



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

Processo n° 10384.004886/2008-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-003.168 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2018
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente W D DISTRIBUIDORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

OPTANTE PELO SIMPLES FEDERAL. TRIBUTAÇÃO A PARTIR DO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS.

Tendo o sujeito passivo declarado na DSPJ valores de receita bruta sobejamente inferiores àqueles consignados no Livro de Apuração do ICMS, escoreita a autuação referente aos tributos exigíveis aos optantes do Simples (Lei nº 9.317, de 1999), calculados a partir da diferença encontrada no cotejamento do Livro de Apuração do ICMS com a DSPJ do período fiscalizado.

OPÇÃO PELO REGIME DE CAIXA. TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS.

Ainda que tenha optado pela adoção do regime de caixa em sua DSPJ/2006, não tendo a fiscalizada apresentado a documentação necessária à aferição da correção dos valores lançados no Livro Caixa, restou ao representante fazendário efetuar o lançamento com base nos valores consignados no Livro de Apuração de ICMS.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTAS PESSOAS.

Havendo nos autos elementos suficientes à formação da convicção do julgador, quanto à presença de interpostas pessoas no contrato social da autuada, tem-se por caracterizado o evidente intuito de fraude no procedimento da pessoa jurídica, implicando na qualificação da multa de ofício para o percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

PROVA INDICIÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA (ART. 124, INC. I CTN).

Legítima a prova indiciária, também chamada de presuntiva, quando indícios fartos, graves, precisos e convergentes evidenciam que a pessoa jurídica possuía interpostas pessoas em seu quadro social e que o real beneficiário dos rendimentos era um terceiro, que administrava a empresa por meio de procuração, legitimamente considerado devedor solidário por força do disposto pelo art. 124, inc. I do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso da pessoa jurídica e, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso do coobrigado, vencido o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto que votou por lhe dar provimento para excluir o coobrigado do polo passivo da obrigação tributária. Em relação ao recurso do coobrigado, o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza acompanhou o voto da relatora por suas conclusões. O Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto manifestou interesse em apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

W D DISTRIBUIDORA LTDA, já qualificado nos autos, recorre da decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE) - DRJ/FOR (fls. 877 e ss), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação do contribuinte e do responsável solidário Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, e manteve o lançamento de SIMPLES, referente ao ano-calendário de 2005, o valor total de R\$1.873.591,61, decorrente de omissão de receitas em razão de diferença entre o declarado para o Fisco Federal e Estadual, com imputação de multa qualificada.

Do Lançamento

Segundo o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal e Relatório do acórdão recorrido, as razões do lançamento foram:

Consoante discorrido pelo AFRFB, as empresas a seguir relacionadas desenvolvem ou desenvolveram a atividade principal de distribuição de produtos alimentícios para animais, tendo sido observado que nessas empresas “os sócios da empresa W D Distribuidora trabalharam, trabalham ou prestam serviços”.

S R Distribuidora Ltda.:

- *René dos Santos Rocha de Pinho Filho, período de 13/05/1998 a 22/03/2002;*
- *Luiz Cláudio Paz Pinho, período de 13/05/1998 a 04/12/1998;*
- *Wilton Nogueira de Queiroz Júnior, período de 04/12/1998 a 20/12/1999;*
- *José da Costa Araújo, incluído em 20/12/1999 até o momento atual; e*
- *Antonio Carlos Rodrigues dos Santos, incluído em 22/03/2002 até o momento atual.*

W D Distribuidora Ltda.:

- *Williames Leôncio da Cruz, participou no período de 24/06/2002 a 24/02/2003;*
- *Daniel Márcio Silva dos Santos, incluído em 24/06/2002 até o momento atual;*
- *Enilson Alves de Sousa, incluído em 24/02/2003 até o momento atual; e*
- *René dos Santos Rocha de Pinho Filho, administra a empresa, através de procuração com prazo indeterminado, a partir de 21/07/2003.*

c) Royalpi Distribuidora Ltda.:

- *Mônica Maria Rezende dos Santos Rocha Pinho, incluída em 25/03/2003 e excluída em 22/11/2005;*
- *Luiz Cláudio Paz Pinho, incluído em 25/03/2003 até o momento atual; e*
- *René dos Santos Rocha de Pinho Filho, incluído em 22/11/2005 até o momento atual.*

DOS SÓCIOS DA EMPRESA W D DISTRIBUIDORA E SUAS LIGAÇÕES COM AS EMPRESAS MENCIONADAS:

Daniel Márcio Silva dos Santos:

- a) empregado da empresa S. R. Distribuidora, no período de 01/03/2002 a 30/01/2003;
- b) empregado da empresa Royalpi Distribuidora Ltda, no período de 01/01/2004 a 15/04/2005;
- c) empregado da empresa Prática Distribuidora Ltda, mas prestando serviços na empresa Royalpi Distribuidora Ltda, conforme informado em suas declarações prestadas a termo;
- d) conforme informações obtidas a termo, também trabalhou na Empresa W.D. Distribuidora Ltda, tendo apenas emprestado o seu nome para composição do quadro societário daquela empresa, situação que permaneceu até a conclusão da auditoria-fiscal.

Williames Leôncio da Cruz:

- a) empregado da S.R Distribuidora, no período de 01/04/2002 a 30/01/2003;
- b) empregado da empresa Luma Comércio Ltda, desde 01/06/2003, no entanto prestando serviço como entregador na empresa Royalpi Distribuidora Ltda, conforme consta em declaração prestada a termo;
- c) foi sócio da W D Distribuidora no período de 24/06/2002 a 24/02/2003.

Enilson Alves de Sousa:

- a) empregado da S. R. Distribuidora Ltda, no período 01/03/1999 a 30/12/2000;
- b) empregado da S.R Distribuidora Ltda, no período de 01/10/2001 a 28/02/2003 (observe-se que ingressou como sócio na W D Distribuidora em 24/02/2003);
- c) empregado da Luma Comércio Ltda, no período de 01/06/2004 a 10/10/2007;
- d) empregado da empresa ROYALPI Distribuidora Ltda, desde 02/01/2008.

TRIBUTOS NÃO DECLARADOS

De acordo com o que consta do Termo de Verificação, o livro Caixa apresentado pela autuada não pôde ser utilizado, para fins de mensuração da base de cálculo, em face da não apresentação completa da documentação necessária à verificação da correção dos lançamentos naquele livro efetuados. Parte da documentação havia sido apreendida pela Delegacia Especializada de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo do Estado do Piauí (DECCOTERC), o que motivou a utilização do livro de Apuração do ICMS para esse desiderato.

Assim, os valores registrados no livro de Apuração de ICMS foram cotejados com os valores oferecidos à tributação, constantes da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ), procedimento que resultou na constatação da ocorrência de omissão de receita da ordem de R\$ 6.639.143,95 (seis milhões, seiscentos e trinta e nove mil, cento e quarenta e três reais e noventa e cinco centavos), levada à tributação no presente lançamento fiscal conforme demonstrado na planilha Apuração da Receita com Base no Livro de Apuração do ICMS, fl. 101.

DOS FATOS QUE LEVARAM À CONCLUSÃO DA UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS

Em primeiro plano foi destacada a existência do instrumento de mandato outorgando amplos poderes ao Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO para agir em nome da autuada. Também foi destacada a falta de capacidade financeira dos sócios Daniel Márcio Silva dos Santos e Williames Leôncio da Cruz, bem como do Sr. Enilson Alves de Sousa, o que restara evidenciado pelas declarações de imposto de renda dos supostos sócios e pelo próprio conteúdo das declarações tomadas a termo, quando foi afirmado pelo Sr. Daniel haver “emprestado o seu nome para a composição do quadro societário da empresa W. D. Distribuidora Ltda”.

Foi ainda ressaltada a relação de dependência trabalhista dos senhores Daniel Márcio Silva dos Santos, Williames Leôncio da Cruz e Enilson Alves de Sousa, caracterizada pela sequência de vínculos empregatícios em empresas capitaneadas pelos irmãos René e Luiz Cláudio, inclusive o fato de todos os implicados, por ocasião da auditoria-fiscal, permanecerem prestando serviços nas empresas relacionadas aos referenciados irmãos.

Ante esses fatos, considerando encontrar-se perfeitamente caracterizada a relação direta entre o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO e a pessoa jurídica sob procedimento fiscalizatório, restando demonstrado que a titularidade da empresa foi transferida para terceiros sem a devida capacidade financeira, com o provável objetivo de prejudicar o fisco, com substrato no art. 124 do Código Tributário Nacional (a estabelecer que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal), ex vi o estabelecido no Termo de Sujeição Passiva de fls. 500/501, o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO passou a integrar o pólo passivo da relação jurídico-tributária na condição de devedor solidário. Ressalte-se que aludido documento foi encaminhado ao domicílio tributário dessa pessoa natural, tendo sido recepcionado no dia 23/07/2008, fl. 502.

