



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

Processo n° 10480.722787/2010-42
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.269 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2017
Matéria DEPÓSITOS BANCARIOS - COMPROVAÇÃO DA ORIGEM
Recorrente ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELO e JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

TERMO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

A atribuição de responsabilidade tributária, mediante termo do qual se dá ciência aos acusados, congênita ao lançamento tributário de ofício, potencializa o direito a ampla defesa, na medida em que faculta aos supostos responsáveis, no processo administrativo tributário, a oportunidade de conhecer, desde logo, os fatos da acusação e de opor argumentos contrários às alegações da Fazenda Pública.

DESLEIXO DA FISCALIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE COLETA DE PROVAS DEFICIENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Somente a impugnação inaugura a fase litigiosa do procedimento para a constituição dos créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil, a teor do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972. Antes disso remanesce uma fase inquisitorial em cujo bojo a Administração Tributária pode empreender diligências e realizar intimações e exames, tudo com o fito de apurar a regularidade fiscal do administrado, respeitando, é óbvio, os direitos fundamentais dos indivíduos. Por essa óptica, eventual falha do critério metodológico empregado no exame de fatos e na análise de dados pode comprometer as conclusões do trabalho, mas daí a rotular essa falha procedimental com a pecha do cerceamento da defesa há uma distância enorme. Nesse roldão, improcede a alegação de cerceamento de defesa, já que o recorrente pôde regularmente contestar a imputação de sujeição passiva em duas instâncias julgadoras administrativas

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. IRPJ. CSLL. FALTA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS.

O fato de inexistir pagamento antecipado de IRPJ e CSLL submete a contagem do prazo decadencial ao rigor do artigo 173, inciso I, do CTN.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, I, CTN. INTERESSE ECONÔMICO.

Não é o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação o sustentáculo da atribuição de responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN, mas o interesse jurídico vinculado à situação configuradora do fato gerador.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, II, DO CTN. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA.

O artigo 124, inciso II, do CTN apenas autoriza o legislador ordinário a estabelecer previsões normativas distintas daquela que já está consagrada no artigo 124, inciso I, do CTN. Em outras palavras, as referências ao artigo 124, inciso II, por si sós, não emprestam fundamento para a responsabilidade tributária de sócio, administrador ou gerente, por dívida tributária da pessoa jurídica.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGOS 134, VII, E 135, III, DO CTN. ARTIGO 5º, V, DO DL nº 1.598/1977. SÓCIO, ADMINISTRADOR OU GERENTE. PROVA.

A atribuição de responsabilidade tributária fundada nos artigos 134, VII, e 135, III, ambos do CTN, bem como no artigo 5º, V, do Decreto-lei nº 1.598/1977, exige, conforme o caso, prova da qualidade de sócio, administrador ou gerente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

LEI Nº 9.317/1996. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. EXCEDENTE DE RECEITAS.

Se a Fiscalização constatou duas irregularidades não simultâneas no mesmo ano-calendário - interposição fraudulenta e excedente de receitas - para as quais a sanção é a mesma - a exclusão do SIMPLES - era seu dever aplicar a lei vigente na data em que ocorreu a primeira infração, no caso, a interposição fraudulenta, excluindo a pessoa jurídica do mencionado regime retroativamente ao mês da ocorrência da citada irregularidade, conforme artigo 15, V, da Lei nº 9.317/1996. Desde então, até o final do mesmo ano-calendário, a fiscalizada deveria ter sido submetida às normas de tributação aplicadas às demais pessoas jurídicas. A opção da Fiscalização pela exclusão em razão do excedente de receitas, só surtindo efeitos no ano-calendário subsequente, a teor do artigo 15, IV, da Lei nº 9.317/1996, reflete erro de direito, a afetar a validade do lançamento tributário que não considerou os efeitos da exclusão do SIMPLES desde o mês da interposição fraudulenta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento aos recursos voluntários interpostos por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e João Bosco Lins de Oliveira, vencidos os Conselheiros Roberto Silva Junior, Milene de Araújo Macedo e Waldir Veiga Rocha, que votaram por negar provimento.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Presidente.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e João Bosco Lins de Oliveira contra a atribuição de sujeição passiva às exigências de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS e CONTRIBUIÇÃO PARA O INSS, lavradas em nome da pessoa jurídica Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda - ME.

Pela clareza do relatório da Turma recorrida, às fls. 3.206/3.211, reproduzo-o para, em seguida, adotá-lo:

"Contra a contribuinte acima qualificada, lavraram-se autos de infração formalizando a exigência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, do Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para a Seguridade Social - INSS, através dos quais se constituiu crédito tributário, referente a períodos de apuração compreendidos no ano-calendário de 2005, no valor total de R\$ 1.864.046,52, incluídos multa de ofício qualificada (150%) e juros de mora.

2. No lançamento referente ao IRPJ - SIMPLES (matriz; fls. 20/23), encontra-se registrada a seguinte infração, ao final tipificada: “001 – OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS”.

3. No minucioso Relatório de Fiscalização de fls. 70/119, as autoridades autuantes consignaram, entre outras informações concernentes ao procedimento fiscal:

3.1. Através da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, a contribuinte declarou-se inativa no período fiscalizado (optante do regime simplificado desde 18/02/1999). Também não recolheu quaisquer tributos no mesmo período. No

entanto, movimentou recursos, em contas-correntes mantidas na Caixa Econômica Federal – CEF e no Bradesco S/A, no montante de R\$ 6.556.968,16 (informação obtida por meio de Declarações de Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira – DCPMF);

3.2. Embora se encontre ativa no cadastro do CNPJ, a contribuinte autuada não foi localizada em seu endereço cadastral, situado na periferia do município de Escada/PE, onde há uma humilde residência, portanto absolutamente incompatível com uma empresa que faturou, no ano-calendário da autuação, mais de R\$ 6.500.000,00. O Termo de Intimação enviado a sua filial (também ativa no CNPJ), localizada na zona rural do município de Barreiros/PE, também retornou pelo fato de não haver sido procurado, nos Correios, pela contribuinte;

3.3. Os sócios cadastrais não foram localizados pela fiscalização (seus perfis não correspondem ao esperado para uma empresa com a movimentação financeira apresentada MANCAL);

3.4. A partir da análise dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, foram constatados depósitos nas contas-correntes da contribuinte autuada no montante de R\$ 6.176.328,88 (já diminuídas as transferências, baixas automáticas da poupança, reduções de saldo devedor, devoluções e estornos). Intimada a comprovar a origem dos referidos depósitos bancários, a contribuinte não se manifestou;

3.5. Aplicou-se a multa de ofício de 150%, nos termos do art. 44, §1º, da Lei n.º 9.430, de 1996 (art. 71, §1º, da Lei n.º 4.502, de 1964).

4. Às fls. 64/69, encontram-se anexados Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados em nome de JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA e ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELO NETO.

5. Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, impugnação ao lançamento (fls. 3041/3044), por meio da qual requer a sua anulação, sob alegação de que o Auditor-Fiscal promoveu, com efeitos a partir de 2006, a sua exclusão do Simples federal, ao fundamento de que obtivera receita bruta superior ao limite estabelecido para a permanência no regime. Afirma, no entanto, que, se fossem verdadeiras as alegações expostas pelo mesmo Auditor-Fiscal no Relatório de Fiscalização, a representação para a sua exclusão deveria ter sido fundada nos arts. 14, IV, e 15, V, da Lei n.º 9.317, de 1996, de modo que, embora o procedimento esteja todo calcado na interposição fraudulenta, o Auditor-Fiscal utilizou, como motivação, para fins de exclusão do Simples, a ultrapassagem da receita bruta. Se fosse utilizada a interposição fraudulenta, a exclusão se daria já a partir de 2005, caso em que a pessoa jurídica deveria ser tributada de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

6. No prazo legal, compareceu aos autos o responsável solidário ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELO NETO, CPF n.º 831.388.11434, através da impugnação de fls. 3054/3070, na qual alega, depois de descrever os fatos:

Nulidades

6.1. É nula a tentativa de a fiscalização imputar-lhe a responsabilidade de que trata (sic) os autos, por absoluta falta de competência, conforme entende o atual Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (reproduz ementa);

6.2. À época dos fatos, dedicava-se a produzir cana de açúcar em propriedade rural arrendada (fls. 2895/2903). Dedicou-se, à exaustão, em busca de documentos que atendessem às exigências da auditoria, porém encontrou dificuldades, às vezes intransponíveis, em vista das inundações, episódio já conhecido, que ocorreram na região banhada pelo rio Una. No entanto, conseguiu reunir, junto a alguns fornecedores, documentos esclarecedores de sua atividade (como contrato de arrendamento rural, e seu distrato, firmado com a empresa INTERIORANA – SERVIÇOS E CONSTRUÇÃO LTDA, bem como relatório de informações para o imposto de renda tratando das operações realizadas, entre 2003 e 2005, com a mencionada empresa). Assim, foram apresentados, em 29/09/2010, novos documentos à fiscalização, os quais atestam a realização de sua atividade, entre os quais o Instrumento Particular de Contrato de Fornecimento de Cana de Açúcar, por meio do qual beneficiava a cana de açúcar que fornecia juntamente com o seu parceiro empresarial JOSÉ LUIZ DE MENEZES. Em contrapartida, referida empresa lhe remunerava com sacas de açúcar (fls. 2932/2937 e 2939/2940), posteriormente repassadas, em grande parte, para os seus clientes e os do Sr. JOSÉ LUIZ DE MENEZES, entre os quais a empresa fiscalizada, conforme amostragem de notas fiscais que anexa (fls. 2942/2965), as quais totalizam R\$ 86.400,00, valor compatível com os recursos que o favoreceram. Outros negócios foram celebrados, como, p. ex., com a USINA CUCAÚ, mas os documentos a eles relativos não foram localizados, em vista dos acontecimentos ocorridos na região, tendo sido apresentadas à fiscalização, através de expediente protocolado pelo Sr. JOSÉ LUIZ DE MENEZES, declarações de moagem da aludida empresa (fls. 2988/2989). Caso se entenda necessária, que seja realizada diligência nas empresas citadas, para confirmar o que se afirma;

6.3. Rotineiramente, a sua produção era vendida a diversas empresas produtoras de açúcar – usinas, que remuneravam o fornecimento da cana com o próprio açúcar, conforme notas fiscais em anexo (doc. 9). Tais rendimentos da atividade rural eram sempre declarados;

6.4. Por sua vez, o açúcar era vendido pelas próprias empresas industriais, com a sua anuência e com a anuência do Sr. JOSÉ LUIZ DE MENEZES, que se tornavam, quando não recebido o pagamento em dinheiro, credores dos compradores, a exemplo da MANCAL, o que se comprova com a juntada de notas fiscais emitidas em nome da UNA AÇÚCAR E ENERGIA em favor da MANCAL, com quem detinha créditos que se acumulavam e eram transferidos para os anos subsequentes (como o de 2005, quando recebeu créditos de períodos anteriores). Os valores que recebeu são compatíveis com seus créditos. Os documentos apresentados o foram por amostragem, em vista da inundação que acometeu a região;

6.5. Os valores devidos foram amortizados com a emissão de cheques, para pagamento de despesas ou investimentos seus. É o caso da quitação das prestações dos edifícios Saint Roman (R\$ 30.024,00) e First Village (R\$ 31.295,91), transferências bancárias em que foi favorecido (R\$ 43.060,16), cheque (R\$ 2.000,00) e pagamentos dos honorários advocatícios ao escritório Farias e Moreira Advogados Associados (R\$ 40.006,53). Não há nada de errado no fato de que os cheques emitidos para pagamento de tais compromissos apresentem-se em valores exatos, visto que, como credor da empresa atuada, solicitava que a emissão se realizasse dessa forma. Um mero acerto de contas e uma forma de evitar a CPMF. Referidos pagamentos somam R\$ 106.480,07, apenas 1,63% do volume de saídas verificadas na conta da MANCAL;

6.6. Ressalta o Auditor-Fiscal a entrada de recursos da UNA FACTORING, empresa da qual era sócio, por intermédio de cheques endossados, os quais atingiram a importância de R\$ 989.530,46. Neste caso, o percentual é próximo de 15%. 72% foram deixados de lado pela fiscalização, o que é muito limitado;

6.7. Em nenhum momento, a fiscalização logrou demonstrar a prática de atos de gerência de sua parte;

6.8. Diz-se que a MANCAL não passa de uma empresa “laranja” e que sequer possuía inscrição estadual. No entanto, era regularmente cadastrada até o ano de 2004. Por outro lado, se a MANCAL se prestou ao papel de “laranja”, nenhuma responsabilidade tem com este fato;

6.9. As atividades da MANCAL eram exercidas eminentemente nos estabelecimentos do cliente ou utilizando-se de um depósito. Apesar de afirmar que haveria uma filial na cidade de Barreiros/PE, a fiscalização não efetuou qualquer tentativa de intimá-la neste local nem visitou as suas dependências;

6.10. Os acórdãos administrativos ou judiciais trazidos ao processo sempre fazem referência a sócio-gerente ou representante da empresa, posições que nunca foram as suas. Há de haver prova inequívoca da existência de poderes gerenciais, como também a prática de atos com excesso de poderes ou contra a lei (reproduz ementas de decisões do então Conselho de Contribuintes);

6.11. O Auditor-Fiscal tinha o dever de buscar de ofício a verdade a partir de uma análise profunda das contas bancárias da MANCAL, o que não se fez. Dessa análise, poderiam sair os nomes dos sócios da empresa ou daquelas aos quais se destinou a quase totalidade dos recursos. A falta de cumprimento desse dever, aliada ao fato de que os autos não trazem essas informações, impede que possa exercer plenamente o seu direito de defesa;

Mérito

6.12. O Auditor-Fiscal promoveu, com efeitos a partir de 2006, a exclusão da empresa do Simples federal, ao fundamento de que obtivera receita bruta superior ao limite estabelecido para a permanência no regime. Afirma, no entanto, que, se fossem verdadeiras as alegações expostas pelo mesmo Auditor-Fiscal no Relatório de Fiscalização, a representação para a sua exclusão deveria ter sido fundada nos arts. 14, IV, e 15, V, da Lei n.º 9.317, de 1996, de modo que, embora o procedimento esteja todo calcado na interposição fraudulenta, o Auditor-Fiscal utilizou, para fins de exclusão do Simples, como motivação, a ultrapassagem da receita bruta. Fosse utilizada a interposição fraudulenta, a exclusão se daria já a partir de 2005, caso em que a pessoa jurídica deveria ser tributada de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. No caso, o Auditor-Fiscal deveria ter arbitrado o lucro;

6.13. Já transcorreu o prazo de cinco anos relativo aos meses de janeiro a setembro de 2005, devendo-se excluir da cobrança referidos períodos;

6.14. No auto de infração, o Auditor-Fiscal cobrou a multa de 50% prevista no art. 44, II, da Lei n.º 9.430, de 1996, porém, no cálculo da exigência, utilizou-se do percentual de 150%.

7. Após expor os motivos que o levam a requerer a realização de perícia contábil, para a qual indicou perito e apresentou quesitos a serem respondidos, e

repisar argumentos já expostos na peça de defesa, requer a nulidade do lançamento e do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

8. Também no prazo legal, compareceu aos autos o responsável solidário JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA, CPF nº 149.503.914-53, através da impugnação de fls. 3174/3182, na qual sustenta, depois da descrição dos fatos:

Cerceamento do direito de defesa

8.1. Somente depois do lançamento é que teve acesso aos autos, quando constatou que 80% dos ingressos na conta bancária da empresa estão desprovidos de identificação dos depositantes. Como poderia exercer o seu direito de defesa sem ter acesso a tais informações? Embora tenha agora o seu direito de defesa assegurado, no momento que antecede o lançamento foram negadas informações que propiciassem uma visão do cenário que lhe era imposto, o que cerceou o seu direito de defesa;

Inconsistência da imputação da responsabilidade tributária

8.2. À época dos fatos era procurador da MANCAL com poderes específicos para representá-la perante o Bradesco. A despeito de limitados os seus poderes, optou o Auditor-Fiscal por atribuir-lhe a condição de gerente, o que não se demonstrou pelos documentos trazidos aos autos;

8.3. Não foram aprofundadas questões como quem são os interessados nas operações da empresa, os beneficiados, se existem sócios ocultos;

8.4. Tem rendimentos parcos e condizentes com a sua realidade financeira e patrimonial;

Decadência

8.5. Já ocorreu a decadência relativamente aos ingressos ocorridos no período entre de janeiro e setembro de 2005;

Dispositivo legal que fundamenta a exclusão do Simples

8.6. Ao mesmo tempo em que se faz a exclusão do Simples com fundamento no excesso de receitas, tanto no Relatório Fiscal quanto no Termo de Sujeição Passiva Solidária atribuiu-se a responsabilidade com base na interposição fraudulenta;

8.7. A representação para a sua exclusão deveria ter sido fundada nos arts. 14, IV, e 15, V, da Lei nº 9.317, de 1996, de modo que, fosse utilizada a interposição fraudulenta, a exclusão se daria já a partir de 2005, caso em que a pessoa jurídica deveria ser tributada de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas;

Fato gerador e base de cálculo do INSS

8.8. O fato gerador da contribuição para o INSS incide sobre a folha de salários e demais rendimentos e a contribuição do empregado. Equivocou-se o Auditor-Fiscal ao utilizar-se da receita bruta, sendo evidente o erro no fato gerador e na base de cálculo, o que torna nulo o lançamento;

Mérito

8.9. O Auditor-Fiscal levantou a existência de depósitos bancários com origem não confirmada. Constatou que a importância de R\$ 100.000,00 beneficiou o Sr. ROBERTO BRITO para o pagamento de seus compromissos;

8.10. Sempre se reportou à Sra. VERA LÚCIA BARBOSA, sócia majoritária da empresa e administradora, que, naquele ano, estava procurando honrar compromissos antigos da empresa. Para corroborar essa assertiva, junta declaração do então procurador da empresa no ano de 1999, o Sr. AGNELO APARECIDO SEGURA, para evidenciar que a administração estava a cargo da Sra. VERA LÚCIA;

8.11. Dos valores movimentados pela empresa não obteve qualquer proveito. Constatada a ausência de identificação da maior parte dos depósitos/saídas das contas-correntes da empresa, não se justifica a sua responsabilização;

8.12. A tributação com base nos depósitos bancários agride o CTN (reproduz escólios doutrinários e ementas de decisões do então Conselho de Contribuintes). O extinto Tribunal Federal de Recursos considerou ilegítimo o lançamento com base apenas em depósitos bancários;

8.13. O Auditor-Fiscal não produziu provas da omissão de receitas;

8.14. A tributação da contribuição para o Simples deveria ter como base a folha de pagamentos.

9. Ao final, requer a nulidade do lançamento ou, no mérito a sua improcedência. Requer, ainda, a exclusão de sua responsabilidade. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente intimação à CEF e ao Bradesco, para que informem os depositantes e os beneficiários dos recursos movimentados nas contas bancárias da empresa.

10. Através da petição de fl. 3198, o Sr. ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELO NETO requer, em complemento a sua impugnação, a juntada de fluxograma de entradas e saídas de recursos financeiros movimentados pela MANCAL em 2005."

Decisão de primeira instância, às fls. 3.205/3.218, assim ementada:

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

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

PRAZO DE DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O prazo para a constituição de crédito tributário, quando não há pagamento antecipado de tributo, é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Em havendo pagamento, o prazo extingue-se após cinco anos, a partir da data do fato gerador, conforme o § 4º do art. 150 do mesmo diploma legal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DE FATO. INTELIGÊNCIA DO ART. 135, III, DO CTN.

Responde pelos créditos tributários os sócios de fato da pessoa jurídica quando tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não se cogita da nulidade do auto de infração quando, além de formalmente perfeito, for indubitosa a competência da autoridade autuante, bem como em nada malferido o direito de defesa do contribuinte."

Este processo foi inserido em pauta para julgamento do recurso voluntário interposto por Roberto Brito Bezerra de Melo Neto. Na sessão de 11/03/2014, a Turma deliberou no sentido de converter o julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 1301000.192, sob a relatoria do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, escorado nos seguintes argumentos:

"[...]"

Às fls. 3.210/3.2231, consta a decisão exarada em primeira instância.

Às fls. 3.224, foi anexada a intimação da Delegacia da Receita Federal em Recife, para a contribuinte autuada (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA – ME), relativa à ciência do acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

Às fls. 3.230/3.248, consta RECURSO VOLUNTÁRIO, recepcionado em 20 de dezembro de 2012, interposto por ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO, um dos indicados como sujeito passivo solidário.

Às fls. 2.271, consta AVISO DE RECEBIMENTO, relativo à intimação de fls. 3.224, encaminhada à MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA – ME. No referido documento resta assinalada a legenda AUSENTE, como motivo para a não entrega do documento.

Diante de tal quadro, entendendo que o processo não se encontra em condições de ser apreciado, conduzo meu voto no sentido de converter o julgamento em diligência para que a unidade administrativa de origem adote as seguintes providências:

i) esclareça se, em razão da ausência de ciência da contribuinte autuada (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA – ME) pela via postal, foram adotadas as providências previstas no parágrafo 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72 (intimação por edital);

ii) caso a contribuinte autuada tenha sido intimada por edital, anexar a cópia do documento correspondente, no qual deverá constar as datas de afixação e desafixação (caso a contribuinte não tenha sido intimada, providências nesse sentido deverão ser adotadas);

iii) anexar o aviso de recebimento relativo à ciência, por parte do responsável tributário ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO, da decisão exarada em primeira instância;

iv) anexar a intimação e comprovante de ciência, por parte do responsável tributário JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA, relativos à decisão exarada em primeira instância (caso o citado responsável tributário não tenha sido intimado, providências nesse sentido deverão ser adotadas)."

Posteriormente, o processo foi novamente inserido em pauta para julgamento. Na sessão de 03/02/2015, a Turma deliberou no sentido de também converter o julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 1301000.246, ainda sob a relatoria do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, escorado nos seguintes argumentos:

"Como visto, o julgamento do presente processo foi convertido em diligência, haja vista a existência de questões pendentes relacionadas às pessoas incluídas no pólo passivo da obrigação tributária formalizada.

Por meio da Resolução nº 1301000.192, esta Primeira Turma Ordinária requisitou à unidade administrativa de origem as seguintes informações:

i) esclarecesse se, em razão da ausência de ciência da contribuinte autuada (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA – ME) pela via postal, haviam sido adotadas as providências previstas no parágrafo 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72 (intimação por edital);

ii) caso a contribuinte autuada tivesse sido intimada por edital, anexasse a cópia do documento correspondente, no qual deveria constar as datas de afixação e desafixação (caso a contribuinte não tivesse sido intimada, providências nesse sentido deveriam ser adotadas);

iii) anexasse o aviso de recebimento relativo à ciência, por parte do responsável tributário ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO, da decisão exarada em primeira instância;

iv) anexasse a intimação e o comprovante de ciência, por parte do responsável tributário JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA, relativos à decisão exarada em primeira instância (caso o citado responsável tributário não tivesse sido intimado, providências nesse sentido deveriam ser adotadas).

Em atendimento, a Agência da Receita Federal em Cabo de Santo Agostinho, Pernambuco, limitou-se a informar que; a) o contribuinte foi intimado do Acórdão da Impugnação em 02/10/2012 e o AR foi devolvido conforme Páginas 3224 a 3271; e b) antes da emissão do Edital, o contribuinte protocolou Recurso Voluntário em 20/12/2012, conforme Páginas 3.230 a 3.269, sendo esta a data utilizada para Ciência e tempestividade.

A princípio, revelam-se absolutamente equivocadas as informações prestadas pela Agência da Receita Federal.

Ademais, indagações veiculadas pela Resolução antes mencionada sequer foram tangenciadas.

Com efeito, temos que:

1. de fato, por meio da intimação nº 035/2012 (fls. 3.224), buscou-se cientificar a pessoa jurídica fiscalizada (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA) acerca do resultado do julgamento em primeira instância, porém, o Aviso de Recebimento correspondente, juntado ao processo às fls. 3.271, indica que tal providência não logrou êxito, vez que consta assinalada no citado documento a expressão MUDOU-SE; e

2. o Recurso Voluntário de fls. 3.230/3.269 não guarda relação com a intimação de fls. 3.224, cabendo registrar que, nele, resta consignado pelo Sr. ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO:

...o Recorrente não foi ainda regularmente intimado do Acórdão nº 1138.146 proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife.

Teve conhecimento do seu teor apenas no dia 21/11/2012, quando do comparecimento ao Serviço de Atendimento ao Contribuinte – CAC – onde obteve cópia do processo. Cabe esclarecer que, sob pena de nulidade de eventual pronunciamento por parte desta segunda instância julgadora, é essencial que a unidade administrativa responsável pelos procedimentos de ciência às pessoas incluídas no pólo da obrigação tributária formalizada por meio dos presentes autos (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA.; ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO; e JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA) preste, **efetivamente**, as informações e, se for o caso, adote as providências requisitadas por meio da já citada Resolução nº 1301000.192.

Assim, conduzo meu voto no sentido de, mais uma vez, CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para que a unidade administrativa de origem adote as providências anteriormente requeridas, quais sejam:

i) esclareça se, em razão da ausência de ciência da contribuinte autuada (MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA – ME) pela via postal, foram adotadas as providências previstas no parágrafo 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72 (intimação por edital);

ii) caso a contribuinte autuada tenha sido intimada por edital, anexar a cópia do documento correspondente, no qual deverá constar as datas de afixação e desafixação (caso a contribuinte não tenha sido intimada, providências nesse sentido deverão ser adotadas);

iii) anexar o aviso de recebimento relativo à ciência, por parte do responsável tributário ROBERTO BRITO BEZERRA DE MELLO NETO, da decisão exarada em primeira instância;

iv) anexar a intimação e o comprovante de ciência por parte do responsável tributário JOÃO BOSCO LINS DE OLIVEIRA, relativos à decisão exarada em primeira instância (caso o citado responsável tributário não tenha sido intimado, providências nesse sentido deverão ser adotadas)."

Em Despacho de fls. 3.358/3.359, a autoridade preparadora expôs sobre as falhas acima mencionadas, quando também retratou o cumprimento da diligência determinada pela Resolução nº 1301000.246, *verbis*:

"Contra o sujeito passivo foram lavrados os Autos de Infrações de folha 20 à 61. Além disso, foram declarados como solidários as pessoas físicas João Bosco Lins de Oliveira, CPF 149.503.914-53 e Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, CPF 831.388.114-34, vide folha 63 à 69.

A ciência do referido Auto foi efetuada por Edital em 29/10/2010, vide folha 3035.

O sujeito passivo bem como os responsáveis solidários apresentaram, isoladamente, impugnações tempestivas aos Autos de Infrações, conforme folhas 3041 à 3044, 3054 à 3070 e 3174 à 3182.

Por meio do acórdão nº 11-38.146, a 4ª Turma da DRJ/REC julgou todas as 3 impugnações improcedentes, vide folha 3210 à 3223.

O processo foi remetido a esta unidade preparadora para realização da ciência de julgamento.

Ocorre que foi enviada intimação para ciência somente ao sujeito passivo, vide folha 3224 à 3228.

Além disso, a correspondência também retornou dos correios com a informação de ausência em 3 tentativas, vide folha 3271.

Até aquele momento não constava dos autos a ciência do Acórdão de Impugnação, também não constava qualquer pedido de vistas ou solicitação de cópia do processo. Apesar disso, **o responsável solidário Roberto Brito Bezerra de Mello Neto apresentou Recurso Voluntário ao acórdão de Impugnação anexando cópia do acórdão e cópia da intimação de ciência, a qual havia sido devolvida pelos correios, vide folha 3230 à 3248. (grifei)**

Portanto, infere-se que ao menos o responsável solidário **Roberto Brito Bezerra de Mello Neto tomou ciência de alguma forma. Neste caso, pelas práticas reiteradamente observadas por esta unidade preparadora, considerou-**

se a data da ciência como a data em que o Recurso Voluntário foi apresentando. Mas esta prática somente poderia ter sido aplicada ao responsável solidário Roberto Brito Bezerra de Mello Neto. (grifei)

Restava ainda cientificar o sujeito passivo e o responsável solidário João Bosco Lins de Oliveira. Porém, equivocadamente, o processo foi remetido ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário, conforme despacho de folha 3272.

O órgão julgador em um primeiro momento sobrestou o julgamento, vide resolução nº 1301-000.136 de folha 3273 à 3286. No entanto, por meio da resolução nº 1301-000.192 de folha 3287 à 3296, a 1ª Turma da 3ª câmara do CARF converteu o julgamento em diligência para esclarecimentos quanto as ciências referentes ao Acórdão de Impugnação que deixaram de ser efetuadas.

Em resposta à resolução nº 1301-000.192, a chefia da ARF/CSA/PE, por meio do despacho de folha 3302, informou que a intimação enviada pelos correios restou improficua e que considerou a ciência do julgamento como a data da apresentação do Recurso voluntário. Assim, ainda sem entender o problema, esta unidade preparadora remeteu os autos novamente ao CARF para julgamento.

Por meio da Resolução nº 1301-000.246 de folha 3304 à 3313, a 1ª Turma da 3ª câmara do CARF novamente converteu o julgamento em diligência para comprovar as ciências referentes ao Acórdão de Impugnação.

Desta vez, foram elaboradas a Intimação 001/2015, de folha 3316, para ciência ao responsável solidário Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, com recebimento em 02/04/2015, vide AR de folha 3324, e a intimação 002/2015, de folha 3317, **para ciência ao responsável solidário João Bosco Lins de Oliveira com recebimento em 06/04/2015,** vide AR de folha 3352. (grifei)

Entretanto, em desconformidade com o Decreto 70.235/72, em vez de ser efetuada intimação por edital ao Sujeito passivo, esta unidade preparadora enviou intimação aos atuais sócios, vide folhas 3318 e 3319, sendo que as correspondências foram devolvidas pelos correios, vide folhas 3325 e 3356.

O responsável solidário João Bosco Lins de Oliveira apresentou Recurso Voluntário tempestivo, em 30/04/2015, vide folha 3338 à 3345. (grifei)

Assim o processo me foi distribuído.

Verificado que o sujeito passivo não havia sido cientificado, elaborei o Edital Eletrônico de folha 3355, com ciência em 15/06/2016.

Solicitei a juntada do envelope (AR devolvido) de folha 3356.

Lavrei o Termo de Perempção contra o sujeito passivo conforme folha 3357. (grifei)

Não foi lavrado Termo de Perempção contra o Responsável Solidário Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, pois o mesmo apresentou Recurso Voluntário antes mesmo da ciência, conforme descrito anteriormente.

Diante do exposto, encerro a diligência encaminhando o presente processo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, para apreciação dos Recursos Voluntários de folhas 3230 à 3248 e 3338 à 3345."

Com efeito, consta Termo de Perempção à fl. 3.357, em nome de Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda - ME.

Já mencionado que Roberto Brito Bezerra de Mello Neto interpôs recurso voluntário contra a imputação da responsabilidade tributária, às fls. 3.230/3.269, com entrada na repartição preparadora no dia 20/12/2012. Na oportunidade, alegou que fora cientificado do Termo de Sujeição Passiva e de Responsabilidade Tributária quando compareceu ao Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC, em 21/11/2012, e que preferiu antecipar-se à regular intimação do órgão fiscal para entregar o recurso voluntário, mediante o qual, como já antecipado, discorreu sobre a incompetência da Receita Federal para imputar a responsabilidade tributária, ressaltando que tal atribuição é da Procuradoria da Fazenda Nacional. Mais além, trouxe ao debate tese defensiva com a pretensão de encontrar suporte para afirmar a ausência de fundamentação legal, na imputação de responsabilidade; cerceamento do direito de defesa (pleiteando a realização de novas diligências); exclusão irregular do regime simplificado (SIMPLES); caducidade do direito de constituir créditos tributários em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2005; e indicação equivocada do percentual da multa de ofício aplicada. Ao final, suplicou pelo reconhecimento da nulidade do auto de infração, da decisão recorrida e do Termo de Sujeição Passiva e de Responsabilidade Tributária, requerendo diligências, e o afastamento da multa de 150%.

Ao seu turno, João Bosco Lins de Oliveira foi cientificado no dia 06/04/2015, à fl. 3.352, e interpôs o recurso voluntário no dia 30/04/2012, conforme fls. 3.338/3.349. Na oportunidade, alegou cerceamento do direito de defesa com negativa de acesso aos autos, inconsistência da autuação por carência de prova de ato de gerência, decadência, erro na identificação do fato gerador e da base de cálculo da obrigação tributária, ausência de demonstração do beneficiário da movimentação bancária, carência de prova da omissão de receitas (com extensão ao PIS/PASEP, à CSLL, à COFINS e à contribuição para o INSS) e inexistência de ordem judicial para quebra do sigilo bancário. Ao final, requereu a anulação dos lançamentos tributários, "afastando-se o uso do sistema de tributação do SIMPLES, ao invés daquele do lucro arbitrado", e a exclusão da responsabilidade do signatário.

É relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

A pessoa jurídica Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda - ME não interpôs recurso voluntário contra a decisão de primeira instância, que se tornou definitiva, com base no artigo 42, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, tendo em conta o não exercício do direito de recorrer ao CARF para desafiar o acórdão prolatado pela autoridade julgadora da instância *a quo*. Desse modo, os resultados dos julgamentos dos recursos voluntários interpostos por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e João Bosco Lins de Oliveira não interferirão no crédito tributário que se consolidou em nome da pessoa jurídica Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda - ME, a partir da definitividade da decisão da DRJ, no julgamento da impugnação apresentada pela referida autuada.

Registro que os recursos interpostos por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e João Bosco Lins de Oliveira reúnem os requisitos de recorribilidade. Deles conheço.

Primeiramente, o recurso interposto por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, o qual destaca:

- usurpação de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional;
- decadência;
- cerceamento do direito de defesa (pleiteando a realização de novas diligências);
- ausência de fundamentação legal, na imputação de responsabilidade;
- exclusão irregular do regime simplificado (SIMPLES); caducidade do direito de constituir créditos tributários em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2005;
- indicação equivocada do percentual da multa de ofício aplicada.

De acordo com a Fiscalização, no local do domicílio fiscal da pessoa jurídica fiscalizada, situado no município de Escada/PE, existe uma modesta residência, onde deveria funcionar, ou ter funcionado, a sede da pessoa jurídica fiscalizada, que movimentara mais de R\$ 6.500.000,00, em 2005.

Segundo o contrato social, o objeto social da pessoa jurídica é a prestação de serviços de montagem, desmontagem, reparos e reformas de unidades agroindustriais, não obstante tenha registrado o CNAE de comércio atacadista de açúcar. Esse contrato descreve que os sócios são Vera Lúcia Barbosa e José Reis da Silva. De acordo com os dados das bases da Receita Federal, Vera Lúcia tem o mesmo domicílio que a Mancal. No entanto, uma vizinha disse, depois de indagada, que a pessoa que mora naquele endereço não se chama Vera.

Na ocasião, a Fiscalização também se dirigiu ao domicílio do outro sócio, José Reis da Silva. Essa diligência mostrou-se sem êxito, pois o endereço constante dos cadastros fiscais não foi localizado pelos agentes, o que corrobora e reforça a informação de que "não existe a rua indicada nesta cidade", prestada pelos Correios em envelope devolvido à Receita Federal.

O Termo de Intimação enviado à filial da fiscalizada (também ativa no CNPJ), localizada na zona rural do município de Barreiros/PE, também retornou pelo fato de não haver sido procurado, nos Correios.

Em 16/09/2009, a autoridade fiscal afixou, no quadro de avisos da DRF/Recife/PE, o Edital nº 212/2009, cientificando a pessoa jurídica do Termo de Início de Procedimento Fiscal.

Em Relatório de Fiscalização, a autoridade fiscal esclareceu que a ação fiscal decorreria da incompatibilidade entre a movimentação financeira da fiscalizada, em 2005, informada pela Caixa Econômica Federal (CEF) e Bradesco por meio das respectivas Declarações de Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira - DCPMF, e a

Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Inativa 2006, apresentada à Receita Federal do Brasil. O quadro abaixo expõe a incompatibilidade apurada pela Fiscalização:

Quadro 1: Movimentação Financeira (DCPMF) X Declaração de Inatividade (Valores em R\$)

Mês	Movimentação Financeira (DCPMF)	Declaração
Jan/05	440.271,24	Inativa
Fev/05	454.481,59	
Mar/05	568.124,86	
Abr/05	298.789,08	
Mai/05	388.531,16	
Jun/05	543.887,51	
Jul/05	502.111,16	
Ago/05	721.580,80	
Set/05	656.881,88	
Out/05	638.830,50	
Nov/05	802.095,94	
Dez/05	541.382,44	
Total	6.556.968,16	0,00

Depois de devidamente intimado, Bradesco enviou à Fiscalização, em 01/12/2009, dados das fichas cadastrais, extratos bancários, em papel e em meio magnético, das contas correntes da agência 3208 de números 95.051-3 e 99.177-5, cópia de instrumento de procuração na qual figurava, como procurador da fiscalizada, em 2005, João Bosco Lins de Oliveira, com poderes para praticar vários atos, inclusive assinar e endossar cheques, sozinho ou em conjunto com a sócia gerente (Vera Lúcia Barbosa) (fl. 78 do Relatório de Fiscalização). Posteriormente, em 28/12/2010, o mesmo banco remeteu à Fiscalização comprovantes de depósitos e transferências efetuadas.

Em 08/12/2009, a CEF enviou à Fiscalização, em papel, os extratos da conta corrente nº 276-8 (agência 2124), e, em meio magnético, comprovantes de depósitos em cheques e dinheiro, assim como as cópias microfilmadas dos cheques depositados na referida conta. Constatou-se que a maior parte desses cheques, emitidos por terceiros, foi nominal à pessoa jurídica Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, cujos sócios são Roberto Brito Bezerra de Mello Neto (administrador) e José Luiz de Menezes. Observa-se que a quase a totalidade dos títulos analisados contém, em seus versos, endossos assinados por João Bosco, comprovando o vínculo deste com a citada *factoring*. O sócio Roberto Brito declarou à Fiscalização que João Bosco já figurou como procurador da *factoring*.

Com efeito, a Fiscalização pôde verificar, a partir das cópias microfilmadas dos cheques emitidos pela fiscalizada, fornecidas pelas citadas instituições bancárias, que o procurador João Bosco foi o responsável pela emissão de **todos** os cheques da Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda, apreciados no curso da referida fiscalização. Em suma o aludido procurador tanto emitiu os cheques da fiscalizada quanto endossou, em nome da Una Factoring, cheques de terceiros nominais a esta, que foram depositados em conta corrente da fiscalizada.

O quadro seguinte apresenta os depósitos mensais apurados nas contas correntes anteriormente descritas, diminuídos das devoluções de cheques e estornos de valores creditados. Nas colunas de depósitos apurados, não foram consideradas as transferências entre contas de mesma titularidade, as baixas automáticas de poupança e as reduções de saldo

Processo nº 10480.722787/2010-42
Acórdão n.º 1301-002.269

S1-C3T1
Fl. 3.377

devedor em razão de não representarem ingressos de receita da atividade para o contribuinte fiscalizado:

Quadro 2: Depósitos Bancários Considerados nas Contas Correntes da Empresa Fiscalizada
(Valores em R\$)

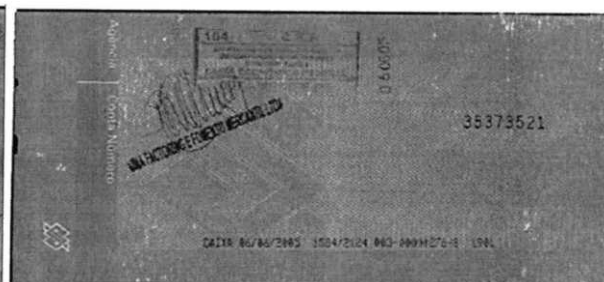
Mês	Caixa Econômica Federal Ag. 2124 C/C 276-8			Bradesco S/A						Depósitos Considerados (A)+(B)+(C)
				Ag. 3208 C/C 95.051-3			Ag. 3208 C/C 99.177-5			
	Depósitos Apurados	Devol. / Estornos	Saldo (A)	Depósitos Apurados	Devol. / Estornos	Saldo (B)	Depósitos Apurados	Devol. / Estornos	Saldo (C)	
jan/05	233.951,46	79.614,73	154.336,73	349.190,00		349.190,00	0,00	0,00	0,00	503.526,73
fev/05	217.279,89	88.902,23	128.377,66	348.340,00		348.340,00	0,00	0,00	0,00	476.717,66
mar/05	28.911,04	5.163,40	23.747,64	435.281,01		435.281,01	0,00	0,00	0,00	459.028,65
abr/05	19.954,42	4.200,00	15.754,42	297.990,00		297.990,00	0,00	0,00	0,00	313.744,42
mai/05	160.575,46	22.330,14	138.245,32			329.770,00	0,00	0,00	0,00	468.015,32
jun/05	205.201,30	50.449,21	154.752,09			367.763,23	0,00	0,00	0,00	522.515,32
jul/05	145.699,35	57.798,26	87.901,09				0,00	0,00	0,00	471.826,09
ago/05	84.654,50	21.851,63	62.802,87	513.244,21			43.779,82		40.701,21	615.081,63
set/05	0,00	0,00	0,00	557.619,71			81.440,57		60.933,59	604.563,78
out/05	0,00	0,00	0,00	541.391,49			104.016,08		70.830,73	
nov/05	0,00	0,00		533.157,29						
	0,00	0,00		521.495,23						
	1.096.227,42			5.179.167,17						
						5.135.156,50				

1) Cheques depositados em contas movimentadas pela fiscalizada

Dos valores de depósitos apurados acima, descortinou-se que R\$ 1.520.057,16 são provenientes de cheques emitidos por terceiros, dos quais R\$ 989.530,46 foram depositados na conta corrente nº 276-8 na CEF. A seguir, algumas cópias microfilmadas desses cheques para ilustrar o fato apurado (exame das assinaturas que os endossam):

1.A) Cheques nominais à Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda (amostragem - exame das assinaturas nos endossos):

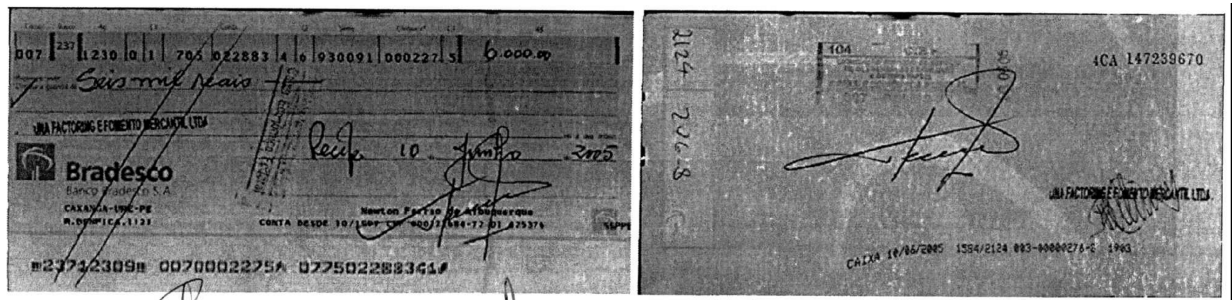
1.A.1) cheque nominal à *factoring*, emitido em 06/06/2005, endossado por João Bosco e depositado na conta corrente nº 276-8 da CEF:



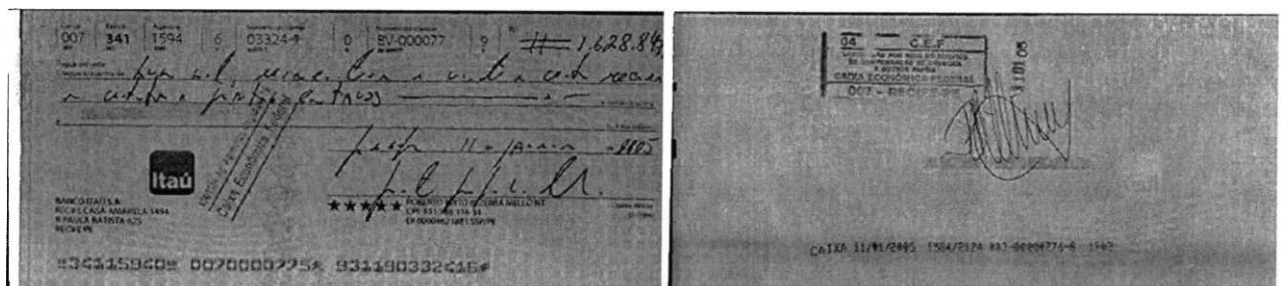
1.A.2) cheque nominal à *factoring*, emitido em 10/06/2005, endossado por João Bosco e depositado na conta corrente nº 276-8 da CEF. Merece menção o fato de que o emitente do título, Newton Ferrão de Albuquerque, foi o responsável pelos preenchimentos das declarações de pessoa jurídica da empresa fiscalizada e da *factoring*, referente ao ano-calendário de 2005, além de constar como testemunha, em seus contratos de constituição:

Processo nº 10480.722787/2010-42
Acórdão nº 1301-002.269

S1-C3T1
Fl. 3.378

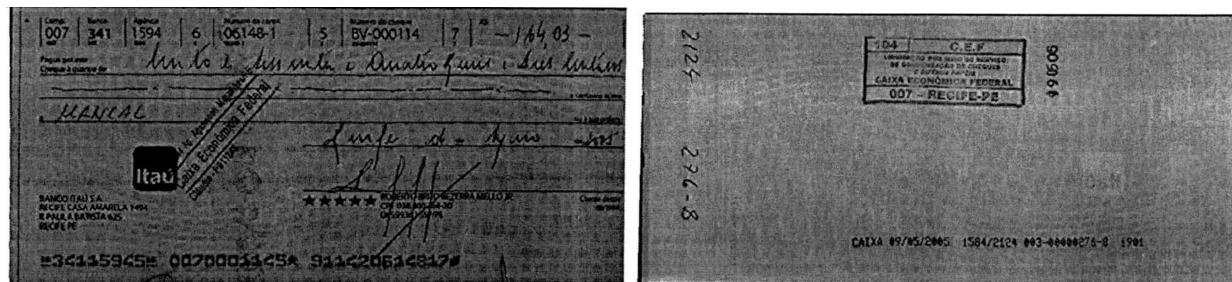


1.A.3) cheque emitido por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, emitido em 11/01/2005, nominal à *factoring*, endossado por João Bosco e depositado na conta corrente nº 276-8 da CEF:



1.B) Cheque nominal à fiscalizada:

1.B.1) constatou-se que, da totalidade dos cheques examinados pela Fiscalização, depositados na conta corrente nº 276-8, apenas um foi nominal à fiscalizada, emitido por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, em 06/05/2005, no valor de R\$ 164,03.



2) Cheques emitidos pela fiscalizada

A Fiscalização requisitou ao Bradesco e à CEF, em fevereiro de 2010, cópias microfilmadas de cheques, selecionados por amostragem em razão do elevado número de lançamentos, emitidos pela fiscalizada em 2005. Uma vez examinados os documentos fornecidos pelos bancos, a Fiscalização reparou que todos os cheques foram assinados pela mesma pessoa. Com o intuito de saber se tais assinaturas eram de autoria do procurador da fiscalizada, intimou-se João Bosco Lins de Oliveira a comparecer à DRF/Recife/PE para prestar informações de interesse da ação fiscal inaugurada para investigar a Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda. O intimado, comparecendo à repartição fiscal em 22/04/2010, declarou, em síntese que ". . . *tinha uma procuração específica apenas para assinar cheques para fazer pagamentos gerais da empresa . . .*". Ademais, na mesma oportunidade, o intimado atestou que era ele quem figurava como outorgado na procuração e que eram dele as assinaturas apostas nos cheques emitidos pela fiscalizada, cujas cópias microfilmadas estão em posse da

Fiscalização e que seguem anexas ao processo de lançamento tributário decorrente deste procedimento fiscal.

Abaixo, demonstra-se que parte desses cheques foi utilizada para pagamento de despesas de Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda e de seu sócio administrador Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, valendo lembrar que a Fiscalização ainda se certificou de que houve emissão de cheques nominais aos sócios da referida *factoring*. Nessa toada, alude-se às emissões de cheques aos condomínios habitacionais fechados dos edifícios Saint Romain (Gabriel Bacelar Construções Ltda) e First's Village (Modesto Incorporação e Construção Ltda), mediante os quais, com o reforço das justificativas e documentos fornecidos pelas precitadas construtoras, descobriu-se que os recursos da fiscalizada eram utilizados pelo sócio da citada *factoring*, Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, e por sua irmã, Mariza Morato Bezerra de Mello, para pagamento de prestações de unidades imobiliárias por eles adquiridas. Também se verificou a emissão de cheques nominais ao escritório de serviços advocatícios Farias e Moreira Advogados Associados, que, de acordo com a declaração de seus sócios e com os documentos comprobatórios exibidos, foram recebidos pelo escritório para pagamento por serviços prestados à empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda..

Constatou-se também a emissão de um cheque nominal à Construtora Pernambuco, que, segundo declaração de seu sócio, fora dado para pagamento de parcela do preço do apartamento adquirido por Alessandro Christian (advogado e sócio do escritório Farias e Moreira Advogados Associados). Em depoimento à Fiscalização, Alessandro alegou que este cheque teria sido recebido por ele em razão de sua participação em trabalhos realizados pelo referido escritório.

Adiante, os fatos acima mencionados são revelados com maiores detalhes:

2.A) Cheques nominais ao condomínio do edifício Saint Romain (Gabriel Bacelar Construções Ltda.)

A Fiscalização descobriu que a fiscalizada emitiu três cheques, sendo um da CEF e dois do Bradesco, no valor total de R\$ 30.024,00, assinados por João Bosco e nominais ao condomínio do edifício Saint Romain (construído pela Gabriel Bacelar Construções Ltda). Para saber quem era o beneficiário desses recursos oriundos da fiscalizada, intimou-se a construtora a entregar à Fiscalização os documentos que comprovassem a operação imobiliária. Em resposta, a intimada forneceu cópias de extratos de recebimento, referente à cobrança de títulos emitidos pela CEF, cópias de extratos de pagamento, cópias de instrumentos particulares de inscrição e adesão para a constituição de condomínio habitacional fechado, cópia de instrumento particular de cessão de direitos sobre bem imóvel e cópia de escritura pública de compra e venda de imóvel que apontam Roberto Brito e sua irmã, Mariza Morato, como as pessoas que utilizaram os recursos da fiscalizada para pagar prestações dos apartamentos 1801 e 1802, respectivamente, por eles adquiridos junto ao condomínio do edifício Saint Romain. A esse respeito, realça-se que os valores dos cheques correspondem exatamente aos valores das prestações dos apartamentos. Por isso, e também por serem nominais ao condomínio, concluiu-se que foram intencionalmente emitidos para pagar as preditas prestações.

Favorecido	Dados dos Cheques				
	Banco	Agência	Nº Cheque	Data	Valor
Condomínio do Edifício Saint Romain (GB Gabriel Bacelar Construções Ltda.)	Caixa Econômica S/A	2124	900886	05/07/2005	9.748,00
	Bradesco S/A	3208	1205	05/10/2005	10.138,00
	Bradesco S/A	3208	1100	05/09/2005	10.138,00
Total					30.024,00

2.B) Cheques nominais ao condomínio do edifício First's Village (Modesto Incorporação e Construção Ltda.)

A Fiscalização descobriu que a fiscalizada emitiu sete cheques, sendo três da CEF e quatro do Bradesco, no valor total de R\$ 31.295,91, assinados por João Bosco Lins de Oliveira e nominais ao condomínio do edifício First's Village. Depois de devidamente intimado, o condomínio enviou à Fiscalização documentos que comprovaram a operação imobiliária e identificaram o beneficiário dos pagamentos. Tais documentos, fornecidos ao condomínio pela construtora Modesto Incorporação e Construção Ltda, são cópias dos recibos e do instrumento particular de cessão de direitos de prometido adquirente, os quais apontam Roberto Brito como o beneficiário dos recursos transferidos para pagamento de prestações do apartamento 801, por ele adquirido junto ao condomínio do edifício First's Village, referente aos meses de janeiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2005. Observa-se que os valores dos cheques correspondem exatamente aos valores das prestações dos apartamentos. Por isso, e também por serem nominais ao condomínio, conclui-se que foram intencionalmente emitidos para esse fim.

Favorecido	Dados dos Cheques					
	Banco	Agência	Conta Corrente	Nº Cheque	Data	Valor
Condomínio do Edifício First's Village (Modesto Incorporação e Construção Ltda.)	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900740	31/01/2005	4.111,66
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900849	12/05/2005	4.182,73
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900903	16/07/2005	4.534,84
	Bradesco S/A	3208	95051	001406	04/11/2005	4.645,10
	Bradesco S/A	3208	95051	001309	18/11/2005	4.618,85
	Bradesco S/A	3208	95051	001310	09/12/2005	4.613,05
	Bradesco S/A	3208	95051	001311	23/12/2005	4.589,68
Total						31.295,91

2.C) Cheques nominais ao Escritório Farias e Moreira Advogados Associados

A Fiscalização descobriu seis cheques emitidos pela empresa fiscalizada, todos da CEF, no valor total de R\$ 40.006,53, nominais ao escritório de advocacia Farias e Moreira Advogados Associados. Depois de devidamente intimado, o escritório de advocacia apresentou documentos hábeis e idôneos que justificaram o recebimento dos cheques emitidos pela empresa fiscalizada. A tal propósito, compareceram à DRF, em 05/08/2010, os sócios Taney Queiroz e Farias e Alessandro Christian da Costa Silva, que exibiram cópia do contrato de prestação de serviços advocatícios nº 580, celebrado entre o escritório Farias e Moreira Advogados Associados e Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, em 2005. Consultas ao sítio do Tribunal de Justiça de Pernambuco -TJPE na internet, comprovam a efetiva prestação de serviços advocatícios à *factoring*.

Além disso, os sócios citados também entregaram cópia do contrato de prestação de serviços advocatícios nº 581, celebrado entre o escritório e Roberto Brito. Na ocasião, a Fiscalização tomou por termo as seguintes declarações dos referidos advogados:

"que não conhecem a empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda e que o Escritório Farias e Moreira Advogados Associados não prestou qualquer serviço para ela. Declararam que os valores constantes nos cheques emitidos por aquela empresa, nominais ao Escritório Farias e Moreira Advogados Associados, foram recebidos da empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, CNPJ nº 04.635.556/0001-05, para pagamento de serviços advocatícios prestados pelo escritório de advocacia, conforme cópia de contrato fornecido neste ato. Que o escritório também prestou serviços advocatícios para o sócio da Una Factoring, Sr. Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, na mesma época, conforme cópia do contrato também foi fornecida neste ato."

Posteriormente, os sócios enviaram à Fiscalização cópias das notas fiscais de números 164, 166, 167, 170, 168, 171, 172, 190, 191, 196, 204, 208, 402, 403, 409, 425 e 426, relativas aos serviços prestados à *factoring* em decorrência do contrato nº 580.

Favorecido	Dados dos Cheques					
	Banco	Agência	Conta Corrente	Nº Cheque	Data	Valor
Farias e Moreira Advogados Associados	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900680	31/01/2005	10.000,00
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900681	12/05/2005	10.000,00
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900682	26/07/2005	10.000,00
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900731	18/11/2005	4.490,68
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900867	09/12/2005	3.242,45
	Caixa Econômica S/A	2124	03000276-8	900912	23/12/2005	2.273,40
Total						40.006,53

2.D) Cheque nominal à construtora Pernambuco

A Fiscalização descobriu a emissão de um cheque da fiscalizada, de sua conta na CEF, no valor de R\$ 10.000,00, assinado por João Bosco Lins de Oliveira, nominal à Construtora Pernambuco Empreendimentos Ltda. Depois de devidamente intimada, a construtora apresentou documentos hábeis e idôneos que justificaram o recebimento do referido título, informando que fora utilizado por Alessandro Christian da Costa Silva para pagamento de duas prestações intercaladas, vencíveis em 25/06/2006 e 25/06/2008, referentes ao apartamento 2601 do edifício Acácias Prince. Nesse escopo, juntou recibo de depósito na conta da Pernambuco Empreendimentos Ltda e instrumento particular de promessa de compra e venda que indica Alessandro Christian como promitente comprador. Em razão desse fato, intimou-se Alessandro Christian a prestar esclarecimentos acerca da utilização de recursos da fiscalizada para pagamento de unidade imobiliária por ele adquirida. Comparecendo à DRF em 05/08/2010, acompanhado de Taney Queiroz, (sócio administrador do escritório de advocacia Taney Queiroz e Farias, sociedade na qual também participa), apresentou contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado com a empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, em 2005, e prestou a seguinte informação:

"que o cheque foi recebido a título de participação de trabalhos prestados no escritório de advocacia e utilizado para pagamento das intercaladas acima citadas."

Na oportunidade, o intimado prestou também esclarecimentos sobre os cheques emitidos pela fiscalizada e recebidos pelo referido escritório de advocacia, conforme o já explicado no item anterior. Em face do declarado, concluiu-se que esse cheque, nominal à Pernambuco Construtora Empreendimentos Ltda, também decorreria de serviços advocatícios prestados pelo escritório a Una Factoring e Fomento Mercantil, ou ao seu sócio, Roberto Brito Bezerra de Mello Neto.

2.E) Cheques nominais aos sócios de Una Factoring e Fomento Mercantil (Roberto Bezerra de Mello Neto e José Luiz de Menezes)

Favorecidos (Sócios da Factoring)	Dados dos Cheques					
	Banco	Agência	Conta Corrente	Nº Cheque	Data	Valor
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	Bradesco S/A	3208	95051	1185	20/09/2005	2.000,00
José Luiz de Menezes	Bradesco S/A	3208	95051	1210	06/10/2005	4.510,93
José Luiz de Menezes	Bradesco S/A	3208	95051	1252	17/10/2005	3.505,10

2.F) Transferências eletrônicas efetuadas

A fiscalizada transferiu eletronicamente, em 2005, recursos de sua conta corrente no Bradesco para terceiros, no valor total de R\$ 175.807,67.

No exame do extrato bancário, constatou-se que, além dos sócios de Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, outras pessoas jurídicas também receberam parte desses recursos. A Fiscalização pôde identificar algumas delas, empreendendo diligências. Contudo, os Correios só obtiveram êxito na entrega do Termo de Diligência Fiscal a apenas uma delas. Abaixo, seguem a resposta da pessoa jurídica intimada e as transferências aos sócios da *factoring*.

2.F.1) Transferência eletrônica para a pessoa jurídica Albuquerque Maranhão Empreendimentos Ltda

Quando do exame do extrato bancário da conta corrente nº 95.051-3 (Bradesco/Ag. 3208), a Fiscalização certificou-se de que a fiscalizada transferira eletronicamente R\$ 8.567,14 para a pessoa jurídica Albuquerque Maranhão Empreendimentos Ltda, a qual, depois de devidamente intimada, apresentou cópia do Termo Aditivo nº 1141, afora extrato bancário, relação de títulos e nota promissória. Na ocasião, prestou ainda os seguintes esclarecimentos:

“1 - Nunca tivemos qualquer tipo de relação e desconhecemos totalmente a empresa MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA, como também seus possíveis sócios e administradores.

2 - No início do mês de setembro do ano de 2005, a empresa ALBUQUERQUE MARANHÃO EMPREENDIMENTOS LTDA, necessitando de numerário solicitou à empresa UNA FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA. - REGISTRO ANFAC Nº 2381/02, o desconto de uma nota promissória (doc. 03) no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com vencimento para 30/12/2005, emitida pelo senhor Carlos Henrique Lemos Dantas - CPF/MF nº 196.462.324-34.

3 - A operação foi aceita e realizada, conforme se vê no (doc. 01) Termo Aditivo nº 1141 de 08/09/2005, onde consta o valor líquido de R\$ 8.567,14 (oito mil quinhentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos) a ser depositada em conta da Caixa Econômica Federal em nome da empresa ALBUQUERQUE MARANHÃO EMPREENDIMENTOS LTDA.

4 - Conforme se vê na (doc. 02) cópia do extrato da CEF, foi realmente creditada a importância acordada, sendo que até esta data não sabíamos ter sido o TED realizado por outra empresa, sem ser a UNA FACTORING.

5 - Reiteramos, mais uma vez, desconhecemos e nunca ter havido qualquer tipo de relação com a empresa MANCAL MONTAGEM E CALDEIRARIA LTDA, e sim com a empresa UNA FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA.”

Importante registrar que João Bosco Lins de Oliveira é quem assina o Termo Aditivo nº 1141, em nome da Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda.

2.F.2) Transferências eletrônicas para os sócios de Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda

A partir do referido extrato bancário, a Fiscalização deparou-se com transferências eletrônicas disponíveis - TED - em favor dos sócios da *factoring*, no valor total de R\$ 52.529,16, conforme demonstrado abaixo:

Favorecidos (Sócios da Factoring)	TED - Bradesco Ag. 3208 Cc 95051	
	Data	Valor
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	12/09/2005	11.781,60
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	19/09/2005	8.283,92
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	26/09/2005	7.530,00
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	30/09/2005	5.000,00
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	03/10/2005	5.000,00

Roberto B. Bezerra de Mello Neto	21/10/2005	5.564,64
Total Sócio 1		43.160,16
José Luiz de Menezes	29/08/2005	9.369,00
Total Sócio 2		9.369,00
Total		52.529,16

3) Inexistência de pagamentos, parcelamentos ou compensações efetuadas.

Em consonância com todo o exposto, a Fiscalização concluiu que a pessoa jurídica fiscalizada foi usada para a prática de evasão fiscal. Isso porque, declarando-se inativa em 2005, ocultou o conhecimento, por parte da Fazenda Nacional, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, decorrentes da realização de suas atividades em 2005, “a partir da compra e venda de açúcar e da prestação de serviços de manutenção em usinas - conforme declaração prestada pelo procurador João Bosco”. Acrescente-se a isso que tal pessoa jurídica, malgrado optante pelo regime simplificado em 18/02/99, não efetuou qualquer recolhimento, parcelamento ou compensação de tributos federais cujos fatos geradores tenham ocorrido no ano fiscalizado de 2005.

4) Termos de Esclarecimento

4.A) Procurador da fiscalizada, João Bosco Lins de Oliveira

Uma vez que a fiscalizada e seus sócios não foram encontrados, intimou-se o procurador João Bosco Lins de Oliveira a comparecer à DRF para prestar esclarecimentos de interesse da ação fiscal sobre Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda. Tomando-os por termo, em 22/04/2010, tais são as informações por ele apresentadas:

“Perguntado ao depoente se conhece ou já ouviu falar da empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda., respondeu que prestou serviço à empresa na área comercial, sem vínculo empregatício e sem contrato de prestação de serviço, realizando informalmente vendas de açúcar para a empresa, produto este adquirido por ela para revenda. Informou também que já figurou, em alguns momentos, como procurador da empresa, e que atualmente não figura mais. Informou que na época tinha vínculo empregatício com outra empresa mas que não lembra precisamente qual (Usinas Santo Inácio, Central Barreiros, Santo André e Fazenda Manguinhos); Perguntado quais as pessoas da empresa com quem manteve contato na época, respondeu que foi com a sócia Vera Lúcia, mas que conhecia também o sócio José Reis; Perguntado se tinha conhecimento se a empresa ainda estava em funcionamento, respondeu que não tinha conhecimento, pois já faz bastante tempo desde o último contato e que não saberia dizer como localizar atualmente os sócios. Informou que era em Barreiros o depósito de açúcar da empresa, sendo em Escada a sede (escritório) onde ficavam os sócios; Perguntado se em algum momento chegou a assinar cheques para a empresa, respondeu que sim, pois tinha uma procuração específica apenas para assinar cheques para fazer pagamentos de despesas gerais da empresa, que também mais duas ou três pessoas da empresa, além dos sócios, assinavam. Que mesmo efetuando tais pagamentos não desempenhava a administração da empresa. Observa que as procurações eram renovadas a cada período determinado. Perguntado se o depoente reconhecia a procuração de posse desta fiscalização como sendo ele o outorgado, respondeu que sim. Perguntado se o depoente reconhecia as assinaturas apostas nos cheques dos bancos Bradesco S/A e Caixa Econômica, de posse desta fiscalização, como sendo suas, respondeu que sim.”

Diz a Fiscalização que, além de haver assinado os cheques emitidos pela fiscalizada, João Bosco também endossou cheques e assinou termo aditivo de contrato em nome da Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda. Os cheques endossados, examinados pela Fiscalização, com exceção dos estornados, significavam ingressos de recursos para a Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda, porquanto depositados em contas correntes movimentadas pela pessoa jurídica em 2005.

Outro detalhe que aponta o vínculo de João Bosco com a referida *factoring* e com seus sócios, Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e José Luiz de Menezes, reside no fato de ter sido testemunha em alteração de contrato social da *factoring*, registrada na Junta Comercial do Estado de Pernambuco - JUCEPE sob o nº 20040544532, em 15/03/2004.

Em pesquisa ao Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, pelo *link* "Consulta Vínculos Empregatícios do Trabalhador", apurou-se que João Bosco Lins de Oliveira manteve, em 2005, vínculo empregatício com o empregador José Luiz de Menezes, sócio da Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda.. A função por ele desempenhada, correspondente ao CBO (Código Brasileiro de Ocupação) nº 1.423, está relacionada à gerência comercial, de marketing ou de comunicação.

4.B) Sócios de Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda.

4.B.1) Roberto Brito Bezerra de Mello Neto

Para a Fiscalização, os fatos apurados evidenciam que Roberto Brito Bezerra de Mello Neto era um dos favorecidos, direta e indiretamente, com os recursos financeiros da fiscalizada, pois deles se serviu para pagamento de despesas pessoais ou da pessoa jurídica Una Factoring, da qual é sócio administrador. Por esse motivo, foi intimado a comparecer à DRF para prestar os esclarecimentos necessários à continuação do procedimento instaurado em nome de Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda.

Em atendimento à intimação, Roberto Brito compareceu à repartição fiscal em 23/08/2010, onde foram colhidas as seguintes informações, após lhe serem apresentados os documentos em posse da Fiscalização, nos quais figura como beneficiário direto ou indireto dos recursos financeiros da fiscalizada:

“Perguntado ao declarante qual o motivo de ele dispor de recursos oriundos da empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda. para pagamento de parcelas de unidades imobiliárias de sua propriedade, respondeu que estes cheques foram emitidos pela empresa Mancal em favor do declarante para pagamentos relativos às vendas de açúcar acima informado; Perguntado ao declarante qual o motivo da empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda. utilizar cheques da empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda para pagamentos de serviços advocatícios por ela contratados, respondeu que também decorria da venda de açúcar para a referida empresa. Perguntado ao declarante se confirma a informação obtida no sistema CNPJ deste órgão e na JUCEPE (Contrato Social) onde consta como sócio administrador da empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda., CNPJ nº 04.635.556/0001-05 desde a sua constituição, em 19/06/2001, respondeu que sim. Perguntado ao declarante se a *factoring* manteve em 2005 alguma relação comercial, jurídica ou de qualquer outra natureza, com a empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda., respondeu que não tinha lembrança se houve alguma operação de fomento ou de outra natureza; Perguntado ao declarante o que teria motivado essas transferências financeiras em seu favor (referência às transferências eletrônicas

realizadas), respondeu que também decorreram da venda de açúcar para a referida empresa. Perguntado ao declarante se conhece o Sr. João Bosco Lins de Oliveira e se ele possui ou possuiu em 2005 algum vínculo com a empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, respondeu que prestou algum tipo de serviço: capitação (sic) de cliente, serviços operacionais e acha também que ele assinava cheques de sua empresa Una Factoring, que chegou a ser procurador da factoring, mas não lembra se isso foi em 2005; Apresentados, no momento, ao declarante, cópias microfilmadas de cheques emitidos em 2005 por terceiros, nominais à factoring, endossados por João Bosco e depositados em conta corrente da empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda. Perguntado ao declarante o que teria motivado o endosso de cheques nominais a Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda., pelo Sr. João Bosco Lins de Oliveira, para depósito em contas correntes da empresa Mancal Respondeu que não se lembra mas vai fornecer, também até o dia 03/09/2010, os documentos que respaldam a operação.”

Em 13/09/2010, Roberto Brito apresentou à Fiscalização cópia de instrumento particular de cessão de contrato de arrendamento rural, lavrado em 2003, no qual consta como cessionário de 430 hectares das propriedades rurais denominadas Engenho Cotegi e Engenho Conceição, localizadas na zona rural do Município de Escada/PE, objetivando o cultivo de cana-de-açúcar. Juntou ainda cópia de instrumento particular de distrato do referido contrato, celebrado em 20/10/2008.

Em 29/09/2010 apresentou-se à DRF o procurador de Roberto Brito, Bruno Batista, que forneceu os seguintes documentos: cópia de Instrumento Particular de Contrato de Fornecimento de cana-de-açúcar e Outros Pactos junto à Una Açúcar e Energia Ltda; demonstrativos dessa empresa para fins de apuração da moagem das canas fornecidas por Roberto Brito e José Luiz Menezes; declarações de Una Açúcar dos quantitativos de cana-de-açúcar fornecidos por Roberto Brito e por José Luiz de Menezes; cópias de notas fiscais de venda de açúcar desta empresa para a Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda e para outros compradores; procurações de Roberto Brito e José Luiz de Menezes outorgando, poderes para Bruno Batista representá-los perante a Receita Federal do Brasil.

Os documentos apresentados (doc. 21) foram examinados, donde se convergiu para o entendimento de que comprovam apenas que Roberto Brito figurou como cessionário em contrato de arrendamento de terras no Município de Escada em 2005; que, juntamente com José Luiz de Menezes, celebrou contrato de fornecimento de cana-de-açúcar com a empresa Una Açúcar e Energia Ltda; que essa empresa emitiu notas fiscais de venda de açúcar para terceiros, entre eles, a empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda.

Ressalte-se que as notas fiscais não trazem quaisquer correspondências de valores e datas com os cheques da Mancal utilizados por Roberto Brito para pagamento de suas prestações imobiliárias.

Sendo assim, não restou comprovado que os cheques da fiscalizada, nominais ao condomínio do edifício Saint Romain, ao condomínio do edifício First's Village e ao escritório de advocacia Farias e Moreira Advogados Associados, decorreram da venda de açúcar, adquirido por Roberto Brito à empresa fiscalizada, conforme o que fora por ele declarado.

Relevante registrar que os valores dos cheques nominais aos condomínios correspondem exatamente aos valores das prestações dos apartamentos adquiridos, a denotar

que foram emitidos para este fim e não como repasse em comercialização de açúcar, conforme expusera o declarante.

4.B.2) José Luiz de Menezes

Em razão de se constatar que José Luiz de Menezes recebera, em 2005, recursos da fiscalizada mediante transferências eletrônicas e cheques nominais, e considerando que ele era sócio de Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, a Fiscalização decidiu intimá-lo a comparecer à DRF para prestar informações necessárias à continuidade do procedimento fiscal instaurado em nome de Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda.

De acordo com o aviso de recebimento dos Correios, José Luiz de Menezes tomou ciência da intimação em 25/08/2010, deixando de atendê-la, entretanto, já que não compareceu nem justificou sua ausência. Em consequência, a Fiscalização lavrou, então, a reintimação de 13/09/2010, dessa feita ressaltando que os agentes fiscais dispunham de documentos que mostravam que fora beneficiado com recursos da fiscalizada. Outra vez desatendeu à Fiscalização, não obstante o recebimento da reintimação em 15/09/2010.

Em 01/10/2010, compareceu à DRF o procurador de José Luiz de Menezes, Bruno Batista Bezerra de Menezes, apresentando instrumento particular de procuração e declaração de que José Luiz fora parceiro comercial de Roberto Brito em 2005. Assim, realizara venda de cana-de-açúcar para Una Açúcar e Energia Ltda, que a beneficiava e efetuava o pagamento em sacas de açúcar. Declarou também que o açúcar recebido era repassado aos seus clientes e que era remunerado mediante cheques da própria beneficiadora ou, diretamente, pelos clientes/compradores, dentre eles a fiscalizada.

Agora, retornando às questões formuladas por Roberto Brito:

Usurpação de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional: trata-se de argumento não submetido à instância *a quo*. Assim, trata-se de matéria não impugnada, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/1972. A despeito disso, o tema reclama que se dê o devido destaque à circunstância segundo a qual a atribuição da responsabilidade tributária mediante termo, do qual se dá ciência aos supostos responsáveis, potencializa o direito a ampla defesa, na medida em que faculta aos acusados, no processo administrativo tributário, a oportunidade de conhecer, desde logo, os fatos da acusação e de opor argumentos contrários às alegações da Fazenda Pública.

Consoante o inciso LV do artigo 5º da Carta Magna, o processo administrativo é uma garantia constitucional, um direito instrumental que viabiliza a participação democrática do administrado na construção de uma decisão justa. A colaboração do administrado, na construção da decisão que o afeta, pressupõe o direito ao contraditório, uma garantia que irrompe, no plano da existência jurídica, junto com o fato desencadeador da formação do processo, daí avançando à fase instrutória, ou “instrução contraditória”, nas palavras de Lafayette Pondé, em lembranças de Odete Medauar¹. Isso porque, nos tempos atuais de um substancial pluralismo político, ao longo dos quais sobrepujou-se o espírito de uma democracia meramente formal de investidura², o próprio governado, agora sob os influxos das preocupações de maximizar as vivências cotidianas do Estado Democrático, em ordem a

¹ Odete Medauar. A processualidade no processo administrativo. Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 102.

² As instituições democráticas não se limitam às intervenções eleitorais. Medauar (ob. cit, p. 85), recordando os ingleses Smith e Brazier, resalta que a natureza democrática da Constituição pode ser testada pela "real oportunidade que o processo de decisão oferece, aos membros da população envolvidos pela decisão do processo."

concretizar os anseios jurídico-políticos inscritos na Carta Republicana³, deve⁴ ser convocado a participar da decisão individual que o interessa, materializando-se a democracia conglobante na qual se conjugam a democracia formal e a substantiva democracia de funcionamento, afinal se o ideal democrático contempla a visão do “governo do povo para o povo”, a sua colaboração na decisão individual é um modo de exercício desse poder.⁵ Por isso, impende lembrar das palavras do relator da instância *a quo*, ao sintetizar que “*a indicação dos responsáveis solidários na fase administrativa atende, ademais, às garantias constitucionais dos contribuintes, que podem, assim, participar da formação do título executivo a ser executado pela Fazenda Pública. Respeitam-se, como é manifesto, os princípios da ampla defesa e do contraditório, consectários do devido processo legal.*”

Nesse sentido, assim que formulada a exigência do crédito tributário, com o lançamento de ofício, o autuante tem o dever de facultar, àquele a quem atribuir responsabilidade, o conhecimento dos fundamentos que supostamente justificaram a imputação. Portanto, a atribuição da responsabilidade tributária, mediante termo do qual se dá ciência ao acusado, congênita ao lançamento tributário de ofício, é uma manifestação de respeito dos auditores-fiscais em relação ao administrado, já que este, dessa forma, torna-se o mais cedo possível cientificado dos motivos de fato e de direito que embasam as exigências pelas quais poderá ser chamado a responder, com vistas à efetivação de sua participação, pela via do contencioso administrativo, na construção da decisão administrativa que se refletirá sobre sua esfera jurídica. Assim, objetiva-se garantir a plena realização do contraditório, em ordem a traduzir reverência à cidadania.

Decadência: é preciso salientar que os tributos exigidos nos autos de infração ora contestados são sujeitos à sistemática do lançamento por homologação. Isso porque, nos termos do artigo 150 do CTN, a lei atribui ao sujeito passivo da obrigação tributária o dever de antecipar o pagamento de tais exações, sem o prévio exame da autoridade administrativa. Desse modo, já considerando que o IRPJ, a CSLL, o PIS/PASEP, a COFINS e a contribuição para o INSS são submetidos à disciplina do lançamento por homologação, discute-se se estariam sujeitos ao prazo decadencial refletido no § 4º do artigo 150 do CTN ou no artigo 173, inciso I, do mesmo Código.

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consagrado na decisão proferida no julgamento do Resp nº 973.733, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inócorre. Vale dizer que, havendo previsão legal que obrigue a antecipação do tributo, dever-se-á aplicar a regra que dimana do artigo 173, inciso I, do CTN, caso inexistir pagamento antecipado.

Por outro lado, incidirá a regra que recai do § 4º do artigo 150 do CTN, verificando-se o adiantamento de tributo cuja antecipação, sem a anterior anuência da

³ CR/88: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:...."

⁴ Odete Medauar, ob. cit. p.85: "Se o vínculo entre o processo e a democracia já vinha sendo ressaltado pela doutrina constitucionalista, os administrativistas dedicados ao estudo do processo não deixaram de correlacioná-lo à democracia, como uma das searas mais fecundas à efetividade desta."

⁵ Medauar, ob. cit. p. 84/85.

autoridade fiscal, decorrer de previsão legal. Todavia, se restar caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN (Súmula CARF nº 72)

No caso em julgamento, examinam-se os fatos ocorridos em 2005, sabendo-se que a fiscalizada não recolheu quaisquer tributos ao longo desse período.

Ainda que se discuta, no presente, a existência de suporte fático e jurídico para a multa qualificada de 150%, só o fato de inexistir pagamento antecipado submete a contagem do prazo decadencial ao rigor do artigo 173, inciso I, do CTN. Assim, a contagem do lapso decadencial para o caso em apreço se inicia em 01/01/2007. Diante disso, tendo em conta que o lançamento foi efetuado em 2010, não há que se falar na ocorrência da caducidade cujo reconhecimento se pleiteia.

Cerceamento do direito de defesa (pleiteando a realização de novas diligências): já adiantado no item anterior que a autoridade fiscal e as autoridades julgadoras devem estar atentas ao dever de facultar ao imputado a ampla defesa. No entanto, a recorrente se mostra inconformada com o que lhe parece desleixo da Fiscalização, ante a necessidade de realizar diligências que foram negligenciadas no curso da ação fiscal. Com esse norte, relata que a Fiscalização não se interessou pelo fato de que 72,63% dos recursos que ingressaram na conta corrente da Mancal foram movimentados pela “Agência Farol”, localizada em Maceió – Alagoas. E, quanto às saídas, 74,65% o foram mediante cheques, embora a Fiscalização tenha analisado apenas o percentual de 10,32%. Desse modo, sustenta o não aprofundamento da fiscalização, no tocante à maior parte dos recursos movimentados.

Nada disso, entretanto, reflete cerceamento do direito de defesa, porquanto somente a impugnação inaugura a fase litigiosa do procedimento para a constituição dos créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil, a teor do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972. Antes disso remanesce uma fase inquisitorial em cujo bojo a Administração Tributária pode empreender diligências e realizar intimações e exames, tudo com o fito de apurar a regularidade fiscal do administrado, respeitando, é óbvio, os direitos fundamentais dos indivíduos. Por essa óptica, eventual falha do critério metodológico empregado no exame de fatos e na análise de dados pode comprometer as conclusões do trabalho, mas daí a rotular essa falha procedimental com a pecha do cerceamento da defesa há uma distância enorme. Nesse roldão, improcede a alegação de cerceamento de defesa, já que o recorrente pôde regularmente contestar a imputação de sujeição passiva em duas instâncias julgadoras administrativas.

O pleito em prol de novas diligências também se revela desnecessário, como será explicado adiante, malgrado a exposição dos seguintes números que o recorrente alega ter obtido, por meio de perícia que contratara:

- a) do total das entradas nas contas bancárias, o montante de R\$ 4.830.918, 87 (72%) refere-se a transferências da agência Farol de Maceió, do Bradesco;
- b) constam dos autos, relativos a entradas, 738 cheques analisados, e não 777 cheques, como descreve a Fiscalização;
- c) a quase totalidade das transferências não contém identificação dos depositantes;

- d) a Fiscalização não analisou 86% dos cheques emitidos (saídas);
- e) 90% dos cheques emitidos são nominais ao Bradesco;
- f) os valores recebidos pelo recorrente – R\$ 106.480,07, constituem um percentual irrisório de 1,63%

A perícia requisitada permitiria, segundo informa o recorrente, descortinar os nomes dos sócios ou daqueles para os quais se destinaram o grosso dos recursos saídos da fiscalizada, uma vez que o fundamento da peça acusatória se restringe, única e exclusivamente, ao fato de haver recebido recursos da precitada pessoa jurídica. Frente ao exposto e a teor de sua remissão ao pedido formulado na impugnação, considera que está patente a necessidade de diligência para que se apurem os depositantes e beneficiários da maior parte dos recursos da fiscalizada.

Anoto que o recorrente quer realçar as proporções implícitas aos números encontrados no trabalho pericial por ele contratado e a falha do critério metodológico empregado pela Fiscalização, o que supostamente levaria o julgador à convicção de que as conclusões dos autuantes carecem do apoio da certeza sobre os fatos que embasaram a responsabilização tributária. Porém, aqui cabe a seguinte pergunta: quais são os fatos que embasaram a responsabilização do recorrente? São os seguintes:

1) a CEF enviou à Fiscalização, em papel, os extratos da conta corrente nº 276-8 (agência 2124), e, em meio magnético, comprovantes de depósitos em cheques e dinheiro, assim como as cópias microfilmadas dos cheques depositados na referida conta. Constatou-se que a maior parte desses cheques, emitidos por terceiros, foi nominal à pessoa jurídica Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, cujos sócios são Roberto Brito Bezerra de Mello Neto (administrador) e José Luiz de Menezes;

2) a Fiscalização descobriu que a fiscalizada emitiu três cheques, sendo um da CEF e dois do Bradesco, no valor total de R\$ 30.024,00, assinados por João Bosco e nominais ao condomínio do edifício Saint Romain (construído pela Gabriel Bacelar Construções Ltda). Documentos fornecidos pela construtora (cópias de extratos de recebimento, referente à cobrança de títulos emitidos pela CEF, cópias de extratos de pagamento, cópias de instrumentos particulares de inscrição e adesão para a constituição de condomínio habitacional fechado, cópia de instrumento particular de cessão de direitos sobre bem imóvel e cópia de escritura pública de compra e venda de imóvel) apontam Roberto Brito e sua irmã, Mariza Morato, como as peessoas que utilizaram os recursos da fiscalizada para pagar prestações dos apartamentos 1801 e 1802, respectivamente, por eles adquiridos junto ao condomínio do edifício Saint Romain. Os valores dos cheques correspondem exatamente aos valores das prestações dos apartamentos. Por isso, e também por serem nominais ao condomínio, concluiu-se que foram intencionalmente emitidos para pagar as preditas prestações;

3) a Fiscalização descobriu que a fiscalizada emitiu sete cheques, sendo três da CEF e quatro do Bradesco, no valor total de R\$ 31.295,91, assinados por João Bosco Lins de Oliveira e nominais ao condomínio do edifício First's Village. O condomínio enviou à Fiscalização documentos (cópias dos recibos e do instrumento particular de cessão de direitos de prometido adquirente) que apontam Roberto Brito como o beneficiário dos recursos transferidos para pagamento de prestações do apartamento 801, por ele adquirido junto ao condomínio do edifício First's Village, referente aos meses de janeiro, maio, julho, novembro e

dezembro de 2005. Os valores dos cheques correspondem exatamente aos valores das prestações dos apartamentos. Por isso, e também por serem nominais ao condomínio, concluiu-se que foram intencionalmente emitidos para esse fim;

4) a Fiscalização descobriu a emissão de seis cheques pela empresa fiscalizada, todos da CEF, no valor total de R\$ 40.006,53, nominais ao escritório de advocacia Farias e Moreira Advogados Associados, que apresentou documentos hábeis e idôneos que justificaram o recebimento dos cheques emitidos pela empresa fiscalizada. A tal propósito, compareceram à DRF, em 05/08/2010, os sócios Taney Queiroz e Farias e Alessandro Christian da Costa Silva, que exibiram cópia do contrato de prestação de serviços advocatícios nº 580, celebrado entre o escritório Farias e Moreira Advogados Associados e Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, em 2005. Além disso, declararam, por termo, “*que não conhecem a empresa Mancal Montagem e Caldeiraria Ltda e que o Escritório Farias e Moreira Advogados Associados não prestou qualquer serviço para ela. Declararam que os valores constantes nos cheques emitidos por aquela empresa, nominais ao Escritório Farias e Moreira Advogados Associados, foram recebidos da empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, CNPJ nº 04.635.556/0001-05, para pagamento de serviços advocatícios prestados pelo escritório de advocacia, conforme cópia de contrato fornecido neste ato. Que o escritório também prestou serviços advocatícios para o sócio da Una Factoring, Sr. Roberto Brito Bezerra de Mello Neto, na mesma época, conforme cópia do contrato também foi fornecida neste ato.*”

5) a Fiscalização descobriu a emissão de um cheque da fiscalizada, de sua conta na CEF, no valor de R\$ 10.000,00, assinado por João Bosco Lins de Oliveira, nominal à Construtora Pernambuco Empreendimentos Ltda, que apresentou documentos hábeis e idôneos que justificaram o recebimento do referido título, informando que fora utilizado por Alessandro Christian da Costa Silva para pagamento de duas prestações intercaladas, vencíveis em 25/06/2006 e 25/06/2008, referentes ao apartamento 2601 do edifício Acácias Prince. Por sua vez, Alessandro Christian apresentou contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado com a empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda, em 2005, e informou “que o cheque foi recebido a título de participação de trabalhos prestados no escritório de advocacia e utilizado para pagamento das intercaladas acima citadas.”

6) a Fiscalização descobriu que a fiscalizada transferira eletronicamente R\$ 8.567,14 para a pessoa jurídica Albuquerque Maranhão Empreendimentos Ltda, a qual, depois de devidamente intimada, esclareceu que, em setembro de 2005, necessitando de numerário, solicitou à empresa Una Factoring e Fomento Mercantil Ltda o desconto de uma nota promissória no valor de R\$ 10.000,00, com vencimento para 30/12/2005. A operação foi aceita e realizada, conforme Termo Aditivo nº 1141 de 08/09/2005, onde consta o valor líquido de R\$ 8.567,14 a ser depositado em conta da CEF em nome de Albuquerque Maranhão Empreendimentos Ltda, via transferência eletrônica emitida pela fiscalizada.

7) a Fiscalização deparou-se com transferências eletrônicas disponíveis - TED - em favor dos sócios da *factoring*, no valor total de R\$ 52.529,16, conforme demonstrado abaixo, sendo R\$ 43.160,16 para o recorrente:

Favorecidos (Sócios da Factoring)	TED - Bradesco Ag. 3208 Cc 95051	
	Data	Valor
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	12/09/2005	11.781,60
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	19/09/2005	8.283,92
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	26/09/2005	7.530,00
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	30/09/2005	5.000,00
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	03/10/2005	5.000,00
Roberto B. Bezerra de Mello Neto	21/10/2005	5.564,64
Total Sócio 1		43.160,16
José Luiz de Menezes	29/08/2005	9.369,00
Total Sócio 2		9.369,00
Total		52.529,16

Em sua defesa, perante tais fatos, o recorrente traz os argumentos abaixo:

- a) que, à época dos fatos, dedicava-se à produção de cana-de-açúcar em terreno arrendado;
- b) que se dedicou exaustivamente à busca de documentário que atendesse às exigências da auditoria, enfrentando grandes dificuldades, às vezes intransponíveis, pois a região fora atingida por uma devastadora inundação, fato que é de conhecimento público;
- c) porém, conseguiu coligir documentos esclarecedores de sua atividade com o auxílio de parceiros, fornecedores e compradores, podendo, assim, comprovar que arrendara terras, conforme contrato com a Interiorana – Serviços e Construção Ltda;
- d) nesse material probatório inclui-se o Instrumento Particular de Contrato de Fornecimento de Cana de Açúcar e Outros Pactos junto à Una Açúcar e Energia Ltda, que beneficiava a cana-de-açúcar por ele fornecida, em conjunto com seu parceiro José Luiz de Menezes;
- e) em contrapartida, Una Açúcar e Energia lhe remunerava com sacas de açúcar;
- f) parte desse açúcar recebido era por ele mesmo negociado com a fiscalizada, conforme amostragem de notas fiscais às fls. 2.942/2.943;
- g) outros negócios semelhantes foram celebrados com outros parceiros comerciais, mas, em decorrência dos

acontecimentos na região, não foi possível recuperar tais documentos contábeis e fiscais;

- h) rotineiramente, sua produção era vendida a vista ou a prazo, a diversas empresas produtoras de açúcar, que freqüentemente o remuneravam com o próprio açúcar;
- i) por sua vez, costumava-se repassar o açúcar, de que era credor junto às usinas, diretamente às empresas industriais, com anuência do recorrente. Diga-se que essa situação é o caso da Mancal, que recebia açúcar diretamente da Una Açúcar e Energia, como provam as notas fiscais anexas;
- j) os valores dos créditos devidos foram amortizados pela Mancal com a emissão de cheques para o pagamento de despesas ou investimentos do recorrente, às vezes com o valor exato da dívida a ser paga;
- k) esses pagamentos somam R\$ 156.486,60, o que representa 2% do volume de saídas da conta bancária da Mancal;
- l) em momento algum a Fiscalização comprovou a prática de atos de gestão;
- m) diversamente da alegação da Fiscalização, a Mancal tem registro estadual. Se essa empresa se prestou ao papel de “laranja”, nenhuma responsabilidade tem o recorrente em relação a esse comportamento delituoso;
- n) que a empresa Mancal existe de fato e de direito

O termo de sujeição passiva e responsabilidade tributária, às 63/69, assenta a responsabilidade tributária do recorrente com base nos artigos 124, incisos I e II; 128; 134, inciso VII; 135, inciso III, todos do CTN. Já no Relatório Fiscal, a Fiscalização acrescenta o artigo 5º, inciso V, do Decreto-lei nº 1.598/1977, por dissolução irregular da sociedade. Tais dispositivos, juntos, inadequadamente reúnem responsabilidade por solidariedade, responsabilidade subsidiária e responsabilidade pessoal. O objetivo do termo de sujeição passiva é atribuir responsabilidade tributária a uma pessoa distinta da pessoa jurídica fiscalizada. A infração detectada não é causa de responsabilidade solidária fundada no artigo 124, inciso I, do CTN, pois não se pode dizer que o recorrente e a fiscalizada mantinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. A jurisprudência do STJ, alicerçando-se em prodigiosa doutrina, registra importante decisão que serve de guia para o presente julgamento (REsp 884845 / SC, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 05/02/2009):

“1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma

pluralidade de contribuintes **solidários** quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.

2. A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regra-matriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: "Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço."

6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, verbis: "Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei." (grifei)

7. Conquanto a expressão "**interesse comum**" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas **solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato impositivo**. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, **no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação**. (grifei)

8. Segundo doutrina abalizada, in verbis: "... o **interesse comum** dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da **solidariedade**. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que **estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação**. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220) (grifei)

9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei **não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal**, mas o interesse jurídico, **vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato impositivo**. (grifei)

10. "Para se caracterizar responsabilidade **solidária** em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que **ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador**, sendo **irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico**." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, Dje 15/12/2008). (grifei)

11. In casu, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de **solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico** da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora. (grifei)

12. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A.”

Como se vê, não é o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal o sustentáculo da atribuição de responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN, mas o interesse jurídico vinculado à situação configuradora do fato gerador. Nesse sentido, as transferências eletrônicas de recursos depositados em contas bancárias da fiscalizada e os cheques emitidos dessas contas para Roberto Brito, embora traduzam proveito econômico do recorrente, evidenciam, junto com outras provas acostadas aos autos, que Mancal transferira a Roberto Brito recursos financeiros da Una Factoring. Assim, os autos sugerem a existência de vínculo decorrente do interesse jurídico de que trata o artigo 124, inciso I, do CTN, na situação configuradora do possível ilícito tributário praticado pela *factoring* com a atuação de Roberto Brito, jamais com a atuação de Roberto Brito na fiscalizada, que fora utilizada para ocultação de recursos desviados por Una Factoring. Vale ainda lembrar que não há um indício de que o recorrente tenha contribuído para a omissão de receitas próprias da Mancal. Em tais circunstâncias, não procede a atribuição da responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I, do CTN, como também improcede a responsabilização do recorrente com base no artigo 124, inciso II, do mesmo Código. Isso porque tal dispositivo apenas autoriza o legislador ordinário a estabelecer previsões normativas distintas daquela que já está consagrada no artigo 124, inciso I, do CTN. Em outras palavras, as referências ao artigo 124, inciso II, por si sós, não emprestam fundamento para a responsabilidade tributária de sócio, administrador ou gerente, por dívida tributária da pessoa jurídica.

Ademais, é preciso assinalar que os autos não demonstram que o imputado tenha exercido gestão de pessoal ou ato de direção dos negócios empresariais da Mancal, determinando-lhe os rumos para a geração de receitas e/ou a assunção de custos e despesas. Saliente-se, pois, que os elementos fáticos trazidos ao debate são insuficientes para consolidar a convicção de que o recorrente era sócio, administrador ou gerente. Os fatos que se avultam dos documentos e depoimentos reunidos aos autos denotam, como já se adiantou, que Una Factoring desviou suas receitas para as contas bancárias da fiscalizada, de onde saiu – o que é fato comprovado – o numerário para pagamento de despesas e investimentos de Una Factoring e de seu sócio, Roberto Brito, o que não é suporte para a conclusão de que Roberto Brito é sócio da fiscalizada. Falta, pois, correlação lógica entre a premissa e a conclusão mencionadas. Essa perspectiva que aponta a carência de prova da qualidade de sócio ou administrador da fiscalizada afasta a incidência dos artigos 134, inciso VII; 135, inciso III, ambos do CTN; e artigo 5º, inciso V, do Decreto-lei nº 1.598/1977. Além disso, impende ressaltar, também reiterando o que já se destacou em linha anteriores, agora para fins de aplicação do artigo 134,

inciso VII⁶, do CTN, que inexistem evidências empíricas de que o recorrente tenha dado causa à omissão de receitas (por ato omissivo ou comissivo), e mais particularmente, que tenha dado causa à omissão de receitas **na liquidação da sociedade**. Da mesma sorte, não há evidências empíricas de que, para fins de aplicação do artigo 135, inciso III⁷, do CTN, o recorrente (que é pessoa física) agiu com infração à lei, suprimindo as receitas ora em litígio da sujeição à lei tributária, na pessoa da fiscalizada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso voluntário de Roberto Brito.

Prosseguindo.

Ausência de fundamentação legal, na imputação de responsabilidade: diz o recorrente que a Mancal era uma das empresas com as quais mantinha laços comerciais, vendendo-lhe o açúcar que recebia das usinas, em contrapartida ao fornecimento de cana-de-açúcar. Assim, tornou-se credor da Mancal, que emitia cheques para pagamento de suas despesas ou investimentos, às vezes em valores exatamente iguais aos valores dos compromissos que assumira. Dessa forma, também evitava a CPMF. Na oportunidade, reitera a falta de comprovação de atos de gestão e que a importância de R\$ 156.486,60 que recebera é muito pequena, em comparação com o montante que fora movimentado pela fiscalizada, superior a 6,5 milhões. Por isso, segundo ele, mostra-se necessário descobrir os nomes daqueles que receberam o restante daqueles recursos.

Consigno a desnecessidade de novas diligências para a descoberta daqueles que teriam recebido o restante dos recursos, tendo em vista as finalidades do presente apelo. Pode ser que a Fazenda Nacional inicie novas investigações para redirecionar a cobrança do crédito tributário constituído nestes autos, mas, para a apreciação do recurso voluntário interposto por Roberto Brito, basta a falta de prova de que atuava como sócio, administrador ou gerente da fiscalizada, o que implica rejeição à aplicação dos artigos 134, inciso VII, e 135, inciso III, do CTN, bem como do artigo 5º, inciso V, do Decreto-lei nº 1.598/1977. Também reitero a ausência de provas de que o recorrente tenha agido em contrariedade à lei, ou que tenha, por ação ou omissão, dado causa à omissão de receitas da fiscalizada.

Exclusão irregular do regime simplificado (SIMPLES): de acordo com o recorrente, tomando-se a conclusão da Fiscalização no sentido de que teria havido interposição fraudulenta de pessoas, daí se segue que a exclusão do regime do SIMPLES só poderia estar embasada no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996, o que conduziria o Fisco a considerar os efeitos da exclusão já no mês da ocorrência de sua causa, conforme artigo 15, inciso V, da citada Lei nº 9.317/1996. Nessas circunstâncias, a exclusão do SIMPLES deveria ter ocorrido no ano de 2005, o que inclinaria a fiscalizada a se sujeitar, nesse mesmo ano, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Em consonância com essa linha de raciocínio, caberia à Fiscalização arbitrar o lucro da fiscalizada, referentemente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2005. No entanto, a Fiscalização optou por fundamentar a exclusão do SIMPLES no excesso de receitas, fato que a conduziu a considerar os efeitos da exclusão somente no ano de 2006. Tal perspectiva acena para a realidade de uma tributação mais gravosa, em prejuízo da fiscalizada.

⁶ Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

⁷ 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: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A DRJ assim manifestou seu entendimento, a respeito do assunto:

“E a razão é simples: no caso ora exame, encontram-se configurados, como é inequívoco nos autos, mais de um fato hábil a ensejar a exclusão do regime simplificado – a ultrapassagem do limite estabelecido para a receita bruta e a interposição fraudulenta de pessoas –, de sorte que as autoridades autuantes poderiam fundamentar a exclusão em qualquer dessas hipóteses, pois estava, pelo legislador, duplamente autorizado a fazê-lo.

16. Diga-se mais: a opção de fundamentar a exclusão, pela objetividade que lhe é inerente, no fato de a contribuinte autuada ter auferido receita bruta acima do limite legal foi, a nosso sentir, a mais adequada, haja vista que um eventual e definitivo afastamento da responsabilidade solidária pelos órgãos que compõem o contencioso administrativo, em face da descaracterização da interposição fraudulenta de pessoas, não acarretaria, como consequência inarredável, a nulidade do lançamento (forma de apuração diversa da adotada pelo optante do regime simplificado).”

Peço vênia para divergir. A Fiscalização constatou duas irregularidades para as quais a sanção é a mesma: a exclusão do regime do SIMPLES. Todavia, tais irregularidades não ocorreram simultaneamente. Uma delas – a interposição fraudulenta – já existia ao menos desde o primeiro dia do ano do ano-calendário de 2005. A outra – o excedente de receita – surgiu apenas após a transcurso de um certo tempo ao longo do qual as receitas diariamente obtidas se acumularam até ultrapassar determinado limite.

O agente fiscal não dispõe de discricionariedade para escolher se aplica ou não aplica a lei. Quando não está presente no momento da infração, deve se pautar de uma forma retrospectiva para agir como se presenciasse a ocorrência da infração, aplicando a lei que, no tempo do cometimento da irregularidade, estivesse em vigor, exceto se viesse a surgir, após a prática da infração, lei penal mais branda para aquela falta. Portanto, no caso concreto, deveria o agente fiscal fazer incidir o artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996 retroativamente ao primeiro dia do ano de 2005, sancionando a fiscalizada em razão da interposição fraudulenta. Consequência disso é que a fiscalizada estaria excluída do SIMPLES já a partir de janeiro de 2005, a teor do artigo 15, inciso V, da Lei nº 9.317/1996. Desde então, até o final de 2005, a Mancal deveria ter sido submetida às normas de tributação aplicadas às demais pessoas jurídicas.

Em face do que se expôs, Mancal teria saído exitosa, se houvesse manejado recurso voluntário para desafiar o lançamento tributário, contestando-o com base nos mesmos argumentos agora apreciados, trazidos pelo recorrente em sua insurgência fundada no equívoco da sujeição da fiscalizada às normas tributárias do SIMPLES que definem a apuração de valores. Sendo assim, o auto de infração seria anulado e o recorrente, por reflexo, estaria livre da imputação de responsável passivo.

Contudo, a inexistência de recurso voluntário interposto pela fiscalizada não pode obstar que se declarem, a favor do recorrente, os efeitos da questão prejudicial a ser solucionada no julgamento do recurso voluntário do suposto sujeito passivo: a validade do lançamento tributário, contestado com base no fato de ter sido aplicada a legislação do SIMPLES para o cálculo do crédito tributário. A solução da referida questão prejudicial é aquela que proclama a invalidade do lançamento tributário, por erro de direito no cálculo do tributo devido, o que confronta com o artigo 142 do CTN.

Também por esse motivo, proponho o provimento do recurso voluntário interposto por Roberto Brito.

Deixo de apreciar a questão relativa à indicação do percentual da multa de ofício aplicada, por desnecessária.

No passo seguinte, o recurso voluntário de João Bosco Lins de Oliveira.

No presente apelo, manifesta:

1) cerceamento de defesa negativa de acesso aos autos:

- era procurador da fiscalizada, com fins específicos da movimentação bancária, precisamente para a conta no Bradesco;

- não detinha poderes de gerência;

- não podia prestar esclarecimentos, durante o período fiscalizatório, sobre o ingresso de valores na conta bancária da recorrente, pois não lhe foi dado acesso aos documentos dos autos;

- depois da autuação, percebeu que 80% dos ingressos nas contas bancárias da fiscalizada estão desprovidos da identificação dos depositantes, o que obstruiu a ampla defesa;

- por isso, esse procedimento fiscal é flagrantemente arbitrário, cerceando-lhe o direito de defesa.

2) da inconsistente imputação de responsabilidade tributária:

- era procurador da Moncal à época dos fatos, com poderes específicos para representação perante o Bradesco;

- a Fiscalização não comprovou que teria praticado atos de gerência;

3) da decadência, enquadramento incorreto ou exclusão do Simples:

- ocorrência da decadência em relação aos meses de janeiro a setembro de 2005;

- a referência à interposta pessoa determina a exclusão do SIMPLES com base no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/1996, gerando efeitos para o mês seguinte ao da ocorrência dos fatos que justificaram a exclusão;

- a fiscalizada deveria ser autuada para exigência do crédito tributário apurado com base nas normas jurídicas aplicadas às demais pessoas jurídicas;

4) erro na identificação do fato gerador e da base de cálculo da contribuição para o INSS;

5) ausência de ordem judicial para a quebra de sigilo bancário;

-
- sempre se reportou à Sra. Vera Lúcia Barbosa, sócia majoritária da fiscalizada;
 - não obteve qualquer proveito com os recursos movimentados nas contas correntes da fiscalizada;
 - a Fiscalização deveria investigar os depositantes e os beneficiários dos depósitos nas contas correntes da Fiscalizada, até porque a maior parte da movimentação bancária provém de uma agência Farol do Bradesco, em Alagoas;
 - a tributação com base em depósitos bancários agride a Constituição;
 - a Fiscalização não produziu provas capazes de demonstrar a ocorrência da omissão de receitas;
 - não houve acréscimo ao patrimônio da autuada;
 - descabido utilizar ingressos em conta corrente como base de cálculo das contribuições exigidas neste processo;
 - ausência de autorização judicial para quebra de sigilo bancário.

Descreve o Relatório Fiscal que João Bosco de Oliveira, enquanto representante da fiscalizada em 2005, praticou, com poderes amplos para movimentar contas correntes na CEF e no Bradesco, diversos atos necessários ao seu funcionamento, uma vez que foi o responsável pela emissão de todos os cheques examinados pela Fiscalização e realizou “informalmente” a venda de açúcar para a Mancal.

Ademais, João Bosco também figurou como procurador de Una Factoring e como testemunha em contrato social da Mancal. Consta ainda que, em 2005, era empregado do sócio da factoring José Luiz de Menezes.

As pessoas jurídicas precedentemente listadas recorriam aos serviços do mesmo contador: Newton Ferrão de Albuquerque, que foi o responsável pelo preenchimento de suas declarações de pessoa jurídica.

A maioria dos cheques depositados ao longo de 2005 em conta corrente movimentada pela fiscalizada junto à CEF e ao Bradesco foi nominal à Una Factoring.

Recursos da fiscalizada foram transferidos pela cliente da Una Factoring por força da operação de desconto de nota promissória. Quem assinou o termo aditivo do contrato de fomento mercantil em nome da *factoring* foi João Bosco.

A Fiscalização considera evidente o vínculo entre Mancal e Una Factoring, assim como a influência de João Bosco nos atos e negócios praticados e nos recursos movimentados em 2005.

Remeto ao julgamento do recurso de Roberto Brito, no que diz respeito às questões alusivas ao cerceamento do direito de defesa e à decadência, as questões aqui suscitadas sobre esses mesmos temas, dando-as por superadas, pelas mesmas razões lá relacionadas.

Não vejo comprovação de que João Bosco tenha exercido qualquer ato que evidencie a qualidade de sócio, administrador ou gerente da Mancal. Os poderes amplos para movimentar conta bancária e vender açúcar da fiscalizada podem ser exercidos por um mero procurador devidamente habilitado, ainda que não seja sócio ou diretor. No mais, os autos não traduzem que o imputado tenha exercido gestão de pessoal ou ato de direção dos negócios empresariais da Mancal, determinando-lhe os rumos para a geração de receitas e/ou a assunção de custos e despesas.

No mesmo passo, também não considero comprovado que João Bosco Lins de Oliveira tenha dado causa à omissão de receitas (por ato omissivo ou comissivo), para fins de aplicação do artigo 134, inciso VII, do CTN, e, mais especificamente, que tenha dado causa à omissão de receitas, **na liquidação da sociedade**. Ainda nesse tom, não há evidências empíricas de que, nos termos do artigo 135, inciso III, do mesmo Código, o recorrente (que é pessoa física) agiu com infração à lei, suprimindo as receitas ora em litígio da sujeição à lei tributária, na pessoa da fiscalizada.

Ademais, de modo semelhante ao que fora exposto em relação a Roberto Brito, a exclusão irregular do regime simplificado (SIMPLES), igualmente suscitada por João Bosco, é causa de invalidade do lançamento, por erro de direito, porquanto em confronto com o artigo 142 do CTN. Em consequência, deve-se prover o recurso voluntário interposto pelo indigitado imputado.

CONCLUSÃO.

Propõe-se o provimento dos recursos voluntários interpostos por Roberto Brito Bezerra de Mello Neto e João Bosco Lins de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Relator