimento do agente no domicílio do Contribuinte, objetivando verificar a exatidão dos rendimentos ou receitas sujeitos à incidência do imposto devido, se for o caso.

Reclama da ação fiscal e da forma como o procedimento ocorreu para dizer que descabe a qualificadora da multa, posto que ausente o intuito de fraude, conluio ou sonegação. Presente mera irregularidade na determinação da base de cálculo.

Pede tempo para se organizar contabilmente, visando oferecer ao Fisco os demonstrativos contábeis reais, com apuração dos impostos IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, compatíveis com os resultados realmente apurados; e que seja sobrestada a representação fiscal para fins penais, da pessoa jurídica e dos sócios, Masil Torres Pessoa, CPF 516.045.666-04, e Lourival de Jesus, CPF 650.617.137-53.

A ciência da decisão se dá por edital, conforme fls. 510, para a Pessoa Jurídica e o Sr. Masil Torres Pessoa e Celmo Ernani Araújo. O sr. Celmo Ernany Araújo, Alexandre Gontijo Guerra, Aberto Alves de Souza em 31/08/2009, conforme AR de fls. 495, 497, 498, respectivamente.

Recurso aviado em 29/09/2009, fls. 499/506, pelos Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, inicia dizendo reportar-se à integralidade dos argumentos e provas juntados à impugnação.

***A decisão desafiada:** "Para enfrentar a injusta manutenção dos lançamentos de ofício, na essência se extrai e se comenta excertos das razões de decidir lançadas no voto condutor do v. aresto recorrido — no que aqui interessa é sobre a ilegitimidade passiva dos recorrentes, pessoas físicas trazidas como responsáveis pela satisfação do crédito tributário — onde restará sobejamente comprovado que a autoridade julgadora fez ouvidos moucos e olhos cegos a toda argumentação e provas documentais trazidas pelos administrados".*

É o que se lê no subtítulo sujeição PASSIVA DOS SÓCIOS.

Resume-se que após a análise da documentação arrecadada sobre a constituição da empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda.; tendo tomado conhecimento da existência de procurações públicas outorgadas aos recorrentes e os termos de depoimento de terceiros, a fiscalização concluiu que a empresa foi constituída com o escopo de "ocultar operações realizadas" pelas pessoas físicas; muito embora o ilustre relator do r. decisão recorrida reconheça e dá destaque: "... nem pelo fato de não haver sido esclarecido quem seria o proprietário do caminhão dirigido pelo Sr. Lourival de Jesus, questão invocada pela Defesa."

Aqui uma pausa: Escreveu o douto relator sobre o "... caminhão dirigido pelo Sr. Lourival de Jesus, questão invocada pela Defesa.",

Afirma que em nenhum momento e em qualquer documento há a informação de que o "semi-truk constante das fotos estava sendo dirigido pelo Sr. Lourival de Jesus. Tanto foi que os impugnantes insurgiram-se contra a nitidez das fotos, das quais ninguém poderia tirar qualquer conclusão, porquanto impossível identificar a chapa e muito menos quem era o condutor do veículo naquele momento.

Não há esta assertiva no Relatório da Inteligência da Secretaria da Receita Federal nem na denúncia fiscal. Logo, o julgador foi além da verdade processual, para ter (criando) um elemento de prova que pudesse comprometer os impugnantes. O que é lamentável e isto milita contra dois princípios constitucionais (art. 37) que regem a administração pública: IMPESSOALIDADE e MORALIDADE.

Reclama que para suportar o juízo de culpa a relatora do v. aresto atacado transcreve doutrina de Washington de Barros Monteiro, ao tempo em que nega acolhimento aos seus argumentos, igualmente defendidos pela doutrina, dizendo-os "simples exemplificações da tese defendida pelo impugnante", o que se mostra contraditório e tendencioso.

No que toca ao fato de os recorrentes, então impugnantes, argumentarem ser prematura a conclusão da denúncia fiscal — quando disse que no processo anterior do IRPJ (10380.00303612003-07) as decisões de 1ª e 2ª instância administrativa foram desfavoráveis aos mesmos — porque o aresto do então Conselho de Contribuintes ainda estava sendo discutido em sede de embargos de declaração e, estranhamente, permaneciam retidos na repartição fiscal até a data do protocolo da petição impugnativa deste caso.

Afirma que a informação do Sistema COMPROT, dando conta que o processo havia sido enviado ao 1º Conselho de Contribuintes em 13.02.09, provaria sua suspeita de retenção indevida do processo pela DRJ (que só se movera pressionada pela Recorrente).

Também dá como correto o enquadramento legal contido no termo de solidariedade passiva — que autorizam trazer ao feito fiscal as pessoas físicas que seriam os verdadeiros sócios de fato da pessoa jurídica — com fulcro nos artigos 124, I e 135, III, ambos do CTN.

Ressalta evidente que o ilustre relator da r. decisão recorrida deu muita importância e fez juízo de valor sobre esta sua conclusão, tanto foi que a levou para a ementa do julgado.

No tocante ao enquadramento legal contido no termo de solidariedade passiva — que autorizam trazer ao feito fiscal as pessoas físicas que seriam os verdadeiros sócios de fato da pessoa jurídica — com fulcro nos artigos 124, I e 135, III, ambos do CTN, dados como correto pela decisão, opõe que a alentada argumentação jurídica sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas do CTN, oferecida a debate pelos administrados eram (e são) muito importantes para o deslinde da questão, mas, lamentavelmente, não mereceu sequer uma linha no voto condutor do v. aresto atacado; o que expõe a desnuda pobreza franciscana do julgado.

Afirma que nada favorece mais sua defesa que a tentativa do Fisco acusá-lo atropelando a lei. O Direito só pode ser achado na lei. Repete os julgados administrativos

oferecidos em 1ª instância e junta as ementas dos acórdãos 108-09263 de 28/03/2007; 105-16.987, de 27.05.08 e 102-47.558, de 24.05.06, Cons. Naury Fragoso Tanaka.

E conclui que forte na lei, na doutrina e na jurisprudência não há como manter a ação fiscal que trouxe os recorrentes (pessoas físicas) como responsáveis tributários, por manifesta ilegitimidade passiva para responder por possíveis irregularidades ocorridas na empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda..

Despacho de fls. 512 dá seguimento ao feito.

Recebo os autos, por sorteio, para relato.

Este é o relatório.

Voto

Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade, no que tange ao conhecimento da responsabilidade solidária imputada aos Senhores Celmo Ermany Araújo, Alexandre Gontijo Guerra, Aberto Alves de Souza, ÚNICA matéria posta no litígio.

Matéria que já foi objeto de conhecimento no julgamento proferido no acórdão 108-09.477, de 08/11/2007, processo 10380.003026/2003-97, e está assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 NULIDADE DO LANÇAMENTO - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Rejeita-se preliminar de nulidade quando não configurado vício ou omissão de que possa ter decorrido o cerceamento do direito de defesa.

CONHECIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR PESSOAS VINCULADAS. Deve-se conhecer do recurso interposto por quaisquer pessoas vinculadas ao lançamento regularmente impugnado pelo sujeito passivo.

SUJEITO PASSIVO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

Respondem pelo crédito tributário os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertadas por terceiras pessoas que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas-correntes bancárias.

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - CONFRONTO ENTRE DADOS DAS GIMS E A CONTABILIDADE - Caracteriza a ocorrência de omissão no registro de receitas a constatação de diferenças entre o total das receitas informadas nas Guias de Informações Mensais (GIM/GIAN) à Secretaria de Fazenda Estadual em confronto com aquele escriturado e lançado nas DIPJ apresentadas ao Fisco Federal, mormente quando elas não são contestadas pela autuada.

IRPJ - LUCRO ARBITRADO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS - A falta de apresentação pela fiscalizada de livros e documentos contábeis e fiscais impossibilita a apuração do lucro real, restando como única forma de tributação o arbitramento do lucro tributável.

IRPJ - APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA - A conduta da contribuinte de não informar a totalidade de suas receitas nas declarações de rendimentos entregues ao Fisco durante anos consecutivos, indicando valores ínfimos nas suas DIPJs, e de ser administrada de fato por terceiros não vinculados a ela oficialmente, denota o elemento subjetivo da prática dolosa e enseja a aplicação de multa qualificada pela ocorrência de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

CSL - LANÇAMENTO DECORRENTE - O decidido no julgamento do lançamento principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica faz coisa julgada no lançamento dele decorrente, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existente.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Recurso negado.

(...)

Naquela ocasião a decisão confirma a responsabilidade pessoal dessas pessoas pelos créditos constituídos na pessoa jurídica, é verdade, como bem consignaram as razões oferecidas que o processo ainda não se esgotou na fase administrativa, mas a posição atual é esta.

Voltando ao presente, os Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany Araújo e Alberto Alves de Sousa, recorrem do acórdão de 1º grau, apresentando, em síntese, os seguintes pontos:

a) nulidade da decisão de 1º grau, pela singeleza de conteúdo, por não comentar a doutrina e jurisprudência constantes das razões impugnatórias, o que implicara em cerceamento do seu direito de defesa;

b) falta de comprovação efetiva da participação das pessoas físicas na empresa autuada. Com valoração incorreta das provas oferecidas, supervalorizando aquelas trazidas pelo fisco e desconsiderando as que foram juntadas pela Recorrente; e

c) incoerência na capitulação legal.

No tocante à preliminar de nulidade, invocada por entenderem os recorrentes que a autoridade de 1º grau não analisou todos os pontos consignados na inicial, se destaca o fato de que o acórdão abordou todas as matérias trazidas à colação. Também é pacífico neste colegiado que a falta de análise exaustiva dos argumentos oferecidos não é motivo de nulidade da decisão.

Além do mais o julgador não está obrigado a contestar, item por item, os argumentos expendidos pela parte quando analisa a matéria de mérito. (STJ – Resp 652.422 – 2004/0099087-0) RET n 43 – maio/junho/2005, p. 136:5691).

Há que se observar, ainda, que a autoridade julgadora é livre para formar a convicção, conforme autorização contida no artigo 29, do Decreto nº 70.235, de 1972; não se necessita especificar questão ou prova na decisão, basta para tanto expor os motivos que permitiram a conclusão e a fundamentação legal. Nessa mesma linha, rejeita-se também o questionamento posto na Impugnação dirigido à falta de apreciação de motivos fundamentados em documentação fiscal.

Quanto ao mérito da instrução processual os Recorrentes afirmam que só foram analisados os argumentos que interessavam ao Fisco e que fora trazido aos autos os elementos de outro processo 10380.003026/2003-97, que estaria sendo retido na DRJ, por “mala testa.”

Diz que a imputação fiscal se dá por presunção, pois não se trata da ocorrência dos fatos geradores ou possíveis ilícitos fiscais da Empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., mas se, comprovadamente, houve a participação objetiva dos Srs. Alexandre Gontijo Guerra, Celmo Ernany de Araújo e Alberto Alves de Souza, para com isto responderem pela acusação de fraude ao fisco e serem enquadrados como sujeitos passivos e co-responsáveis solidários pela satisfação do crédito tributário lançado de ofício.

E que sua defesa se sustentaria na aferição das provas com direcionamento na esteira do direito penal; uma vez que os três recorrentes nada podem dizer sobre a matéria tributária com a qual não concorreram.

Continua para dizer que a acusação de evidente intuito de fraude fiscal deve, necessariamente, se sustentar em provas diretas, objetivas, materiais, documentais, não se aceitando tão-somente as provas indiretas, subjetivas, as testemunhais; para fazer o juízo de culpa de quem quer que seja. Nada contra os termos de declaração de terceiros, as provas indiretas, subjetivas, porque se sabe que em alguns casos as provas materiais, diretas e documentais são difíceis de se obter.

Lembra que as provas testemunhais são verdadeiros depoimentos e confissões - como aqueles trazidos - obtidos unilateralmente nas unidades da Receita Federal e que frequentemente são desconstituídos pelo Poder Judiciário, logo devem ser aceitos com certa reserva e não como verdades absolutas, uma vez que a Fiscalização só traz aos autos

aqueles "depoimentos" que interessa à acusação; aliás, sem qualquer espanto, este é seu mister funcional.

Embora os Recorrentes ponham em dúvida a validade da prova testemunhal ela é válida e o poder judiciário já aceita frente às provas constantes do processo e o livre convencimento do julgador, também no âmbito tributário.

No antigo Conselho de Contribuintes na 8ª Câmara, em 09 de novembro de 2000, a matéria foi conhecida e está assim ementada no acórdão 108-06.294.

(...)

PROVA TESTEMUNHAL - As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras, principalmente quando, nos depoimentos, diversas testemunhas prestam informações a termo, perante autoridade policial e fiscal, confirmando fatos que apontam para ocorrência de crime quanto a ordem tributária.

No judiciário também não há restrição a esta prova, como se ilustra da transcrição do HC - 75809/SP- Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento de 17/03/1998 - 1ª Turma:

Ementa : I. Sentença condenatória: justa causa conforme fundamentação idônea, baseada não apenas na confissão depois retratada do paciente, mas também na prova indiciária colhida em juízo, julgada bastante para elidir a verossimilhança de sua versão dos fatos: juízo de mérito a cuja revisão não se presta o habeas corpus.

Indeferido por unanimidade .

E note que nesse caso se trata de pena privativa de liberdade.

Ainda, entendo que o argumento de se desconstituir no judiciário a prova testemunhal é falacioso, porque em todo curso do processo não se falou em coação ou qualquer forma de violência na tomada dos depoimentos que abaixo se transcrevem para melhor conhecimento dos fatos. Então, pergunto, por qual motivo seriam desconstituídos?

Equivale dizerem os Recorrentes que só caberia atribuir validade apenas à prova produzida em juízo, por ser a única a ensejar crime de falso testemunho. Ao contrário, nos termos do artigo 342 do Código Penal tem-se que: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos , e multa.”

Desta forma se pode sustentar relevância probatória para os depoimentos prestados, uma vez que, o crime de falso testemunho também se caracteriza pela afirmação falsa prestada em inquérito policial e processo administrativo. Como afirma o Renomado Professor Damásio E. de Jesus em seu Código Penal Adotado, 6ª Edição 1996 – Ed. Saraiva, p. 909, com relação a natureza do processo que deve ser prestado ao falso testemunho, “A conduta deve ser realizada em processo judicial (criminal, civil ou trabalhista), em inquérito policial, em processo administrativo, juízo arbitral (CPC arts. 1072 a 1102) ou inquérito parlamentar (Lei n.1579/52).



Em que pesem os brilhantes e bem articulados argumentos do recurso, sobrepõem-se que a instrução dos autos apontam para um fato tipificado como ilícito frente ao nosso ordenamento jurídico. As provas colhidas ao longo da ação fiscal apontam:

a) o procedimento fiscal constante do 10380.003026/2003-97, que reconheceu a responsabilidade das pessoas físicas recorrentes, é em tudo semelhante a este, que nada mais representa que outro período fiscal (mas as pessoas são as mesmas e os fatos também);

b) as afirmações prestadas no termo de fls. 251/252, pelo Sr. **Alexandre Gontijo Guerra**, não foram, sequer, tangenciado nas razões oferecidas, e ali afirma este senhor que :

1. é funcionário da empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., na função de gerente, desde o ano de 1999;

2. antes de entrar para a Cometa já atuava no ramo de comércio atacadista de açúcar, na Rua Governador Sampaio, como proprietário de uma firma de nome Organização Esperança, já fechada;

3. é conterrâneo do Sr. Masil Torres Pessoa, da cidade Nossa Senhora do Bom Despacho - MG;

4. que atuava como corretor de compra e venda de açúcar, quando o Sr. Masil o convidou a trabalhar com ele no comércio denominado Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda;

5. o Sr. Masil sempre teve residência fixa na cidade de Nossa Senhora do Bom Despacho, onde mantém fazenda de gado, vindo a Fortaleza de vez em quando, mais ou menos de três em três meses, quando então aqui permanecia por cerca de uma semana;

6. e responsável pelas compras da empresa, sendo que as vendas no balcão são feitas por três vendedores de nome José Flávio Almeida, Cristiana Dias e Rui Amorim Gontijo;

7. o controle do caixa da empresa é feito pelo Rui Gontijo, que diariamente presta conta com o Sr. Masil, via fax;

8. os pagamentos pelas compras realizadas em nome da empresa Cometa, são feitos com cheques que o Sr. Masil já deixa assinado em poder do Rui;

9. referida conta é manida no Banco do Brasil —Ag. Praça do Correio — Fortaleza;

10. não possui procuração que lhe dê poderes para movimentar conta bancária da empresa;

11. o Sr. Masil vive de sua Fazenda de gado mantida no município de Nossa Senhora do Bom Despacho;

12. além das pessoas já citadas acima, afirma que não conhece mais nenhuma pessoa que estejam à frente da referida empresa na sua administração;

13. dispõe de total confiança junto ao Sr. Masil, e que recebe, mensalmente como salário a importância de R\$ 1.000,00;

14. a empresa funciona graças ao seu serviço de corretagem, realizando as compras, mercadorias para a revenda;

15. não tem mais firma em seu próprio nome por não ser compensatório, dadas as inúmeras responsabilidades e encargos que sobrecarregam o empresário; e

16. não conhece o outro sócio da empresa Cometa.

As razões oferecidas tentam, apenas, minimizar a importância dos depoimentos prestados mas não esclarecem sobre o seu conteúdo. Também cabe registrar que o Contribuinte se negou a assinar a declaração, conforme ali consignado (o mesmo foi assinado pela autuante e por duas testemunhas que assistiram ao depoimento).

c) Termo de fls. 252/253, que contém o depoimento prestado pelo sr. **Alberto Alves de Souza** constam as seguintes informações:

1. que é natural de Minas Gerais da cidade de Bom Despacho;

2. que veio para Fortaleza há cerca de cinco anos, com a finalidade de trabalhar no comércio juntamente com o Sr. Masil Torres Pessoa, na empresa M.T.Pessoa, localizada na Rua Governador Sampaio;

3. que conhece o Sr. Masil de sua cidade natal, do qual é conterrâneo, e que por ele foi convidado a vir para Fortaleza;

4. que, tem como formação profissional a atividade de projetista, mas que nos últimos cinco anos está trabalhando no comércio, tendo inicialmente, como já dito, trabalhado na M.T.Pessoa, mas que passou para a empresa Cometa Distribuidora de Alimentos depois que esta foi constituída;

5. que na empresa Cometa, sempre trabalhou na função de "Caixa";

6. que sua atividade se resume, basicamente, aos recebimentos no caixa da loja, mas que também emite cheques para os pagamentos da empresa, quando autorizado pelo Sr. Masil, possuindo para tanto, uma procuração da empresa;

7. que a procuração lhe foi outorgada pelo Sr. Masil se deveu ao fato do outorgante está muito ausente de Fortaleza e por ser pessoa de sua confiança;

8. que, pelo que sabe, a administração da empresa Cometa é feita à distância pelo Sr. Masil;

9. que o Sr. Masil reside no interior de ^{Minas} Gerais, e que a última vez que se recorda de ter tido contato pessoal com ele, aqui em Fortaleza, não sabe ao certo, mas teria sido ou no final do ano

passado ou no início deste ano, contato este que foi muito rápido;

10. que há alguns anos, o Sr. Masil não se faz presente pessoalmente na empresa Cometa;

11. que presta contas da movimentação do caixa da empresa ao seu proprietário — Sr. Masil, sendo que isso é feito através de contatos telefônicos ou pessoalmente, quando ele eventualmente vem a Fortaleza;

12. que a documentação fiscal, referente às notas de compras e vendas, são entregues ao Sr. Rui Gontijo, para serem encaminhadas ao contador;

13. que o Sr. Rui Gontijo passou a trabalhar na empresa Cometa há cerca de dois anos e que atua principalmente nas visitas aos Bancos para realização de depósitos e pagamentos;

14. que não sabe informar quem é o contador da empresa e nem tampouco onde ficam guardados os livros fiscais da empresa;
15. que juntamente com ele (declarante) trabalha na loja da empresa Cometa uma pessoa de nome Flávio, cujo sobrenome não sabe qual é, que atua como vendedor;

16. que no estabelecimento da referida empresa trabalha ainda uma telefonista de nome Cristiane, cujo sobrenome também não sabe qual é;

17. que não conhece e nem sabe quem é o outro sócio da empresa Cometa;

18. que conhece o Sr. Alexandre Gontijo, como uma pessoa que atua no estabelecimento da empresa Cometa, onde possui um espaço reservado cedido pelo Sr. Masil, para realizar os seus negócios de intermediação de compra e venda de açúcar;

19. que nunca ouviu falar do Sr. Newton Gomes de Sousa, que aparece como procurador da empresa Cometa;

(...)

d) No Termo de fls. 254/255, afirma o sr. Celmo Ernany Araújo o seguinte:

1. que é natural de Cascalho Rico, interior de Minas Gerais e veio para o Ceará em janeiro de 1999, onde fixou residência, à época na Rua Tenente Benévolo, 2222, apt. 1001 em Fortaleza-Ce, tendo posteriormente alterado a residência para o apt. 601 desse mesmo prédio, sendo que, atualmente está residindo junto com o Sr. Alexandre Gontijo, seu cunhado, no endereço identificado no preâmbulo deste Termo;

2. que veio para o Ceará através do Alexandre Gontijo Guerra, que já atuava no comércio local e o convidou para com ele trabalhar;



3. *que desde então, trabalha auxiliando o Sr. Alexandre Gontijo Guerra que é intermediador no comercio de compra e venda de açúcar;*
4. *que o seu trabalho consiste na liberação das compras junto à Secretaria de Fazenda do Ceará nos carregamentos que vêm de outro Estado e na entrega do produto aos clientes compradores, atuando ainda na parte de cobrança ;*
5. *que sua relação com a Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., consiste na prestação de serviços relacionados com cobranças de devedores, mas que também intermedia vendas realizadas em nome da referida empresa;*
6. *que a prestação de contas do seu trabalho para a empresa Cometa é feita junto ao Sr. Alberto Alves de Souza ou com o Sr. Rui Gontijo;*
7. *que com a referida empresa não tem vínculo empregatício;*
8. *que sua principal fonte de renda provem das comissões nas intermediações comerciais que realiza junto aos comerciantes da Rua Governador Sampaio, nesta cidade, inclusive da parte da empresa Cometa;*
9. *que a empresa Cometa é de propriedade do Sr. Masil Torres Pessoa;*
10. *que sabe que a empresa Cometa é uma sociedade, porém não conhece mais nenhum sócio além do Sr. Masil;*
11. *que sabe da existência de um estabelecimento filial da empresa Cometa no Estado do Tocantins, já tendo ouvido falar de que lá trabalha um Sr. de nome Lourival;*
12. *que o Sr. Masil é conterrâneo do Sr. Alexandre Gontijo, da cidade Nossa Senhora do Bom-Despacho, em Minas Gerais; onde- reside com sua família, vivendo da pecuária;*
13. *que não sabe informar qual o endereço exato onde o Sr. Masil reside atualmente só sabe que ele mora no interior de Minas Gerais, como já dito anteriormente;*
14. *que conheceu o Sr. Masil aqui em Fortaleza que o Sr. Masil, em algumas ocasiões que vinha a Fortaleza, chegou a se hospedar na sua residência (do declarante);*
15. *que pelo que sabe, o Sr. Masil teve problemas particulares aqui em Fortaleza, tendo ido embora definitivamente para a cidade de Nossa Senhora do Bom Despacho, e que a última vez que teve contato com ele foi no carnaval deste ano;*
16. *que na ausência do Sr. Masil, os negócios da empresa Cometa são conduzidos por diversas pessoas, tais como o Sr. Rui Gontijo, que conhece como sendo o gerente, Sr. Alberto, como caixa, Sr. Flávio, como vendedor, e Sr. Alexandre Gontijo, como responsável pelas compras de açúcar;*
17. *que possui uma procuração que lhe foi outorgada pelo Sr. Masil, para representar a empresa Cometa, mas que o seu uso só*



é feito quando das realizações de cobranças de devedores da referida empresa;

19. que pelo que sabe, a parte financeira, relacionada com emissão de cheques e controle de caixa da empresa Cometa é feita pelo Sr. Alberto;

20. que não sabe informar se a empresa aqui citada possui livros fiscais ou contábeis e nem tampouco com quem os mesmos ficavam;

(...)

e) Termo de fls. 257/258, com o depoimento prestado pelo Sr. **Masil Torres**

Pessoa:

(...)

que é sócio proprietário da empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda, com 95% de seu Capital Social, e proprietário da M. T Pessoa, firma individual; que conheceu seu sócio Sr. Lourival de Jesus quando este fazia entrega de cargas em uma Kombi na Rua Governador Sampaio; que não tem noção do volume de faturamento dessas empresas nos últimos três anos; que saiu de Fortaleza em dezembro de 1998 quando teve problemas de natureza pessoal; que nessa oportunidade cedeu integralmente às empresas ao Sr. ALEXANDRE GONTIJO GUERRA e ao Sr. Alberto Alves de Souza recebendo até hoje mil reais por mês do Sr. Alexandre a título de aluguel das empresas; que o contador das empresa era um tal de Sr. Geraldo; que não sabe informar o seu sobrenome; que quem guarda os livros fiscais e contábeis das empresas deve ser o Sr. Geraldo; que desde o início das empresas, quem ajudava na administração era o senhor ALEXANDRE GONTIJO GUERRA; que as empresas mantinham contas corrente no Banco do Brasil, agência praça dos correios em Fortaleza-Ce; que não tinham desconto de títulos nem aplicações financeiras, porque o movimento era pequeno; que a empresa Cometa inicialmente se instalou no município de Caucaia não sabendo informar o endereço e depois na Rua Governador Sampaio, 270 no município de Fortaleza, não tendo se estabelecido em outro endereço; que a firma individual M.T Pessoa inicialmente se instalou à Rua Governador Sampaio, 575, e por algum tempo na Av. Osório de Paiva, ambos no município de Fortaleza-Ce; que outros endereços onde funcionaram ou funcionam essas empresas não são de seu conhecimento; que sempre funcionaram em instalações locadas; que o primeiro contrato de locação das duas empresas foi assinado pela sua pessoa e os demais não sabe informar quem os assinou; que nos últimos três anos quem controla o caixa das empresas é o Sr. Alexandre; que não sabe como é feita a prestação de contas da tesouraria das empresas; que não sabe quem decide sobre as compras para reposição dos estoques das empresas; que os senhores ALEXANDRE GONTIJO GUERRA, ALBERTO ALVES DE SOUSA e CELMO ERNANY ARAUJO possuem procuração