DA MAJORAÇÃO DA MULTA

A qualificação da multa, conforme destacado, foi processada em razão dos métodos empregados pela pessoa jurídica com o fim de “ocultar o verdadeiro proprietário da empresa W. D. Distribuidora Ltda.”, no caso o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, como demonstrado nos itens anteriores, como também em razão da apresentação de “declaração falsa” relativa ao período sob fiscalização, quando foi informada para o fisco federal a receita de R\$ 141.184,73 enquanto para o fisco estadual a autuada declarou receita da ordem de R\$ 6.780.328,68. Foi ainda enfatizado que “tais condutas fraudulentas constituem crime contra a ordem tributária e ensejam, segundo o artigo 44 da lei 9.430/96, a aplicação da multa majorada de 150%”.

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação, de fls. 504/549, que aduziu os seguintes argumentos:

- inicialmente foi alegada a ocorrência de bis in idem para o lançamento neste processo tratado, pois a autuação também teria sido efetivada no bojo da mesma fiscalização em outro processo, o de número 10384.004885/200878;
- foi suscitada a nulidade do lançamento pois o Mandado de Procedimento Fiscal não teria sido acostado ao processo administrativo fiscal de exigência do crédito tributário;

• *foi requerida a insubsistência do lançamento em virtude da autoridade fiscal haver se valido diretamente do livro de Apuração do ICMS para fins de determinação do faturamento da pessoa jurídica pois, segundo arrazoadado, tal procedimento somente seria tolerável caso o fisco se encontrasse impossibilitado de colher as informações pertinentes nos livros contábeis e fiscais da pessoa jurídica (Razão, Diário e Caixa), pela não apresentação desse documentário à autoridade fiscal, o que não corresponderia à realidade, em que a pessoa jurídica teria atendido “prestativamente as informações a ela direcionadas”;*

• *foi postulada a ilegalidade do lançamento em razão da empresa haver sido autuada com base no regramento estabelecido para os optantes do Simples (Lei nº 9.317, de 1996), visto que a autoridade lançadora teria apurado que a pessoa jurídica foi constituída com o uso de interpostas pessoas (o verdadeiro sócio seria o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, que teria se valido de “laranjas” para figurarem na condição de responsáveis pela sociedade empresarial em seu lugar), tendo ainda teria sido apurada omissão de receita em montante superior ao limite legal para permanência no regime simplificado, situações que implicariam na autuação através de outra modalidade de tributação, que não o Simples, visto tornar-se “imperiosa a exclusão da empresa do SIMPLES, por dois motivos autônomos”;*

o segundo defendido, o art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, de uma forma geral, dota o ato de exclusão do sujeito passivo da sistemática do Simples de eficácia ex tunc, “resolvendo o regime geral desde o momento em que o contribuinte incorreu em alguma situação que lhe desautorizava a sua opção, apenas excepcionalmente admitindo que a cassação da tributação favorecida gere efeitos ex nunc, ou seja, em relação a fatos geradores ocorridos posteriormente à formalização da exclusão”;

o a hipótese excepcional seria aquela prevista no inc. I do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, “em que o contribuinte, sponte propria, manifesta o seu desinteresse por ser tributado pelo regime favorecido”, “nas demais hipóteses a eficácia da exclusão retroage à data do descumprimento das condições, e não apenas quando ele for formalmente constatado pela autoridade competente”;

o no que toca especificamente à exclusão pelo fato de o contribuinte haver “ultrapassado o limite máximo de receita bruta, hipótese prevista no art. 13, II, b, alhures colacionado, o legislador houve por bem dedicar um item específico”, tendo a defesa citado o inc. III do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, a determinar efeitos retroativos à exclusão do regime simplificado;

o no que tange à “grave acusação” de se tratar de “interposta pessoa”, foi feita alusão ao inc. V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, a determinar que a exclusão do Simples surtirá efeito “a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior”, observando-se que o inc. IV do art. 14 diz respeito à “constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual”;

o “a exclusão da empresa do SIMPLES, a definição dos efeitos temporais desta exclusão, bem assim, a definição do regime tributário aplicável ao contribuinte, não são questões passíveis de variar ao sabor da conveniência da autoridade lançadora”;

o “A autoridade lançadora, conquanto tenha excluído de ofício a Defendente do SIMPLES, optou por manipular, ao seu talante, as conseqüências jurídicas da exclusão, conferindo-lhe efeitos retroativos mitigados, limitando-lhes aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2006”;

o “Ao proceder desta forma, submeteu a Defendente a regime de tributação a ela sabidamente inaplicável, já que, mercê da eficácia ex tunc insita da cassação de benefícios fiscais, voltou a empresa a ser tributada de acordo com a sistemática

geral, inviabilizando, portanto, a determinação dos créditos tributários a seu cargo com base na Lei 9.317/96”;

o “Assim, sendo imperiosa a determinação dos créditos tributários decorrentes dos fatos geradores praticados pela Impugnante em conformidade com as normas gerais de incidência dos tributos abrangidos pelo SIMPLES (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS), desponta de forma inexorável a ilegalidade do lançamento praticado com base em legislação diversa daquela que regia as incidências tributárias por ele colhidas”;

o “Vê-se, assim, que é imperiosa a anulação do lançamento ora impugnado, por haver enfeixado tributação completamente distinta daquela aplicável, sonogando vigência, portanto, à legislação pertinente.”;

- foi arremetida ainda tese consistente na incorreta determinação do quantum debeat, pela adoção de alíquota diversa da que seria aplicável à espécie nos meses de março/2005 a dezembro/2005;

o segundo recorrido, no mês de março/2005 foi adotada a alíquota global de 8,60% sendo que, nos demais meses, o percentual passou a ser de 10,32%;

o no entender do defendente, à luz da legislação apresentada, a sobretaxa de 20,00% deveria ser aplicada sobre o percentual de 7,00%, pelo que chegou ao percentual de 8,40% que, a seu ver, deveria ter sido aquele aplicado pela autoridade lançadora;

- segundo recorrido, a base de cálculo adotada no lançamento estaria indevidamente majorada, em razão da utilização do regime de competência, no lugar do regime de caixa;

o registrou a impugnante que a autoridade tributária tomou por base os valores escriturados no livro de Apuração de ICMS, que são registrados à medida que os produtos são comercializados, independentemente do efetivo recebimento do numerário a eles correspondentes (regime de competência);

o “a Impugnante, conquanto tenha realizado ao longo do ano-base de 2005 operações que perfizeram o montante total de, aproximadamente R\$ 6.000.000,00, segundo estampado em seu Livro de Apuração de ICMS, recebeu efetivamente quase a metade desse valor”;

o “Pois bem, força é convir que o reconhecimento das receitas (...) no ‘Livro de Apuração de ICMS’ é realizado de acordo com as diretrizes do regime de competência, posto que privilegia o momento em que o direito foi, juridicamente, integrado ao patrimônio do contribuinte, independentemente da sua efetiva realização, do seu efetivo recebimento.”;

o “Sucede que como se infere da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica apresentada pela Defendente em relação ao ano-calendário de 2005 (fls. 148), a empresa adotou com critério de reconhecimento das receitas o regime de caixa.”;

o “Especificamente no que concerne ao SIMPLES, a adoção do regime de caixa foi expressamente admitida pela Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003, vigente à época dos fatos geradores colhidos pelo lançamento (...).”;

o “(...) a impugnante optou abertamente pelo regime de caixa. (...) A despeito disso, e, conquanto estivesse a autoridade fiscal, em mãos, com o Livro Caixa e com os extratos bancários da empresa relativos ao período fiscalizado, optou, ao perpassar para o lançamento o critério de reconhecimento de receitas refletido no Livro de Apuração de ICMS, por tributá-la pelo regime de competência.”;

o “Assim, a base tributável deve se limitar aos valores que efetivamente ingressaram nos caixas da Defendente, regularmente escriturados no Livro Caixa – cuja correção sequer foi posta em dúvida pela autoridade fiscal – e corroborados pelos extratos bancários fornecidos pela empresa, com a consequente redução do quantum debeat do lançamento impugnado.”

• *foi questionada a imposição da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) por alegada ausência do evidente intuito de fraude;*

o assinalou a litigante, à guisa da doutrina de Marco Aurélio Grecco, se tratar a multa qualificada, no percentual de 150%, de exceção à regra geral, consistente na imposição da penalidade no percentual de 75%, sendo a majoração somente admissível com a adoção das cautelas necessárias, aplicando-se nas “hipóteses absolutamente nítidas que não envolvam avaliações subjetivas e cujos fatos tenham sua qualificação jurídica incontroversa”;

o ressaltou o fato de a atual redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, trazida a lume pela Lei nº 11.488, de 2007 (conversão da MP 303, de 2006), haver suprimido a expressão “evidente intuito de fraude”, bastando para a exasperação da penalidade que o caso em apreciação subsuma-se ao estabelecido pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964;

o com alteração legislativa, a intenção do legislador seria a de “facilitar o manejo pelo Fisco da multa qualificada, tornando menos tormentosa a atividade fiscal voltada a cominá-la.

De fato, se antes era indispensável a minuciosa demonstração daquele pressuposto, agora isso é prescindível, bastando a tão só incursão do sujeito passivo em alguma das condutas tipificadas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.”;

o a contrario sensu, “para a imposição da multa qualificada do inciso ‘II’ do art. 44 da Lei 9.430/96 – na sua redação original – não é suficiente a só configuração de alguma das situações tarifadas pelos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.”;

o “a eventual incursão do sujeito passivo em algum dos ilícitos daqueles artigos da Lei 4.502/64 é condição necessária mas não suficiente para a exasperação da sanção prevista no art. 44 da Lei 9.430/96, sendo indispensável, ainda, a configuração do ‘evidente intuito de fraude’, que, se guarda grande afinidade com aquelas condutas típicas, com elas não se confunde.”;

o na visão da litigante, a legislação vigente à época dos fatos geradores exigia, além da prática de uma das condutas tipificadas pelos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, um plus adicional consistente na caracterização do “evidente intuito de fraude”, ressaltando ainda que para todos esses dispositivos legais é exigida a presença de procedimento doloso por parte do agente;

o para a autuada, a configuração da fraude requer, além do dolo, o manejo de artificios arditos voltados à adulteração dos elementos identificadores do fato gerador do tributo como a emissão de nota fiscal por valor inferior àquele praticado na operação (subfaturamento), escrituração de despesas inexistentes (com lastro em documentação inidônea), emissão de documentos fiscais com valores distintos (nota calçada), manutenção de contabilidade paralela e não-escriturada (caixa dois), etc, o que não corresponderia ao caso em apreciação em que a pessoa jurídica “mantém rigorosa e minuciosa escrituração, apta a refletir perfeitamente todos os contornos dos fatos geradores praticados (...)”;

o na sequência, foi apresentada substancial quantidade de decisões administrativas nas quais foi evidenciada a inaplicabilidade da multa qualificada na hipótese de os valores faturados se encontrarem devidamente contabilizados, sem vícios nem fraudes, não bastando para a imposição dessa penalidade a mera verificação de declaração inexata, ou seja, a apresentação de declaração (DSPJ, no caso em julgamento) contendo o registro de valores inferiores àqueles efetivamente auferidos;

o em seguida, buscou desqualificar os fatos que levaram, no caso concreto, à imposição da multa qualificada, ou seja, a ocultação do verdadeiro proprietário da empresa (Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO), que teria se servido de interpostas pessoas no quadro societário da pessoa jurídica, assim como

a prestação de “declaração falsa” (na DSPJ foi declarada receita bruta de R\$ 141.184,73 enquanto para o fisco estadual a receita declarada de R\$ 6.780.328,68); o “primeiramente uma ressalva se impõe: a acusação de interposição de pessoa recai não sobre a Impugnante, mas sim sobre um dos sócios componentes do seu capital social (...) percebe-se, ictu oculi, que a convicção fiscal restou comprometida por uma confusão entre a pessoa jurídica acusada e a pessoa dos sócios integrantes da sociedade.”;

o “ainda que se tenha por caracterizada suposta interposição de pessoas, restrita à composição do capital social da empresa, este ilícito atribuído exclusivamente a um de seus (supostos) sócios não terá, por óbvio, qualquer repercussão sobre os direitos e obrigações da sociedade, ora Defendente.”;

o “É certo que a conduta atribuída ao suposto sócio da empresa configura, em tese, ato fraudulento. Todavia, esta suposta fraude não teve o condão de falsear qualquer dos aspectos dos fatos geradores captados pelo lançamento ora impugnado. (...) Assim, somente quando se lograr falsear o fato gerador da exação que se poderá cogitar da aplicação da multa exasperada de 150%.”;

o na esteira dessas considerações, apresentou ementas de decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do extinto Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em que foi decidido que a comprovação da interposição de pessoas sem capacidade econômica no quadro societário não seria motivo para a qualificação da multa;

Ao final de tudo, a pessoa jurídica formulou pedido no seguinte sentido:

i) seja CANCELADO o lançamento, em razão do “bis in idem” com o crédito tributário constituído pelo Auto de Infração n. 10384.004885/200878;

ii) sucessivamente, seja proclamada NULIDADE do lançamento impugnado, em razão da ausência de Mandado de Procedimento Fiscal no processo administrativo a ele referente;

iii) sucessivamente (ii), seja julgado IMPROCEDENTE o lançamento, em razão da (ii.a) impossibilidade de a autoridade fiscal se utilizar diretamente das informações constantes do “Livro de Apuração de ICMS” para a determinação da receita bruta da empresa, da (ii.b) invalidade da tributação da empresa pelas regras do SIMPLES, por estarem configuradas situações que torvavam obrigatória a sua exclusão daquele regime especial, sujeitando-a, portanto, às normas gerais aplicáveis às demais pessoas jurídicas, ou, ainda, da (ii.c) indevida adoção do regime de competência, embora seja a empresa optante pelo regime de caixa;

iv) sucessivamente seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE o lançamento, (iii.a) adotando-se, em relação aos fatos geradores relativos aos meses de março a dezembro, a alíquota global de 8,40% (0,78% [IRPJ], 1 1,20% [CSLL], 0,78% [PIS], 2,4% [COFINS] e 3,24% [INSS]), (iii.b) adotando-se, como base de cálculo dos créditos tributários constituídos, a receita efetivamente recebida pela empresa, escriturada em seu Livro Caixa e comprovada pelos seus extratos bancários, mercê da sua opção pelo regime de caixa, e, ainda, afastando-se a multa qualificada do art. 44, II da Lei 9.430/96 (150%), com a aplicação da multa de ofício genérica do art. 44, I (75%) daquele diploma, por não ter restado demonstrado, em relação à própria empresa, o “evidente intuito defraude”.

IMPUGNAÇÃO DA PESSOA NATURAL RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO

O lançamento também foi impugnado pela pessoa física RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO (levado ao pólo passivo da tributação na condição de devedor solidário através do Termo de Sujeição Passiva de fls. 500/501), conforme documento recepcionado pelo órgão de origem no dia 14/08/2008, documento em que foram trazidos à baila os argumentos sintetizados nos itens subsequentes.

- *preliminarmente foi suscitada a nulidade do lançamento pela impossibilidade da oitiva das testemunhas sem que fosse dada ao requerente a oportunidade de se fazer presente ao ato, o que teria violado o princípio da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV);*
- *ainda com sede em preliminar foi requerida a nulidade do lançamento pela impossibilidade de o autuado ter acesso aos elementos imprescindíveis à verificação da correção dos dados que embasaram o lançamento, o que teria cerceado o seu amplo direito de defesa;*
- *foi argumentada a inconsistência dos indícios que deram substrato ao lançamento, que seriam insuficientes para a conclusão do uso de interposta pessoa no quadro social da autuada;
o foram apontadas supostas evidências que desautorizariam a suposição da utilização de interposta pessoa, que teriam sido deliberadamente negligenciadas pela autoridade lançadora, que teria se omitido de demonstrar a configuração dos requisitos inerentes à condição de sócio;
o foi tentada a descaracterização da incapacidade financeira dos sócios, assim como a “excessiva capacidade do autuado”;
o foi suscitado o caráter inconclusivo dos depoimentos tomados que teriam diversos vícios tais como a não instrução dos depoentes sobre a necessidade de dizer a verdade e o “nítido interesse dos depoentes sobre o resultado da fiscalização”;
o foi ainda considerada como “falaciosa” a tentativa de caracterizar uma sequência de empresas;*
- *por derradeiro, foi defendida a impropriedade da responsabilização do requerente com fundamento no art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN).*

Ao final de tudo, o requerente formulou o seguinte pedido:

- (A) ANULAR o lançamento no que toca ao Requerente, em razão da violação ao seu direito à ampla defesa (CF/88, art. 5º, "LV"), por não ter sido cientificado acerca da realização dos depoimentos que embasaram a pretensão fiscal, não lhe sendo, por conseguinte, oportunizado se fazer presente naqueles decisivos atos;*
- (B) em sendo rejeitado o pedido (A), ANULAR o lançamento no que toca ao Requerente, por cerceamento do seu direito de defesa (CF/88, art. 5º, "LV"), por estar impossibilitado de exercer a contento o seu direito à prova, já que o Fisco não carrou aos autos os elementos necessários para permitir-lhe o controle da correção dos dados utilizados pela autoridade lançadora para o cálculo do crédito tributário;*
- (C) em sendo rejeitados os pedidos (A) e (B), julgar IMPROCEDENTE o lançamento no que toca ao Requerente, em razão das inconsistências dos alegados "indícios" constatados pela fiscalização para vinculá-lo à empresa autuada, bem assim da sua manifesta insuficiência para autorizar a grave imputação de utilização de pessoa interposta;*
- (D) em sendo rejeitados os pedidos (A), (B) e (C), julgar IMPROCEDENTE o lançamento no que toca ao Requerente, em razão da flagrante impropriedade da aplicação do art. 124 do CTN à espécie, por não estar caracterizado, sob nenhuma circunstância, o seu "interesse comum" no fato gerador dos tributos lançados;*
- (E) em sendo rejeitados os pedidos (A), (B), (C) e (D), julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o lançamento, reduzindo a multa aplicada para o patamar do art. 44, I da Lei 9.430/96 (75%).*

Em 29/05/2009, por meio do acórdão nº. 0815.628 (fls. 699/708), a 3ª Turma da DRJ de Fortaleza considerou a impugnação procedente, em razão da existência de vício

material nos lançamentos. Isso porque, verificado que a caracterização da interposição de pessoa remonta ao ano de 2003, anterior, portanto, aos fatos jurídicos tributários objeto dos lançamentos, que são de 2005, deveria a autoridade fiscal autuante ter excluído o contribuinte do Simples desde aquela data e não somente a partir de 01/01/2006, como foi feito. Assim, não poderia ser aplicado ao contribuinte o regime de tributação do Simples no ano-base de 2005, ante o preceito contido no inciso V do art. 15 da Lei nº. 9.317/96.

Como o presidente daquela turma recorreu de ofício ao CARF, o caso veio para análise nesta câmara. Na ocasião, conforme acórdão nº. 104200.397 (fls. 713/719), de 27/01/2011, esta câmara decidiu que a exclusão do Simples é feita de ofício quando constatada fraude por interposição de pessoas na composição societária de empresa e tem aplicação imediata em detrimento do contribuinte faltoso. No entanto, a falta de exclusão imediata beneficia o contribuinte e não poderia ser alegada por ele para solicitar a anulação do lançamento.

Noutras palavras, decidiu-se que não seria cabível a anulação do auto, sem que se fosse anulado o decreto de exclusão. Além disso, uma vez que o contribuinte não demonstrou ter renunciado ao Simples, nem demonstrou ter recolhido os tributos pela sistemática do lucro real, não teria interesse na alegação de erro de eleição do método, já que foi beneficiado pelo tratamento mais favorável.

Assim, considerando o provimento do recurso de ofício que afastou a nulidade do auto de infração, foi determinado o retorno dos autos à DRJ para que fossem examinadas as demais matérias contidas na impugnação.

Desse acórdão o contribuinte pessoa jurídica foi cientificado via Edital nº. 31/2011 (fls. 731), afixado em 23/05/2011 e o responsável solidário René dos Santos Rocha de Pinho Filho em 24/05/2011 (fl. 721). Nesse passo, em 30/05/2011, o responsável solidário apresentou tempestivamente Embargos de Declaração (fls. 724/735).

Tais Declaratórios (fls. 733/744) pleiteiam **(i)** a correção de suposto erro de fato, consistente na premissa equivocada de que teria partido o r. acórdão embargado, ao supor que o afastamento da tributação pelo Simples, no caso em análise, seria desvantajoso para o sujeito passivo; e **(ii)** seja sanada a suposta omissão, uma vez que o r. acórdão embargado não se pronuncia sobre a disposição do art. 15, V, da Lei n. 9.317/96, tese central da decisão reformada (eficácia prospectiva/retroativa da exclusão do Simples).

A 3ª Turma da DRJ de Fortaleza, ao analisar novamente a impugnação, por meio do acórdão nº. 0823.922, de 16/08/2012, deu novamente provimento à defesa para declarar nulo o lançamento por vício material em razão da incorreta determinação da base de cálculo e alíquotas aplicáveis, uma vez que, em razão de haver se servido de interpostas pessoas, o contribuinte deveria ter sido excluído da sistemática do SIMPLES desde a sua constituição, aplicando-se ao lançamento o regramento estabelecido para as pessoas jurídicas em geral, conforme o caso (lucro real trimestral ou lucro arbitrado).

Dessa decisão, a DRJ apresentou novamente recurso de ofício a este CARF.

O Colegiado, por sua vez, analisou tais Embargos em 6 de março de 2013 e emitiu o acórdão 1402-001.339, onde por unanimidade de votos, decidiu-se por votos:(i) declarar nulos todos os atos processuais posteriores à interposição dos embargos de declaração;(ii) conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los; e: (iii)

determinar o retorno dos autos para nova apreciação pelo Órgão julgador de primeira instância, que deverá examinar novamente as matérias contidas na impugnação, com exceção da preliminar de nulidade do lançamento em razão da incorreta aplicação dos dispositivos relacionados à exclusão retroativa do contribuinte do Simples, matéria essa já definitivamente julgada e afastada por este Conselho.

Assim, em julgamento realizado em 30 de agosto de 2013, a 3ª Turma da DRJ/FOR, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e prolatou o acórdão 08-26.491 assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

DUPLICIDADE NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Insustentada a alegação da defesa, quanto à duplicidade da cobrança do crédito tributário, dada a comprovação de que somente no presente processo é que a autuação fiscal se encontra cadastrada.

IRREGULARIDADE NO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) representa mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades de auditoria fiscal. Eventuais irregularidades em relação a este documento, por não interferirem na competência da autoridade fiscal nele designada, nem representarem cerceamento ao direito de defesa, não ensejam a nulidade do lançamento.

OPTANTE PELO SIMPLES FEDERAL. TRIBUTAÇÃO A PARTIR DO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS.

Tendo o sujeito passivo declarado na DSPJ valores de receita bruta sobejamente inferiores àqueles consignados no Livro de Apuração do ICMS, incorreta a autuação referente aos tributos exigíveis aos optantes do Simples (Lei nº 9.317, de 1999), calculados a partir da diferença encontrada no cotejamento do Livro de Apuração do ICMS com a DSPJ do período fiscalizado.

ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E DA ALÍQUOTA. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. MATÉRIA APRECIADA EM RECURSO DE OFÍCIO PELO CARF.

Com sede em julgamento de recurso de ofício, que reformou decisão da DRJ Fortaleza, nesse particular, o alegado erro na mensuração dos créditos tributários exigidos diz respeito a matéria definitivamente julgada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o que impossibilita que esta instância julgadora volte a apreciar a matéria.

ERRO NAS ALÍQUOTAS CONSIDERADAS NA AUTUAÇÃO.

Não procede o argumentado da defesa quanto à existência, no período de março a dezembro de 2005, de suposto erro nos percentuais considerados na autuação, posto que efetivada em perfeita sintonia com a legislação vigente à época dos fatos geradores.

OPÇÃO PELO REGIME DE CAIXA. TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS.

Ainda que tenha optado pela adoção do regime de caixa em sua DSPJ/2006, não tendo a fiscalizada apresentado a documentação necessária à aferição da correção dos valores lançados no Livro Caixa, restou ao representante fazendário efetuar o lançamento com base nos valores consignados no Livro de Apuração de ICMS.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTAS PESSOAS.

Havendo nos autos elementos suficientes à formação da convicção do julgador, quanto à presença de interpostas pessoas no contrato social da autuada, tem-se por caracterizado o evidente intuito de fraude no procedimento da pessoa jurídica, implicando na qualificação da multa de ofício para o percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO DEVEDOR SOLIDÁRIO.

Inexiste, dentre as normas legais e regulamentares aplicáveis ao caso, qualquer comando legal a impor a presença, nos depoimentos prestados pelas interpostas pessoas, da pessoa natural considerada pela fiscalização como a real beneficiária dos rendimentos auferidos pela pessoa jurídica.

NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. PREJUÍZO À DEFESA DO DEVEDOR SOLIDÁRIO.

Estando o impugnante imbuído dos mais amplos poderes que lhes foram conferidos por instrumento de mandato, não há como prevalecer o argumento de prejuízo à defesa pela impossibilidade de acesso ao Livro de Apuração de ICMS.

PROVA INDICIÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA (ART. 124, INC. I CTN).

Legítima a prova indiciária, também chamada de presuntiva, quando indícios fartos, graves, precisos e convergentes evidenciam que a pessoa jurídica possuía interpostas pessoas em seu quadro social e que o real beneficiário dos rendimentos era um terceiro, que administrava a empresa por meio de procuração, legitimamente considerado devedor solidário por força do disposto pelo art. 124, inc. I do CTN.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Dos Recursos Voluntários

A contribuinte e o responsável solidário apresentaram recursos voluntários às fls. 964 e ss e 1001/1075, onde reforçam os argumentos já apresentados em sede de impugnação, atendo-se aos seguintes pontos:

- que a Lei 9.312/96 (art. 18) é taxativa e expressa no sentido de que a autuação das empresas optantes pelo SIMPLES com fundamento em suposta omissão de

receita deve ser feita exclusivamente com base nos livros obrigatórios para aquelas pessoas jurídicas, dentre os quais não se inclui o Livro de Apuração do ICMS, única fonte consultada durante a ação fiscal.

- que o art. 23, §3º, da Lei 9.317/96 fundamento legal da alíquota global do SIMPLES na hipótese de ultrapassagem do limite da receita bruta definido para esta sistemática, à época dos fatos, remetia textual e expressamente à alínea "e" (e não à "i") do art. 5º, II, do mesmo diploma, de forma que o percentual -base do acréscimo de 20% é 7% (não 8,6%), resultando em uma carga tributária total de 8,40%, tendo a autoridade autuante, no entanto, aplicado o percentual de 10,32% à receita supostamente auferida nos meses de mar/2005 a dez/2005.

- tendo a empresa optado pelo "regime de caixa", no ano-base de 2005, conforme permitido pelo art. 4º, §2º, IN/SRF 355/2003, é com base nele que deve ser apurada a suposta omissão de receita a ela imputada, a teor do art. 24 da Lei 9.249/96 c/c art. 18 da Lei 9.317/96; no entanto, ao utilizar-se do Livro de Apuração do ICMS, desprezando absolutamente o Livro Caixa reconhecidamente detido e apresentado pela empresa, a autoridade fazendária acabou por, inadvertidamente, aplicar regime de tributação indevido e inadequado, posto que as receitas escrituradas no livro privilegiado pela fiscalização, como é elementar, são reconhecidas de acordo com "regime de competência"; e

- indevida e ilegal a imposição da multa qualificada, uma vez que o núcleo de todas as figuras abrangidas pelo tipo legal centra-se no fato gerador do tributo, o qual, a rigor, em nada é afetado pela interposição de pessoas - principal acusação da fiscalização -

Já o Sr. Rene alegou em sede de preliminar a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, por não ter sido lhe oportunizado participar dos depoimentos utilizados como fundamento da imputação que lhe foi dirigida. E ilegalidade da atribuição ao recorrente da condição de responsável solidário pelo crédito tributário - inadequação do art. 124, I do CTN. Ilegalidade da imposição da multa qualificada.

Recebi os autos, desta feita, por sorteio, em 23/02/2018.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora

A contribuinte foi autuada para o recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS no regime simplificado - SIMPLES, relativo ao ano-calendário de 2006, totalizando o crédito tributário de R\$1.873.591,61, incluindo multa de ofício qualificada de 150% e juros de mora.

A contribuinte foi cientificada por edital, fls. 958, do teor do acórdão da DRJ/FOR e intimada ao recolhimento dos débitos em 02/10/2013 e o responsável tributário foi cientificado em 21/10/2013 (AR de fl. 959), e apresentaram em 31/10/2013 e 18/11/2013, recurso voluntários, respectivamente, juntados às fls. 964/994 e 1001/1075.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, e tempestivo, deles conheço.

A ação fiscal identificou omissão de receitas em razão de receitas declaradas ao fisco federal substancialmente inferior ao declarado ao fisco estadual, no ano-calendário de 2005.

O contribuinte, objetivamente, recorre dos seguintes pontos:

1) que a Lei 9317/96 (art. 18) é taxativa e expressa no sentido de que a autuação das empresas optantes pelo SIMPLES com fundamento em suposta omissão de receita deve ser feita exclusivamente com base nos livros obrigatórios para aquelas pessoas jurídicas, dentre os quais não se inclui o Livro de Apuração do ICMS, única fonte consultada durante a ação fiscal.

Alega o contribuinte que o lançamento não deve subsistir pois o fisco simplesmente alterou sua opção pelo regime de caixa pelo de competência.

Ora, da análise do andamento do procedimento fiscal que ocorreu junto à contribuinte, podemos verificar que quando intimado a apresentar documentações, juntou o Livro de Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências e os Livros de Entrada, Saída e de Apuração do ICMS, além dos comprovantes de recolhimento do ICMS, das notas fiscais de entradas (relativas ao período de agosto/2005 a dezembro/2005), bem como extratos bancários do Banco do Brasil. Posteriormente apresentou o Livro Caixa e extrato bancário do Banco Sudameris.

Instado a apresentar a documentação relativa ao período de janeiro a junho de 2005, o contribuinte afirmou que eles estavam na Secretaria da Fazenda Estadual do Piauí, e não apresentou mais nenhum documento, nem em fiscalização, nem em impugnação, ou mesmo em sede recursal.

Conforme asseverado na decisão recorrida, diante de tal situação, a fiscalização poderia optar pelo Livro Caixa ou Livro de Apuração de ICMS, porém, o Livro Caixa se mostrou incompleto, sem as informações do 1º semestre de 2005, e sem que a

fiscalizada apresentasse outras documentações que suprissem tal falta, dessa forma, a receita bruta foi apurada com base no Livro de apuração do ICMS, que se mostrou muito superior, e assim, foi intimada a esclarecer tais fatos, porém, quedou-se inerte.

Assim, à contribuinte foi dada a chance de apresentar a documentação que lhe foi solicitada e que ela deveria ter mantido em sua guarda, ou mesmo prestar esclarecimentos, diante de sua inércia, outra opção não teve que não se utilizar do Livro de Apuração do ICMS.

Dessa forma, diferente do que faz crer a contribuinte, a utilização do Livro de Apuração do ICMS, quando devidamente intimada a apresentar outros Livros, não o fez, o lançamento se mostra válido.

2) que o art. 23, §3º, da Lei 9.317/96 fundamento legal da alíquota global do SIMPLES na hipótese de ultrapassagem do limite da receita bruta definido para esta sistemática, à época dos fatos, remetia textual e expressamente à alínea "e" (e não à "i") do art. 5º, II, do mesmo diploma, de forma que o percentual -base do acréscimo de 20% é 7% (não 8,6%), resultando em uma carga tributária total de 8,40%, tendo a autoridade autuante, no entanto, aplicado o percentual de 10,32% à receita supostamente auferida nos meses de mar/2005 a dez/2005.

Alega o recorrente que houve erro quando do cálculo, já que seguindo o art. 5º da Lei 9.317/96, o percentual aplicado quando houvesse excesso no limite estaria incorreto, seria 8,4% e não 10,32%.

Vejamos o que diz o referido artigo:

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

Art. 23

§3º A pessoa jurídica cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite a que se refere o inciso II do art. 2º, adotar, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea e do inciso II e nos §§ 2º, 3º, inciso III ou IV, e § 4º, inciso III ou IV, todos do art. 5º, acrescidos de 20% (vinte por cento), observado o disposto em seu § 1º.

A diferença apontada pelo recorrente não levou em conta a alteração que a Lei 9.317/96 sofreu com a Lei 9.732/98, vigente na época dos fatos geradores, que alterou os percentuais, notadamente do INSS, passando para:

i) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea "i" do inciso II do art. 5º:

1 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao IRPJ;

2 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao PIS/PASEP;

3 - um por cento, relativo à CSLL;

4 - dois por cento, relativos à COFINS;

5 - quatro inteiros e três décimos por cento, relativos às contribuições de que trata a alínea "f" do § 1º do art. 3º. (grifei)

Verificando o que foi aplicado, temos:

- jan/05, com receita bruta acumulada de R\$ 460.287,17 – percentual de 6,20%;
- fev/05, com receita bruta acumulada de R\$ 954.712,31 – percentual de 7,80%;
- mar/05, com receita bruta acumulada de R\$ 1.368.366,16 – percentual de 8,60% para a parcela da receita até R\$ 1.200.000,00 e do percentual de 10,32% para a parcela de R\$ 168.366,16; e
- abr/05 a dez/05, período em que a receita bruta acumulada excedeu o limite de R\$ 1.200.000,00 – percentual de 10,32% para todo o período.

Assim, já que corretos os percentuais aplicados, considerando o aumento de 20% dada a extrapolação do limite, não merece prosperar o argumento apresentado.

O terceiro item se confunde com o primeiro, já discutido aqui, acerca da utilização do Livro de Apuração do ICMS para se apurar a receita bruta e conseqüentemente o lançamento.

Da multa qualificada

Questiona a recorrente a aplicação da multa qualificada de 150%. Em seu entendimento, não haveria a configuração da qualificadora, ou seja, do intuito doloso de sonegação, fraude ou conluio, de tal forma que o percentual aplicado deveria ser o de 75%.

Segundo o TVF, a majoração da multa se deu pelas evidências de utilização de métodos para ocultar o verdadeiro proprietário da empresa WD Distribuidora, apresentação de declaração falsa no ano-calendário de 2005, de omitir receitas, quando declarou R\$141.184,71, e para o Fisco Estadual R\$6.780.328,68, buscando claramente a sonegação.

APURAÇÃO RECEITA COM BASE NO LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS.

MÊS	5.102	6.102	TOTAL VENDA MERCADORIAS	DEVOLUÇÃO VENDAS 1.202	DEVOLUÇÃO VENDAS 1.411	DEVOLUÇÃO VENDAS 2.202	VENDAS LIQUIDAS	RECEITA DECLARADA	RECEITA OMITIDA
janeiro	386.765,27	74.679,26	461.444,53	1.024,38	56,54	76,44	460.287,17	10.526,00	449.761,17
fevereiro	384.514,34	127.212,49	511.726,83	16.906,30	395,39	-	494.425,14	10.598,00	483.827,14
março	359.651,54	86.357,16	446.008,70	32.311,07	-	43,78	413.653,85	11.005,60	402.648,25
abril	520.141,55	1.009,28	521.150,83	24.245,27	78,88	1.402,58	495.424,10	12.030,00	483.394,10
maio	345.091,05	174.759,80	519.850,85	14.176,96	39,79	11.158,78	494.475,32	12.051,00	482.424,32
junho	365.260,43	205.054,80	570.315,23	7.784,04	-	2.168,45	560.362,74	12.098,00	548.264,74
julho	384.126,20	138.472,40	522.598,60	3.541,15	2.270,36	762,19	516.024,90	12.010,33	504.014,57
agosto	504.745,60	192.145,00	696.890,60	5.061,11	-	1.572,74	690.256,75	12.045,20	678.211,55
setembro	465.551,10	115.300,10	580.851,20	6.533,90	489,83	723,27	573.104,20	12.303,00	560.801,20
outubro	496.175,80	152.248,60	648.424,40	10.415,82	599,03	7.392,14	630.017,41	12.120,50	617.896,91
novembro	573.977,20	184.046,30	758.023,50	8.128,56	-	4.441,13	745.453,81	12.046,20	733.407,61
dezembro	574.520,90	158.765,80	733.286,70	16.955,38	58,11	9.429,92	706.843,29	12.350,90	694.492,39
TOTAL	5.360.520,98	1.610.050,99	6.970.571,97	147.083,94	3.987,93	39.171,42	6.780.328,68	141.184,73	6.639.143,95

A decisão da DRJ, por sua vez entendeu, num voto muito bem detalhado que:

Conforme registrado no Termo de Verificação, o AFRFB dirigiu-se ao domicílio tributário da empresa a ser fiscalizada e lá encontrou em funcionamento pessoa jurídica diversa. Encaminhou-se então ao endereço do sócio Enilson Alves de Sousa onde encontrou sua mãe que, ao ser informada se tratar de fiscalização em empresa na qual seu filho seria sócio, afirmou desconhecer este fato. Visitou então o atual local de trabalho do Sr. Enilson Alves de Sousa, como indicado pela sua genitora, onde o localizou e promoveu a ciência do Termo de Início de Fiscalização. Naquela ocasião, o representante da empresa informou que o local em que laborava nada tinha nada a ver com a W D Distribuidora Ltda., mas com a pessoa jurídica Royalpi Distribuidora Ltda., onde era apenas empregado.

Ante esses intrigantes fatos, achou por bem o agente do fisco aprofundar as investigações.

Assim é que identificou que o terreno situado no domicílio tributário da W D Distribuidora pertenceu ao Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, tendo sido alienado, em 25/08/2000, para a pessoa jurídica SR Distribuidora Ltda (da qual o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO deteve 99% do capital social, no período de 15/05/1998 a 22/03/2002, enquanto o outro sócio foi o seu irmão, o Sr. Luiz Cláudio Paz Pinho, até 04/12/1998). Foi ainda ressaltado que à época da fiscalização os sócios SR Distribuidora Ltda eram os senhores José de Araújo Costa, incluído em 20/12/1999 e Antônio Carlos Rodrigues dos Santos, incluído em 22/03/2002, os quais, segundo afirmado pela fiscalização, também seriam interpostas pessoas.

Posteriormente, em 14/11/2002 esse mesmo terreno foi adquirido da SR Distribuidora pelo irmão do Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, o Sr. Luiz Cláudio Paz Pinho (tanto o Sr. René, quanto o Sr. Luiz Cláudio, já haviam participado do quadro societário da S R Distribuidora; todavia, quando da alienação, formalmente já não mais se encontravam na sociedade). O imóvel foi alugado pelo Sr. Luiz Cláudio para a W D Distribuidora pelo valor mensal de R\$ 1.500,00 ficando pactuado, contudo, que na hipótese de a locatária efetuar obras estruturais não poderia arguir qualquer direito de indenização em razão das benfeitorias edificadas (sic).

Nesse diapasão, o terreno pertenceu à SR Distribuidora (que teve como sócios os irmãos René e Luiz Cláudio), posteriormente foi alienado para a pessoa física do Sr. Luiz Cláudio que o alugou para a W D Distribuidora (empresa passível de administração pelo Sr. René, via procuração), que na hipótese de construir

qualquer benfeitoria no terreno não teria direito a ser indenizada. Quando dos procedimentos fiscais, o imóvel (observe-se que não mais se tratava de um terreno, mas de um imóvel) estava alugado para a Sociedade Beneficente Padre Vale por R\$ 5.000,00, valor esse que deveria ser depositado em conta bancária pertencente à titularidade do Sr. René (conforme a cláusula segunda do contrato de locação).

Quanto à pessoa jurídica autuada, a W D Distribuidora, teve inicialmente como sócios os senhores Williames Leôncio da Cruz e Daniel Márcio dos Santos Silva. O primeiro retirou-se da sociedade em 24/02/2003, dando lugar ao Sr. Enilson Alves de Sousa. Quando da auditoria-fiscal o quadro societário era constituído pelos senhores Daniel Márcio dos Santos Silva e Enilson Alves de Sousa e era administrada, de acordo com a fiscalização, através de instrumento de mandato, pelo Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO que estaria exercendo tal mister por amizade ao Sr. Enilson Alves de Sousa e pelo fato daquele senhor não possuir relacionamento junto à rede bancária.

Objetivando o esclarecimento da situação, a autoridade fazendária tomou a termo os depoimentos dos envolvidos, merecendo destaque os aspectos adiante sintetizados:

- *Daniel Márcio dos Santos Silva (sócio da W D Distribuidora desde a constituição da empresa) – nunca residiu no endereço constante de suas DIRPF, a Rua Cel. Costa Araújo, 892, bairro do Jockey Club (área nobre da cidade de Teresina), em verdade reside na Rua Boqueirão, bairro Piçarreira, não sabendo informar quem transmitiu as declarações; trabalhou na S R Distribuidora, na W D Distribuidora e na Royalpi Distribuidora; à época do depoimento trabalhava na Prática Distribuidora, empresa que prestava serviços para a Royalpi Distribuidora; quanto à sociedade na W D Distribuidora, afirmou que “emprestou seu nome para compor o quadro societário da empresa” mas que “Não sabe nem qual é o seu percentual de participação no capital da empresa”; nas declarações de imposto de renda a ele atribuídas (afirma não as ter transmitido) em que foram informados rendimentos tributáveis de R\$ 2.340,00 em 2002, fls. 391/394, de R\$ 6.000,00 em 2003, fls. 395/397, rendimento isento de R\$ 3.600,00 em 2004, fls. 398/399, e rendimento nulo em 2005, fls. 400/402 (ano da autuação, em que a empresa faturou mais de R\$ 6 milhões);*

- *Williames Leôncio da Cruz (sócio da W D Distribuidora a partir do início das atividades, até 24/02/2003, quando foi substituído pelo Sr. Enilson Alves de Sousa) – do mesmo modo que o depoente anterior, nunca morou na Rua Cel. Costa Araújo, 892, bairro do Jockey Club, local constante das declarações de rendimento em seu nome transmitidas, residindo efetivamente na Rua Acácia, 1956; não sabe quem apresentou as declarações de imposto de renda, tachadas de falsas pelo declarante; trabalhou na S R Distribuidora, cujo empregador era o Sr. René; quando do depoimento afirmou trabalhar na Luna Comércio Ltda (que presta serviços para a Royalpi Distribuidora); reconheceu a sua assinatura no contrato social da W D Distribuidora mas não lembrou que houvesse assinado o documento, nem a pedido de quem; nas declarações de imposto de renda (que afirmou não as haver apresentado) foram informados rendimentos tributáveis de R\$ 12.000,00 em 2002, fls. 408/411, rendimentos nulos em 2003 e 2004, fls. 412/417, e rendimentos isentos de R\$ 3.600,00 em 2005, fls. 418/420 (ano do lançamento ora tratado);*

- *Enilson Alves de Sousa (sócio da W D Distribuidora a partir de 24/02/2003) – trabalhou na S R Distribuidora (não saberia quem era o proprietário), na Luna*

Comércio Ltda (com o Sr. Luís Cláudio Paz Pinho, irmão do Sr. René) e, quando do depoimento, trabalhava na Royalpi Distribuidora Ltda (empresa pertencente aos irmãos René e Luiz Cláudio, na condição de gerente-administrativo) ; ingressou no quadro social da W D Distribuidora Ltda em substituição ao Sr. Williames Leôncio da Cruz, mas não pagou nada pela participação societária; estabeleceu uma procuração com amplos poderes ao Sr. René por não possuir “influência junto à rede bancária” e por necessitar de ajuda; o imóvel em que funcionou a W D Distribuidora tinha como locador o Sr. Luiz Cláudio, a quem era pago o valor mensal de R\$ 1.500,00; foram feitas reformas no imóvel que foram descontadas no aluguel (a fiscalização apurou que, ao invés de haver desconto, foram escriturados pagamentos de R\$ 3.000,00); o ex-sócio, Sr. Williames, trabalha junto ao depoente na Royalpi Distribuidora; nas declarações de imposto de renda a ele atribuídas foram informados rendimentos tributáveis nulos em 2002, fls. 374/377, rendimentos tributáveis de R\$ 12.000,00 em 2003, fls. 378/380, de R\$ 12.000,00 em 2004, fls. 381/383, e de R\$ 16.000,00 em 2005, fls. 384/386 (ano da constituição do crédito tributário);

• *René dos Santos Rocha de Pinho Filho (administrador da W D Distribuidora, conforme instrumento de mandato) – empresário do ramo de distribuição de rações para animais, com sociedade na empresa Royalpi Distribuidora; foi sócio da S R Distribuidora; o Sr. Enilson trabalhou com o depoente na S R Distribuidora e com ele trabalha na Royalpi; conhece os senhores Williames e Daniel Márcio, que com ele trabalham na Royalpi, mas não lembra se trabalharam na S R Distribuidora; sua ligação na W D Distribuidora decorria do fato de ser amigo do proprietário, Sr. Enilson; possuía uma procuração, lavrada em cartório, para representar a W D Distribuidora, documento que foi formalizado em razão de sua amizade com o Sr. Enilson e pelo fato deste “não possuir relacionamento junto aos bancos”; em suas declarações de imposto de renda foram observados rendimentos tributáveis de R\$ 24.000,00 em 2002, fls. 468/470, de R\$ 12.000,00 em 2003, fls. 464/466, rendimentos tributáveis de R\$ 24.000,00 e isentos de R\$ 30.000,00 em 2004, fls. 460/462, e rendimentos isentos de R\$ 60.000,00 em 2005 (ano da autuação da W D Distribuidora).*

Segundo o renomado dicionário AURELIO2, uma das semânticas do vocábulo interpor é “surgir com o caráter de obstáculo, como se o fosse”, ou seja, aparentar ser o que de fato não é, com o fito de representar obstáculo para algo. Servir-se de interposta pessoa, no jargão do processo administrativo fiscal, diz respeito à constatação, por parte da fiscalização, de que os sócios formais da pessoa jurídica não correspondem aos reais detentores da sociedade, aos efetivos proprietários da empresa, artifício fraudulento que é engendrado com o desiderato de livrar os destinatários dos lucros da atividade empresarial do ônus decorrente do redirecionamento de uma execução fiscal.

Uma empresa nessa forma constituída declara ao fisco uma receita ínfima, sobejamente inferior àquela efetivamente auferida. Sobre os valores declarados costuma recolher os tributos devidos e, na hipótese de uma autuação fiscal, decorrente da comprovação da omissão de receita, os verdadeiros detentores da empresa não têm com o que se preocupar. A Fazenda Nacional não vai conseguir receber o que lhe é devido da pessoa jurídica, desprovida de bens para tanto, muito menos dos quotistas formais, sem qualquer capacidade econômica. Quanto aos efetivos proprietários da pessoa jurídica, por não constarem do contrato social, não serão demandados em razão da dívida fiscal.

Nesse contexto, havendo indícios da presença de interpostas pessoas, cabe ao AFRFB proceder a todas as diligências que se fizerem necessárias, de modo a comprovar o fato, enviando correspondências a cartórios, a instituições financeiras, etc., tomando a termo os depoimentos dos envolvidos, compulsando suas declarações de rendimentos, cruzando todas essas informações.

Assim laborando e restando evidenciada a interposição de pessoa, cumpre à autoridade fazendária inserir o verdadeiro beneficiário de resultado econômico da pessoa jurídica no polo passivo da relação jurídico-tributária, na condição de devedor solidário, de modo que também seja demandado pelo crédito tributário sonegado.

Quanto à multa de ofício, comprovado o evidente intuito de fraude, deverá ser exigida no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Foi exatamente o que se deu no caso em apreciação em que foi demonstrado pelo autuante, de forma cristalina, que os quotistas formais não possuem qualquer capacidade econômica para constar do quadro social da W D DISTRIBUIDORA, tratando-se de empregados pouco qualificados das empresas capitaneadas pelos irmãos René e Luiz Cláudio.

Segundo colhido nos depoimentos dos senhores Willianes Leôncio da Cruz e Daniel Márcio Silva dos Santos (sócios formais da empresa), os mesmos não tinham qualquer conhecimento das declarações de imposto de renda em seus nomes transmitidas. Em todas elas foram informados rendimentos ínfimos, quando não nulos, e endereços incorretos, em área da cidade incompatível com as suas posses. A única preocupação era a de fazer constar nas declarações as participações societárias na W D DISTRIBUIDORA. Ressalte-se que o Sr. Daniel Márcio afirmou enfaticamente que “emprestou” o seu nome para compor o quadro social da empresa, mas que não sabia nem mesmo qual era o seu percentual de participação no capital social. Quanto ao Sr. Willianes, a despeito de reconhecer sua assinatura no contrato social, não se lembrava de ter assinado o documento, nem a pedido de quem.

A situação do Sr. Enilson, parece ser um pouco diferente. A despeito disso, sua capacidade financeira também é incompatível com a propriedade de uma empresa com o faturamento observado pela fiscalização. Trata-se da pessoa de confiança do Sr. René. Teria ingressado na sociedade sem nada pagar ao sócio retirante. Isso em uma pessoa jurídica com receita bruta superior a R\$ 6 milhões em 2005. Por não possuir conhecimento na rede bancária, teria delegado irrestritos poderes ao Sr. René para administrar a empresa. Isso tudo por amizade, sem nada receber.

Tal versão, contudo, não ostenta qualquer razoabilidade. Não é plausível que alguém transfira todos os poderes de uma empresa (mormente com o faturamento da autuada) para outrem, inclusive para movimentações financeiras de elevado porte, simplesmente por amizade.

De tudo o que consta dos autos, dúvida não há de que os nomes inseridos no contrato social não representam os verdadeiros proprietários da empresa, correspondendo a interpostas pessoas.

A propósito, destaque-se que nas declarações de rendimentos dos senhores Daniel Márcio, Willianes e Enilson o único bem declarado foi a pseudo participação societária. Por outro lado, nas declarações do Sr. René, a despeito dos módicos

rendimentos levado à tributação, é notória a sua evolução patrimonial, senão vejamos:

René dos Santos Rocha de Pinho Filho – Evolução Patrimonial					
Rendimentos	AC 2002	AC 2003	AC 2004	AC 2005	AC 2006
Rendimentos Tributáveis	24.000,00	0,00	24.000,00	0,00	40.200,00
Rendimentos Isentos	20.000,00	12.000,00	30.000,00	60.000,00	180.000,00
Total	44.000,00	12.000,00	54.000,00	60.000,00	220.200,00
Bens e Direitos	AC 2002	AC 2003	AC 2004	AC 2005	AC 2006
Automóvel Fial Pálio Ano 2000	8.000,00	8.000,00	8.000,00	8.000,00	0,00
Apart. Financ. – Av. Rio Poty, Ed. Ilha Grande	26.076,00	26.076,00	40.076,00	40.076,00	40.076,00
Terreno Rua Telegrafista Sebastião Portela	19.863,00	19.863,00	19.863,00	19.863,00	19.863,00
Automóvel Audi A3 – Ano 2003 – Financiado	0,00	0,00	30.000,00	0,00	0,00
Automóvel Toyota TR4 – Financiado	0,00	0,00	0,00	30.000,00	30.000,00
Automóvel Toyota SW4 – Financiado	0,00	0,00	0,00	0,00	30.000,00
Terreno Urbano 20x40 – R Telegr. Seb. Portela	0,00	0,00	0,00	0,00	35.000,00
Terreno Urbano 20x40 – R Telegr. Seb. Portela	0,00	0,00	0,00	0,00	21.600,00

Capital Social Royalpi Ltda.	0,00	0,00	0,00	0,00	15.000,00
Capital Social Posto Dez Ltda.	0,00	0,00	0,00	0,00	99.900,00
Capital Social Pinho Com. Calçados Ltda.	0,00	0,00	0,00	0,00	30.000,00
Capital Social SRP Distribuidora Ltda.	0,00	0,00	0,00	0,00	20.000,00
Totais	53.939,00	53.939,00	109.939,00	109.939,00	337.750,47

Salta aos olhos a diferença do padrão econômico do Sr. RENÉ, comparativamente com os sócios formais da W D DISTRIBUIDORA. Enquanto os sócios formais da autuada não possuem absolutamente nada em seu patrimônio declarado, a não ser as malfadadas participações societárias, o Sr. RENÉ apresentou um incremento patrimonial de 527,32% entre 2002 (ano do início das atividades da W D DISTRIBUIDORA) e 2006 (ano-calendário subsequente à autuação), tendo, inclusive, adquirido no período em tela, três automóveis de luxo.

Também merece destaque a aquisição de dois novos terrenos no ano de 2006, ambos na Rua Telegrafista Sebastião Portela, mesma rua em que se encontra registrado o endereço da W D DISTRIBUIDORA.

O ano de 2006 foi ainda pródigo em aquisições societárias. Foram adquiridas participações no capital de quatro novas empresas, a Royalpi Distribuidora Ltda, já referenciada neste ato administrativo, uma outra distribuidora, um posto de combustíveis e uma empresa calçadista.

Ante todos esses fatos, reputo-me convencido de que os senhores Willianes Leôncio da Cruz, Daniel Márcio Silva dos Santos e Enilson Alves de Sousa não passam de interpostas pessoas, sem qualquer capacidade econômica, inseridas no contrato social da W D DISTRIBUIDORA de forma insidiosa, situação a caracterizar o evidente intuito de fraude no caso considerado e a autorizar a exasperação da multa de ofício aplicada pela subsunção dos fatos ao estabelecido pelo inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conforme a redação vigente quando da ocorrência do fato gerador, a seguir transcrita:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(destaquei)

Conforme exaustivamente demonstrado no presente Voto, os fatos minudentemente levantados pela fiscalização levam este julgador a firmar a sua convicção no sentido de que as pessoas naturais constantes do contrato social da autuada não apresentam qualquer capacidade econômica a respaldar a participação societária a eles atribuída. Na realidade, correspondem a pessoas de diminuta capacidade financeira que são ou foram empregados, enfatize-se, de empresas ligadas ao Sr. RENÉ, o que demonstra com suficiência o evidente intuito de fraude no procedimento relatado.

Assim, no meu entendimento também, ficou devidamente comprovado o intuito fraudulento de sonegação, com a utilização de interpostas pessoas, dessa forma, de se manter a qualificadora.

Responsabilidade Solidária - Sr. René dos Santos Rocha de Pinto Filho

Ao Sr. René foi imputada a responsabilidade solidária, com base no art. 124, I, do CTN, uma vez que conforme o TVF, ficou perfeitamente caracterizada a relação direta dele com a empresa, cuja titularidade foi efetivada em nome de terceiros sem a devida capacidade financeira, com o intuito de fraudar o fisco, terceiros cujos endereços foram alterados para dificultar a localização para uma possível cobrança, impossibilitando o Fisco de cobrança e pela falta de capacidade financeira dos sócios.

Continua, ainda o TVF, no sentido de que levando-se em conta a interpretação econômica, no caso em tela, o Sr. René, na condição de sócio de fato da empresa, se comportava como tal, proprietário, movimentando pessoalmente as contas bancárias da firma.

O responsável solidário apresentou recurso voluntário à parte, onde alega os mesmos argumentos já apresentados na impugnação: cerceamento de defesa por não ter participado dos depoimentos utilizados como fundamento do lançamento, e pugna pela sua exclusão do polo passivo.

Ora a prova carreada nos autos, bem como a decisão recorrida, muito bem fundamentada demonstram a sua efetividade como sócio da empresa, que se utilizou de interpostas pessoas no quadro societário, mas efetivamente movimentou as contas bancárias da sociedade, com o evidente intuito fraudulento já mostrado acima, o que levou à manutenção da qualificadora da multa.

• todas as pessoas constantes do contrato social correspondem a empregados do impugnante desde a SR Distribuidora Ltda (precursora da W D DISTRIBUIDORA LTDA) até a Royalpi Ltda (empresa em atividade quando da fiscalização), situação a denotar inquestionável relação de dependência econômica dos sócios formais da pessoa jurídica em relação ao impugnante;

- a SR Distribuidora e a W D DISTRIBUIDORA possuíam a mesma atividade econômica, a distribuição de rações animais, que também é o ramo em que atua a Royalpi Ltda;
- o momento em que o litigante deixou de participar do quadro social da SR Distribuidora, o dia 22/03/2002, é muito próximo da data em que as interpostas pessoas Willames Leôncio da Cruz e Daniel Márcio Silva dos Santos foram inseridos no quadro social da W D DISTRIBUIDORA, o dia 24/06/2002;
- em 24/02/2003 o Sr. Enilson Alves de Sousa ingressou na W D DISTRIBUIDORA, no lugar do Sr. Willames Leôncio da Cruz;
- foi constatada a existência de uma procuração, datada de 21/07/2003, tendo como outorgante a pessoa jurídica W D DISTRIBUIDORA, representada pelo Sr. Enilson Alves de Sousa (que havia ingressado na sociedade cinco meses antes), e como outorgado o Sr. RENÉ, a quem foram deferidos amplos poderes para administrar a empresa;
- diferentemente do afirmado pela defesa, o impugnante fez uso da procuração pois encaminhou o documento a três instituições financeiras quando dos cadastramentos bancários da pessoa jurídica no Banco Real / Sudameris, no Unibanco e no Banco do Brasil, habilitando-se, dessa forma, a movimentar as contas bancárias da empresa;
- a justificativa do defendente, quanto à motivação da procuração em que consta como mandatário, consistente no fato de ser amigo do sócio Enilson Alves de Sousa, que não possuía relacionamento perante a rede bancária, não denota qualquer plausibilidade;
- as declarações apresentadas em nome dos sócios formais da pessoa jurídica (os quais, como visto, negam as respectivas autorias, bem como o fato de haverem residido nos endereços constantes das declarações) demonstram que tais senhores nenhuma riqueza possuem, sendo que os únicos bens ou direitos declarados foram as malfadadas participações societárias; e
- em sentido inverso, tem-se o Sr. RENÉ, em relação a quem já foi demonstrado neste julgado haver apresentado elevado incremento patrimonial entre os anos de 2002 e 2006, período em que adquiriu veículos de luxo, terrenos e novas participações societárias.

Todo esse somatório de elementos indiciários fortes, convergentes e precisos leva-me à conclusão de ser o Sr. RENÉ o real beneficiário do fato gerador da obrigação principal, o que torna escorregada a eleição do art. 124, inc. I do Lei nº 5.172, de 1966, o Código Tributário Nacional (CTN) por parte da autoridade fiscal.

Saliente-se haver o implicado afirmado ter sido o Sr. Enilson Alves de Sousa o efetivo sócio-gerente da W D DISTRIBUIDORA LTDA.

Se o Sr. RENÉ realmente figurou como mandatário da procuração apenas pela sua amizade com o Sr. Enilson Alves de Sousa, quem teria, de fato, administrado a W D DISTRIBUIDORA LTDA, era de se esperar que o Sr. RENÉ apresentasse, quando

*da impugnação, a documentação necessária a comprovar a sua versão do episódio, ou seja, haveria que carrear aos autos uma vultosa quantidade de cópias de cheques da empresa assinadas pelo Sr. Enilson Alves de Sousa, as cópias de contratos firmados com os principais fornecedores em que a empresa estivesse representada pelo Sr. Enilson Alves de Sousa, por exemplo. Também deveria apresentar os comprovantes dos **pro labore** efetivamente recebidos pelo Sr. Enilson Alves de Sousa, em razão do exercício da gerência da pessoa jurídica. Isso porque, sendo o Sr. Enilson Alves de Sousa amigo do Sr. RENÉ, a ponto de lhe outorgar plenos poderes para administrar a empresa, não se negaria a fornecer a documentação necessária à comprovação do que foi alegado pelo impugnante.*

Ao se compulsar a documentação que instruiu a impugnação, fls. 691/735, entretanto, nenhum dos documentos acima elencados foi encontrado, termos em que há que prevalecer a versão da autoridade lançadora, consistente no fato de a pessoa jurídica W D DISTRIBUIDORA LTDA haver sido constituída em nome de interpostas pessoas e de que o efetivo beneficiário da situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal dos lançamentos discutidos, relativos ao ano-calendário 2005, foi o Sr. RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO, devidamente inserido no polo passivo da relação jurídico-tributária com substrato no inc. I do art. 124 do CTN.

Assim, de se manter a responsabilidade tributária do Sr. René dos Santos Rocha de Pinho Filho.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer dos Recursos Voluntários, e no mérito NEGAR-LHES PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

Venho através desta declaração de voto expor as razões da minha divergência em relação à posição assumida pela Ilustre Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, no tocante em relação à responsabilidade tributária do Sr. René dos Santos Rocha de Pinho Filho.

Como se vê, a fiscalização - apesar de descrever pormenorizadamente os fatos pertinentes à atuação do responsável - imputou a sujeição passiva tributária solidária com base no art. 124, I do Código Tributária Nacional, cuja aplicação se destina aos casos de interesse comum dos sujeitos na relação do fato gerador.

Em rigor, todos os requisitos apresentados pela descrição fática - dolo do responsável, ação contrária à lei e atuação na condição de mandatário do contribuinte - correspondem aos requisitos específicos de aplicação do art. 135, II do CTN, *verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em que pese a posição vencedora da turma, de que a correta descrição dos fatos bastaria para justificar a responsabilidade, tenho para mim que a atuação fiscal vincula a Fiscalização não apenas quanto aos fatos imputados, mas também quanto aos fundamentos jurídicos utilizados, nos termos do art. 10, III e IV do Decreto 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Diferentemente do processo penal, em que o acusado defende-se apenas dos fatos que lhe são imputados - e exemplo da possibilidade de ocorrência da *emendatio libelli*, de ofício, pelo juiz, nos casos em que os fatos narrados não correspondem à tipificação dada, com fulcro no art. 383 do CPP - no processo administrativo, que tem como ponto de partida o ato de lançamento, a motivação é vinculante para a administração em todos os seus aspectos fáticos e jurídicos.

É essa, também, a dicção expressa do art. 142 do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.***

É preciso que ele identifique os fatos geradores, mas também apresente os critérios jurídico-normativos de determinação da matéria tributável, de identificação do sujeito passivo e da aplicação de penalidade. Desse modo, deve o contribuinte apresentar sua defesa não apenas quanto à descrição dos fatos, mas também sobre a imputação jurídica realizada.

Desse modo, verificado que no caso concreto a imputação de responsabilidade se deu através de dispositivo incorreto para tanto, é mister reconhecer o equívoco do auditor-fiscal, maculando não o auto em sua integralidade, mas na parte que ostenta o vício.

Portanto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão do responsável, Sr. René dos Santos Rocha de Pinho Filho, do pólo passivo, em razão de vício na motivação do auto de infração.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto