



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

Processo n° 10675.001884/2003-91
Recurso n° 162.906 Voluntário
Acórdão n° **3402-001.007 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 03 de fevereiro de 2011
Matéria COFINS - FALTA DE RECOLHIMENTO -
Recorrente BC COMÉRCIO EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA.
Recorrida DRJ - JUIZ DE FORA MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/04/1988 a 31/08/1999

COFINS - OMISSÃO DE RECEITA - PROVA - INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO.

A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser manter a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes.

Recurso Voluntário Negado.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIROS NÃO COMPONENTES DO CONTRATOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS. CANCELAMENTO.

Não restando cabalmente comprovada pelo Poder Público nem a *gestão de fato* dos terceiros não componentes do contratos sociais, quanto as atividades da autuada, e nem o *interesse comum* dos terceiros na situação que constitua o objeto do fato gerador praticado pela empresa, não merece permanecer a solidariedade tributária.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado: I) quanto ao recurso da Pessoa Jurídica, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso; e II) quanto aos recursos das pessoas físicas, por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso para excluir a

responsabilidade solidária. Vencido o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça (Relator). Designado o Conselheiro Leonardo Siade Manzan para redigir o voto vencedor.

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente Substituto

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

JOÃO CARLOS CASSULI JR.

Redator Designado Ad Hoc

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Sílvia de Brito Oliveira e Leonardo Siade Manzan presentes à sessão. Em face do afastamento por motivos de saúde da Conselheira Nayra Bastos Manatta, o acórdão é assinado digitalmente pelo Presidente Substituto Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

Trata-se de **Recursos Voluntários** da Autuada (B. C. Comércio e Exportação de Café Ltda. fls. 737/762) e responsáveis solidários (Paulo Sérgio de Oliveira fls. 782/798 e Nilson José de Melo fls. 764/780) contra o v. Acórdão nº 09-21.301 exarado em 22/10/08 (fls. 698/731) pela 2ª Turma da DRJ de Juiz de Fora - MG que, por unanimidade de votos, houve por bem, ratificar a responsabilidade atribuída aos Srs. Adriano Galvão de Oliveira Damasceno, Paulo Sérgio de Oliveira e Nilson José de Melo e excluir da sujeição da passiva o Sr. Luiz Carlos Pelissari Silveira e “julgar procedente” o lançamento original da **Contribuição para a COFINS (fls. 348/355), notificado em 09/06/03, no valor total de R\$ 933.566,27 (COFINS R\$ 282.351,20; Multa 150% R\$ 423.526,76; e Juros R\$ 227.688,31), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 30/04/98 a 15/09/99 nos seguintes termos**

“001 – COFINS - DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO – COFINS (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS)

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foi constatado o não recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social desde o início das atividades da empresa, ocorrida em Maço/1998, até a paralização de suas atividades, ocorrida em Agosto/1999 (fls. 274).

A mesma nunca apresentou as declarações a que estava sujeita ao Fisco Federal (fls. 272/273), deixando de apresentá-las até mesmo no curso do procedimento fiscal, apesar de intimada reiteradas vezes.

As receitas que compuseram a base de cálculo da referida contribuição foram demonstradas pelo contribuinte em planilha denominada "Informações prestadas à SRF"(fls. 70)ressaltando que não estão incluídas as vendas com fim específico de exportação a empresas exportadoras (art. 7º da LC 70/91, com nova redação dada pela LC 85/96, e MP 2.158-35/01), demonstradas pelo contribuinte no item 3 da referida planilha, como sendo vendas ao exterior.

As receitas demonstradas pelo contribuinte estão corroboradas pelos livros fiscais Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS(fl. 80)

Os fatos constatados no curso do procedimento fiscal e detalhadamente descritos no Relatório Fiscal (fls. 355), parte integrante do presente Auto de Infração, apontaram a existência de beneficiários diversos daqueles do contrato social da empresa, o que levou à lavratura do Termo de Declaração de Sujeição Passiva Solidária, arrolando como responsáveis na qualidade de contribuintes solidários os Srs. Nilson José de Melo - CPF: 480.791.206-15 (fls. 234) e Paulo Sérgio de Oliveira - CPF: 682.348.216-87 (fls. 239).

Intimados todos os responsáveis, quer seja na qualidade de sócio-gerente, procuradores ou contribuintes solidários a manifestarem-se quanto aos valores apurados/devidos da contribuição nos anos-calendário de 1.998 e 1.999, conforme demonstrativo apresentado denominado "Apuração de Débito", não houve contestação dos valores apresentados, apenas quanto à responsabilidade imputada (fls. 251/262 e 271)."

Em razão de “diferença apuradas entre o valor escriturado e declarado”, razão do que, a d. Fiscalização considerou infringidos os artigos capitulados no AI, e devidos a **multa de 150%** capitulada nos Art. 86, § 1º, Lei nº7.450/85; art. 2º da Lei nº7.683/88; e art. 44, inciso II, da Lei nº9.430/96, e **juros à taxa SELIC** nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96;

Anoto que o presente processo já foi anteriormente submetido a julgamento perante a 3ª Câmara do antigo 2º CC que, acolhendo os Embargos de Declaração nº 126.450 interpostos pela autuada ora Recorrente, através do v. Acórdão nº 203-12.647 (fls. 673/679) exarado em sessão de 12/12/07 (Rel. Cons. Carlos Dantas de Assis) anulou “o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que outra seja proferida analisando-se, também, os argumentos produzidos pelas pessoas físicas responsabilizadas no Auto de Infração”, para tanto baseando-se nos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/04/1998 a 31/08/1999

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. DIREITO À IMPUGNAÇÃO. NECESSIDADE DE CONHECIMENTO PELA

Nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento deve identificar os sujeitos passivos da relação obrigacional tributária, incluindo, quando possível, além do contribuinte o responsável tributário referido no inciso II do art. 121 do referido Código. Efetuado o lançamento contra o contribuinte e o responsável tributário, ambos tem direito à impugnação, a qual, se apresentada pelo responsável tributário, deve ser conhecida pela primeira instância, sob pena, em caso contrário, implicar na anulação do processo desde a decisão recorrida, inclusive, para que outra seja proferida em seu lugar, considerando os argumentos de defesa de todos os sujeitos passivos impugnantes.

Embargos acolhidos.”

Retornados os autos à instância “a quo”, a nova r. decisão ora recorrida (fls. 698/731) da 2ª Turma da DRJ de Juiz de Fora - MG, houve por bem, ratificar a responsabilidade atribuída aos Srs. Adriano Galvão de Oliveira Damasceno, Paulo Sérgio de Oliveira e Nilson José de Melo e excluir da sujeição da passiva o Sr. Luiz Carlos Pelissari Silveira e “julgar procedente” o lançamento original da Contribuição para a COFINS (fls. 348/355), aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 30/04/1998 a 31/08/1999

RECEITA. BASE PARA O LANÇAMENTO. Tomou a fiscalização como base para o lançamento a receita bruta conhecida, informada pela própria contribuinte e confirmada pela Fiscalização nos livros fiscais da pessoa jurídica.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. INDÍCIO DE OMISSÃO DE RECEITA

Os autos demonstram que a movimentação bancária foi observada pela fiscalização apenas como indicio de omissão de receitas, o que acabou se confirmando ante as receitas presentes no Livro Registro de Apuração do ICMS em contraste com a falta de recolhimento de qualquer valor aos cofres da União a título de tributo e contribuição.

MULTA DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS

Restando comprovada a ocorrência da circunstância qualificadora alegada pela fiscalização, imprescindível para o agravamento, impõe-se a aplicação da multa de 150%.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998, 1999

DECADÊNCIA

O pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN; a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE.

Respondem solidariamente pelo crédito Tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998, 1999

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente”

Em suas razões de Recurso Voluntário (fls. 737/762), a Autuada (B. C. Comércio e Exportação de Café Ltda.) ora Recorrente, sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve tendo em vista: a) a decadência do direito de constituir parte do crédito tributário nos termos do art. 150, § 4º do CTN; b) a nulidade do procedimento fiscal por ter utilizado os dados fornecidos pelas instituições financeiras em razão da CPMF, somente autorizada pela Lei nº 10.174/01, que não poderia ser aplicada retroativamente para fiscalizar fatos ocorridos em 1998; que estariam sob regência da Lei nº 9.311/96, sendo certo ainda ilegal e inconstitucional a quebra do sigilo bancário; c) a ilegalidade do lançamento com base no faturamento escriturado no Livro de Apuração do ICMS, eis que naquele livro estariam incluídos valores que não representam o faturamento; d) a improcedência da afirmação fiscal de ser o sócio gerente um laranja e a arbitrariedade da multa agravada de 150% já proclamada pela anterior decisão anulada; ante a total ausência de fraude ou dolo.

Por seu turno em suas razões de Recurso, os responsáveis solidários (Paulo Sérgio de Oliveira fls. 782/798 e Nilson José de Melo fls. 764/780) sustentam a inexistência de responsabilidade solidária, que estaria baseada em meras presunções incomprovadas, eis que não existiria nenhuma prova concreta de sua participação no fato gerador da empresa autuada, sendo inverídicos os fatos de que a empresa autuada teria sido constituída no mesmo endereço de outras empresas estabelecidas na proximidade da autuada, e que a identificação de recursos destinados aos responsáveis, por si só não comprovaria a efetiva gerência dos responsáveis nem as suas participações nos fatos geradores da autuada, que autorizassem a conseqüente imputação de solidariedade nos termos dos arts. 124 e 135 do CTN.

Voto Vencido

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2015 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 09/0

3/2015 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 04/03/2015 por FERNANDO LUIZ DA G

AMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Recurso é tempestivo mas, no mérito não merece provimento.

Inicialmente anoto que a r. decisão recorrida mostra-se incensurável quando afasta a nulidade do Auto de Infração por ter se baseado em Livros e informações fiscais prestadas ao Fisco Estadual, eis que a falta de recolhimento da COFINS apurada com base em Livros Fiscais e informações fornecidas ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais do contribuinte, e não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório, como já assentou a Jurisprudência do E. STJ e se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO. PROVA EMPRESTADA. FISCO ESTADUAL. ARTIGO 199 DO CTN. ART. 658 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA (ART. 936 DO RIR VIGENTE).

1. O artigo 199 do Código Tributário Nacional prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações, desde que observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

2. O art. 658 do Regulamento do Imposto de Renda então vigente (Decreto nº 85.450/80, atualmente art. 936 do Decreto n.º 3.000/99) estabelecia que "são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Regulamento e permitindo aos fiscais de tributos federais colher quaisquer elementos necessários à repartição, todos os órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista".

3. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à PROVA EMPRESTADA, coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265).

4. Recurso especial improvido.” (cf. Ac. da 2ª Turma do STJ no REsp. nº 81.094-MG, Reg. nº 1995/0063138-5, em sessão de 05/08/04, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 06/09/04 p. 187)

Por seu turno a Jurisprudência Judicial também já que “os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor” como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, § 1º DO CTN.

1. O artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.

2. A Lei nº 9.311/96 instituiu a CPMF e no § 2º do artigo 11, determinou que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.

3. A Lei 10.174/2001 revogou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/91, permitindo a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.

4. Outra alteração legislativa, dispondo sobre a possibilidade de sigilo bancário, foi veiculada pela o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001.

5. O artigo 144 , § 1º do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.

7. Ressalvado o prazo que dispõe a Fazenda Nacional para a constituição do crédito tributário.

8. Recurso especial improvido. (cf. AC. da 2ª Turma do STJ no REsp nº 628116-PR; Reg. nº 2003/0230852-7, em sessão de 15/09/05, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 03/10/05 p. 181)

Da mesma forma, o agravamento da penalidade e a responsabilidade solidária das pessoas físicas responsabilizadas na peça acusatória, encontra-se solidamente fundamentada, não só no relatório Fiscal (fls. 355/369), mas na própria r. decisão recorrida (fls. 698/731), que rebateu com vantagem as objeções levantadas pelos recorrentes e cujos fundamentos, por amor à brevidade adoto como razões de decidir, vez que tanto na fase impugnatória como na fase recursal os interessados não apresentam provas suficientes para descaracterizar, quer o agravamento da penalidade como a responsabilidade solidária.

Finalmente, tratando-se de comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que justificaram o agravamento da penalidade, inaplicável o prazo de cinco anos, previsto no § 4º do art. 150 do CTN, aplicando-se o art. 173, I do CTN, tal como aplicado pela r. decisão recorrida, que assim se mostra em conformidade com a lei.

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** aos **Recursos Voluntários**, para manter a r. decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2011.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Voto Vencedor

Conselheiro JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, Redator designado *ad hoc*.

Em face da extinção do mandato do Ilustre Conselheiro Leonardo Siade Manzan, designado quando do julgamento para redigir o voto vencedor relativamente ao afastamento da responsabilidade solidária das pessoas dos Recorrentes Paulo Sérgio de Oliveira (Recurso acostado às fls. 780/796) e Nilson José de Melo (Recurso às fls. 798/814), fui designado “ad hoc” para esta honrosa tarefa, o que passo a desempenhar.

O Relatório elaborado pelo Ilustre Conselheiro Relator, Fernando Luiz da Gama Lobo D’Eça (o qual adoto integralmente), deixa expresso que os Recorrentes colocados no polo passivo por responsabilidade solidária, afirmam não possuírem essa condição ante ao fato de que a imputação que lhe estaria sendo feita baseia-se em meras presunções incomprovadas, eis que não existiria nenhuma prova concreta de sua participação dos mesmos na ocorrência dos fatos geradores dos tributos devidos pela empresa autuada, sendo inverídicos os fatos de que a empresa autuada teria sido constituída no mesmo endereço de outras empresas estabelecidas na proximidade da autuada, e que, a identificação de recursos destinados aos Recorrentes, por si só não comprovaria a efetiva gerência dos responsáveis nem as suas participações nos fatos geradores da autuada, que autorizassem a conseqüente imputação de solidariedade nos termos dos arts. 124 e 135 do CTN.

De fato, o Colegiado acolheu referidos argumentos recursais, afastando a responsabilidade solidária, pois que a capitulação legal da mesma estaria calcada no exercício de fato da gerência, mas para cuja conclusão, no entanto, não se poderia basear unicamente na transferência de recursos em seu favor, pois que tais eventos poderiam servir quando muito de *indícios*, mas não de prova contundente, convergente e conclusiva do exercício da gestão. Não provada cabalmente a gestão *de fato* daqueles que sequer compõe o quadro social da pessoa jurídica autuada, não se pode manter a responsabilidade com base em referido fundamento legal (art. 135, do CTN).

Por outro lado, o art. 124, do CTN, que imputa responsabilidade àqueles que possuírem interesse direto na situação que constitui o objeto do fato gerador, igualmente deve ser comprovado referido *interesse comum*, não sendo a mera operação de geração de receitas suficientes para estabelecer esse vínculo de solidariedade.

Desta forma, cotejando a acusação fiscal e as provas dos autos, e analisando o teor da peça de defesa e respectivos documentos, se pode concluir não ter restado cabalmente demonstrada nem a *gestão de fato* da autuada, e nem o *interesse comum* das partes na situação **que constitui o objeto do fato gerador, não merecendo permanecer a solidariedade.**

Processo nº 10675.001884/2003-91
Acórdão n.º **3402-001.007**

S3-C4T2
Fl. 995

Ante o exposto, **dá-se provimento aos Recursos Voluntários** dos Responsáveis Solidários, para afastar sua solidariedade de Paulo Sérgio de Oliveira e Nilson José de Melo.

(assinado digitalmente)

JOÃO CARLOS CASSULI JR. – Redator Designado *Ad Hoc*.

CÓPIA