para administrarem as empresas; que os dois últimos senhores são cunhado do Sr. ALEXANDRE; que abriu uma da empresa Cometa, no município de Araguaína, Estado do Tocantins, a pedido do Sr. GERALDO GONTIJO GUERRA ou GUERRA GONTIJO após ter deixado as empresas com o Sr. ALEXANDRE GONTIJO GUERRA; que deu procuração para o Sr. Marcelo Quirino Costa no 7º ofício de notas de Belo Horizonte para administrar a filial da Cometa em Tocantins; que suas declarações de renda são feitas em Fortaleza; que só assinou e apresentou duas, não sabendo informar a que exercício se referem; que não possui bens imóveis, possuindo tão somente um fusca velho, ano 1977; que ainda deve ao Banco Itaú Agência de Bom Despacho o empréstimo para aquisição do fusca; que chegou em fortaleza em 1997 e retornou a Bom Despacho em dezembro de 1998; que foi para Fortaleza a convite do Sr. GERALDO GONTIJO, irmão do Sr. Alexandre após trabalhar com ele no Estado do Pará, captando leite para o Mesmo que nunca deu procuração para qualquer pessoa representar a sua pessoa física; que possui firma no cartório Martins em Fortaleza, e em outro cartório também de Fortaleza não recordando o nome; que não conhece nenhum outro endereço na Rua Governador Sampaio além dos já mencionados: que seu endereço indicado na procuração dada ao Sr Celmo Araújo é na realidade o endereço do Sr. Celmo, pois naquela data já retornara a Bom Despacho e não residia em Fortaleza: que nunca forneceu procuração para o Sr. Ruy Blas Amorim: e perguntado se tinha mais alguma coisa a acrescentar disse que depois que deixou as empresas não tem mais conhecimento sobre o que tem acontecido com as mesmas.

(...)

f) Depoimento de fls. 257/258, feito pelo sr. **Geraldo Aires Benevides:**

1. que é contador por formação e profissão, mantendo escritório à Rua Pereira Filgueira, 357, nesta cidade;
2. que presta serviços de assessoria nas áreas fiscal e previdenciária à empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., desde a sua constituição;
3. que, das pessoas que constam como sócias . da referida empresa, manteve algum contato apenas com o Sr. Masil, por ocasião da abertura da empresa e logo no início de suas atividades, quando aquela pessoa estava em Fortaleza; , 4. que o outro sócio que aparece no contrato social dessa empresa, chamado Lourival, só conhece de nome, nunca tendo mantido nenhum contato com o mesmo, sabendo também que ele de fato não trabalha nessa empresa;
5. que a sua relação com a empresa, como já dito, limita-se á prestação de serviços na área fiscal e previdenciária, não sendo do seu conhecimento que a mesma disponha de escrituração contábil;
6. que sabe que a empresa mantém livros fiscais da escrituração relacionada à legislação do IPI e ICMS, livros estes que inclusive já chegou a ver nas visitas que faz à mesma como assessor,



porém não é ele(depoente) e nem os seus funcionários que executam a escrituração desses livros, os quais, pelo que sabe, ficam guardados nas dependências do estabelecimento comercial da empresa acima referida;

7. que não sabe indicar o nome da pessoa que executa a escrituração dos livros fiscais da empresa, pois quando presta suas orientações de assessoramento o faz diretamente para o Sr. Alberto de Souza;

8. que sua relação profissional com a empresa é feita através do Sr. Rui Fias, na qualidade de procurador, sendo esta a pessoa que paga os seus honorários;

9. que faz muito tempo que não tem mais nenhum contato com o Sr. Masil, sabendo apenas que ele mora atualmente em Minas Gerais;

10. que dessa empresa, conhece e tem contato com o Sr. Rui Blas, já referido acima; o Sr. Alberto de Souza, como sendo o responsável administrativo e pessoa que lhe passa as informações para a declaração do imposto de renda ou relacionadas às autuações feitas pela Fazenda Estadual; Sra. Roberta como funcionária atendente da loja e que assumiu o lugar da funcionária Cristiane que foi demitida;

11. que além dessas pessoas não conhece mais ninguém que possa ser identificado como gerente ou administrador dessa empresa, porém sabe que nas dependências dessa empresa trabalha uma pessoa de nome Alexandre, numa sala aliás bem confortável, como se fora corretor de compra e venda de mercadorias de várias empresas

12. que nas dependências da empresa, nas visitas que faz como assessor, também tem visto o Sr. Celmo Araújo ao qual já foi apresentado, porém não sabe informar sobre o grau de seu relacionamento com as atividades da empresa;

(...)

g) Termo de fls. 261, Diligência Fiscal realizada na residência do Sr. Lourival de Jesús:

Aos 22 dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e três, com a finalidade contarmos com o Sr. Lourival de Jesus - C.P.F 650.617.137-53, que está com seu endereço cadastral (CPF) totalmente desatualizado e por não ter atendido As intimações antes formuladas para prestar esclarecimentos acerca de seu envolvimento com a empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda, que se encontra sob fiscalização e de cujo contrato social referida pessoa consta como sócio, comparecemos por volta das 7:30 horas ao endereço onde de fato reside o referido cidadão, sito à Rua Pintor Figueiredo, 519- Iparana, distrito de Caucaia-CE, onde, após anunciarmos que queríamos falar com o Sr. Lourival, essa pessoa, saindo do interior da casa, se dirigiu até o portão que dá para a calçada onde, após nos identificarmos

como fiscais da Receita Federal, fomos rispidamente recepcionados pelo dito senhor, que nem ao menos abriu o portão para nos atender, só se acalmando após esclarecermos que o motivo de nossa visita era de seu interesse, pois visava deixar-lhe informado acerca de uma fiscalização que estava sendo desenvolvida na empresa acima mencionada, em cujo contrato social o seu nome figurava como um dos sócios, ao mesmo tempo em que desejávamos saber sobre a sua real participação na referida firma, uma vez que nenhum dos responsáveis pelo seu gerenciamento soube informar acerca de seu paradeiro. Mais calmo, porém ainda relutante, após algumas indagações por nós formuladas, o Sr. Lourival respondeu afirmando que era sócio da citada empresa; que ganhava a vida como caminhoneiro; que trabalha atualmente para a Sra. Maria Santa no caminhão de placa IIX46495, Scania, cor prata; que o outro sócio da firma se chama Masil e reside em Minas Gerais; que o gerenciamento da empresa fica a cargo do Sr. Alexandre Gontijo e que não sabia dar nenhuma informação sobre as atividades da empresa, tais como o volume de vendas no ano passado e o nome dos seus principais fornecedores, pois precisava antes ir até a empresa para consultar o pessoal da gerência. Convidado a acompanhar-nos até a sede da Receita Federal em Fortaleza, onde poderíamos tomar suas declarações por escrito, o Sr. Lourival, desconversou e, um pouco irritado, retirou-se do recinto retornando ao interior de sua residência não nos dando mais nenhuma atenção. Na oportunidade, colhemos informações na vizinhança de que o Sr. Lourival é uma pessoa pobre e que ganha a vida como motorista de caminhão. A esse respeito, um vizinho que mora defronte casa do Sr. Lourival, atendendo a nosso convite, se dirigiu até o prédio da Receita Federal em Fortaleza, onde prestou informações tomadas por escrito e que constam de termo próprio.

Para constar e produzir seus efeitos legais, lavramos o presente termo que vai assinado por nos, que realizam, presente diligência.

OBSERVAÇÃO: Nas fls. 262/263, consta termo de declaração do Sr. Francisco Moreira da Silva, vizinho do Sr. Lourival de Jesús.

Nas fls. 192/196, cópias das procurações concedidas aos srs. Celmo Ernany Araújo, Alberto Alves de Souza, Nilton Gomes de Sousa e Alexandre Gontijo Guerra (respectivamente), com plenos e ilimitados poderes.

As recorrentes dizem que não há nos autos nenhuma prova que os vincule “diretamente” às operações que culminaram nas omissões de receitas, objeto desta exigência. Ainda, que só são mencionados os depoimentos que interessam ao fisco. Tenho para mim que esta não é a melhor conclusão ante o conjunto de eventos anunciados no processo.

É juntado pelos Recorrentes a declaração prestada pela Central Paulista Açúcar e Alcool Ltda., de 11/04/2002, 415, onde consta a seguinte informação:

CENTRAL PAULISTA AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA., com sede em S. Paulo e com estabelecimento industrial no município, de Juú, na Fazenda Alzira, e com escritório à rua Prudente de Moraes, 552, inscrita no CNPJ. sob nº 61.219.218/0002-07 e Insc. Estadual nº 401.010.699.119, vem respeitosamente em

atenção a intimação supra, informar aos Senhores Auditores-Fiscais da Receita Federal, que a empresa COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., quando da aquisição de produtos de nossa fabricação, efetuou os pedidos por via telefônica através do sr. Masil Torres Pessoa, que se apresentava como sócio da mesma, constando ainda de nossas anotações, que o mesmo é domiciliado à rua Governador Sampaio nº 270, centro - Fortaleza-CE - 41111 com telefone (085) 231-9585.

Deixamos de anexar pedidos de compra ou outro documento, uma vez que os negócios foram por via telefônica.

Outrossim, esclarecemos que estas informações, já foram prestadas através de nossa correspondência datada de 11.04.2002, em atenção a intimação deste órgão, número 0310100100004/2002.

Sem mais, esperando ter atendido as solicitações, subscrevemo-nos, colocando-nos a disposição para outros esclarecimentos se necessários.

(...)

Entendem os Recorrentes que esta declaração deixou de ser juntada pela fiscalização por “mala testa”, por se tratar de prova que as beneficiariam.

Não posso afirmar o ocorrido em relação à falta da juntada desta declaração, nem me posicionar quanto às insinuações de que estaria a delegacia de julgamento sendo parcial em seu procedimento, tendente a prejudicar os Contribuintes.

Mas no meu entender, esta declaração em nada aproveita os Recorrentes. Nela não se afirma que o Sr. Masil é o autor das operações, quando diz “que os negócios foram por via telefônica” motivo pelo qual deixou de “anexar pedidos de compra ou outro documento” que provasse quem efetivamente realizou a operação.

E esta declaração, em nada, altera os fatos constantes nos autos.

Convém lembrar que a atividade administrativa é vinculada sob pena de responsabilidade funcional. E se os Contribuintes se sentem prejudicados por procedimentos realizados por agentes públicos, tem instrumentos para fazer valer os seus direitos, podendo perfeitamente representar contra quem assim agiu.

A situação que extraio deste processo é a materialidade de um esquema, entenda-se conjunto informalmente organizado de pessoas unidas para desenvolvimento de ações à margem da legalidade, destinadas à efetivação de comércio de mercadorias, em âmbito interestadual. Nessa organização, os Recorrentes se apresentam como empregado, prestador de serviço e procurador de um suposto sócio titular de uma pessoa jurídica, da qual **ninguém** sabe informar **nada**.

O suposto dono da empresa (sócio majoritário) não sabe informar o faturamento c/ou as atividades comerciais que ali são desenvolvidas. O minoritário, igualmente é de uma inocência completa. Por seu turno, os empregadores e representantes só sabem da

existência de um único sócio, (dito afastado e exercendo atividade pecuária, no interior do estado), mas também desconhecem até quem é responsável pela Contabilidade e onde os livros fiscais e contábeis encontram-se, como se viu nas transcrições acima.

Todos esses elementos suportam o conjunto probatório indiciário suficiente, a presença desses senhores em todas as operações, inclusive fisicamente, em detrimento dos supostos sócios que só foram encontrados em outras cidades e após muita peleja.

Por esses motivos não avançam as preensões dos Recorrentes da falta de prova das suas efetivas participações no esquema de omissão de receitas apuradas neste processo.

Referindo-se à lógica das provas em matéria criminal, afirma MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Tradução de Paolo Capitanio. 3ª Ed. Campinas, Boociseller, 2004, pág. 30:

"Quando, partindo de uma verdade sensível diretamente percebida, o intelecto, mediante a reflexão, nos conduz à afirmação de outra verdade, a certeza que decorre de semelhantes percepções é certeza mista do físico e da lógica. É certeza física quanto à verdade sensível diretamente percebida; é lógica quanto à verdade não percebida pelos sentidos, conduzindo-nos à inteligência; e é, esta última, certeza lógica, embora também tenha por objeto uma realidade física, pois esta realidade, em nossa hipótese, é percebida pelo espírito imaterialmente, por um trabalho completamente intelectual."

A existência das procurações, das fichas bancárias e dos depoimentos que apontam para a prática reiterada de atos comerciais por estas pessoas, utilizando-se da empresa, apenas como "fachada", conduz aos elementos componentes do conjunto probatório indirecto que determina a participação desta pessoa no dito esquema.

A título de exemplo se repisa o depoimento primeiro prestado pelo Sr. Alexandre Gontijo Guerra, (transcrito acima e constante das fls. 251/252), **no recebimento do termo de início de fiscalização afirmou que era** funcionário da empresa Cometa Distribuidora de Alimentos Ltda., na função de gerente, desde o ano de 1999; (...) que o Sr. Masil sempre teve residência fixa na cidade de Nossa Senhora do Bom Despacho, onde mantém fazenda de gado, vindo a Fortaleza de vez em quando, mais ou menos de três em três meses, quando então aqui permanecia por cerca de uma semana; que o controle do caixa da empresa é feito pelo Rui Gontijo, que diariamente presta conta com o Sr. Masil, via Fax; que os pagamentos pelas compras realizadas em nome da empresa Cometa, são feitos com cheques que o Sr. Masil já deixa assinado em poder do Rui; que não possui procuração que lhe dê poderes para movimentar conta bancária da empresa; que o Sr. Masil vive de sua Fazenda de gado mantida no município de Nossa Senhora do Bom Despacho; que além das pessoas já citadas acima, afirma que não conhece mais nenhuma pessoa que estejam à frente da referida empresa na sua administração; que dispõe de total confiança junto ao Sr. Masil, e que recebe, mensalmente como salário a importância de R\$ 1.000,00; que a empresa funciona graças ao seu serviço de corretagem, realizando as compras mercadorias para a revenda; que não tem mais firma em seu próprio nome por não ser compensatório, dadas as inúmeras responsabilidades e encargos que sobrecarregam o empresário. Qual é a realidade disso tudo?

Na mesma ordem as contradições dos depoimentos prestados pelos outros Recorrentes, o que aponta, no mínimo, para o falso testemunho dessas pessoas.



O fato do Sr. Masil ter mentido quando disse não mais ter voltado a Fortaleza, após 1998, ante as procurações assinadas, apontam, apenas mais uma desconectada informação. Não se pode dizer quem mente ou quem fala a verdade nesta série de fatos constantes dos autos (aqui não se está diante do direito tributário e sim do direito penal).

Quanto ao enquadramento legal as razões de recurso reclamam que o acórdão combatido confirmou a correção do enquadramento legal contido no termo de solidariedade passiva que autorizaram trazer o feito fiscal as pessoas físicas que seriam os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, nos termos do artigo 124, I e 135, III, ambos do CTN.

Na análise deste item louvei-me no brilhante trabalho do i. ex-Conselheiro desta Turma, Frederico de Moura Theophilo, de qual me vali da pesquisa doutrinária que realizou, no acórdão 1102-00371, de 26/01/2011.

Parto da transcrição do primeiro dispositivo citado:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Assim a questão reside em saber se o recorrente tem razão em afirmar que não é devedor solidário quanto ao cumprimento da obrigação tributária e o crédito tributário dela decorrente, cabendo a exigência fiscal somente sobre a contribuinte pessoa jurídica.

O lançamento efetuado está a exigir o tributo e encargos dos sujeitos passivos mencionados: pessoa jurídica em face da solidariedade a que se refere o artigo 124 do CTN ou se deve ser assim considerado por se tratar de caso de responsabilidade pessoal por substituição a que se referem os artigos 135, III também do mesmo Código.

A questão da solidariedade está inserta na Seção II do Capítulo IV – Sujeito Passivo, do Título II – Obrigação Tributária, do Livro Segundo, das Normas Gerais de Direito Tributário, da seguinte forma: Seção I – Disposições Gerais, onde são definidos o contribuinte e o responsável e a Seção II – Solidariedade.

A solidariedade a que se refere o artigo 124 do CTN tem significado diferente da responsabilidade de terceiros (Capítulo V – Responsabilidade Tributária) a qual pode ser subsidiária (artigo 134 do CTN) ou pessoal ou por substituição do contribuinte (artigo 135 do CTN) ou, ainda, da responsabilidade por infrações (artigos 136 e 137 do CTN).

Renato Lopes Becho¹ ao abordar recentemente a posição da jurisprudência, notadamente do STJ que vem tendo interpretações conflitantes com os institutos ora examinados e tratando da solidariedade do artigo 124 do CTN contempla a todos com as seguintes observações:

“Como se observa do dispositivo legal há duas hipóteses de solidariedade: entre as pessoas que possuam interesse comum no fato gerador e quando a lei assim o preveja. Que é ter interesse comum no fato gerador? Parece-nos ser quando há mais de uma pessoa ocupando o mesmo polo de uma relação jurídica (agora

¹ “A Responsabilidade Tributária dos Sócios tem Fundamento Legal?” - RDDT nº 182 – págs. 107 a 126.

não de natureza tributária). Especifiquemos melhor. Há situações econômicas em que mais de uma pessoa ocupa uma mesma posição em relação a outras. E o que ocorre na copropriedade. Quando houver mais de um proprietário (contribuinte), haverá solidariedade entre eles. Suponha-se, por exemplo, que três pessoas adquirem o mesmo imóvel, não importando se por ato entre vivos ou por sucessão causa mortis. Nessa circunstância, todos têm interesse comum em relação ao bem, pois todos são proprietários. Expondo essa situação em termos de relação jurídica de Direito privado, podemos dizer que no polo ativo da propriedade estão os três proprietários, concomitantemente, enquanto no polo passivo estão todas as demais pessoas. Trazendo essa suposição para a relação jurídico-tributária do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, teremos como sujeito ativo o município, enquanto no polo passivo estarão as três pessoas mencionadas. O exemplo é de Rubens Gomes de Sousa, exarado nos seguintes termos:

"Solidariedade: é a hipótese em que duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação. No caso de condomínio (imóvel com mais de um proprietário), o Município pode cobrar o imposto predial de qualquer dos proprietários, à sua escolha; é claro que aquele que pagou o imposto total terá pago a sua parte e mais as dos outros condôminos: quando a estas, a obrigação tributária transferiu-se para um dos devedores solidários, que fica com o direito (chamado regressivo) de recuperá-la dos outros"(Compêndio de Legislação Tributária. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária. 1975. pp. 92-93.)

Observemos que, se as múltiplas pessoas não ocuparem o mesmo polo da relação jurídica de Direito privado, não haverá interesse comum. Assim, não reconhecemos interesse comum entre sucessor e sucedido ou entre comprador e vendedor. Nesse segundo exemplo, um quer o bem, o outro quer o preço. Transportando para a sucessão entre vivos, a situação se repete. Também patrão e empregado não têm interesse comum no fato gerador do Imposto sobre a Renda: um quer o benefício do esforço laborativo alheio, o outro quer receber seu salário.

(.....)

Misabel Abreu Machado Derzi² adverte que a solidariedade é simples forma de garantia do débito tributário, e não forma de introduzir terceiro no polo passivo da relação jurídica tributária, quando afirma:

"A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria estranha ao Capítulo V, referente à responsabilidade. É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias. (grifado)

² in "DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO" - Aliomar Baleeiro - Misabel Abreu Machado Derzi Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, 11ª edição Pgs.728/729



Quando houver mais de um obrigado no pólo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis), o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados. Se são eles solidariamente obrigados, ou subsidiariamente, com benefício de ordem ou não, etc. A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo."

Rômulo Maya³, ensina que é possível apurar a distinção da responsabilidade por substituição, na seguinte ordem:

"Para Rubens Gomes de Sousa ocorre substituição quando, em virtude de uma disposição expressa de lei, a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado. Nesse caso é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto."

Apenas para lembrar, diga-se que aquele saudoso mestre classificou a sujeição passiva tributária em direta e indireta. A sujeição passiva direta concretiza-se numa pessoa que tenha relação direta e pessoal com o fato gerador, correspondendo à noção de "contribuinte" do art. 121 do CTN. A sujeição passiva indireta se configura na pessoa que não estando diretamente relacionada com o fato impositivo, ainda assim é obrigada pela lei a pagar o tributo. A sujeição passiva indireta produz-se por transferência ou por substituição."

Por transferência decorrem a solidariedade, a sucessão e a responsabilidade de terceiros. A obrigação nasce contra o sujeito passivo direto e em caso de inadimplemento deste, transfere-se ao indireto. Na substituição, a obrigação já se constitui diretamente contra o substituto, sem o trânsito pelo sujeito passivo direto ou contribuinte. Esta é a lição do grande pioneiro dos estudos de Direito Tributário no Brasil. (grifado)

Para José Washington Coelho, a posição do substituto diante do fisco é idêntica à do contribuinte. Ao substituto cumpre pagar o imposto, ocupando o primeiro plano como obrigado. (grifado)

*Para Giannini, o substituto tributário é figura peculiar do Direito Fiscal, que consiste na obrigação **ex lege** de pagar dívida que corresponde a terceiro (contribuinte). Assim, quando o substituto paga o imposto cumpre com obrigação própria fixa da lei e não com obrigação de outrem. (grifado)*

*Pugliese caracteriza a substituição como uma "Modalidade de execução contra terceiros". Tesoro, como Giannini, sustenta que a substituição representa uma sub-rogação **ex lege** de um sujeito passivo (substituto) a um outro que possui a capacidade contributiva que normalmente faz surgir a obrigação*

³ Revista de Direito Tributário – ANO 2 – julho/Setembro de 1978 – Nº 5 – págs. 250 à 260

(substituído). Não se trata de solidariedade, pois nesta o credor tem a faculdade de escolher o devedor contra o qual agirá. Isto não se passa na substituição. Pelo contrário, de acordo com o art. 128 do CNT, o fisco poderá, uma vez esgotado o patrimônio do substituto ou na impossibilidade de obter deste o tributo, ir haver do substituído sua prestação somente se a lei assim o permitir. (grifado)

Amílcar Falcão, criador da expressão "substituto legal tributário", foi quem, em síntese fulgurante, melhor tratou do problema. Parte da concepção dualística da obrigação tributária, distinguindo o **schuld** do **haftung**. Para ele o substituto é, não um simples atingido por efeito econômico do tributo, mas um verdadeiro devedor. O legislador pode dissociar inteiramente a relação tributária, atribuindo o **debitum** ou **schuld** (dever de prestar) a uma pessoa (contribuinte) e a **obligatio** ou **haftung** (responsabilidade pelo débito) a outra (substituto).

O substituto é pois aquele terceiro a quem a lei comete, com exclusividade, o dever de pagar um tributo alheio. É uma figura típica de Direito Tributário como já se disse, sem igual em qualquer outro ramo jurídico. A substituição, em resumo, é, pois, mero critério legal de atribuição do fato impositivo, conforme conclui Amílcar Falcão". (grifado)

Acrescenta ainda que "a diferença fundamental entre o responsável e o substituto, conforme Berliri, está que, no primeiro caso, a lei designa uma terceira pessoa que assume, solidária e subsidiariamente, a responsabilidade pelo pagamento do tributo, enquanto que, na substituição, o legislador substitui o contribuinte originário pelo substituto, que assume, assim, a posição de contribuinte. Da mesma opinião é Giannini que diz passar o substituto a ocupar o lugar que normalmente estaria reservado ao contribuinte na relação jurídico-tributária.

No caso presente, houve o interesse comum das pessoas físicas na consecução de um fim e a inexistência de fato da pessoa jurídica, o que, em última análise aponta para a responsabilidade objetiva e subjetiva dos Recorrentes ante os ilícitos descritos nos autos. Por isto, correto o enquadramento legal.

Também, quanto a jurisprudência oferecida nas razões tanto impugnatórias quanto recursais, ac. 102-47558, e 108-09.263 (indevidamente citado nas razões como 106-09.263), cabe informar o seguinte:

a) o acórdão 102-47558 foi reformado na CSRF através do ac. CSRF/04-00958, de 04/08/2008, assim ementado no que interessa neste processo:

(...)

IRF - RENDIMENTOS DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - LEGITIMIDADE PASSIVA.

Na transferência da custódia de títulos de renda fixa, de uma instituição financeira para outra, o imposto de renda na fonte deve ser retido por esta instituição, que, embora não seja a fonte pagadora original, fará o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final.

MULTA QUALIFICADA — SIMULAÇÃO e CONCLUSÃO.

A multa de ofício qualificada deve ser mantida se comprovada a fraude realizada pelo Contribuinte, mediante a constatação de seus motivos simulatórios e o concluído ocorrido.

b) Ac. 108-09.263, foi reformado na CSRF através do ac. CSRF9101-00.286 de 24/08/2009, assim ementado no que interessa neste processo:

MULTA QUALIFICADA. A multa de ofício qualificada deve ser mantida se comprovada a fraude realizada pelo Contribuinte, constatada a divergência entre a verdade real e a verdade declarada pelo Contribuinte, e seus motivos simulatórios. Se a empresa não existe de fato, servindo tão somente para acobertar as operações praticadas por outra empresa, deve ser mantida a multa de ofício qualificada.

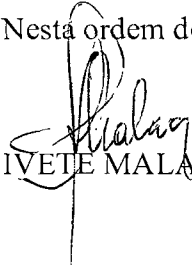
(...)

SOLIDARIEDADE. São pessoalmente responsáveis aqueles que tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

Também, convém ressaltar, no que tange à análise de conjunto probatório que, em geral as jurisprudências administrativas não são oportunas, devido às peculiaridades de cada caso, restando prejudicados seus confrontos.

Porque nesta valoração de provas a convicção do Julgador é formada em face do conjunto probatório constante de cada processo, com todos os seus detalhes e nuances (art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972). Assim, é o contexto de cada processo que induz a tomada de decisão do Colegiado.

Nesta ordem de juízos Nego provimento ao recurso.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO