



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

Processo nº 10480.734088/2013-98
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.930 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente A. P. E. AUTO PEÇAS EIRELI E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

INTIMAÇÃO PESSOAL E POR VIA POSTAL. ORDEM DE PREFERÊNCIA. NOTIFICAÇÃO ENVIADA PARA O DOMICÍLIO DO SUJEITO PASSIVO. VALIDADE.

Não existe ordem de preferência entre a intimação pessoal e a realizada por via postal, que é válida se enviada para o domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja representante do destinatário.

LANÇAMENTO. IMPUGNAÇÃO. JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA. DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO.

Em primeira instância, a competência para julgar impugnações a lançamento de crédito tributário é de uma das turmas da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento a que o processo for enviado.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL-MPF. EMISSÃO E PRORROGAÇÃO. IRREGULARIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLURALIDADE DE SUJEITOS PASSIVOS. DISPENSA DE MPF.

As irregularidades na emissão e prorrogação do MPF não acarretam nulidade do lançamento, nem do processo administrativo, ademais, nos casos de pluralidade de autuados, não se exige MPF individual para cada um dos responsáveis tributários.

ENQUADRAMENTO LEGAL. IRREGULARIDADE. CORRETA DESCRIÇÃO DOS FATOS. VALIDADE DO LANÇAMENTO.

É válido o lançamento, ainda que contenha alguma irregularidade no enquadramento legal, se a descrição dos fatos for correta, permitindo ao sujeito passivo exercer o direito de defesa.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação e estando comprovado o dolo do sujeito passivo, o termo inicial do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, já o prazo prescricional só começa a fluir da data em que o crédito tributário esteja definitivamente constituído, o que não ocorre enquanto existir recurso pendente de julgamento.

PROVA EMPRESTADA. PROVA INDICIÁRIA. VALIDADE.

É válido o emprego no processo administrativo tributário de prova emprestada, bem como de provas indiciárias, cujo valor probante dependerá da quantidade e da consistência dos indícios.

EXCESSO DE PODERES. INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO. INTERESSE COMUM. SOLIDARIEDADE.

Os administradores, gestores e representantes de pessoas jurídicas, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, passam a ser sujeitos passivos da relação tributária, e quando se associam de forma voluntária e consciente, praticando em conjunto o fato gerador do tributo, obrigam-se solidariamente pelo pagamento do crédito tributário, dada a existência de interesse comum.

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

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

USO DE DOCUMENTOS FISCAIS PERTENCENTES A EMPRESA DE EXISTÊNCIA PURAMENTE FORMAL. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. DOLO.

O uso de documentos fiscais pertencentes a empresa de existência meramente formal - inexistente de fato - bem como a interposição de pessoas caracterizam por si sós o dolo, porquanto revelam a intenção de lesar o Fisco.

MULTA. EFEITO DE CONFISCO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

No processo administrativo tributário é vedado o exame do caráter confiscatório da multa, por implicar a realização de controle de constitucionalidade, vedado pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972.

JUROS DE MORA. EMPREGO DA TAXA SELIC. VALIDADE.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

IRPJ E CSLL. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade, e, no mérito, por maioria de votos negar provimento aos recursos voluntários, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, que votaram por lhes dar provimento parcial para obstar a incidência de juros sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Ângelo Antunes Nunes (suplente convocado para manter paridade do colegiado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à Conselheira Bianca Felícia Rothschild). Ausência justificada da Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de recursos interpostos por **A.P.E. AUTO PEÇAS EIRELI, ROBSON MARCELO TOLARDO, ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO, JEANE CRISTINE TOLARDO DALLE ORE, ÍRIS DA SILVA TOLARDO, e SAMUEL TOLARDO JUNIOR**, todos já qualificados nos autos, contra o Acórdão nº 12-76.407, da 5ª Turma da DRJ - Rio de Janeiro, que negou provimento às impugnações dos recorrentes.

A controvérsia foi assim resumida pela DRJ:

Trata o presente processo dos autos de infração de fls. 14.573 a 14.601, lavrado pela DRF/MGA, no qual consta a exigência de:

- Imposto de renda da pessoa jurídica - IRPJ, cód. 2917, no valor de R\$ 646.080,03, somados a multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e juros de mora; e
- Contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, cód. 2973, no valor de R\$ 282.671,34, somados a multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e juros de mora.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal de fl. 14.575 e do relatório de atividade fiscal de fls. 13.993 a 14.370, os lançamentos se devem a apuração da omissão de receitas da atividade referentes à revenda de mercadorias, com arbitramento do lucro com base na receita conhecida, por ter a autuada apresentado à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração do ano-calendário de 2008, sem as formalidades essenciais, bem como por ter sido considerada a escrituração mantida pelo contribuinte do período imprestável para identificação da efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, bem como para a determinação do Lucro Real.

Segundo a autoridade fiscal, o procedimento fiscal decorreu do resultado da operação "Laranja Mecânica", deflagrada em 17/11/2012, fruto da parceria entre o Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal, na qual foram cumpridos mandados de busca e apreensão nos estados do Paraná (Maringá e Curitiba), São Paulo (Guarulhos), Rio Grande do Sul (Caxias do Sul) e Mato Grosso do Sul (Campo Grande e Iguatemi), no qual apurou-se, por meio de vasta documentação e arquivos magnéticos apreendidos com autorização da justiça federal, a existência de uma rede intrincada de empresas atuando no ramo de comercialização de autopeças, denominada Rede Presidente, do qual a autuada faz parte, constituídas por interpostas pessoas, porém administradas de fato por integrantes da família Tolardo.

O histórico de atuação das empresas e pessoas físicas envolvidas, somado à falta documentação e demais elementos probatórios obtidos nos procedimentos acima mencionados, apontariam de forma contundente e inequívoca para a existência de um grande empreendimento comercial, voltado ao ramo de comércio no auto peças (atacado e varejo), denominado Rede Presidente, com lojas espalhadas em várias unidades da federação, e que, embora formalmente constituído por diversas empresas, a quase totalidade em nome de "laranjas", trata-se, em verdade, de um único empreendimento, que teria sido originariamente iniciado por Samuel Tolardo (CPF 006.914.709-44), já falecido, e transmitido aos seus herdeiros e atuais proprietários, quais sejam, sua esposa, Íris da Silva Tolardo (CPF 958.804.969-53), e

os filhos, Róbson Marcelo Tolardo (CPF 623.843.849-53), Rogério Márcio Tolardo (CPF 723.045.539-15), Samuel Tolardo Júnior (CPF 121.023.838-14) e Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore (CPF 828.784.559-91).

Com base em documentação e em arquivos magnéticos apreendidos teria sido possível apurar que a receita bruta efetiva da fiscalizada no ano-calendário de 2008 foi de R\$ 30.653.638,60, sendo calculados o montante de IRPJ e CSLL devidos, com base no lucro arbitrado, abatendo-se os tributos (IRPJ e CSLL) já declarados/confessados pelo contribuinte.

No que tange aos reflexos de PIS e COFINS, a fiscalização só os fez incidir sobre as vendas efetivadas pelo contribuinte sem emissão de nota fiscal, e portanto, não declaradas. Isso porque, em regra, para as vendas declaradas o contribuinte confessou o PIS e COFINS devidos.

Tendo em vista que a autuada teria se utilizado de elaborada sistemática de vendas sem emissão de notas fiscais, às quais não foram declaradas à RFB, omitindo, portanto, parcela relevante de suas vendas mediante intrincado sistema mantido a margem de sua escrita contábil e fiscal, bem como a apuração de que sociedade teria sido constituída por sócios sem capacidade econômica, mediante falsificação de diversos documentos e assinaturas, foi aplicada a multa qualificada no percentual de 150%, pela prática de sonegação fiscal e fraude, segundo a definição contida nos incisos I e II do art. 71 e art. 72 da Lei nº 4.502/64, com fundamento no § 1º, do inciso I do art. 44, da Lei nº 9.430/96.

Em decorrência da comprovação inequívoca de que os reais proprietários e administradores da fiscalizada seriam os integrantes da família Tolardo, foram nomeados sujeitos passivo solidários mediante lavratura dos competentes termos de sujeição passiva solidária, com base no art 124, inciso I, e art 135, inciso III, ambos da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), as seguintes pessoas físicas:

Íris da Silva Tolardo, CPF 958.804.969-53;

Róbson Marcelo Tolardo, CPF 623.843.849-53;

Rogério Márcio Tolardo, CPF 723.045.539-15;

Samuel Tolardo Júnior, CPF 121.023.838-14;

Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore, CPF 828.784.559-91.

Cientificada da autuação em 11/12/2013, conforme AR de fl. 14.620, a interessada apresentou em 09/01/2014 a impugnação de fls. 14.922 a 14.970, na qual alega, em síntese, a tempestividade, e:

1) a nulidade da autuação pela violação aos princípios informadores do processo, especialmente do devido processo legal e da ampla defesa, posto que a autuação teria sido feita com base em meras suposições e presunções, com total ausência de provas que consubstanciem as alegações da autoridade autuante, uma vez que o ônus de provar a ocorrência do fato gerador dos tributos lançados e a responsabilidade pela obrigação tributária é do Fisco;

2) que os atos societários praticados pela impugnante são perfeitamente válidos e produzem efeitos no ordenamento jurídico, o que afastaria em absoluto a consideração de que seus sócios seriam "laranjas", inexistindo qualquer indício de falsidade ou de simulação, resultando na nulidade da autuação;

3) também seria nulo todo o procedimento fiscal, ante a ausência de devolução dos documentos fiscais após o encerramento da fiscalização, por violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório;

4) a nulidade na utilização no procedimento fiscal das provas obtidas no trabalho realizado pela Polícia Federal, uma vez que sequer foram objetos de julgamento na esfera jurisdicional adequada, e requer diligência a delegacia de origem de modo a atestar a ausência de irregularidades fiscais em sua escrituração;

5) a decadência do crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2008 a 11/12/2008, uma vez que foi cientificada em 11/12/2013 do lançamento de tributos sujeitos ao lançamento por declaração, devendo, por isso, incidir a regra estabelecida pelo § 4º, do art. 150 do CTN;

6) insurge-se contra o arbitramento do lucro, uma vez que a suposta ausência de verificação de movimentação financeira e bancária não é capaz de tornar a contabilidade imprestável, sendo possível, de fato, com os elementos que dispunha a fiscalização apurar o lucro da autuada;

7) a inexistência de dolo, fraude ou simulação, uma vez que todos os atos societários e contábeis praticados foram legais e estavam amparados pela legislação correspondente, o que não pode ensejar a qualificação da multa aplicada, evocando a seu favor o princípio da interpretação mais benéfica, prevista no art. 112, do CTN;

8) insurge-se contra o caráter confiscatório da multa aplicada, ante os princípios constitucionais da capacidade econômica do contribuinte e a vedação ao confisco, previstos nos arts. 145, § 1º e 150, IV da CF/88;

9) pleiteia o afastamento dos juros incidentes sobre a multa de ofício proporcional, ante a ausência de previsão legal;

10) a ilegitimidade passiva da impugnante, com base na sujeição passiva solidária, bem como a nulidade dos termos de sujeição passiva solidária lavrados, por ausência de competência legal da fiscalização.

Por fim, requereu preliminarmente o cancelamento integral da exigência, em face das nulidades arguidas, o reconhecimento da decadência dos créditos tributários com fatos geradores ocorridos até a data da ciência do lançamento, que seja acatada as questões de mérito desconstituindo os créditos tributários exigidos, o afastamento da multa qualificada, ou a sua redução ao equivalente a 2% da obrigação, bem como o cancelamento dos termos de sujeição solidária, a realização de diligências e suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado.

Cientificados da autuação e dos termos de sujeição passiva em 07/12/2013, conforme AR de fls. 14.625, 14.622, 14.626, e 14.624, Rogério Márcio Tolardo, Íris da Silva Tolardo, Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore e Samuel Tolardo Júnior apresentaram em 06/01/2014 as impugnações de fls. 14.853 a 14.892, 14.800 a 14.839, 14.757 a 14.795 e 14.714 a 14.753, respectivamente, nas quais alegam, em apertada síntese, a tempestividade e:

1) a nulidade da autuação por ausência de mandado de procedimento fiscal;

2) a ausência de intimação pessoal, considerando nula a efetuada através dos correios;

3) cerceamento do direito de defesa, uma vez que não obtiveram o acesso ao inteiro teor dos autos apesar de requerido;

4) a ilegitimidade passiva dos impugnantes, ante a ausência de prova do vínculo entre estes e a empresa autuada, e tendo em vista a impossibilidade de utilização de prova emprestada produzida em inquérito policial onde não foi observado o contraditório e à ampla defesa;

5) a falta de motivação e fundamentação da autuação;

6) a incompetência legal da autoridade fiscal para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e atribuir a responsabilidade objetiva e solidária aos impugnantes;

7) a ilicitude das provas utilizadas, tendo em vista que a ordem de busca e apreensão teria sido emanada por autoridade judicial incompetente;

8) pugna pela necessidade de suspensão do processo administrativo fiscal para aguardar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que questionam a constitucionalidade da quebra do sigilo fiscal diretamente pela autoridade administrativa, com base na Lei Complementar nº 105;

9) a ausência de responsabilidade dos impugnantes, uma vez que não seriam sócios ou administradores da autuada, nem teriam interesse comum no fato gerador da obrigação tributária, pois a realização do comércio é exclusiva da pessoa jurídica;

10) a decadência ou a prescrição dos créditos tributários lançados;

11) pleiteiam a exclusão ou redução da multa, uma vez que a responsabilidade pelo não atendimento às intimações não pode ser atribuída a terceiros, e tendo em vista que o agravamento da multa seria incompatível com a aplicação do arbitramento do lucro, além do fato de que seria vedado a aplicação de multa com caráter confiscatório;

12) a inaplicabilidade da correção da multa com base na taxa Selic, por ausência de previsão legal;

Por fim, requereram a produção de prova pericial, oral e a juntada posterior de documentos, bem como que fosse julgada improcedente a exigência fiscal.

Cientificado da autuação e do termo de sujeição passiva em 30/12/2013, conforme Edital de fls. 14.631, Robson Marcelo Tolardo apresentou em 06/01/2014 a impugnação de fls. 14.661 a 14.700, na qual apresenta as mesmas alegações e pedidos dos demais impugnantes responsáveis solidários. (fls. 14.995 a 14.997)

A DRJ - RJO negou provimento às impugnações em acórdão cuja ementa foi assim redigida:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE. DOLO OU SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA

Começa a fluir o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser lançado, quanto aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES DE FATO. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, decorrente de atos praticados com infração de lei.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. CONTROLE EFETUADO À MARGEM DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam a omissão de receitas as vendas efetuadas sem emissão de nota fiscal, com registro das receitas auferidas efetuado pelo contribuinte e mantidos à margem de sua escrituração contábil e fiscal.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. SONEGAÇÃO. CABIMENTO.

E cabível a qualificação da multa no caso de sonegação, caracterizada pela utilização de interpostas pessoas, de modo a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade tributária das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. CABIMENTO.

É cabível a qualificação da multa no caso de fraude, caracterizada pela utilização de sistema de controle de vendas realizadas sem a emissão de notas fiscais, e mantidos a margem da escrituração contábil e fiscal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Diante da decisão que lhe foi desfavorável, **A.P.E. Auto Peças Eireli** interpôs recurso, alegando, como preliminar, os seguintes pontos:

a) falta de imparcialidade na condução do trabalho de fiscalização e na lavratura dos autos de infração;

b) presunção inadequada, baseada na utilização de elementos coligidos de processos administrativos ainda pendentes de decisão final, bem como de inquérito policial ainda não finalizado;

c) exacerbação da regra do art. 29 do Decreto nº 70.235/1972, que dispõe que a autoridade julgadora, na apreciação da prova, formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias;

d) ato arbitrário cometido pelo Fisco ao considerar como "laranjas" os sócios da recorrente, negando a validade e a segurança jurídicas dos atos praticados pelo órgão de registro de comércio;

e) falta de devolução dos documentos fiscais após o encerramento da fiscalização, violando o princípio do devido processo legal;

f) questionou o indeferimento da diligência pela DRJ.

No mérito, arguiu decadência, em face da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN. Disse que foi indevida a apuração da base de cálculo pelo lucro arbitrado. Ademais, questionou a multa qualificada, em razão da inexistência de dolo, fraude ou simulação por parte da recorrente. Ainda em relação à multa, alegou efeito de confisco.

Por fim, aduziu a impossibilidade de incidência, sobre a multa, de juros calculados pela taxa Selic.

Os corresponsáveis **Robson Marcelo Tolardo, Rogério Márcio Tolardo, Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore, Íris da Silva Tolardo e Samuel Tolardo Junior** também apresentaram recursos que, tanto nas preliminares, quanto no mérito, tanto nas questões centrais, quanto nas periféricas, têm o mesmo conteúdo. São estes os pontos suscitados pelos recorrentes:

Nulidade

Os recorrentes arguíram a nulidade do lançamento por vários motivos.

1) Nulidade por violação da garantia do contraditório e da ampla defesa, já que os recorrentes teriam sido incluídos no auto de infração por meio de "*termo de sujeição passiva tributária*", desprovido de fundamentação e desacompanhado de elementos de convicção. Receberam apenas um relatório, fazendo referência a documentos apreendidos em poder de terceiras pessoas; documentos aos quais se negou acesso aos recorrentes.

Foram solicitadas cópias dos documentos, as quais não foram fornecidas a tempo e no prazo da impugnação, gerando nulidade na constituição do crédito tributário.

Ademais, efetuou-se a desconsideração da personalidade jurídica e a imputação de responsabilidade solidária objetiva aos recorrentes, sem que eles tivessem participado do processo administrativo. Não foram apresentadas aos recorrentes as provas com base nas quais a autoridade lançadora lhes imputou responsabilidade tributária. Dizem eles:

Evidente o cerceamento de defesa, na medida em que teve que se defender sem ter acesso aos autos, embora tenha diligenciado neste sentido, quando o próprio termo de sujeição passiva solidária reconhece a ausência de seu envio, tanto que consta:

"O conteúdo integral do Processo Administrativo Fiscal acima identificado poderá ser consultado pelo sujeito passivo solidário nos Centros de Atendimento ao Contribuinte (CAC) nas unidades da Receita Federal do Brasil."

Embora tenha diligenciado neste sentido na Delegacia da Receita Federal de seu domicílio fiscal, não obteve êxito em consultar o conteúdo integral e nem em

obter cópia antes de exaurido o prazo de impugnação, causando nulidade insanável ante a inobservância do devido processo legal. (fl. 15.058)

Até o momento, os recorrentes não tiveram acesso ao conteúdo do processo administrativo, não conhecendo os motivos, as razões e os documentos que levaram à imputação de responsabilidade, situação que caracteriza cerceamento de defesa, gerando nulidade do lançamento.

2) O segundo motivo é a ausência de análise de todas as matérias invocadas na defesa, mediante impugnação administrativa, bem como a ausência de fundamentação do acórdão da DRJ. A decisão de primeira instância não teria analisado as questões invocadas na impugnação. Não teria sido examinada a validade das provas indiciárias contidas no inquérito policial, nem a ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Aduziram os recorrentes que, apesar de terem demonstrado que nenhum vínculo havia entre eles e os fatos, rebatendo as afirmações da autoridade fiscal, a DRJ não se ateve a tais alegações, adotando simplesmente, como razões de decidir, o relatório do auto de infração. As provas não seriam suficientes para sustentar as ilações do lançamento.

Com uma simples planilha, a Fiscalização entendeu que todas as lojas de autopeças do Brasil tinham vinculação com Samuel Tolardo, sem identificar uma ligação sequer com os recorrentes, salvo o parentesco.

O art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal exige o convencimento racional e motivado, e que haja fundamentação do julgamento.

3) O terceiro motivo está no fato de que o julgamento teria sido proferido por autoridade incompetente, pois prolatado por Auditor da Receita Federal, quando deveria ter sido por Delegado da Receita Federal.

4) O quarto motivo é a ausência de mandado de procedimento fiscal - MPF. Os recorrentes não foram cientificados da existência de processo de fiscalização contra si instaurado, nem da desconsideração da personalidade jurídica da empresa autuada, com a consequente responsabilização solidária dos recorrentes, sem a observância dos requisitos legais.

5) O quinto motivo está na ausência de intimação pessoal e na nulidade da intimação realizada por via postal.

6) O sexto motivo é a ilegitimidade passiva dos recorrentes.

O processo administrativo foi instaurado, utilizando-se de elementos coligidos nos processos administrativos 11020.723699/2012-18 e 15586.720329/2011-95, e no Inquérito Policial nº 256/2008 - DPF/MGA/PR, instaurado em 02/04/2008, por força de requisição do Ministério Público Federal e que tramita na Delegacia de Polícia Federal de Maringá/PR.

No entanto, seria nulo o direcionamento do processo administrativo contra os recorrentes, como se sujeitos passivos solidários fossem, dada a ausência de prova que demonstre a existência de qualquer vínculo entre eles e a pessoa jurídica autuada.

A conclusão de que os recorrentes são sujeitos passivos solidários, a quem o Fisco denomina de proprietários da empresa autuada, foi extraída de inquérito policial, que, em si, nada mais é do que um procedimento administrativo, de cunho meramente investigativo e inquisitivo, sem contraditório e ampla defesa. É peça meramente informativa, destituída de juízo de valor.

Por isso, não se admite a validade da prova emprestada, como pretende a Fiscalização.

7) O sétimo motivo é falta de motivação e fundamentação. A autoridade lançadora tipificou as exigências em dispositivos genéricos, o que foi mantido pela DRJ, não especificando em seu relatório quais artigos servem de embasamento à lavratura do auto de infração, especialmente quando impõe a responsabilidade objetiva aos recorrentes.

8) O oitavo motivo é a ilegitimidade do Auditor Fiscal que lavrou os autos de infração. Esse servidor, extrapolando os limites de sua competência funcional, previstas na Lei nº 10.593/2002, desconsiderou a personalidade jurídica da empresa, atribuindo responsabilidade objetiva e solidária aos recorrentes, sem indicar os motivos. Os recorrentes não seriam sócios da pessoa jurídica autuada, nem teriam exercido qualquer função relacionada ao fato gerador do tributo.

A responsabilidade apontada no lançamento baseou-se no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, mas não mostrou a presença do interesse comum, nem a relação dos recorrentes com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

Além disso, com base no art. 135, inciso III, do CTN, os recorrentes foram responsabilizados de forma objetiva, sem que a autoridade fiscal provasse que qualquer deles ostentava a condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, e que, nessa condição, tivesse praticado ato com excesso de poderes ou infração de lei.

Por outro lado, a referida responsabilização foge da esfera de competência do Auditor Fiscal, pois, além de não estar prevista expressamente na lei de regência de seu cargo, compete exclusivamente ao Procurador da Fazenda Nacional fazê-lo, na esfera judicial, desde que presentes os requisitos da lei.

9) O nono motivo da nulidade do lançamento está na ilicitude das provas.

Embora não se admitam provas obtidas por meios ilícitos, seriam ilícitas as provas utilizadas no presente processo administrativo, pois decorrentes de mandados de busca e apreensão expedidos por autoridade judicial incompetente para a matéria.

O inquérito policial teve origem no compartilhamento de dados entre COAF, Receita Federal e Ministério Público, sem qualquer autorização judicial. Além disso, no momento em que o juízo decretou a busca e apreensão, quando houve a instauração dos procedimentos, nenhum dos crimes investigados era crime antecedente do delito de lavagem de dinheiro. Portanto, a vara de lavagem de dinheiro não tinha competência para processar o feito.

Ademais, a utilização, pela autoridade fiscal de dados sigilosos, inclusive de terceiros, com a quebra de sigilo fiscal, de dados de informática e utilização de planilhas unilaterais, que sequer foram fornecidas à recorrente, caracteriza utilização de prova ilícita.

Questão prejudicial

Os recorrentes pedem, caso seja superada a alegação de nulidade, a suspensão do processo administrativo, pois, segundo afirmam, é preciso aguardar a decisão do E. Supremo Tribunal Federal - STF acerca da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela autoridade fiscal, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Prescrição e decadência

Afirmaram a ocorrência de prescrição e decadência.

Ausência de responsabilidade dos recorrente e inexistência de prova do benefício

No mérito alegaram a ausência de responsabilidade, o que, por si só, inviabilizaria a solidariedade tributária passiva indicada nos autos de infração.

Os recorrentes seriam pessoas estranhas ao quadro societário da pessoa jurídica autuada. A autoridade fiscal, todavia, invocou o art. 124, inciso I, do CTN, sem qualquer fundamentação, utilizando-se de presunções e ficções baseadas em provas ilícitas.

Dizem os recorrentes que não há provas de que eles tenham recebido qualquer vantagem da pessoa jurídica autuada. Não tiveram qualquer relação com a empresa ou seus sócios. Não existe procuração passada em favor de nenhum deles. Não há vinculação dos recorrentes com os fatos geradores, nem existe interesse comum.

Ressaltaram que, para haver interesse comum, as pessoas devem agir de um mesmo lado da relação jurídica. A responsabilidade solidária do art. 124, inciso I, do CTN, só pode subsistir quando todos os sujeitos passivos houverem praticado, conjuntamente, atos relacionados com o fato gerador, porque essa é a única hipótese em que todos têm interesse jurídico comum no fato gerador de que se origina a tributação.

Afirmaram que a vinculação dos recorrentes ao fato gerador não restou demonstrada. Não haveria sequer a possibilidade de aplicação do art. 135 do CTN, já que os recorrentes não são sócios da empresa fiscalizada. Além disso, atribuir responsabilidade solidária aos recorrentes implicaria desconsiderar ato jurídico sem observar o disposto no parágrafo único do art. 116 do CTN.

No mais, a desconsideração de personalidade jurídica requer autorização judicial.

Afirmam os recorrentes que a acusação é frágil, pois se baseia em documentos unilaterais, elaborados por terceiros, sem identificar os recorrentes. As planilhas mencionadas foram elaboradas por pessoa totalmente desconhecida, que não tinha poder, nem autorização para vincular os recorrentes.

Os Auditores Fiscais reconheceram que as planilhas se referem a anos anteriores ao período abrangido no lançamento, não podendo, pois, valer como prova. Além disso, por se tratar de mera presunção, não servem para impingir qualquer responsabilidade aos recorrentes, sobretudo quando os nomes destes sequer são mencionados em tais documentos.

O processo administrativo tributário deve garantir que o devido processo legal e o contraditório, princípios primários e basilares do Estado de Direito, sejam respeitados, quando da constituição do crédito tributário. Destarte, a eleição do sujeito passivo, seja por solidariedade ou por desconstituição da pessoa jurídica, deve ter como alicerce, primeiro, uma legislação em vigor que atribua a determinada pessoa a responsabilidade pelo tributo; e, segundo, provas cabais, produzidas em ação fiscal e detalhadamente apresentadas na notificação, possibilitando a ampla defesa do sujeito passivo, o que certamente não se verifica no caso em tela.

As alegações mencionadas no Relatório Fiscal são frágeis e subjetivas. O fato de os sócios de algumas das empresas indicadas no relatório terem sido funcionários da empresa pertencente ao falecido Samuel Tolardo não é suficiente para a responsabilização de setenta empresas e seus respectivos sócios e de toda a família Tolardo, indicados equivocadamente como "*sócios de fato*" das empresas.

A mera presunção levada a efeito pela autoridade fiscal não é suficiente para impor responsabilidade tributária, ainda mais em se tratando de "*prova*" consubstanciada em documentos produzidos por terceiros, sem qualquer relação direta com os recorrentes. Acresce a isso o fato de serem os documentos de períodos anteriores aos anos a que se referem os autos de infração.

Por outro lado, não pode o legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas físicas e jurídicas, o que, além de impor descon sideração "*ex lege*" e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implicaria falta de razoabilidade, inibindo a iniciativa privada, por afronta aos arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Da análise dos documentos mencionados no Relatório Fiscal, verifica-se que as empresas ali mencionadas, supostamente pertencentes ao mesmo grupo econômico "*Rede Presidente*", são empresas absolutamente autônomas, localizadas em bairros, cidades e Estados distintos, sem qualquer identidade em seu quadro societário e, quiçá, no objeto social, cada uma com seu próprio quadro de funcionários, e em dia com as respectivas obrigações tributárias, razão pela qual não se pode sustentar a tese apresentada pela autoridade lançadora.

Não se trata sequer de grupo econômico, visto que possuem administração própria e descentralizada como se apurou, e não realizavam conjuntamente situações configuradoras de fato jurídico tributário. Não existia, portanto, interesse comum.

Crucial destacar que a responsabilidade solidária prevista no art. 124, inciso I, do CTN, só pode subsistir quando todos os sujeitos passivos houverem realizado conjuntamente o fato gerador, porque esta é a única hipótese em que todas as pessoas possuem interesse jurídico comum no fato de que se origina a tributação.

Enfim, para que se configure a solidariedade fundada no interesse comum é essencial que se realize, pessoalmente e em conjunto com outras pessoas, a materialidade do próprio fato gerado, pois somente assim se caracterizará o interesse jurídico que faz surgir a solidariedade. O interesse comum não se confunde com o fato de existir eventual benefício em contratos celebrados em parceria, em aquisição e alienação de bens, e outros negócios jurídicos por elas ou entre elas realizados.

Contudo, fundamental perquirir qual o tipo de interesse existente acerca dos negócios praticados por empresas pertencentes a um mesmo grupo. Pois se ele for movido apenas por razões econômicas, financeiras e negociais, não será capaz de gerar a responsabilidade tributária, visto que esta apenas se configura se existente o interesse jurídico, e não o interesse econômico.

Multa

Os recorrentes pedem a exclusão da multa. Lembram que o CARF editou a Súmula 14 cujo enunciado diz que *"a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo."*

Invocaram também a Súmula 25, com o seguinte teor *"a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64."*

Disseram não caber o agravamento de multa contra os que não respondem pela empresa, e sequer tinham conhecimento do mandado de procedimento fiscal. Extrapola, pois, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impor penalidade por atos praticados por outrem.

O agravamento da multa de ofício em face do não atendimento à intimação para apresentar a escrita fiscal e contábil ou para esclarecer fatos não se aplica aos casos em que a omissão do contribuinte já tem consequências específicas previstas na legislação, no caso, o arbitramento dos lucros.

Para haver a cobrança da multa é preciso haver intuito de fraude, o que não ficou provado. Ademais, a multa tem caráter confiscatório. Devem prevalecer os princípios da razoabilidade e da capacidade contribuinte.

Redução

Na hipótese de ser mantida a multa, pede sua redução.

Qualificação da multa

A desqualificação da multa se deve ao fato de os recorrentes não terem praticado fraude, nem omissão dolosa durante o processo fiscalizatório. Estariam ausentes, pois, os requisitos necessários à qualificação da multa.

Inaplicabilidade da taxa Selic e da incidência de juros sobre multa

Os recorrentes alegaram também a inaplicabilidade da taxa Selic como critério para cálculo do juros de mora, bem como o não cabimento da incidência de juros de mora sobre a multa.

Produção de provas

Por último, afirmaram não terem tido acesso aos documentos constantes dos autos, o que lhes impediu de formular quesitos em eventual pedido de perícia. Reiteram o

pedido de produção de provas, resguardando-se o direito de formular quesitos tão logo tenham acesso à toda documentação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior, Relator

Admissibilidade

Os recursos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Nulidades

1) Nos recursos dos coobrigados responsáveis tributários, **Robson Marcelo Tolardo, Rogério Márcio Tolardo, Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore, Íris da Silva Tolardo e Samuel Tolardo Junior**, foram arguidas várias nulidades. A primeira delas se refere a uma possível violação do contraditório e da ampla defesa, pois a inclusão dos recorrentes no polo passivo careceria de fundamentação. Além disso, não teriam sido entregues aos interessados ou postos à disposição os documentos apreendidos com terceiros, e com base nos quais se procedeu à imputação de responsabilidade. Questionam também a desconconsideração da personalidade jurídica e a inclusão dos recorrentes no polo passivo da relação tributária, sem que tivessem participado do processo administrativo.

Em primeiro lugar, não é correta a afirmação de que a inclusão dos recorrentes no polo passivo carece de fundamentação. Ao contrário, existe exaustiva fundamentação no Relatório de Atividade Fiscal (fls. 13.993 a 14.370). Quanto à copiosa documentação constante dos autos, o *Termo de Ciência* (fl. 14.609) deixa claro que tais documentos sempre estiveram à disposição dos recorrentes.

Consta do termo:

No exercício das funções de Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, encaminhamos ao contribuinte acima identificado, em arquivos digitais gravados no Compact Disk (CD) anexo ao presente Termo de Ciência, os documentos extraídos do Processo Administrativo Fiscal nº 10480.734088/2013-98 abaixo relacionados:

- 1) Auto de Infração de IRPJ/CSLL, ano 2008, folhas 14.573 a 14.601
- 2) Demonstrativo Consolidado do Crédito, folhas 14.572
- 3) Relatório de Atividade Fiscal, folhas 13.993 a 14.370
- 4) Anexo ao Relatório de Atividade Fiscal, folhas 14.371 a 14.571

5) Orientações para pagamento ou impugnação, folhas 14.602

(...)

Os códigos de autenticação foram gerados pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais (SVA), disponível no site da Receita Federal do Brasil.

As demais folhas do referido processo poderão ser obtidas nos Centros de Atendimento ao Contribuinte (CAC) da Receita Federal do Brasil.

Para constar e surtir os efeitos legais lavramos o presente termo em duas vias de igual teor e forma, assinado pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, sendo a via do contribuinte encaminhada para ciência via postal, por Aviso de Recebimento (AR).

Se, ao contrário do que consta do termo, os documentos não lhes foram entregues, nem postos à disposição, cabia aos recorrentes, de plano, acusar formalmente o fato, requerendo vista dessa documentação. Entretanto, não há prova nos autos de que tal medida tenha sido adotada, o que leva a presumir que o acesso aos documentos que instruem o processo sempre esteve disponível aos autuados.

Quanto à alegada desconconsideração de personalidade jurídica, importa dizer que a norma de direito material aplicada ao caso concreto não foi o art. 50 do Código Civil, nem o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que cogitam expressamente da desconconsideração de personalidade jurídica. Aplicou-se aqui o art. 135 do CTN, que existe desde 25 de outubro de 1966, sem fazer referência à desconconsideração de personalidade jurídica. O art. 135 vem sendo utilizado pelo Fisco na constituição de crédito tributário, sem necessidade de procedimento específico de desconconsideração de personalidade jurídica ou de petição à Justiça para esse fim.

Igualmente desnecessária é a autorização judicial para a que Fiscalização possa considerar não oponíveis à Fazenda os atos e negócios jurídicos praticados com dolo, fraude ou simulação, na forma do art. 149, inciso VII, e do art. 150, § 4º, todos do CTN.

2) O segundo motivo de nulidade, de acordo com os recorrentes, não diz respeito ao lançamento em si, mas à decisão de primeira instância, que teria deixado de apreciar as matérias invocadas nas impugnações, carecendo também de fundamentação em diversos pontos.

É vaga a afirmação. O recorrente deve especificar os pontos sobre os quais a decisão recorrida deveria discorrer, e se omitiu. A impugnação, assim como o recurso devem ser especificados. O que não for especificado deve ser tido como matéria não impugnada ou não recorrida.

De forma específica, existe apenas a alegação quanto aos seguintes pontos: validade das provas indiciárias contidas no inquérito policial; razões de decidir baseadas no relatório do auto de infração; e insuficiência da prova para sustentar as ilações do lançamento.

A primeira questão foi examinada na decisão recorrida, como se vê do trecho abaixo reproduzido:

Quanto à **alegada ilicitude das provas utilizadas por empréstimo**, obtidas em decorrência de ordem judicial expedida por autoridade supostamente incompetente, **não há como dar guarida às pretensões dos impugnantes. A ordem emanada por autoridade judicial reputa-se como válida até que outra lhe sobrevenha**, alterando-a ou cancelando-a. **Não cabe ao julgador administrativo avaliar a validade das decisões proferidas em sede judicial**, por lhe faltar competência legal, e em respeito ao princípio constitucional de separação dos poderes. (fls. 15.008) (g.n.)

A questão, como se percebe, foi enfrentada. Portanto não existe a suposta omissão no acórdão da DRJ. Já os outros dois pontos não se referem propriamente a omissão, mas, sim, ao exame e à valoração da prova. O erro na apreciação da prova pode dar causa à reforma da decisão, mas não à sua nulidade, o que implicaria devolver os autos à DRJ para proferir um novo acórdão.

3) O terceiro motivo de nulidade seria a incompetência do agente público que proferiu o julgamento, que não poderia ser um Auditor da Receita, mas, sim, o Delegado da Receita Federal.

A decisão não foi proferida por um Auditor da Receita Federal, mas por um colegiado, na forma do art. 25, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, com redação dada pela MP nº 2.158-35/2001.

4) A quarta causa de nulidade estaria na ausência de mandado de procedimento fiscal - MPF. Os recorrentes não teriam sido cientificados da existência de procedimento de fiscalização contra si instaurado.

O MPF, no tempo em que era exigido, não passava de instrumento de controle administrativo. Assim, eventuais irregularidades em sua emissão, prorrogação de vigência, ou ampliação de objeto não eram aptos a projetar qualquer efeito sobre o lançamento ou sobre o processo.

A consequência que poderia advir de um daqueles vícios cingia-se ao plano funcional, podendo dar ensejo, nos casos de extrema gravidade, a uma medida de ordem disciplinar, mas sem acarretar a invalidade do lançamento, se este (que é ato vinculado) fosse realizado por servidor competente, e se da irregularidade do MPF não tivesse resultado prejuízo real para o contribuinte.

No caso concreto, entretanto, nem sequer de irregularidade se trata, já que a Portaria RFB nº 2.284/2010, no § 2º do art. 2º, deixava claro que, no caso de pluralidade de sujeitos passivos, não se exigia um MPF para cada codevedor.

Art. 2º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis. (g.n.)

5) O quinto motivo é a ausência de intimação pessoal e a nulidade da intimação realizada por via postal.

Não procede a alegação. O Decreto nº 70.235/1972 não estabelece preferência entre estas duas formas de intimação: a pessoal e a por via postal. Nesse sentido dispõe o art. 23 daquele diploma normativo:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

(...)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (g.n.)

Entre as três formas de intimação, pessoal, por via postal ou por meio eletrônico, qualquer uma delas pode ser validamente utilizada, pois entre elas não há ordem de preferência.

6) O sexto motivo é a ilegitimidade passiva dos recorrentes. Sustentam que o processo administrativo foi instaurado com base em elementos extraídos dos processos administrativos 11020.723699/2012-18 e 15586.720329/2011-95, e do Inquérito Policial nº 56/2008 - DPF/MGA/PR, instaurado em 02/04/2008. Seria nulo o direcionamento da autuação contra os recorrentes, como se sujeitos passivos solidários fossem, dada a ausência de prova que demonstrasse a existência de qualquer vínculo entre os recorrentes e a pessoa jurídica autuada.

Disseram que a conclusão de que os recorrentes são sujeitos passivos solidários, a quem o Fisco denomina de proprietários da empresa autuada, foi extraída de inquérito policial, que, em si, nada mais é do que um procedimento administrativo, de cunho meramente investigativo e inquisitivo, sem contraditório e ampla defesa. É peça meramente informativa, destituída de juízo de valor. Por isso, não se admite a validade da prova emprestada, como pretende a Fiscalização.

Essa matéria será tratada quando se examinar a validade das provas emprestadas e indiciárias. Também será examinada de forma específica a legitimidade passiva de cada um dos autuados.

7) A sétima causa de nulidade é a falta de motivação e fundamentação, pois a autoridade lançadora tipificou as exigências em dispositivos genéricos. O lançamento foi mantido pela DRJ, que não especificou em seu relatório quais artigos servem de embasamento à lavratura do auto de infração, especialmente quando impõe a responsabilidade objetiva aos recorrentes.

Para a validade do lançamento é necessária a descrição correta e precisa dos fatos, pois é dos fatos que o contribuinte se defende. O erro de capitulação legal, se efetivamente existir, só invalidará o lançamento se dele resultar prejuízo ao direito de defesa, o que deve ser demonstrado pelo recorrente.

No caso em tela, não há comprovação do efetivo prejuízo. Por outro lado, não procede o argumento de que a decisão de primeira instância carece de fundamentação específica sobre a matéria. Os fundamentos, embora contrários aos recorrentes, estão postos no voto que conduziu a decisão vencedora.

8) O oitavo motivo de nulidade é a suposta incompetência do Auditor Fiscal, que teria extrapolado suas atribuições e desconsiderado a personalidade jurídica da empresa, para assim imputar responsabilidade solidária aos recorrentes, sem indicar os motivos para tanto. O lançamento, não obstante fundado no art. 124, inciso I, do CTN, não teria demonstrado a relação dos recorrentes com o fato gerador, nem a presença do interesse comum. A autoridade fiscal, por outro lado, teria deixado de provar que qualquer um dos recorrentes, na condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei. Disseram ainda que a imputação desse tipo de responsabilidade compete exclusivamente ao Procurador da Fazenda Nacional.

Sem razão os recorrentes. Como se disse, não houve desconsideração de personalidade jurídica na forma do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor ou de qualquer outra lei. A ação fiscal teve por base o disposto no art. 135 do CTN, cuja aplicação se dá, na via administrativa, mediante lançamento, que é ato administrativo inserido no rol de atribuições do Auditor Fiscal da Receita Federal, nos termos do art 6º, inciso I, alínea "a", da Lei nº 10.593/2002.

Frise-se que, ao realizar o lançamento, a autoridade, na forma do art. 142 do CTN, tem o dever de identificar o sujeito passivo, seja ele pessoa física ou jurídica, seja contribuinte ou responsável.

Quanto à prova do interesse comum ou da prática de atos com excessos de poderes ou com infração de lei, trata-se de matéria de mérito, a ser examinada mais adiante.

Outro ponto suscitado diz respeito à suposta impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária no lançamento, pois tal providência caberia somente à PFN, na fase de execução.

O lançamento tem de incluir no polo passivo todas as pessoas obrigadas, na condição de responsável, ao pagamento do crédito tributário, salvo se a situação da qual decorra o vínculo de responsabilidade for posterior ao lançamento, como se dá, por exemplo, na extinção irregular da empresa (STJ, Súmula 435), depois de lançado o tributo. Ao contrário, se o fato que impõe a sujeição passiva for anterior ao lançamento, nele já deve ser incluído o responsável.

Esse entendimento, mais do que o interesse da Fazenda, tutela o interesse do responsável tributário, assegurando-lhe a possibilidade de defesa ainda na esfera administrativa.

Assim vem decidindo do E. STJ, como revela o voto proferido, no REsp nº 1.435.515 - SP, pelo Ministro Og Fernandes, do qual se extrai o trecho abaixo:

Como é sabido, a ausência da precisa indicação do devedor na constituição do crédito tributário vulnera o título executivo, retirando-lhe a certeza, liquidez e exigibilidade que lhe são inerentes, nos termos dos arts. 202 e 203 do CTN.

Na senda de tal premissa, não se concebe a substituição do sujeito passivo no título executivo constituído, pois **tal alteração corresponderia a um novo lançamento tributário, sem que fosse conferida ao novo devedor a oportunidade de exercer sua impugnação na via administrativa**, ou mesmo do pagamento do débito antes do ajuizamento da ação de cobrança. (g.n.)

O CARF também adota entendimento semelhante, o que fica evidente pelo enunciado da Súmula nº 71:

Súmula CARF nº 71: Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.

A legitimidade para impugnar o lançamento pelos responsáveis tributários tem como pressuposto o fato de que tais pessoas tenham sido originalmente incluídas no polo passivo.

Portanto, é a inclusão do responsável no polo passivo do lançamento que lhe assegura, ainda em sede de processo administrativo, o direito de discutir a validade do ato nos seus aspectos formais e materiais, bem como de discutir a própria existência do liame de responsabilidade.

9) A última causa de nulidade suscitada pelos recorrentes estaria na ilicitude das provas utilizadas na apuração das infrações. Segundo eles, seriam ilícitas as provas, pois colhidas em mandados de busca e apreensão expedidos por autoridade judicial incompetente. Dizem que o Juízo de onde emanou a ordem era competente para processar e julgar os crimes de *lavagem de dinheiro*; porém, decretou busca e apreensão em procedimento investigatório de crimes que não eram antecedentes do delito de *lavagem de dinheiro*. Além disso, não existiria autorização judicial para o compartilhamento de dados entre COAF, Receita Federal e Ministério Público.

Os documentos, que neste processo servem de prova das infrações e do envolvimento dos autuados, não vieram aos autos por acaso, mas por determinação da Justiça Federal, como se pode concluir dos termos do Ofício nº 032/2012-UIP/DPF/MGA/PR (fl. 9.223), cujo teor abaixo se reproduz:

Como é de conhecimento de V.Sa no último dia 17/10/2012, foi deflagrada a fase ostensiva da investigação denominada internamente como "Operação Laranja Mecânica", com o cumprimento de dezenas de mandados de busca/apreensão e condução coercitiva expedidos pelo Juízo Federal da 3ª Vara Criminal de Curitiba/PR, inclusive com a participação de servidores dessa Instituição.

Por ocasião do cumprimento das medidas judiciais pertinentes, foi arrecadada/apreendida farta documentação, bem como mídias, veículos, etc., sendo que parte do material já se encontra acautelado nesta Delegacia de Polícia Federal em Maringá/PR, enquanto que acervo arrecadado fora desta cidade será encaminhado a esta descentralizada nos próximos dias.

Considerando os termos de decisões judiciais prolatadas no âmbito do Inquérito Policial nº 256/2008-DPF/MGA/PR, onde estão sendo conduzidas as investigações da denominada "Operação Laranja Mecânica", autorizando o compartilhamento dos dados ali obtidos, dentre outros, com Delegacia da Receita Federal do Brasil, serve o presente para colocar à disposição dessa Instituição o material arrecadado durante as buscas, os quais poderão ser analisados por servidores designados, numa sala já reservada para esta finalidade nas dependências desta Delegacia de Polícia Federal em Maringá/PR, sempre com a ressalva da manutenção do sigilo das informações compartilhadas. (g.n.)

No âmbito administrativo não se pode discutir a validade de ato judicial. Se os recorrentes entendiam que a determinação da Justiça Federal estava viciada, a eles cabia requerer medida judicial visando o reconhecimento do vício ou o afastamento da ilicitude. A esfera administrativa não é o local adequado para discutir a matéria.

Suspensão do processo

Os recorrentes pediram a suspensão do processo até que fossem julgadas pelo E. STF as ações que questionavam a constitucionalidade do acesso direto pelo Fisco aos dados bancários de contribuintes.

A pretensão deve ser indeferida. O lançamento não se baseou em dados obtidos pelo exame de extratos bancários. Porém, ainda que isso tivesse ocorrido, a suspensão do processo administrativo não seria cabível.

É que a discussão que envolve a possibilidade de requisição direta de informações bancárias pela autoridade administrativa já está superada por decisão do E. STF, que, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2859, 2390, 2386 e 2397, em 24/02/2016, decidiu pela constitucionalidade das normas que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelas instituições financeiras, sem autorização judicial. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>)

Prescrição e decadência

São genéricas as alegações de prescrição e decadência.

Os recorrentes não explicitaram as razões pelas quais, no caso concreto, teria ocorrido decadência, referindo-se apenas ao fato de que o lançamento deveria ter sido feito por homologação. Entretanto, o lançamento por homologação requer que o sujeito passivo apure o débito e proceda ao recolhimento sem prévio exame da autoridade administrativa. Quando essa atividade não é realizada corretamente, abre-se espaço para o lançamento de ofício, cuja decadência é regulada pelo § 4º do art. 150 ou pelo inciso I do art. 173, todos do CTN.

Ademais, por força do mesmo § 4º do art. 150, havendo dolo, fraude ou simulação, o termo inicial do prazo de decadência é o assinalado no art. 173, inciso I, do CTN, mesmo que o tributo seja passível de lançamento por homologação. No caso em tela, o dolo dos autuados é manifesto.

Portanto, se o fato gerador mais remoto é de 2008 e o lançamento se aperfeiçoou com a intimação em dezembro 2013, é forçoso concluir que não houve decadência.

Os recorrentes, no caso em tela, não demonstraram o motivo pelo qual sustentam ter a Fazenda decaído do direito de constituir o crédito tributário mediante auto de infração (lançamento de ofício).

Quanto à prescrição, o termo inicial do prazo, conforme dispõe o *caput* do art. 174 do CTN, é a data da constituição definitiva do crédito, que só ocorre com a decisão final no processo administrativo. Enquanto houver recurso pendente de decisão não tem início a fluência do prazo prescricional.

Provas

Os recorrentes buscam desqualificar as provas, contestando a validade da utilização de prova emprestada, de informações extraídas de inquérito policial e de indícios. Quanto à prova emprestada, não há dúvida de que sua utilização é válida. É o que ensina Moacyr Amaral Santos:

208. Pergunta-se: é admissível a prova emprestada?

Indiscutivelmente, sim. Sempre é uma peça de instrução, que, quando maior efeito não tenha, trará consigo valor argumental, servirá de subsídio na formação do convencimento.

(...)

Na verdade, a prova emprestada, como todas as espécies de provas, é sujeita à avaliação e vale pelo poder de convencimento que carrega. Tanto poderá, por si só, convencer, como poderá cooperar no convencimento, quando mais não seja, pelo seu simples valor argumental, como ainda poderá ser considerada inteiramente ineficiente, tudo dependendo das condições objetivas e subjetivas que apresenta, das partes nela interessadas, do caráter do fato probando, da natureza do processo, enfim das circunstâncias que influem na avaliação e estimação das provas.

(...)

Contudo, não padece dúvida, em razão do próprio caráter de sua produção, que as provas de natureza oral (depoimentos de parte ou de testemunhas, esclarecimentos prestados pelo perito em audiência) não podem ser transplantadas, com a mesma tonalidade e vigor, de um processo para outro, diversamente da prova de natureza escrita, muda, que se traslada como se trasladam documentos. Não é por

isso que aquelas não possam ser transportadas, nem que, isso acontecendo, não se lhes atribua no novo processo valor bastante que não baste para formar convencimento. O mais acertado é conceder-se à prova de natureza oral transportada o valor da prova feita mediante precatória.

(...)

Em suma, pode-se, em princípio, adotar como regras gerais, quanto à eficácia da prova emprestada, segundo o sistema do Código, as seguintes:

a) a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trazer consigo;

b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada, de natureza oral, estão na razão inversa da possibilidade de sua repetição no processo;

c) a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante precatória. (Moacyr Amaral Santos. Prova Judiciária Cível e Comercial. São Paulo: Max Limonad. Volume I. 4ª ed. 1970, pp 307 a 311)

É válido o emprego da prova emprestada. A controvérsia sobre sua eficácia cinge-se à prova oral, em face dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração e da oralidade. Ressalvadas, portanto, as provas orais (como depoimentos das partes ou de testemunhas e esclarecimentos de peritos prestados em audiência), as demais, desde que envolvam as mesmas partes, podem ser trasladadas de um processo para outro, tendo no segundo processo a mesma força probante que ostentavam no primeiro. No caso de prova oral, entretanto, a eficácia deve ser analisada levando em conta as circunstâncias em que, no caso concreto, foram produzidas as provas. Portanto, a prova empresta é válida e eficaz, devendo, como qualquer outra prova, ser valorada pelo julgador.

Frise-se, entretanto, que não caracteriza prova emprestada o simples traslado de documentos de um processo para outro.

No caso concreto, o que se deu foi o compartilhamento, por ordem judicial, de informações e documentos colhidos em inquérito policial, procedimento válido se assegurado ao contribuinte o direito de se manifestar sobre os documentos.

No que tange aos indícios, também prevalece o entendimento de que é possível seu emprego como meio de prova, sobretudo, para demonstrar a existência de fatos ilícitos.

Admite-se a prova de fatos ilícitos por indícios porque, diferentemente dos atos e negócios jurídicos, os ilícitos, principalmente os de natureza tributária, são concebidos às escondidas, e executados sob a roupagem de aparente licitude. Os ajustes ilícitos destinados a fraudar a arrecadação tributária, no mais das vezes, são urdidos sem a presença de testemunhas. Não se lavra escritura ou outro instrumento formal para provar a existência ou o conteúdo de conluíus ou pactos com intuito fraudatório.

Nem sempre é possível, por essa razão, obter do ato fraudulento uma prova direta. A comprovação, muitas vezes, se faz pela reunião consistente de indícios, que apontem no mesmo sentido.

No caso dos autos, o ilícito imputado aos recorrentes é a omissão de receitas, perpetrada mediante constituição de entidades empresariais em diversas unidades da Federação, tendo por sócios pessoas interpostas, desprovidas de capacidade econômica para a integralização do capital social subscrito. O ajuste fraudulento envolveria, entre outras práticas, falsidade documental, falso reconhecimento de firma, suborno de agentes públicos etc

O Ministro do STF Luiz Fux, no voto proferido na Ação Penal 470, sustenta a viabilidade da utilização de indícios como prova de ilícito penal. Eis os fundamentos então adotados:

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que "*indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente*" (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes Julgados:

"O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "*a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*". Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162)." (HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminoso, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios. (HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009)

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

(...)

Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminoso. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades

absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório. (grifo do original)

(...)

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer "dúvida razoável" que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador.

Isso é especialmente importante em contextos associativos, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime. Fato notório, e *notoria non egent probatione*, todo contexto de associação pressupõe **ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas.** (g.n.)

Neste sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do "paralelismo consciente" para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um "contrato de cartel", basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v.g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada.

No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação. Na investigação de *insider trading* (uso de informação privilegiada e secreta antes da divulgação ao mercado de fato relevante): a baixa liquidez das ações; a frequência com que são negociadas; ser o acusado um neófito em operações de bolsa; as ligações de parentesco e amizade existentes entre os acusados e aqueles que tinham contato com a informação privilegiada; todas estas e outras são indícios que, em conjunto, permitem conclusão segura a respeito da ilicitude da operação.

Em resumo, se as provas indiciárias são admitidas no processo penal, com muito mais razão devem ser aceitas na apuração de ilícito administrativo tributário.

Omissão de receita

Quanto à omissão de receitas e a sujeição passiva dos autuados, cumpre frisar que a presente autuação é uma dentre várias que foram lavradas no bojo da chamada operação "Laranja Mecânica". Foram vários autos de infração tendo por base os mesmos fatos e mesmos elementos de convicção, variando apenas a unidade econômica (o estabelecimento empresarial), os valores envolvidos e os períodos. Considerando essa circunstância, cabe transcrever os fundamentos já expostos no processo nº 10945.720395/2014-68 (Pré Comércio Distribuição de Auto Peças Ltda.), envolvendo as mesmas pessoas físicas que aqui figuram no polo passivo. Eis os fundamentos então adotados, no que concerne à omissão de receitas e à sujeição passiva:

Omissão de receitas foi a infração que deu causa ao lançamento. O ilícito foi praticado pelos autuados, utilizando-se para tanto de diversas pessoas jurídicas que, embora constituídas de forma autônoma, integravam um mesmo grupo econômico, denominado Rede Presidente, controlado pelos autuados. Os sócios dessas empresas eram pessoas interpostas, desprovidas de capacidade contributiva (fls. 30.636 a 30.681). Algumas delas já haviam trabalhado para os autuados ou para uma de suas empresas.

A constituição dessas empresas, em alguns casos, se fazia mediante o uso de documentos falsos dos sócios, com a colaboração de funcionários de um cartório de notas da cidade de Maringá, como demonstra o trecho abaixo transcrito, extraído de decisão judicial que determinou uma busca e apreensão:

37.31. Na decisão que fundamenta o MBA (fl 781):

E importante ressaltar a possível participação na empreitada criminosa de Humberto Perón Neto, representante do Cartório Costa, onde foram autenticados diversos dos contratos sociais relativos ao Grupo Tolardo sem que correspondessem à realidade.

Humberto foi flagrado em interceptações telefônicas, transcritas na representação de prisão preventiva, em que conversava com Liderci acerca do reconhecimento de firma de várias pessoas, muito provavelmente com o intuito de constituir novas empresas ou adquirir bens utilizando-se de pessoas interpostas. (fl. 30.599)

A autoridade fiscal chegou aos valores de receita omitida, ao longo do período, a partir de dados extraídos de arquivos de computador, apreendido pela autoridade policial, em cumprimento de mandado de busca e apreensão.

A DRJ manteve a autuação, servindo-se dos seguintes fundamentos:

"A autoridade autuante efetuou o lançamento com base em arquivos digitais apreendidos com autorização da justiça federal de Curitiba, nos quais eram feitos pelos administradores de fato da autuada ou por seus empregados o controle das receitas de vendas da fiscalizada e de todas as suas filiais, e mantidos à margem da escrituração contábil e fiscal da autuada.

(...)

Há nos autos, farto conjunto probatório demonstrando e quantificando a receita de vendas obtidas não só pela autuada, como de todas as empresas da denominada "Rede Presidente", uma vez que era efetuado pela autuada o controle das receitas com vendas sem emissão de notas fiscais, ao passo que as vendas com emissão de notas fiscais eram devidamente escrituradas e suas receitas declaradas ao Fisco.

Em diversos documentos apreendidos, havia as expressões "TAB1" e "TAB2". Apurou-se que "TAB1" referia-se a vendas com nota fiscal, e "TAB2" referia-se a vendas sem documento fiscal. Tal constatação é confirmada pela informação constante da agenda encontrada na loja de Curitiba-PR, constante das fls 1.200 a 1.242, e reproduzida à fl. 30.869 a 30.871 do relatório fiscal, com agravante de que as vendas sem nota eram estimuladas pela autuada com comissão majorada em 50% em relação às das vendas com nota.

Mesmas conclusões se tiram dos documentos reproduzidos no relatório fiscal à fl. 30.871, extraído de duas agendas encontradas na loja de Curitiba/PR.

Da análise efetuada dos arquivos com extensão SPL, bem como dos relatórios extraídos dos programas AUTOW, obtidos no disco rígido do computador de funcionário Daniel de Oliveira Júnior apreendido, constante das fls. 10.305 a 10.311, 13.757 a 13.761, e 27.499 a 29.875, em que consta o controle mensal das vendas de todas empresas da Rede Presidente, inclusive a autuada, com individualização das receitas auferidas por estabelecimento e segregação das vendas com emissão de notas fiscais e das vendas sem emissão de documentos fiscais, foi possível apurar as receitas mensais da autuada, possibilitando o lançamento, levando-se em conta que a autuada era considerada a filial 44 da Rede Presidente, e que os valores controlados representam 10% do valor real das operações de vendas, conforme metodologia de cálculo explicitada no relatório de atividade fiscal, às fls. 30.904 a 31.010.

A prova obtida foi sem dúvida elaborada pela própria autuada, por meio dos seus administradores de fato ou por seus empregados, e mantida nos computadores e pendrives apreendidos das empresas da Rede Presidente, de seus empregados ou de seus administradores de fato do grupo empresarial.

Assim, tenho como comprovada a omissão de receitas de vendas da autuada, razão pela qual mantenho, neste aspecto, o lançamento." (fls. 31.699 a 31.700)

Firmado nessas razões, se deve considerar caracterizada a omissão de receitas.

Ressalte-se que, no lançamento, foram considerados os débitos declarados pela pessoa jurídica autuada.

Sujeição passiva

Os recorrentes negam responsabilidade pelo crédito tributário. Dizem não existir fundamento para a aplicação do disposto no art. 124, inciso I, do CTN, diante da ausência de vínculo entre suas condutas e o fato gerador da obrigação tributária, o que implicaria também a ausência de interesse comum. Ademais, afirmam não serem sócios da empresa autuada, nem terem dela recebido qualquer recurso ou vantagem. A acusação do Fisco, dizem, baseia-se em documentos de terceiros, produzidos de forma unilateral, e em meras presunções.

A imputação de responsabilidade está baseada nas diversas provas e indícios reunidos nos autos. São papéis, arquivos de computador, depoimentos e diálogos interceptados entre diversas pessoas envolvidas no esquema, inclusive os autuados.

O Relatório de Atividade Fiscal (fls. 30.575 a 31.225), que contém 447 páginas, acrescidas ainda de um anexo com 202 páginas, traz capítulo específico, tratando da participação de cada um dos corresponsáveis. Desse relatório se pode retirar alguns trechos, a fim de pôr em evidência a responsabilidade dos recorrentes.

***Iris da Silva Tolardo** (fls. 30.788 a 30.797) é tida, juntamente com Robson Marcelo Tolardo, como a proprietária da Rede Presidente. Tem conhecimento pleno das atividades do grupo e de seu caráter ilícito, além de auferir ganhos patrimoniais oriundos dessa atividade.*

A seu respeito consta do Relatório Fiscal:

O programa CAIXA, utilizado pela REDE PRESIDENTE, e onde eram registradas todas movimentações financeiras do esquema, traz, na Subconta “Iris” (fls 26.976 a 26.984) diversos pagamentos feitos à IRIS DA SILVA TOLARDO. Vê-se que a REDE PRESIDENTE pagava todo o tipo de despesas pessoais de ÍRIS (TV a cabo, plano de saúde, água, telefone, consertos, etc...), além de vultosos pagamentos sob histórico “RETIRADAS”. Abaixo alguns exemplos desses registros, extraídos do programa CAIXA. (fl. 30.788)

Íris da Silva Tolardo é administradora e formalmente responsável por algumas empresas do grupo. (fl. 30.789)

Consta do Relatório de Atividade Fiscal:

479. Destaque-se também que ÍRIS DA SILVA TOLARDO consta como usuária de um cartão de crédito AMEX, conjuntamente com os demais integrantes/proprietários do esquema, e cuja fatura é paga pela REDE PRESIDENTE.

(...)

480. Adiante-se que este cartão AMEX, conforme faturas encontradas no computador de SAMUEL TOLARDO JUNIOR (CTB29.10 – fls 9.777 a 9.798), era utilizado pela família TOLARDO (ÍRIS, ROBSON, SAMUEL, ROGÉRIO e JEANE) e pago pela REDE PRESIDENTE, tendo os valores pagos apontados em uma planilha de “acerto” entre os irmãos. (fls. 30.792 e 30.793)

Este trecho revela a posição de Íris da Silva Tolardo dentro do grupo Rede Presidente:

Note-se que seu irmão, ÉDSON BARBOSA DA SILVA, em depoimento à Polícia Federal, prestado no dia 17/OUT/2012 (MGA06, fls 2.226), afirmou claramente que a REDE PRESIDENTE pertence à sua irmã, ÍRIS DA SILVA TOLARDO. Vejamos o trecho do depoimento, onde o mesmo afirma:

“que não tem nenhum emprego formal e exerce esporadicamente atividade de “flanelinha” no centro da cidade; QUE pelo que sabe nunca foi sócio de empresa; (...) QUE conhece a distribuidora Presidente, pois pertence à sua irmã ÍRIS DA SILVA TOLARDO e seu sobrinho ROBSON MARCELO TOLARDO” (fl. 30.797)

***Robson Marcelo Tolardo** (fls. 30.782 a 30.831) é reconhecido como o comandante do esquema. Eis trecho do Relatório de Atividade Fiscal que evidencia essa circunstância:*

498. O primeiro elemento de comprovação da participação de ROBSON MARCELO TOLARDO, e também de seus irmãos (ROGERIO MÁRCIO TOLARDO, SAMUEL TOLARDO JÚNIOR, JEANE CRISTINE TOLARDO) no esquema REDE PRESIDENTE é o arquivo “ACERTOS CELO MAR JR JI ALTERADOS.xls” (arquivo anexado aos documentos de fls 9.751 -pendrive de ODETE; e fls. 9.684 -pendrive de Samuel Tolardo Júnior).

499. Como visto no subtópico 6.1 PLANILHA CONTROLE DE CRÉDITOS JUNTO À REDE PRESIDENTE, tal arquivo controla os débitos e créditos entre os irmãos TOLARDO e os rendimentos obtidos no esquema da REDE PRESIDENTE,

desde 30/11/2007 até 31/05/2011. Viu-se que em todo período de 30/11/2007 até 31/05/2011 cada um dos 04 irmãos recebeu um crédito superior a R\$ 200.000,00 mensais.

500. Deste crédito mensal eram descontadas as despesas pessoais de cada irmão, tais como o já mencionado cartão de crédito (AMEX), luz, condomínio, net, despesas estas que, logicamente, haviam sido pagas pela REDE PRESIDENTE.

501. Como visto anteriormente, o programa CAIXA, utilizado pela REDE PRESIDENTE, e onde eram registradas todas movimentações financeiras do esquema, confirma tais pagamentos. Tal programa traz, na Subconta "Celo" (fls 26.964 a 26.975) diversos pagamentos feitos à ROBSON MARCELO TOLARDO. Vê-se que a REDE PRESIDENTE pagava todo o tipo de despesas pessoais de ROBSON (escola dos filhos, energia elétrica, água, telefone, manutenção da residência, etc...), além de vultosos pagamentos sob histórico "RETIRADAS". Abaixo alguns exemplos desses registros, extraídos do programa CAIXA. (fl. 30.799)

Depoimentos de empregados das empresas do grupo e diálogos obtidos por meio de interceptações telefônicas confirmam que Robson Marcelo Tolardo era visto como o proprietário das empresas e líder do grupo.

Este trecho revela a posição de Robson Marcelo Tolardo dentro do grupo e dá mostras do modus operandi do esquema.

541. Em junho de 2009, DANIEL repassa a ROBSON MARCELO TOLARDO informações do banco acerca de um saque de valores elevados que seriam utilizados na compra de um avião. Notem-se as dificuldades apontadas pela gerente do banco SICOOB, causadas pelo fato de que "nenhum dos sócios tem bens, e nenhuma das empresas tem bens no nome". Ora, já se viu que os sócios de direito eram sempre laranjas, sem bens registrados em seus nomes. DANIEL ainda comenta que "vai ficar muito na cara que fazemos uns procedimentos errados" (fls 13.562 a 13.567).

"ADEUS NAS PAZ

SOBRE O ESQUEMA DO SICOOB PARA PAGAMENTO DO AVIÃO, NOSSA GERENTE DISSE QUE NÃO TERIA PROBLEMA EM RELAÇÃO À AGÊNCIA, POIS A GARANTIA QUE ESTAMOS DANDO É EXPRESSIVA. O problema maior é que o dinheiro QUE VC QUER SACAR tem um valor expressivo e necessariamente precisa passar para A CENTRAL DELES. Nos documentos pedira as seguintes opções » SÓCIOS OU EMPRESA POSSUI BENS ???? Nenhum dos sócios tem bens, e nenhuma das empresas tem bens no nome também. ELA DISSE QUE FICARA ESTRANHO ESTA OPÇÃO EM BRANCO POIS NOSSO FATURAMENTO E LIQUIDAÇÕES SÃO ALTAS. VAI FICAR MUITO NA CARA QUE FAZEMOS UNS PROCEDIMENTOS ERRADOS. O Q O SENHOR SUGERE??? A ÚNICA EMPRESA QUE TEMOS CARROS NO NOME SERIA A REDE PRESIDENTE PORÉM NÃO TEMOS CONTA NO SICOOB. TAMBÉM PODERIA PEGAR ALGUNS CARROS E PASSAR PARA O NOME DOS SÓCIOS OU DA EMPRESA. AGUARDO SUA SUGESTÃO. DANIEL JR

542. ROBSON MARCELO TOLARDO responde: "Adeus Daniel conversamos depois pessoalmente. Paz de Deus. Marcelo.". A empresa utilizada para registrar o avião comprado pelo esquema foi a RNO COBRANÇAS LTDA - ME (CNPJ 10.768.625), criada em ABR/2009.

543. Fez-se uma brevíssima amostra dos inúmeros e-mails trocados entre DANIEL DE OLIVEIRA JÚNIOR e ROBSON MARCELO TOLARDO no período compreendido entre JAN/2008 e JUL/2012 (arquivo encontrado no computador de DANIEL - MGA08.23). A tal amostra foram somados ainda os e-mails trocados entre ROBSON MARCELO TOLARDO e ADRIANO PIAMOLIN, sobre parcela de salário "por fora".

544. A partir dessas comunicações pode-se fixar, de forma inequívoca, a posição de comando exercida por ROBSON MARCELO TOLARDO à frente do esquema REDE PRESIDENTE. Note-se que ROBSON MARCELO TOLARDO é consultado (e é quem decide) sobre todos os assuntos, desde moradias para funcionários, passando por salários, localização de equipamentos (servidor de rede informatizada), nomes de empresas a serem constituídas, bem como sobre reuniões com gerentes de bancos, decisões sobre contas bancárias, etc. (fls. 30.815 a 30.816)

Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore (fls. 30.832 a 30.841) tinha participação no esquema. Ela também recebia valores oriundos da Rede Presidente. A exemplo do que ocorria com Robson Marcelo Tolardo, Jeane Cristina também recebeu, no período de 30/11/2007 a 31/05/2011 crédito superior a R\$ 200.000,00 mensais. Também utilizou, para pagamento de despesas pessoais, cartão de crédito cuja fatura era liquidada pela Rede Presidente.

O recebimento de quantias expressivas (cf extrato fl. 30.833) indica uma posição de destaque dentro da organização.

Diz o Relatório de Atividade Fiscal:

579. **JEANE** tinha participação ativa na REDE PRESIDENTE, sobretudo na posição de administradora do novo grupo adquirido (EMBREPAR), em Curitiba/PR, como demonstram as ligações telefônicas interceptadas pela Polícia Federal. Nesse sentido, reproduz-se a transcrição abaixo, que descreve o conteúdo da conversa por telefone entre **JEANE** e outra funcionária do esquema, realizada em 29/05/2012 (fls 678), acerca da apreensão de um caminhão da REDE PRESIDENTE que estava registrado em nome de uma laranja:

“MNI (VANINHA???). MNI diz em tom de brincadeira que a JEANE está trabalhando feito uma 'condenada' agora e teria até que aumentar o salário dela. JEANE diz que agora é “funcionária” da EMBREPAR. MNI diz que precisa que JEANE encaminhe alguns documentos pra ela ainda hoje, um recibo de um caminhão que foi 'preso'. JEANE pergunta: 'preso?', por que? e MNI diz que estava com mercadorias lá em Foz do Iguaçu. JEANE se assusta 'putz'. JEANE pergunta qual foi, pois MNI tem uma lista dos caminhões de JEANE. MNI diz que é o caminhão que está em nome de OTTILIA HOFFMANN e que está faltando um monte de recibos dos veículos, que não estão com MNI. JEANE diz que teve um que o NEGO perdeu, que tem que tirar uma segunda via. MNI diz que tem uma lista completa. JEANE pergunta quantas folhas é a relação que MNI possui, se foi a lista com o abecedário inteirinho. MNI diz que tem a lista por placa e JEANE diz que MNI tem mais informações que ela a respeito dos caminhões, pelo fato de estar de posse de uma listagem com as placas. JEANE pergunta se o caminhão foi estava com o licenciamento certinho e que foi pego por causa da mercadoria. MNI confirma que sim. JEANE pergunta se o caminhão é o 1595. MNI diz que sim.” (fls. 30.833 e 30.834)

Foram encontradas várias procurações passadas por sócios das empresas do grupo (pessoas interpostas), outorgando poderes de representação a Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore, como registra o Relatório de Atividade Fiscal:

*583. No cumprimento dos MBAs foram localizadas várias procurações dos sócios laranjas de empresas do esquema REDE PRESIDENTE, para **JEANE CRISTINE TOLARDO DALLE ORE**, senão vejamos:*

*a) Cópia de Procuração autenticada tendo como outorgante GERALDO RICHTER, e outorgada **JEANE CRISTINE TOLARDO**, com poderes para vender ou incorporar as quotas da REDE PRESIDENTE LTDA, datada de 07/11/2002 (MGA19.19-31, fls 8.299);*

*b) Cópia de Procuração autenticada da RPT, representada por GERALDO RICHTER, constituindo **JEANE CRISTINE TOLARDO**, como sua procuradora para representá-lo perante bancos, datada de 07/11/2002; (MGA19.19-34, fls 8.302);*

*c) Cópia de Procuração autenticada da RPT, representada por GERALDO RICHTER, constitui **JEANE CRISTINE TOLARDO** como seu procurador a quem confere poderes amplos gerais para representá-lo, datada de 07/11/2002 (MGA19.19-37, fls 8.309 a 8.311);*

*d) Procuração da empresa RPT, representada pelo sócio gerente GERALDO RICHER, constituindo como sua procuradora **JEANE CRISTINE TOLARDO DALLE ORE**, a quem confere poderes amplos, gerais e ilimitados para representá-la em bancos, datada de 12/11/2003 (MGA19.19-128, fls 8.342);*

*e) Procuração da empresa RPT, representada pelo sócio gerente GERALDO RICHER, constituindo como sua procuradora **JEANE CRISTINE TOLARDO DALLE ORE**, a quem confere poderes amplos, gerais e ilimitados, datada de 12/11/2003 (MGA19-19-136, fls 8.350 a 8.352);*

*f) Procuração da empresa NOBRE PARTICIPAÇÕES LTDA (CNPJ 06.178.519/0001-40), representada pela sócia laranja MIRIAN COUTINHO DE LIMA constituindo como seu procurador SAMUEL TOLARDO JUNIOR e **JEANE CRISTINE TOLARDO DALLE ORE**, a quem confere poderes amplos e gerais, datada de 25/08/2004 (MGA19-19-132, fls 8.346 a 8.348). Essa empresa é uma das que foram criadas pela FAMÍLIA TOLARDO para gerir os imóveis amealhados pelo esquema. No início de suas atividades estava em nome de laranjas da REDE PRESIDENTE. Atualmente tem como sócias ÍRIS DA SILVA TOLARDO (99,90%) e ADRIANA DE OLIVEIRA LIMA (CPF 064.874.439-64), uma laranja remanescente com ínfimos 0,10%. (fls. 30.835 e 30.836)*

Além disso, existem contratos de locação de imóveis utilizados pelas empresas do grupo ou por pessoas do esquema, nos quais Jeane Cristine Tolardo Dalle Ore figura como garante.

***Rogério Márcio Tolardo** (fls. 30.841 a 30.852), assim como Robson e Jeane Cristine, também recebeu no período de 30/11/2007 a 31/05/2011 crédito superior a R\$ 200.000,00 mensais; utilizou, para pagamento de despesas pessoais, cartão de crédito cuja fatura era liquidada pela Rede Presidente; e recebeu quantias expressivas.*

Também foram encontradas várias procurações lhe outorgando poderes, como revela o Relatório de Atividade Fiscal:

613. Outras provas da atuação de ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO na REDE PRESIDENTE a serem citadas são as seguintes procurações encontradas:

a) Procuração, datada de 10/10/1996, da então ainda FORAMEC AUTO PEÇAS LTDA (atual RPT - CNPJ 62.622.881/0001-30), representada pelos então sócios ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO e SAMUEL TOLARDO JÚNIOR, constituindo um procurador (JAIR BOLOGNO COUTINHO) para representar a empresa perante repartições públicas (MGA19-19.43, fls 8.313);

b) Procuração de ADANICE GONÇALVES DE JESUS, constituindo como seus procuradores ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO e SAMUEL TOLARDO a quem confere poderes amplos, gerais e ilimitados, datada de 03/04/2000 (MGA19.19.72, fls 8.319 a 8.320);

c) Procuração da empresa REDE PRESIDENTE LTDA, representada pelos sócios SAMUEL TOLARDO, ADANICE GONÇALVES DE JESUS e MANSFIELD FINANCE LTD (representada pela mesma ADANICE GONÇALVES DE JESUS) constituindo como seus procuradores SAMUEL TOLARDO e ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO, conferindo-lhes poderes amplos, gerais e ilimitados, datada de 03/04/2000 (MGA19.19.73, fls 8.321 a 8.323);

d) Procuração, datada de 07/11/2002, de GERALDO RICHTER (então laranja da RPT - CNPJ 62.622.881/0001-30), constituindo como seu procurador ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO, conferindo amplos e gerais poderes para vender ou incorporar as quotas da RPT, ou assinar pelo outorgante quaisquer contratos de compra e venda, inclusive alterações contratuais. (MGA19-19.30, fls 8.298).

e) Procuração, datada de 07/11/2002, da REDE PRESIDENTE (CNPJ 62.622.881/0001-30), representada pelo laranja GERALDO RICHTER, constituindo como seu procurador ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO, concedendo amplos e gerais poderes para representar a empresa perante quaisquer estabelecimentos bancários, público ou privado do país, podendo abrir ou movimentar e encerrar contas, solicitar, retirar, e emitir cheques, autorizar débitos e créditos, etc...(MGA19-19.33, fls 8.301).

f) Procuração, também datada de 07/11/2002, da própria REDE PRESIDENTE (CNPJ 62.622.881/0001-30), representada pelo laranja GERALDO RICHTER, constituindo como seu procurador ROGÉRIO MÁRCIO TOLARDO, conferindo amplos e gerais poderes para constituir advogados outorgando-lhes os poderes da cláusula ad-judicia et extra, com todos os poderes inerentes (MGA19-19.36, fls 8.306 a 8.308). (fls. 30.843 a 30.844)

Rogério Márcio Tolardo era também proprietário de vários imóveis, onde funcionavam empresas do grupo.

Samuel Tolardo Júnior (fls. 30.852 a 30.866), assim como os outros autuados, recebeu mensalmente elevadas quantias em dinheiro e teve despesas pessoais pagas com cartão de crédito cuja débitos foram liquidados pela Rede Presidente.

Em seu apartamento, encontraram-se vários documentos das empresas da Rede Presidente, inclusive procurações de pessoas ligadas ao esquema. Existem também procurações outorgadas por algumas daquelas pessoas interpostas, utilizadas pelo esquema, conferindo poderes a Samuel Tolardo Júnior.

Consta do Relatório de Atividade Fiscal:

642. Além disso, como já visto, JÚNIOR, ou SAMUEL TOLARDO JÚNIOR, foi diversas vezes mencionado nas escutas telefônicas feitas pela Polícia Federal. Inicialmente citamos duas interceptações telefônicas, uma do dia 22/05/2012 entre ÍRIS e a filha JEANE (fls. 687), e outra do dia 26/05/2012, entre ÍRIS o filho MÁRCIO ROGÉRIO (fls. 688). Nestas interceptações fica clara a participação de JÚNIOR (SAMUEL TOLARDO JÚNIOR) na empresa recém adquirida pelo esquema, o grupo EMBREPAR: (fl. 30.857)

Esta é a sinopse do diálogo referido acima:

Curitiba fechando contrato (EMBREPAR). Íris diz que final de mês Marcelo costuma ir para SP. Íris comenta que Marcelo é sobrecarregado de atividades. Jeane diz que a nova firma vai exigir ainda mais. **Jeane diz que Júnior vai ficar no setor comercial, vai ajudar Marcelo.** Íris diz que como está Marcelo fica com muito poder, pois os outros não ajudam no serviço. Reclama de Paula e Amanda. Íris deixa claro que Marcelo é o líder da família (18 min). Íris reclama que Paula bajula demais Liderci, e acha que isso se deve ao fato de Liderci saber de "tudo". (fl. 30.587) (g.n.)

Ainda do Relatório de Atividade Fiscal são colhidas as seguintes observações:

644. Ainda acerca da participação de SAMUEL TOLARDO JUNIOR, destaca-se o imóvel onde se localizava um dos "bunkers" do esquema REDE PRESIDENTE, na Rua das Camélias, 690, Maringá/PR, que se trata de uma residência em alvenaria, sem qualquer tipo de identificação, e onde, em cumprimento ao MBA, foram encontrados inúmeros documentos do esquema REDE PRESIDENTE. Esse imóvel foi registrado em nome de DANIEL DE OLIVEIRA JUNIOR, CPF 040.589.539-93 (matrícula 7.811 - MGA19-13.143), importante operador do esquema. Porém, consta uma procuração desse operador para a família TOLARDO - ÍRIS DA SILVA TOLARDO, ROBSON MARCELO TOLARDO e SAMUEL TOLARDO JUNIOR, datada de 22/06/2009, concedendo poderes para "vender, ceder, prometer, transferir ou de qualquer forma alienar a quem quiser, pelo preço e condições que convencionarem" (MGA19-16.59 - fls. 8.053 a 8.054).

645. Considerando-se que o imóvel em questão era utilizado pelo esquema REDE PRESIDENTE como um "bunker" administrativo, a procuração é um inequívoco elemento que vincula SAMUEL TOLARDO JÚNIOR ao esquema. (fls. 30.859 e 30.860)

O Relatório de Atividade Fiscal não menciona, mas a procuração referida acima é pública, e dela consta, em destaque (sublinhada e em negrito), a seguinte observação:

"...o presente mandato é outorgado por prazo indeterminado, em caráter irrevogável e irretratável, ficando ainda os outorgados isentos da prestação de contas com relação aos atos praticados com fulcro neste instrumento." (fl. 8.054)

O quadro aqui descrito mostra o concerto havido entre os autuados, que ingressaram no denominado esquema Rede Presidente, de forma livre e voluntária. Todos estavam conscientes da ilicitude que envolvia o funcionamento daquela engrenagem, da qual sistematicamente extraíram benefícios econômicos.

Ficou evidenciado também que os recorrentes integravam o núcleo de onde partiam as decisões; núcleo que comandava todo o esquema, não obstante, nesse aspecto, a posição de proeminência fosse ocupada por Robson Marcelo Tolardo.

Não obstante fosse Robson Marcelo Tolardo o cabeça, a função exercida no esquema por parte de cada um dos recorrentes permite atribuir a eles o papel de administradores e, assim, com fulcro no art. 135 do CTN, imputar-lhes responsabilidade tributária.

Solidariedade passiva

Na hipótese de lançamento que coloca no polo passivo duas ou mais pessoas, como coobrigadas ao pagamento do crédito tributário, tendo por base legal o art. 124, inciso I, do CTN, a exemplo do que ocorre no caso em exame, não raro se alega a incompatibilidade desse dispositivo legal com o disposto no art. 135 do mesmo CTN, utilizado para imputar responsabilidade aos administradores, diretores ou representantes de pessoas jurídicas.

A responsabilidade tributária de terceiros, prevista no art 135, surge quando estão presentes, de forma concomitante, duas situações: a primeira é a pessoa jurídica ter seu patrimônio gerido ou administrado por pessoas que, em nome da entidade, praticam atos e negócios jurídicos; a segunda é a existência de atos praticados com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto. Tais atos são realizados em benefício próprio, contra os interesses da pessoa jurídica; ou são realizados em benefício próprio, valendo-se da pessoa jurídica como instrumento da fraude.

Demonstrada a presença dessas circunstâncias, o administrador vem, por força do art 135, para o primeiro plano, passando a ocupar o polo passivo da relação tributária.

Se forem dois ou mais os administradores, ou se forem duas ou mais as pessoas que tenham praticado atos de gestão com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, todas elas devem figurar no polo passivo, na qualidade de devedores solidários.

A solidariedade, nessa hipótese, vem do interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal. O interesse comum aqui decorre da atuação conjunta, ou seja, da efetiva participação das pessoas físicas na ocorrência do fato gerador. Para caracterizar o interesse comum é necessário que as pessoas tenham se associado, para a prática do fato gerador e do ilícito tributário, de forma livre, voluntária e consciente. Os que realizam o fato gerador são aqueles que voluntária e conscientemente se associam para esse fim. É dessa associação que vem o interesse comum.

Eis a razão pela qual devem figurar no polo passivo do lançamento todas essas pessoas, na condição de devedores solidários, não se podendo cogitar de um lançamento autônomo contra cada uma delas individualmente.

É exatamente essa a situação que se verifica no caso em exame, como ficou demonstrado.

Multa

Os recorrentes confundem multa agravada e multa qualificada. O agravamento tem como causa atos praticados ao tempo da fiscalização, que consistem em opor injustificada resistência ao trabalho da autoridade fiscal, caracterizando embaraço à fiscalização. A qualificação da multa, ao contrário, tem por fundamento uma conduta dolosa praticada ao tempo do fato gerador, visando ocultar do Fisco o nascimento da própria obrigação tributária ou mascarar um de seus elementos constitutivos, tais como a base de cálculo ou o sujeito passivo.

As multas, agravada e qualificada, têm como causa infrações diferentes, ocorridas em momentos diferentes. São autônomas e, por isso, podem ser aplicadas cumulativamente.

No caso em exame, entretanto, não houve aplicação de multa agravada, de modo que toda a alegação envolvendo especificamente essa matéria é impertinente, não merecendo atenção maior. Quanto à multa qualificada, seu fundamento está no ajuste voluntário e consciente dos autuados, para subtrair à tributação parcela significativa das receitas auferidas pelas empresas do grupo, inclusive mediante emprego de falsificações e interpostas pessoas, como ficou demonstrado nos autos.

No que tange à alegação de efeito confiscatório da multa e de violação do princípio da capacidade contributiva e da razoabilidade, a apreciação da matéria implicaria, de forma indireta, o exercício do controle de constitucionalidade de ato normativo, o que não se permite no âmbito do processo administrativo, não estando inserido, por isso mesmo, na competência do CARF.

Nesse sentido o art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

O mesmo entendimento está consolidado no enunciado da Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por último, a pretensão de reduzir o percentual de multa não pode ser acolhida por absoluta falta de amparo legal. A multa no percentual pretendido pelos recorrentes cinge-se aos casos de auto de infração lavrado contra espólio.

Juros

Sobre essa matéria são duas as alegações. A primeira é relativa ao emprego da taxa Selic como critério de cálculo dos juros de mora; a segunda é a incidência de juros sobre a multa.

Relativamente ao emprego da taxa Selic, a questão já está pacificada no âmbito do CARF, como se constata pelo enunciado da Súmula nº 4:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ também considera legítimo o emprego da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, desde que haja previsão legal nesse sentido. Esse entendimento está consagrado na Súmula 523, abaixo reproduzida.

Súmula 523. A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

No que concerne à incidência de juros sobre a multa proporcional aplicada em lançamento de ofício, esta 1ª Turma Ordinária tem posição firmada, se inclinando pela validade dessa incidência. O fundamento legal estaria nos art. 61 da Lei nº 9.430/1996, e nos artigos 161 e 139 ambos do CTN.

Nessa linha de interpretação, empresta-se um sentido amplo à expressão "*débitos para com a União, decorrentes de tributos*", constante do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, de modo a abarcar tanto o tributo, quanto a multa.

Nesse mesmo sentido, decidiu esta 1ª Turma Ordinária no Acórdão nº 1301-002.154, cujo ementa, naquilo que diz respeito ao ponto a aqui tratado, tem a seguinte redação:

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. PROCEDÊNCIA.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Portanto, com base nesses fundamentos, deve ser indeferida a pretensão de obstar a incidência de juros sobre a multa.

CSLL

Quanto ao lançamento de CSLL, por ter origem na mesma situação fática do IRPJ, deve receber a mesma decisão adotada para este (IRPJ), o que só não aconteceria se houvesse algum aspecto específico, inerente à legislação dessa contribuição que impusesse solução diferente.

Recurso de A.P.E. Auto Peças Eireli

O recurso de **A.P.E. Auto Peças Ltda.**, a par das alegações trazidas pelos demais coobrigados, suscitou algumas questões específicas.

A recorrente acusa a falta de *imparcialidade* na condução do trabalho de fiscalização. Todavia nada existe nos autos a indicar que a autoridade lançadora tenha agido motivada por qualquer interesse pessoal, por sentimento de vingança ou por algum propósito subalterno alheio ao exercício da função. Nada foi dito no auto de infração ou no TVF que, de alguma forma, já não existisse no inquérito policial ou nas manifestações da Justiça e do Ministério Público.

Alegou também que os documentos fiscais não lhes foram devolvidos, após o encerramento da fiscalização. Os documentos que dão suporte à autuação sempre estiveram à disposição dos recorrentes, como prova o Termo de Ciência de fl. 14.609. É importante reiterar, ao examinar esse ponto, que documentos apreendidos pela autoridade policial, em cumprimento de mandado da Justiça, não podem ser devolvidos pela autoridade fiscal, salvo se nesse sentido houver determinação do Juízo competente. Não obstante, o exercício do direito de defesa se assegura permitindo ao sujeito passivo o acesso ao conteúdo de tais documentos, ainda que eles permaneçam em poder da autoridade administrativa ou da própria Justiça.

Ainda no que tange à inobservância do devido processo legal, a recorrente questionou a falta de realização de diligência. Diligência probatória se destina a produzir prova de fato determinado e relevante para a solução da controvérsia objeto do processo; e só deve ser deferida se útil, necessária e possível. No caso, o que a recorrente pretendia, a pretexto de diligência, era refazer a fiscalização, propósito que não se coaduna com a finalidade da diligência.

Quanto à alegação de que houve presunção indevida e excesso na aplicação do livre convencimento, cumpre dizer que as conclusões, tanto da Fiscalização, quanto da decisão recorrida, estão respaldadas nas provas carreadas aos autos, conforme ficou demonstrado quando se abordou a validade da prova emprestada e da prova indiciária.

Da mesma forma, não procede a afirmação de que o Fisco arbitrariamente considerou como "*laranja*" o titular da entidade empresarial recorrente. As afirmações nesse sentido já se encontravam no inquérito policial. Além disso, a Fiscalização constatou, em relação a essa e outras pessoas físicas envolvidas no esquema, a falta de capacidade econômica para integralizar capital social das empresas das quais, formalmente, eram sócias.

No mérito, questionou-se a apuração do IRPJ e da CSLL pela sistemática do lucro arbitrado. O lucro arbitrado, assim como o lucro real e o presumido são formas igualmente legítimas de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. São válidas desde que se observem os requisitos e os pressupostos fáticos que, em alguns casos, autorizam e, em outros, impõem a apuração do lucro por uma dessas três formas.

No caso em tela, a apuração dos tributos pelo lucro arbitrado deveu-se ao fato de a contabilidade revelar claros indícios de fraude, conforme descrito às fls. 14.355 a 14.368 do TVF. A receita da recorrente, em 2008, foi de R\$ 30.653.638,60. Porém, declarou-se apenas R\$ 4.480.365,58.

O TVF assim resume os motivos que impuseram o lucro arbitrado:

844. Deste modo, seja pela imprestabilidade da contabilidade apresentada - sem autenticação da junta comercial e assinada por pessoa incompetente, elaborada apenas "pró forma" - e que não se presta à identificação da efetiva movimentação financeira e bancária, ou mesmo para a determinação do Lucro Real, ou ainda pela

Processo nº 10480.734088/2013-98
Acórdão n.º **1301-002.930**

S1-C3T1
Fl. 15.458

apresentação de Livro obrigatório (Livro Registro de Inventário - art 527, inciso II do RIR) sem as formalidades legais (sem assinatura, sem termos de abertura e encerramento, meros relatórios encadernados), não resta outra alternativa a não ser a tributação pelo LUCRO ARBITRADO. É o que se denota do art 530 do decreto 3.000 de 26 de Março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99. (fl. 14.364)

Com esses fundamentos, indefere-se a pretensão da recorrente.

Conclusão

Pelo exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade, para, no mérito, negar provimento aos recursos.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior