



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

Processo n° 10660.001405/2009-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.071 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS

A validade dos negócios jurídicos deve ser verificada à luz da teoria dos fatos jurídicos. Caso se constate a ocorrência de simulação, configurada pela divergência entre a vontade manifestada e a vontade real, os negócios jurídicos simulados devem ser desconsiderados.

SOLIDARIEDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE PESSOAL.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Nos casos de fraude, simulação e prática de outros atos ilícitos os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias e penalidades.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts.

71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

**DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO REFERENTE AO 4º TRIMESTRE
DE 2004**

Na ausência de indícios de fraude, não se aplica o artigo 173, I do CTN, o prazo decadencial deve ser contado da ocorrência do fato imponible. Decadência em relação ao 4º trimestre de 2004.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CALCULO. CONCEITO DE FATURAMENTO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE.

Declarada a inconstitucionalidade, por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de faturamento para fins de tributação do PIS/Pasep e da Cofins, deve ser cancelado o lançamento referente as receitas advindas da cessão de crédito, conforme permissivo introduzido no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício; II) Em relação ao recurso voluntário, DAR provimento PARCIAL, nos seguintes termos: a) Por maioria de votos, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento) e por consequência ACOLHER parcialmente a decadência apenas do 4º trimestre de 2004. Vencido o Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) que mantinha a qualificação da multa de ofício e afastava a decadência. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira; b) Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento em relação às demais questões de mérito. Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias que davam provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgadoi

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos – Relator

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório que integra o Acórdão recorrido (fls. 1344-1346):

Contra a interessada foram lavrados, em 10/12/2009, os Autos de Infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor de R\$6.049.535,64 (fls. 215), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, no valor de R\$2.234.787,17 (fls.6/10), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no valor de R\$106.958,92 (fls. 11/13) e da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep, no valor de R\$23.174,37 (fls. 14/16), totalizando crédito tributário no montante de R\$8.414.456,10, com juros de mora calculados até 30/11/2009.

Na "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal (is)", constante dos Autos de Infração, foram relatadas as infrações a seguir:

001 - RECEITA NÃO OPERACIONAL OMITIDA - A PARTIR DO AC 93

OMISSÃO DE RECEITA - DEMAIS RESULTADOS - AC 2005

Omissão de receitas conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

[...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 521, e 528, do RIR/99.

002 - OUTRAS RECEITAS

OUTRAS RECEITAS - AC 2003 E AC 2004

Valores referentes a receitas efetivamente recebidas nos anos-calendário de 2003 e 2004, que foram tributadas com percentual favorecido relativo ao lucro presumido, quando na verdade se enquadram como outras receitas e não como receitas oriundas de atividade própria da empresa, apurados conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

[...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 521 do RIR/99.

As fls. 6 a 16, encontram-se os autos de infração da CSLL, do PIS/Pasep e da Cofins, e às fls. 17 a 45, o Termo de Verificação Fiscal - TVF, do qual se destacam os trechos a seguir:

2. A diligência fiscal (MPF-Diligência nº 06.1.06.00-2008-00589-0) na COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ que posteriormente foi convertida em fiscalização, resultou do procedimento fiscal nos seus sócios – ALYSON CARVALHO ROCHA, CPF 984.440.426-68, e ADRIANO FERREIRA SODRÉ, CPF 860.582.666-53, relativo aos lucros/dividendos distribuídos por essa empresa.

8. Da análise do Contrato Social e das respectivas alterações contratuais da empresa, constatou-se a realização de dois procedimentos de cisão parcial relativos aos anos-calendário de 2003 e 2005, conforme literalmente descritos abaixo:

"Os sócios resolvem e deliberam, por acordo unânime, cindir o patrimônio da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA em R\$ 11.055.000,00 (onze milhões e cinquenta e cinco mil reais) vertendo-o para as sociedades EMBRASIL - EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA LTDA, estabelecida na Rodovia BR 040 s/n, KM 517, Bairro Liberdade, Ribeirão da Neves/MG, CNPJ 19.166.917/0001-99 e EMBRAEX TRADING EXPORT LTDA, estabelecida na Rodovia BR 040, KM 517, 2 andar, Bairro Liberdade, Ribeirão da Neves/MG, CNPJ 05.525.999/0001-06, conforme laudo de avaliação e protocolo de cisão parcial firmado entre as sociedades em 12/12/2003" (17ª Alteração contratual da Comercial Beneficiadora de Café Ltda.)."

"Os sócios resolvem e deliberam, por acordo unânime, cindir o patrimônio da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA em R\$ 1.708.545,00 (um milhão setecentos e oito mil quinhentos e quarenta e cinco reais) vertendo-o para a sociedade EMBRASIL - EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA LTDA, estabelecida na Rodovia BR 040 s/n, KM 517, Bairro Liberdade, Ribeirão da Neves/MG, CNPJ 19.166.917/0001-99, conforme laudo de avaliação e protocolo de cisão parcial firmado entre as sociedades em 10/05/2005" (18ª Alteração contratual da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA.).

.....

26. Em resumo, com base nas informações analisadas nos tópicos anteriores acerca da distribuição de lucros

Em relação ao ano-calendário de 2004:

1º No ano-calendário de 2004, os recebimentos da EMBRASIL-EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA, foram depositados na conta corrente da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ, transitando pela sua contabilidade.

2º Esses recebimentos da EMBRASIL no ano-calendário de 2004 foram contabilizados como Lucros Suspensos na COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ fls. 514 a 535, do qual se originou a distribuição de lucros aos seus sócios. Cabe ressaltar, que nesse exercício não houve lucro a ser distribuído proveniente de receita oriunda de atividade própria da empresa.

3º Os valores recebidos da EMBRASIL EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA relativos a suposta "cisão parcial" (cessão de crédito) realizada em 12/12/2003 foram contabilizados na COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ no ano-calendário de 2004, adotando o regime de caixa para apuração dos seus resultados, fls. 819 a 821, conforme IN SRF 104/98.

4º Os valores de R\$ 5.927.275,00 e de R\$ 729.125,00 recebidos da EMBRASIL, respectivamente nos ano-calendário de 2004 e de 2003, foram tributados na COMERCIAL BENEFICLADORA DE CAFÉ como receitas originárias de atividade própria da empresa, sendo aplicado o percentual de presunção de lucro de 8%, quando, na verdade, essas receitas ao se enquadrarem como outras receitas, deveriam ter sido tributadas em sua totalidade, de acordo com o art. 521 do RIR/99.

Em relação ao ano-calendário 2005:

1º A comprovação da distribuição de lucros pela empresa COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ se efetuou através de transferências on line depositadas diretamente na conta corrente conjunta dos sócios da referida empresa, ALYSON CARVALHO ROCHA e ADRIANO FERREIRA SODRÉ, não oriundas da empresa COMERCIAL BENEFICLIDORA DE CAFÉ, que segundo o contribuinte distribuiu lucros aos mesmos, mas sim originárias da empresa EMBRASIL-EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA, de acordo com os esclarecimentos prestados e documentos bancários apresentados pelo próprio contribuinte, fls. 1001 a 1015.

2º Da análise dos livros contábeis da COMERCIAL BENEFICIA DORA DE CAFÉ constatamos que os valores recebidos da EMBRASIL no ano-calendário de 2005, não transitaram por sua contabilidade, já que foram depositados diretamente na conta corrente conjunta dos sócios, caracterizando uma omissão de receita, de acordo com os arts. 521 e 528 do RIR/99, considerando que essa receita se originou de uma real cessão de crédito e não de uma suposta cisão parcial.

Concluiu-se também pela caracterização da sujeição passiva solidária dos sócios da interessada Adriano Ferreira Sodré, CPF 860.582.666-53, e Alyson Carvalho Rocha, CPF 984.440.426-68, nos termos do CTN, arts. 124, e 135, tendo sido lavrado o termo correspondente (fls. 64 e 65).

Inconformados com o presente lançamento, do qual tiveram ciência, por via postal, conforme Aviso de Recebimento — AR de fls. 1111 e 1112, a contribuinte e os sócios, na condição de responsáveis solidários, apresentaram, em conjunto, as alegações preliminares e de mérito expendidas na peça impugn t ria de fls. 1115/1191, distribuídas conforme t picos abaixo:

1. TEMPESTIVIDADE

2. DOS FATOS

3. DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

4. DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE NOS ATOS DE CISÃO PARCIAL DA EMPRESA IMPUGNANTE E A IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DA MULTA DE 150%

4.1. DA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DE CISÃO SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO.

A) Da inexistência de simulação.

B) Da ausência de fundamentação para desconsideração das operações de reorganização societária praticadas licitamente pela impugnante

C) Do ato jurídico perfeito e do planejamento tributário

D) Da inexistência de razões para agravamento da multa no percentual de 150% da exação fiscal

E) Da impossibilidade de conferir efeitos retroativos à legislação tributária.

4.2 DA ILEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO CONTRA A EMPRESA INCORPORADORA A PARTIR DE REPRESENTAÇÃO EMANADA PELA AUTORIDADE FISCALIZADORA

5. DA DECADÊNCIA

6. DA INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E PESSOAL DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE AUTUADA.

7. DAS QUESTÕES DE MÉRITO - DOS EFEITOS FISCAIS DA RECUPERAÇÃO DE TRIBUTOS PAGOS INDEVIDAMENTE

7.1. DA TRIBUTAÇÃO PREVISTA NO ADI SRF 25/2003

7.2. DOS JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS

7.3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS RECONHECIDA PELO STF

7.4. CONCLUSÃO DA ANÁLISE DE MÉRITO

8. DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO INFORMALISMO E VERDADE MATERIAL

9. DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO ARROLAMENTO ADMINISTRATIVO DE BENS

10. CONCLUSÃO E PEDIDO

*Nesse último tópico assim concluem e requerem as impugnantes:
"Com suporte em suas razões de fato e de direito retro-expostas em que se demonstrou a ilegalidade e a nulidade do lançamento, a Impugnante pede aos Ilustres Julgadores de primeira instância a procedência de sua impugnação para decretar o cancelamento dos Autos de Infração, bem como a extinção do crédito indevidamente constituído e arquivamento deste processo e dos*

processos dele decorrentes, tais como a representação fiscal para Fins penais e o arrolamento de bens."

Foi formalizado processo de Representação Fiscal para Fins Penais, que recebeu o nº 10660.001712/2009-72.

Visando uma melhor compreensão da matéria, considero prudente transcrever alguns trechos do Termo de Verificação Fiscal, que resume os fatos ocorridos, segundo a ótica da Fiscalização (fls. 17-45):

28. A COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ, representada ainda pelos antigos sócios, em 08/01/2002, nomeou como seus procuradores os advogados ALYSON CARVALHO ROCHA e ADRIANO FERREIRA SODRÉ, fl 1016, para especificamente promover processo administrativo de restituição/compensação de créditos relacionados às quotas de contribuição sobre a exportação de café, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF.

29. Em 16/01/2002, os procuradores acima referidos protocolaram, em nome da empresa, pedido de restituição dos pagamentos feitos a título de quota de contribuição ao Instituto Brasileiro do Café (IBC), conforme processo administrativo no 10660.000339/2002-66.

30. Paralelamente, em 16/02/2002, os mesmos procuradores impetraram Mandado de Segurança Preventivo com Pedido de Medida Liminar nº 2002.38.00.002053, no Juízo de Varginha, no sentido de determinar que o Delegado da Receita Federal de Varginha não aplicasse os dispositivos da IN SRF 41/2000 ao processo nº 10660.000339/2002-66, e que recebesse os formulários "Pedidos de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros", previstos no Art. 15 da IN SRF 21/97, na época já alterada pela IN SRF 41/2000. Em 24/01/2002, a Liminar foi concedida, fls. 1001 a 1015.

31. A Receita Federal em Varginha, através do Despacho Decisório referente ao processo administrativo nº 10660.000339/2002-66, fls. 1041 a 1045, em 04/04/2002, indeferiu o pedido referente ao item 27 por ter considerado decaído o direito de pleitear tal restituição. Dessa decisão foi apresentada manifestação de inconformidade junto à DRJ.

32. De acordo com a 15ª alteração contratual da empresa, fls 499 a 501, em 19/11/2002, os antigos sócios se retiraram da sociedade, cedendo e transferindo suas quotas para os advogados - até então procuradores da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ - ALYSON CARVALHO ROCHA e ADRIANO FERREIRA SODRÉ, na proporção de 50%, passando ambos a exercer a administração da sociedade.

34. No âmbito judiciário, a União interpôs Apelação em Mandado de Segurança, e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 15/02/2004, deu provimento ao apelo com a consequente reforma da sentença e denegação da segurança. Inconformados, os agora novos sócios impetraram no Superior

Tribunal de Justiça, o Recurso Especial no 653553/MG, que leve seu provimento negado em 14/08/2007, fls a, e depois Embargos de declaração no Recurso Especial, julgado em 27/11/2007, fls. a, e Embargos nos Embargos de declaração no Recurso Especial, julgado em 11/03/2008, fls 1021 a 1040. Atualmente o Recurso Extraordinário no 597668/MG aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

38. Diante da falta de êxito quanto ao recebimento do formulário "Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros" pela Receita Federal, da vedação contida na alínea "a" do inciso II do parágrafo 12 do art. 74 da Lei 9.430/96 e na IN SRF 41/2000 em relação a impossibilidade de compensação desses créditos com débitos de terceiros, os novos sócios, ALYSON CARVALHO ROCHA e ADRIANO FERREIRA SODRÉ, resolvem em 12/12/2003, de acordo com a 17ª alteração contratual, fls 507 a 510, por uma via mais rápida de se obter indiretamente a cessão desses créditos, cindir o patrimônio da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ em R\$ 11.055.000,00 (onze milhões e cinquenta e cinco mil reais) vertendo-o para as sociedades: EMBRASIL- EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA LTDA, CNPJ 19.166.917/0001-99 e EMBRAEX TRADING IMPORT EXPORT LTDA, CNPJ 05.525.999/0001-06, atualmente denominada COBIMEX CONNECT BRASIL IMPORT EXPORT LTDA, conforme laudo de avaliação e protocolo de cisão parcial firmado entre as partes, fls. 640 a 642.

39. E de acordo com a 18ª alteração contratual, em 10/05/2005, fls 651 a 652, os sócios acima referidos resolvem, mais uma vez, em uma 2ª Cisão parcial, dita complementar, cindir o patrimônio da empresa COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ em R\$ 1.708.545,00 (um milhão, setecentos e oito mil e quinhentos e quarenta e cinco reais) vertendo-o, desta vez, apenas para a sociedade EMBRASIL - EMPRESA BRASILEIRA DISTRIBUIDORA, CNPJ 19.166.917/0001-99, conforme laudo de avaliação e protocolo/justificação de cisão parcial complementar firmado entre as partes, fls 647 a 650.

40. Dos fatos acima narrados, ressaltamos que os antigos sócios antes de transferirem a COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ para os novos sócios, reduziram o seu capital social a um valor inferior em comparação ao seu valor original, havendo uma desativação quase que total da empresa, restando apenas em seu ativo a possibilidade de recuperação desses créditos referentes à Contribuição sobre Exportação de café, no valor de R\$ 8.476.868,29 (oito milhões quatrocentos e setenta e seis mil oitocentos e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos), gerando como contrapartida desse pretensão direito um registro em conta de patrimônio líquido.

44. Em resumo, se torna evidente, que a aquisição dessas empresas não tiveram como intuito principal continuar com as suas atividades próprias, e sim a obtenção do reconhecimento

final dos seus créditos junto à Receita Federal, visando uma futura negociação dos mesmos com terceiros.

45. É importante destacar, que independentemente do reconhecimento ou não desses créditos pela Receita Federal, o que se questiona é a realização de dois procedimentos de cisão parcial para, na verdade, encobrir uma real cessão desses créditos.

46. Ressaltamos, que tanto a COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ quanto a EXPORTADORA VARGINHA encontram-se atualmente, desde o ano-calendário de 2006, inativas, corroborando ainda mais a idéia de que a aquisição das mesmas foi exclusivamente com intuito de negociação dos seus créditos.

[...]

VII- Do Negócio Jurídico Cisão Parcial para encobrir uma Real Cessão de Crédito

76. A natureza do negócio jurídico, classicamente, é determinada pela manifestação de vontade, e essa vontade é expressa nos documentos firmados em instrumentos formais celebrados pelas partes. Dentro desse enfoque, os documentos apresentados pela empresa e as partes envolvidas expressam um procedimento de cisão parcial (Protocolo/Justificação Cisão)e, ao mesmo tempo, uma cessão de crédito (Instrumento Particular de Cessão de Crédito Tributário); no entanto, o que se constata claramente é a existência de uma cisão parcial para encobrir uma real cessão de crédito.

77. O que se observa, de fato, não é um planejamento, mas sim a constatação de que o negócio jurídico cisão parcial como realizado corresponde a uma real cessão de crédito, com a intenção dolosa das empresas cindidas e de seus sócios em buscar uma via mais rápida que indiretamente não fosse de encontro à vedação contida na alínea "a" do inciso II do parágrafo 12 do art. 74 da Lei 9.430/96 e na IN SRF 41/2000.

78. Ao final, o que se comprova é que a COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ, enquanto empresa detentora dos créditos, que desejava "vender" os créditos, recebe os valores da EMBRASIL; e as empresas EMBRASIL e EMBRAEX, que queriam "comprar" os créditos, ficam com o patrimônio vertido nas supostas cisões parciais correspondentes a esses créditos.

79. O motivo da realização dessas operações - e que se fundamenta na própria contabilidade das empresas detentoras desses créditos - se baseia no fato das empresas cindidas possuírem a possibilidade do reconhecimento de um valor elevado de créditos sem débitos próprios que pudessem ser compensados. A percepção dessa constatação pelos sócios da empresa - ALYSON CARVALHO ROCHA e ADRIANO FERREIRA SODRE, com a probabilidade de ganho em relação à cessão desses créditos em confronto com a vedação contida na alínea "a" do inciso II do parágrafo 12 do art. 74 da Lei

9.430/96I e na IN SRF 41/2000, levou a COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ a realização de supostas "cisões parciais" para encobrir reais cessões de créditos.

[...]

X- Das Infrações Fiscais Apuradas na Comercial Beneficiadora de Café

X.1. Da Tributação como Outras Receitas nos Anos-Calendário de 2003 e 2004

93. As receitas relativas à suposta "cisão parcial" ocorrida em 12/12/2003, levando em consideração o regime de caixa adotado pela COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFE, fls. 819 a 821, nos valores de R\$ 729.125,00 e de R\$ 5.927.275,00 efetivamente recebidas da EMBRASIL, respectivamente, nos anos-calendário de 2003 e 2004, tributadas pela empresa como receitas originárias de atividade própria tendo sido aplicado o percentual de presunção de lucro de 8%, foram tributadas em sua totalidade como outras receitas, visto serem provenientes de cessão de créditos, com base no art. 521 do RIR/99.

94. Foram descontados no auto de infração os impostos declarados em DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) pela empresa em relação ao ano-calendário de 2004, pois em relação ao ano-calendário de 2003 não existem débitos declarados.

X.2. Da Omissão de Receita no Ano-Calendário de 2005

95. Em relação à suposta "cisão parcial" (cessão de crédito) ocorrida no ano-calendário de 2005, a receita no valor de R\$ 1.180.952,60 efetivamente recebida da EMBRASIL nesse ano foi tributada como omissão de receita, visto não ter transitado pela contabilidade da empresa COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFE, com base nos arts. 521 e 528 do RIR/99.

A 1ª Turma da DRJ Juiz de Fora, por unanimidade, julgou procedente em parte a impugnação, para:

- exonerar o crédito tributário no valor de R\$1.267.600,00, relativamente ao IRPJ, fatos geradores 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004;

- exonerar o crédito tributário no valor de R\$463.851,00, relativamente à CSLL, fatos geradores 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004;

- exonerar o crédito tributário no valor de R\$35.427,48, relativamente à Cofins, fatos geradores 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e 31/12/2005;

- exonerar o crédito tributário no valor de R\$7.675,94, relativamente ao PIS/Pasep, fatos geradores 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e 31/12/2005;

- exigir o crédito tributário no valor de R\$878.111,61, relativamente ao restante da exigência fiscal, e,

- manter a responsabilidade dos Srs. Alyson Carvalho Rocha e Adriano Ferreira Sodré pela exigência do crédito tributário, nos termos do trabalho fiscal.

O aludido Acórdão foi assim ementado (fls. 1343-1344):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS

Os negócios formalizados a título de "planejamento fiscal" ou "negócio jurídico indireto" não são válidos por si mesmos, devendo sua validade ser verificada à luz da teoria dos fatos jurídicos; e se constatada a presença de simulação, configurada pela divergência entre a vontade manifestada e a vontade real, devem ser desconsiderados.

DECADÊNCIA. CONTAGEM DE PRAZO.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Exegese que direciona para aplicação da regra geral estampada no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

SOLIDARIEDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE PESSOAL.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Nos casos de fraude, simulação e prática de outros atos ilícitos os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias e penalidades.

MULTA QUALIFICADA - Ocorrendo simulação com evidente intuito de fraude, cabível o agravamento da multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CALCULO. LEI Nº9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Declarada a inconstitucionalidade, por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 3º da Lei

nº 9.718/98, que ampliou o conceito de faturamento para fins de tributação do PIS/Pasep e da Cofins, deve ser cancelado o lançamento referente as receitas advindas da cessão de crédito, conforme permissivo introduzido no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Houve apresentação de recurso de ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235/1972 e alterações posteriores.

Cientificada do Acórdão em 19/04/2010 (fls. 1360), a contribuinte, em conjunto com os responsáveis solidários, apresentou o recurso voluntário de fls. 1361-1396, basicamente reiterando os argumentos apresentados na fase impugnatória.

De maneira inovadora, argüiu, em sede de preliminar, a nulidade do presente lançamento, por alegada ausência de fundamentação legal, ausência de indicação da legislação que confira poderes à fiscalização para questionar a licitude das operações societárias lícitamente realizadas, ausência de indicação do fato gerador, ausência de prova do evidente intuito de fraude, ausência de demonstração (no acórdão recorrido) de ocorrência do “casa/separa”. Nestes termos, requereu a nulidade do lançamento. Alternativamente, requereu que as preliminares sejam apreciadas como questões de mérito.

Em 21/09/2010, alegando a ocorrência de fato novo, os recorrentes trouxeram aos autos “aditamento ao recurso voluntário”, fls. 1436-1441. O referido aditamento refere-se, basicamente, à juntada aos autos de cópia do Acórdão nº 02-26.996, da 1ª Turma da DRJ/BHE, sessão de 31/05/2010, exarado nos autos do processo nº 13609.001603/2009-78, de interesse da pessoa jurídica Embrasil – Empresa Brasileira Distribuidora Ltda, que incorporou parte do patrimônio da recorrente (cindida).

No aludido Acórdão, a colenda Turma da DRJ/BHE, por unanimidade de votos, julgou não restar configurado o evidente intuito de fraude, condição indispensável ao qualificação da multa para 150%.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos – Relator

Os recursos atendem aos requisitos legais, razão pela qual devem ser conhecidos.

Recurso de ofício

Conforme relatado, o colegiado julgador *a quo* exonerou crédito tributário nos montantes de R\$1.267.600,00, relativamente ao IRPJ (fatos geradores 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004) e de R\$463.851,00, relativamente à CSLL (fatos geradores 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004).

O motivo do cancelamento destas foi o reconhecimento do transcurso do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, conforme se verifica por meio do seguinte trecho do acórdão de piso, fls. 1350:

Assim considerando as datas dos fatos geradores, demonstra-se na tabela a seguir o termo inicial da contagem do prazo decadencial, observando-se o art. 173, I, do CTN:

<i>Fato Gerador</i>	<i>Ex. Lançamento</i>	<i>1º dia Ex. Seguinte</i>
31/12/2003	2004	01/01/2005
31/03/2004	2004	01/01/2005
30/06/2004	2004	01/01/2005
30/09/2004	2004	01/01/2005
31/12/2004	2005	01/01/2006

A impugnante tomou ciência dos Autos de Infração em 06/01/2010, conforme "AR" de fl. 1111 e 1112, após transcorrido cinco anos do prazo inicial, discriminado na tabela acima, para os fatos geradores 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004. Desse modo, assiste razão à impugnante quanto a decadência do direito da Fazenda Nacional constituir crédito tributário quanto a esses fatos geradores.

Diante do exposto, em relação a tais parcelas da exigência fiscal, devidamente canceladas pelo colegiado recorrido, considero que o recurso de ofício não merece ser provido.

O acórdão de piso também exonerou crédito tributário no valor de R\$35.427,48, relativamente à Cofins (fatos geradores 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e

31/12/2005) e no valor de R\$7.675,94, relativamente ao PIS/Pasep (fatos geradores 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e 31/12/2005).

Em relação a tais parcelas, assim se manifestou o acórdão de piso, fls. 1353:

[...] devem ser cancelados os créditos tributários constituídos de ofício relativos à Cofins e ao PIS, apurados sobre as receitas oriundas da cessão de crédito, em razão das decisões proferidas pelo STF relativas à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei no 9.718/98, nos termos da legislação acima transcrita.

De fato, as aludidas parcelas do lançamentos decorrem da tributação de receitas advindas da cessão de crédito relacionados às quotas de contribuição sobre a exportação de café, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF.

Também é fato inconteste que, no julgamento dos RE nº 390.840, 346.084, 358.273 e 357.950, o STF declarou inconstitucional a alteração trazida pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, relativamente à definição da base de cálculo daquelas contribuições.

Na época em que foi prolatada a decisão de piso, havia previsão legal para aplicação, no âmbito do processo administrativo fiscal, de decisões plenárias e definitivas do STF, declarando a inconstitucionalidade de legislação tributária (art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09).

Assim sendo, em relação às parcelas exoneradas do PIS e Cofins, considero que o presente recurso de ofício não merece provimento.

Nestes termos, voto por negar provimento ao presente recurso de ofício.

Recurso voluntário

Preliminares de nulidade

Em sede de preliminar, a recorrente argüiu a nulidade do presente lançamento, por alegada ausência de fundamentação legal, ausência de indicação da legislação que confira poderes à fiscalização para questionar a licitude das operações societárias licitamente realizadas, ausência de indicação do fato gerador, ausência de prova do evidente intuito de fraude, ausência de demonstração (no acórdão recorrido) de ocorrência do “casa/separa”. Nestes termos, requereu a nulidade do lançamento. Alternativamente, requereu que as preliminares sejam apreciadas como questões de mérito.

No tocante à suposta ausência de fundamentação legal e ausência de indicação do fato gerador, a simples leitura dos autos de infração constantes do presente processo demonstra a total improcedências de tais alegações.

Importante destacar que uma eventual indicação errônea de tais itens não ensejaria a nulidade do lançamento, mas tão somente o eventual reconhecimento da sua improcedência.

Em outras palavras, tais alegações, em conjunto com as demais argüições apresentadas pela recorrente, efetivamente devem ser apreciadas como razões de mérito, em estrita conformidade com o pedido alternativo formulado pela própria recorrente.

Mérito

Da inexistência de fraude nos atos de cisão parcial da recorrente e da conseqüente impossibilidade de qualificação da multa de ofício

A presente autuação decorreu da constatação da desconsideração de uma operação de reorganização societária (cisão seguida de incorporação), por se tratar de negócio jurídico supostamente simulado.

Em sua peça recursal, repetindo o que foi alegado na fase impugnatória, a contribuinte argüiu a inexistência de provas no sentido de que as cisões parciais, seguidas de incorporação, teriam sido "uma manobra para encobrir a real operação, que na verdade foi a cessão de crédito".

No entender da recorrente, o negócio jurídico por ela praticado reuniu todos os elementos necessários à sua formação, nos termos de uma lei válida e vigente. Por esta razão, as aludidas operações gozam da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Acrescentou que o presente Auto de Infração não trouxe qualquer fundamentação legal que autorizasse a pretendida "desconsideração" das operações de cisão seguidas de incorporação.

Inexistindo qualquer tipo de proibição legal para as citadas operações societárias, por força do princípio da legalidade, poderia o contribuinte, perfeitamente, adotar métodos que resultassem no não pagamento do tributo ou na redução da carga tributária. Em outras palavras, sustentou que as atividades lícitas de planejamento tributário não podem ser objeto de análise pela Fiscalização, para fins de aplicação de sanções.

Admitiu, expressamente, que pretendeu transferir parte do seu patrimônio (legalmente contabilizado) para as empresas Embrasil - Empresa Brasileira Distribuidora Ltda. e Embraex Trading Import e Export Ltda (atualmente Cobimex). Também não havia impedimento legal para que a aludida parcela do patrimônio transferida fosse constituída por créditos oriundos de recolhimento indevido, passíveis de recuperação junto ao Fisco Federal.

No entender da recorrente, uma vez consumada a transferência do patrimônio, com a sua incorporação ao patrimônio das empresas beneficiadas, caberia a elas dar o destino que melhor lhes aprouvesse.

Discordo das alegações da recorrente acerca da oponibilidade perante o Fisco das sucessivas operações de reorganização societária, posto que tais operações claramente possuíam um objetivo diverso, qual seja o de acobertar uma cessão de créditos.

Sobre o tema, adoto e transcrevo parcialmente as razões de decidir constantes do Acórdão recorrido, fls. 1357-1361, *verbis*:

No que concerne aos negócios formalizados a título de "planejamento fiscal" ou "negócio jurídico indireto", tem-se que eles não são válidos por si mesmos, devendo sua validade ser verificada à luz da teoria dos fatos jurídicos; e se constatada a presença de simulação, configurada pela divergência entre a

vontade manifestada e a vontade real, devem ser desconsiderados.

A substância dos atos deve prevalecer sobre a sua aparência ou sobre a forma em que se apresentam. Assim, é de se verificar que no caso concreto não havia realmente a intenção de cindir a empresa, mas apenas ceder os créditos, cuja utilização na compensação com débitos de terceiros é vedada em função do que dispõe o art. 74 da Lei nº 9430/96.

[...]

Diante de tudo que foi exposto no TVF, transcrições acima, constata-se a intenção inequívoca de aquisição da empresa somente para recuperação do crédito e como, judicial ou administrativamente, resultou infrutífera a utilização do crédito para compensação com débitos de terceiros, em razão da vedação contida na Lei nº 9.430/96, a impugnante resolveu simular a reorganização societária para encobrir a cessão onerosa do crédito para as empresas, Embrasil e Embraex, se furtando a recolher os tributos ora exigidos e burlando a legislação vigente.

Comprovada a prática dolosa, visto que a impugnante agiu consciente e voluntariamente, a Fiscalização aplicou corretamente a multa de ofício qualificada, nos termos do art. 44, I e § 1º, da Lei 9.430/1996, que determina a incidência do percentual de 150% nos lançamentos de ofício, nos casos definidos nos art. 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Discordo frontalmente das razões de decidir constantes do Acórdão nº 02-26.996, de 31/05/2010, prolatado pela 1ª Turma da DRJ/BHE, referente ao processo nº 13609.001603/2009-78, e que foram trazidos aos autos em sede de “aditamento ao recurso voluntário”.

Naquele julgado, os ilustres julgadores da DRJ/BHE descaracterizaram a conduta dolosa pelo simples fato de que os protocolos de cessão fizeram referência expressa aos contratos de cessão de créditos.

Em relação a este tema, considero que o acórdão recorrido foi bastante preciso e objetivo, razão pela qual mais uma vez adoto e transcrevo parcialmente suas razões de decidir, fls. 1357-1358:

Alega a impugnante que não teve intuito de omitir ou esconder a real intenção objetivada com a celebração da cisão, já que registrou, perante a JUCEMG, "Protocolo de Cisão", de 12 de dezembro de 2003, repetindo-se no "Protocolo de Cisão Complementar, de 10 de maio de 2005, que assim declararam:

"A cindida possui um crédito registrado em seu ativo referente a recolhimentos no período de dezembro de 1986 a abril de 1990 de tributo denominado Cota de Contribuição Sobre Exportação instituído pelo Decreto Lei 2.295/86 declarado inconstitucional pelo STF através do RE no. 191.044-5/SP e RE no. 198.554-2/SP

e não tendo como aproveitá-lo por intermédio próprio decidiu transferi-lo para a Embrasil e Embraex ..."

Apesar do acima alegado, configura-se como simulação, esse comportamento do contribuinte em que se detecta uma discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para a exteriorização dessa vontade, revelada pela inadequação ou inequivalência da forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta. Isso porque o propósito jurídico de uma reorganização societária é a sua conseqüente reorganização, o que não ocorreu, visto que os sócios saíram da sociedade no mesmo ato em que se deu a cisão seguida da incorporação, recebendo de volta o correspondente a essa participação, na mesma data e no mesmo ato da cisão, caracterizando a operação intitulada "casa/separa".

A respeito da operação supra mencionada, cabe ressaltar posicionamento da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no acórdão proferido no processo nº 10882.002039/2003-98, em sessão realizada no mês de março de 2010, no qual, por voto de qualidade, o Colegiado deu provimento ao Recurso Especial interposto pela PGFN, que pretendia o restabelecimento da multa qualificada aplicada pela fiscalização sob o fundamento de que o planejamento tributário questionado teria se operado mediante simulação. No caso julgado, a Câmara recorrida afastou a multa aplicada no percentual de 150%, mesmo reconhecendo expressamente a ocorrência da operação conhecida como "casa/separa".

Segundo o entendimento defendido na tese vencedora, uma vez reconhecida a operação, também há que ser reconhecida a simulação do negócio jurídico utilizado para acobertar a operação efetiva (compra e venda), havendo, por conseguinte, justa causa para a exigência da penalidade agravada.

Restou caracterizado também o abandono sem justificativa da forma jurídica habitual para empreender o negócio. Seria mais rápido e mais fácil constituir um contrato de cessão onerosa de crédito.

O negócio jurídico, para traduzir-se em um comportamento elisivo, legalmente aceito, não pode fraudar o sistema normativo em que foi erigido. Sendo o propósito do negócio entabulado a economia tributária, revelada pela fiscalização, e burlar a vedação contida na norma legal, deve-se ignorar o negócio realizado. E nesse ponto se apóia a fiscalização para imputação do dolo na operação realizada pela impugnante.

In casu, considero amplamente demonstrada a prática dolosa, visto que a impugnante agiu consciente e voluntariamente com a intenção de excluir e/ou reduzir a incidência tributária. Conseqüentemente, afigura-se correta a aplicação do disposto no art. 44, I e § 1º, da Lei 9.430/1996, que determina a aplicação da multa de ofício qualificada, nos casos definidos nos art. 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Não deve prosperar a alegação da recorrente acerca de eventual impossibilidade de aplicação, no caso em apreço, da norma prevista na alínea "a" do inciso II do § 12º do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Sobre o tema, posicionou-se com suficiente clareza o acórdão de piso, fls. 1361-1362 (grifado no original):

Por oportuno, há que se transcrever o caput do art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002:

*Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá na **compensação de débitos próprios** relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Sem destaque no original).*

Da leitura do ato normativo é de dizer que a vedação contida na IN SRF nº 41, de 2000, permaneceu quando das alterações na sistemática da compensação, veiculadas pela MP nº 66, convertida na Lei nº 10.637, ambas de 2002, e passou a constar expressamente do art. 74, § 12, II, da Lei nº 9.430/96.

Não é diferente o entendimento adotado no voto proferido no Recurso Especial nº 653.553 - MG (2004/0057525-1) interposto junto ao STJ pela impugnante, na Ação de Mandado de Segurança, processo nº 2002.38.00.002053-3/MG (fls. 1026 a 1032). Tal decisão assim dispõe:

(...)

Assim, é imperioso concluir que não há ilegalidade na vedação contida no art. 1º da Instrução Normativa 41/2000 da SRF, porquanto amparada no art. 74 da Lei 9.430/96 (redação vigente à época da impetração).

Por fim, cabe frisar no tocante a nova redação do artigo acima referido, que "será considerada não declarada a compensação nas hipóteses em que o crédito seja de terceiros" (art. § 12, II, "a", da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004).

Diante do exposto. deve ser negado provimento ao recurso especial.

É o voto.

*Dessa forma, desde a edição da IN SRF 41, de 2000, a compensação intentada pela impetrante, de débitos de terceiros com créditos a ela pertencentes, é vedada. As mudanças acarretadas com a alteração promovida pela Lei 11.051/94 foram quanto aos efeitos, advindos da entrega da Declaração de Compensação após a edição da citada lei, que são consideradas **não declaradas, e entre outros efeitos, não se submetem ao rito do Decreto nº 70.235, de 1972.***

Por fim, cumpre analisar as inovadoras arguições de nulidade trazidas aos autos pela recorrente, relativas à alegada ausência de fundamentação legal, ausência de indicação da legislação que confira poderes à fiscalização para questionar a licitude das operações societárias licitamente realizadas, ausência de indicação do fato gerador, ausência de prova do evidente intuito de fraude, ausência de demonstração (no acórdão recorrido) de ocorrência do “casa/separa”.

Conforme decidido em tópico específico do presente voto, tais alegações devem ser apreciadas como razões de mérito, em estrita conformidade com o pedido alternativo formulado pela própria recorrente.

A simples leitura do “enquadramento legal” dos autos de infração, acompanhada de uma breve análise do Termo de Verificação Fiscal demonstram, com clareza e facilidade, a total improcedência das arguições de ausência de fundamentação legal, de ausência de indicação do fato gerador bem como de ausência de prova do evidente intuito de fraude.

No tocante às demais alegações, considero que a sua improcedência resultou fartamente demonstrada na decisão de piso (cujas razões de decidir adoto), bem como no presente voto, por meio da minuciosa e detalhada análise de mérito foi até aqui realizada.

Para maior clareza, considero conveniente destacar que as questões relativas à possibilidade de lavratura de auto de infração contra empresa incorporadora a partir de representação emanada pela autoridade fiscalizadora, à possibilidade de o Fisco questionar a licitude de operações societárias, à prova do evidente intuito de fraude e à ocorrência do instituto denominado de “casa/separa” foram longa e expressamente debatidos ao longo do presente voto.

Diante do exposto, em relação aos temas até aqui debatidos, considero que o acórdão recorrido não merece quaisquer reparos.

Arguição de decadência

Considerando que o presente lançamento foi constituído em 06/01/2010, a contribuinte arguiu a decadência em relação aos fatos geradores nos anos-calendário de 2003 e 2004.

Não assiste razão à recorrente.

Conforme analisado no item antecedente, são fartas as evidências da simulação perpetrada pela contribuinte, com o evidente intuito de excluir / reduzir a incidência tributária sobre seus rendimentos.

Conseqüentemente, no presente caso a contagem do prazo decadencial não deve ser feita segundo as regras do art. 150 do CTN, mas sim segundo as regras previstas no art. 173, I, do mesmo código, *verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

A decisão de piso aplicou corretamente a aludida regra de contagem do prazo decadencial, tendo exonerado as parcelas das exigências referentes aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004 e 30/09/2004.

No tocante aos fatos geradores posteriores, efetivamente não devem prosperar as alegações da recorrente.

Assim sendo, em relação a este tema, o recurso voluntário não merece provimento.

Responsabilidade solidária dos sócios da pessoa jurídica autuada

A imputação de responsabilidade pessoal e solidária aos sócios da pessoa jurídica autuada foi assim justificada no Termo de Verificação Fiscal, fls. 43-44:

85. Como os sócios da empresa ora fiscalizada, exercem a administração da sociedade em conjunto, ambos tiveram interesse comum na situação que constituiu o fato gerador e por consequência tiraram o mesmo proveito econômico, devendo, portanto, serem incluídos na relação jurídico tributária solidariamente com a empresa que "produziu" o mesmo fato gerador.

88. Dentro do ponto de vista da não-exclusividade, a responsabilidade pessoal, de acordo com o inciso III do art. 135 do CTN (Lei 5.172/66), não exclui a responsabilidade solidária.

89. Pois conforme os fatos apresentados, depreende-se que os atos praticados pelos sócios em nome da sociedade, na realização dessas operações elaboradas pelos mesmos, foram derivados comprovadamente de uma má gestão. Com o intuito deliberado de ocultar, de impedir total ou parcialmente o conhecimento por parte da Fazenda da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, através de procedimentos de cisões parciais para encobrirem reais cessões de créditos, neutralizando, assim, indiretamente a vedação imposta pela alínea "a" do inciso II do parágrafo 12 do art. 74 da Lei 9.430/96 e pela IN SRF 41/2000 e conseqüentemente lesando os cofres públicos. Esses fatos, portanto, configuram atos praticados com excesso de poderes, e, principalmente, com infração à lei, fundamentando a hipótese de responsabilidade prevista no art. 135 do CTN abaixo citado.

90. O que se agrava ao considerarmos que nessas operações houve benefício exclusivo dos sócios administradores, que receberam as receitas oriundas das cessões de créditos da empresa via isenção de lucros distribuídos. E que agindo de forma dolosa, se utilizaram da sociedade em seu detrimento, reduzindo seu patrimônio praticamente em sua totalidade, praticando assim um ilícito societário grave, que motiva a responsabilidade pessoal dos mesmos.

Sobre o tema, assim se pronunciou o voto condutor da decisão de piso, fls.

O art. 124 do CTN determina que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Na medida em que o interesse dos sócios administradores era somente a recuperação do crédito e que os rendimentos provenientes da cessão dos créditos foram parar nas contas desses sócios, por meio de operação de reorganização societária para encobrir a real cessão do crédito, não resta dúvida do interesse comum dos sócios no fato gerador da obrigação tributária revelada pela fiscalização.

De outro lado, os sócios, sem interesse na continuidade das atividades da empresa, deliberaram por simular uma cisão parcial, conforme amplamente descrito nos autos, recebendo as receitas oriundas do negócio realizado via distribuição de lucros. Na presente situação, em que se utilizou fraudulentamente a empresa, os sócios respondem pessoalmente pelos danos causados, nos termos art. 135, III, do CTN.

Por tudo que foi exposto, não se pode afastar a sujeição passiva, pessoal e solidária dos sócios Alyson Carvalho Rocha e Adriano Ferreira Sodré.

As razões acima expostas demonstram, com clareza, que os sócios, além de ter interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação tributária, também utilizaram fraudulentamente a pessoa jurídica.

Consequentemente, no presente caso deve ser mantida a responsabilidade pessoal e solidária dos sócios da pessoa jurídica autuada.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos

Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Redator Designado

Afastamento da multa qualificada

Peço vênia ao eminente conselheiro relator para proferir posicionamento sobre o que decidido pela maioria da Turma julgadora, que discordou do seu voto no que diz respeito à qualificação da multa e, por efeito reflexo, do reconhecimento da decadência do lançamento. Veja-se.

A multa por infração somente deve ser qualificada, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando ficar efetivamente comprovada a existência de uma das condutas especificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, isto é, fraude, dolo ou simulação, condutas estas que exigem provas diretas e objetivas, não admitindo presunção.

É dizer: para que seja tolerada a qualificação da multa de ofício, é preciso que haja a efetiva comprovação da autoria da prática do fato delituoso. Isso porque, em matéria de delito não é admissível a presunção: ou existe prova concreta da autoria quanto à prática do fato delituoso ou, na dúvida, aplicam-se as disposições do artigo 112, III, do CTN que determina que quando a lei tributária define infrações ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à autoria, imputabilidade, ou punibilidade.

Assim, com relação à qualificação da multa, tenho, a princípio, entendimento de que a mera omissão de rendimento, não acompanhada de outras condutas gravosas que denotem o evidente intuito de fraude, deva ser apenada com a multa de 75%, somente vindo a ser qualificada quando identificada aquela situação específica.

É que a multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº. 9.430/96, já tem como pressuposto lógico a omissão de rendimento por parte do contribuinte que não o entrega à tributação. Em verdade, se não houvesse a referida omissão, não haveria a lavratura do auto de infração. A sua postura, nesta situação, é meramente omissiva – e não pró-ativa.

Nesse sentido, é o entendimento firmado por este Conselho na Súmula nº 25:

Súmula CARF nº 25: 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.

Situação diversa, no meu entendimento, é a daquele contribuinte que, dolosamente, pratica atos com o objetivo de fraudar a incidência do tributo, ou seja, que portase ativamente na ocultação da ocorrência do fato imponible. Nesta hipótese, quando o contribuinte agrega à sua omissão (pressuposto), uma ação dolosa para dissimular referida omissão, aí sim estaria o mesmo sujeito a qualificação da penalidade.

Referido entendimento vem corroborado por julgamentos deste 1º Conselho de Contribuintes, quando entende que “a mera omissão de rendimento não justifica o agravamento da multa, de 75% para 150%, haja vista que o primeiro percentual já é estabelecido para os casos em que o contribuinte não oferece rendimentos à tributação”

(aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relatora Conselheira Thaísa Jansen Pereira, no recurso nº 134.875, acórdão nº 10613722). Assim, “*deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação de fraude. Incabível a aplicação de penalidade por presunção de fraude, em face de mera omissão de rendimentos apurada no lançamento*” (aceitação unânime da 2ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no recurso 143.280, acórdão 10247397).

Ainda, reforça este posicionamento a constatação de que “a majoração da multa de ofício deve estar suficientemente justificada e comprovada nos autos, já que decorre de casos de evidente má-fé” (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, no recurso 147842, acórdão 10615545).

A Autoridade Fiscal, ao analisar os negócios jurídicos praticados pelo Recorrente, verificou que um ato foi praticado no intento exclusivo de reduzir a tributação do negócio jurídico. No entendimento da Autoridade Fiscal, houve abuso de forma, quando a substância da matéria é distinta da operação formalmente praticada. Trata-se, portanto, de hipótese de reclassificação do negócio jurídico, em que se toma uma conduta formalmente lícita e se lhe atribui os efeitos próprios do negócio jurídico materialmente considerado.

Resguardado meu posicionamento acerca do mérito, não existiu, o dolo conscientemente de praticar o “ilícito”, é dizer, na busca de resultado ilícito, mas sim o de praticar um ato na consciência de sua licitude, só que, na verdade, evitado pelo vício da simulação.

A discussão meritória se pauta sobre a possibilidade de usar-se da cisão como instrumento para transferência patrimonial. De fato é possível, desde que a forma se coadune com a substância. Noutros termos, a cisão deve ter o seu verdadeiro propósito alcançado, e não deve ser usada com fins únicos de reduzir a incidência de tributos. No caso, entendeu-se que houve, na substância, foi uma cessão de crédito, que deve ser tributada como tal, em acordo com a jurisprudência deste Conselho.

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Deste modo, voto por desqualificar a multa de 150% para o percentual de 75%.

Decadência

Como efeito reflexo da desqualificação da multa de ofício, é de ser reconhecida a decadência do lançamento no que diz respeito ao 4º trimestre do ano de 2004.

Tendo havido pagamento parcial e afastada a hipótese de qualificação, não deve ser aplicada a regra prevista no artigo 173, I e a contagem do prazo deve ser iniciada desde a ocorrência do fato impositivo, tal seja o 4º semestre de 2004.

Como se observa nos autos, o Recorrente somente fora notificado do lançamento em 06/01/2010. Tomando por base que o 4º semestre de 2004 se encerra no último dia do exercício financeiro daquele ano, em 01/01/2010 já está ocorrida de forma plena a decadência quanto ao direito do fisco de constituir o crédito tributário.

A matéria debatida está documentalmente comprovada nos autos, de maneira que é evidente a decadência dos fatos impositivos ocorridos no 4º trimestre de 2004, razão pela qual, com a devida vênia, não acompanho o relator e voto pelo reconhecimento da decadência com o fim de afastar o lançamento no período supramencionado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira