



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10680.722849/2011-41
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-011.886 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 14 de setembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado NACIONAL MERCANTIL COMPUTADORES E SUPRIMENTOS DE INFORMATICA LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2006, 2007

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISSIMILITUDE FÁTICA.

Deve ser conhecido o Recurso Especial quando as diferenças verificadas entre as situações fáticas consideradas nos acórdãos paradigmas e no acórdão recorrido são meramente acidentais.

Hipótese em que os critérios jurídicos utilizados são distintos em relação a fatos comparáveis.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RETIRADA DE SÓCIOS DO QUADRO SOCIAL. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO.

Os sócios de fato somente são responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário quando demonstrada sua atuação vinculada à prática do fato jurídico tributário, ou a possibilidade de eles se beneficiarem de seus resultados. Ausente tal demonstração, e limitando-se a acusação ao disposto no art. 124 do CTN, são excluídos do pólo passivo da obrigação tributária resultante do crédito tributário lançado os sócios de fato e a pessoa jurídica constituída para abrigar seu patrimônio pessoal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama (relatora), Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que não conheceram do recurso. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em negar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão nº 1101-000.916, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que:

1. por unanimidade de votos, rejeitou a arguição de nulidade da decisão recorrida e sob reexame;
2. por unanimidade de votos, rejeitou a arguição de nulidade do lançamento;
3. por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso de ofício para prevalência do lançamento decorrente do primeiro procedimento fiscal iniciado;
4. por unanimidade de votos, rejeitou a arguição de decadência;
5. por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário relativamente à forma de apuração aplicada no ano-calendário 2007;
6. relativamente às glosas de custos inidôneos: a) por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário; b) por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso de ofício; 7) por voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário e deu provimento ao recurso de ofício, relativamente à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas;
7. por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário relativamente ao IRPJ e CSLL calculados sobre glosa de outras despesas;
8. por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício relativamente o IRRF calculado sobre pagamentos de outras despesas;
9. por unanimidade de votos, rejeitou a arguição de nulidade da prova compartilhada pelo Poder Judiciário;

10. por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário em relação a responsabilidade de Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva ;
11. por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário de Quatre Empreendimentos e Participações Ltda. em relação à responsabilidade;
12. também em relação à responsabilidade, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário de Informática Nacional S.A., nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

O colegiado *a quo*, assim, consignou a seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE. DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO JULGADOR SITUADO FORA DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO DO SUJEITO PASSIVO. REGULARIDADE.

As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento são órgãos de jurisdição nacional e podem apreciar litígios instaurados em qualquer local do território nacional.

PARCELAMENTO. ESPONTANEIDADE EXCLUÍDA.

A adesão ao parcelamento especial e a confissão de débitos pertinentes ao período fiscalizado não opera efeitos sobre a exigência fiscal se promovidos depois de excluída a espontaneidade mediante início do procedimento fiscal. A autoridade administrativa local deve, apenas, respeitar a suspensão da exigibilidade dos valores parcelados, bem como evitar a cobrança em duplicidade de débitos que se tornaram exigíveis em razão da referida confissão, mas sem dispensar os acréscimos devidos em procedimento de ofício.

SOBREPOSIÇÃO DE FISCALIZAÇÕES E EXIGÊNCIAS.

É preventa a autoridade fiscal que primeiro iniciar a formalização da exigência, devendo prevalecer o lançamento daí resultante, ainda que cientificado ao sujeito passivo posteriormente a outro lançamento decorrente de procedimento fiscal iniciado em segundo lugar.

DECADÊNCIA. APURAÇÃO ANUAL.

O prazo decadencial tem como termo inicial a ocorrência do fato gerador, o qual, na sistemática de apuração anual do lucro tributável, verifica-se em 31 de dezembro. Confirmada a opção da contribuinte pela apuração anual do lucro em 2006, o lançamento de ofício seria possível, minimamente, até 31/12/2011.

FALTA DE RECOLHIMENTO E DE DECLARAÇÃO.

Correto o lançamento de ofício dos tributos sobre o lucro reconhecido contabilmente quando o sujeito passivo se mantém omissor até o início do procedimento fiscal. ALTERAÇÃO DA FORMA DE APURAÇÃO. AUSÊNCIA DE OPÇÃO PELA APURAÇÃO ANUAL. O lucro tributável deve ser apurado trimestralmente. A apuração anual do lucro real somente é possível se o sujeito passivo formaliza a opção na forma estabelecida em lei.

GLOSA DE CUSTOS. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.

Correta a glosa de custos e a qualificação da penalidade aplicada quando demonstrado que os fornecedores não estavam estabelecidos de modo a entregar as mercadorias supostamente adquiridas. Cabe à contribuinte, em tais circunstâncias, demonstrar que as operações foram efetivamente realizadas, mediante prova da circulação das mercadorias e da efetiva tradição dos recursos financeiros em favor dos fornecedores.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

O não recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o ano-calendário.

CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE.

É compatível com a multa isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do ano-calendário, por caracterizarem penalidades distintas.

PRAZO DECADENCIAL PARA APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA.

Sendo obrigação acessória imposta aos contribuintes que optam pela apuração anual do lucro, a regra de contagem do prazo decadencial para aplicação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas é a mesma fixada para lançamento de diferenças apuradas no ajuste anual.

GLOSA DE DESPESAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA REDUÇÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL.

Cancela-se a exigência se ausente prova de que os valores, embora contabilizados a débito da conta agregadora do resultado do exercício, prestaram-se a reduzir o lucro tributável.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Período de apuração: 11/01/2006 a 23/03/2007

NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. PAGAMENTOS VINCULADOS.

Afastada a causa do pagamento contabilizado, bem como infirmado o beneficiário declarado, é cabível a tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 35% sobre o valor considerado líquido do imposto de renda que sobre ele incide, bem como a aplicação de multa qualificada em razão do evidente intuito de fraude.

IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. GLOSA DE DESPESA NA APURAÇÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL. INCIDÊNCIA DE IRPJ. COMPATIBILIDADE.

O art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, impõe consequências à fonte pagadora de rendimentos que não se desincumbe de seu dever de identificar o beneficiário e a causa do pagamento, de modo a permitir a confirmação da regular tributação de eventual rendimento auferido por aquele beneficiário. Nada impede que este mesmo pagamento, quando contabilizado como despesa, seja também glosado na apuração do lucro tributável e resulte na exigência de imposto da mesma pessoa jurídica, mas na condição de contribuinte.

DIVIDENDOS PAGOS A EMPRESAS INEXISTENTES.

Se a fiscalização afirma a inexistência dos beneficiários em razão de eles configurarem interpostas pessoas dos reais sócios da pessoa jurídica, há substrato suficiente para identificar o beneficiário e a causa do pagamento, não se justificando a presunção legal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RETIRADA DE SÓCIOS DO QUADRO SOCIAL. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO.

Os sócios de fato somente são responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário quando demonstrada sua atuação vinculada à prática do fato jurídico tributário, ou a possibilidade de eles se beneficiarem de seus resultados. Ausente tal demonstração, e limitando-se a acusação ao disposto no art. 124 do CTN, são excluídos do pólo passivo da obrigação tributária resultante do crédito tributário lançado os sócios de fato e a pessoa jurídica constituída para abrigar seu patrimônio pessoal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA. PESSOAS JURÍDICAS QUE SE SUCEDEM NO EXERCÍCIO DA MESMA EMPRESA.

Reunido robusto conjunto probatório no sentido de que a pessoa jurídica atuada foi substituída em seus estabelecimentos por outra constituída pelos mesmos sócios, é válida a inclusão da sucessora de fato como responsável pela totalidade do crédito tributário constituído.”

Irresignada, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, trazendo, entre outros, que:

- A 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF sustentando vício na descrição dos fatos geradores e no enquadramento legal da responsabilidade: a) cancelou a exigência de IRRF sobre os pagamentos contabilizados em favor de Vitória Participações Ltda e Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda., e b) afastou a responsabilidade de Marcos Aurélio de Guilherme Silva, Mara Lucia Tavares Barbosa Silva e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda;
- Esse julgado incorreu em contradição, pois o argumento ligado à violação do art. 142 por questões relacionadas à falha na motivação e no fundamento legal enseja a nulidade por vício formal dessa parte do lançamento e não, o seu cancelamento.

Em despacho em Embargos às fls. 3912 a 3914, os embargos foram rejeitados.

Insatisfeita, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, trazendo, entre outros, quanto:

- À responsabilidade, especificamente ao correto enquadramento legal, que:
 - ✓ É perfeitamente cabível à situação em tela a indicação do art. 124, inciso I, do CTN para fundamentar a sujeição passiva de Marcos Aurélio de Guilherme Silva, Mara Lucia Tavares Barbosa Silva e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda;
 - ✓ A fundamentação da responsabilidade no art. 124, I, do CTN não está equivocada e, ainda que a Câmara julgadora considerasse recomendável a citação de algum outro dispositivo legal, temos a presença de todos os elementos essenciais à validade do Auto, não restando evidenciada situação de prejuízo ao direito de defesa.
 - ✓ Da leitura deste dispositivo, pode-se extrair que, quando duas ou mais pessoas estiverem ligadas por interesse comum ao fato gerador dar-se-á a solidariedade legal presumida, o que ficou evidenciado nos autos pelo interesse comum dos sócios ocultos nos resultados do empreendimento;
 - ✓ Comprovou-se no caso o que se denomina de “solidariedade de fato” em virtude do interesse comum que as pessoas arroladas têm nos fatos geradores apurados pela fiscalização;
 - ✓ Como bem demonstrado pela fiscalização, o responsável tributário agia por meio de “testas de ferro” ou “laranjas” (os sócios formais da empresa em questão), sendo inquestionável, portanto, seu interesse na situação em tela.
- À nulidade por vício formal, que:
 - ✓ Um lançamento tributário é anulado por vício formal quando não se obedece às formalidades necessárias ou indispensáveis à existência do ato, isto é, às disposições de ordem legal para a sua feitura;
 - ✓ Na hipótese em apreço, a insuficiência na comprovação dos fatos imputados ao contribuinte e o erro no enquadramento legal da infração observados nos itens 6.a, 8, 9, 11 e 12 do dispositivo do acórdão são causas de anulação do lançamento por vício formal e não de cancelamento, vez que foi preterido o método estabelecido em lei. A propósito, a jurisprudência do CARF é farta em decisões que anulam o

auto de infração por vício de forma, em razão da falta de preenchimento de alguns dos requisitos estipulados no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e/ou art. 142 do CTN;

- À multa de 150%, que:
- ✓ Caso não seja anulada por vício formal, requer o restabelecimento da multa qualificada, conforme art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96;
- ✓ O Recorrido, durante anos consecutivos, em virtude da saída de numerário para pagamento de beneficiários não identificados, ofereceu à tributação um quantum menor que o devido;
- ✓ Com essa conduta, tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal;
- ✓ Ressalte-se que a reiteração dessa prática aliada aos resultados obtidos evidencia a clara intenção de fraudar o Fisco por meio da ação dolosa prevista no inciso I, do art. 71, da Lei 4.502/64.
- ✓ Trata-se o caso em questão, realmente, de um comportamento planejado com o propósito de impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador do tributo pela autoridade fiscal.

Em despacho às fls. 3931 a 3934, foi dado seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Contrarrazões foram apresentadas pelo sujeito passivo, trazendo, entre outros, que:

- O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional não preenche os requisitos legais para a sua admissibilidade;
- Não há dúvidas sobre o fato de o enquadramento dos coobrigados nas hipóteses elencadas no art. 124, inciso I, do CTN, exatamente o fundamento para a responsabilidade pessoal dos terceiros, não pode ser presumido, carecendo de provas inequívocas nos autos, exame esse que já foi realizado quando do julgamento do recurso voluntário, não sendo jurídica e processualmente cabível nova análise em sede de Recurso Especial;

- A sujeição passiva solidária não se apoia em meros indícios, presunções e ficções, sendo completamente incabíveis a esse propósito, de nada valendo para configuração da qualidade de responsável tributário, cabendo ao Fisco, em razão de seu dever constitucional de prova do suporte fático tributário, a demonstração da existência cabal dos elementos necessários e suficientes para a inclusão de determinada pessoa física ou jurídica no pólo passivo da demanda fiscal;
- Não houve a comprovação das hipóteses necessárias a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN, único fundamento apontado para a sujeição passiva dos recorridos pretendida pelo fisco.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora.

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, importante discorrer sobre os arestos recorrido e paradigma, para melhor elucidar meu direcionamento quanto ao conhecimento ou não das matérias trazidas em recurso.

Para tanto, importante recordar:

- As matérias admitidas em despacho:
 1. Responsabilidade Tributária de Marcos Aurélio de Guilherme Silva, Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda – art. 124, inciso I, do CTN;
 2. Nulidade por vício formal;
 3. Qualificação da multa de ofício aplicada.
- Os fatos do caso vertente, conforme relatório do acórdão recorrido:

- ✓ A Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática LTDA e os responsáveis tributários Informática Nacional S/A, Quatre Empreendimentos e Participações Ltda, Marco Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa, recorrem de decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ de Belo Horizonte/MG que, por unanimidade de votos, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTES as impugnações interpostas contra lançamento formalizado em 20/05/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 55.624.043,65.
- ✓ O Termo de Verificação Fiscal traz a “Representação para Propositura de Requerimento de Medida Cautelar Fiscal e Indicação de Responsáveis Tributários Solidários”, objeto do processo administrativo nº 10680.000747/201090, do qual foi extraído relatório fiscal que demonstra a criação sucessiva da empresa Nacional Teleinformática Importadora Ltda, seguida pela atuada e depois por Informática Nacional S/A, todas atuando nos mesmos endereços, sob os mesmos nomes de fantasia, com os mesmos empregados e estoques, e todas de propriedade e sob gestão de Marcos Aurélio de Guilherme Silva e sua esposa Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva;
- ✓ Detalha o encadeamento societário entre as empresas Nacional Teleinformática Importadora Ltda e a atuada, com destaque para operações com a intervenção do escritório de Juvenil Alves patrocinador do esquema de blindagem patrimonial descoberto no âmbito da “Operação Castelhana”, desenvolvida em conjunto pela Polícia Federal, Secretaria da Receita Federal e pelo Ministério Público Federal, que resultaram na atribuição das empresas a Djalma Leonardo de Siqueira que foi utilizado como “laranja” no esquema de blindagem patrimonial do Grupo Nacional, assim como de vários outros grupos econômicos, conforme informações resultantes daquela operação;

- ✓ Relata que a Nacional Mercantil possuía enorme passivo tributário e que suas filiais tiveram suas inscrições estaduais bloqueadas pelo fisco mineiro em decorrência de “irregularidades apuradas em ação fiscal”, as autoridades lançadoras demonstram a continuidade de suas atividades por meio da empresa Informática Nacional, destacando a evolução de seus faturamentos e da quantidade de empregados, e novamente mencionando o relatório fiscal inicialmente referido, bem como apontando seus 7 (sete) anexos, que também instruem estes autos.
- ✓ Menciona ainda a criação da empresa Quatre Empreendimentos e Participações Ltda para abrigar o patrimônio imobiliário do Grupo Nacional e seus sócios, e abordaram a falta de propósito negocial nas operações que se prestaram, apenas, a desvincular os verdadeiros proprietários do “Grupo Nacional” das obrigações tributárias, reportando-se a diversos documentos que assim demonstrariam.
- ✓ Todavia, a partir dos elementos coletados, foram identificadas notas fiscais acobertando custos e pagamentos referentes a operações que foram negadas pelos supostos fornecedores;
- ✓ Intimada a apresentar comprovação dos efetivos pagamentos (tais como saques bancários coincidentes em datas e valores, recebimentos em espécie e outros comprovantes da tradição, tendo em vista as vultosas quantias envolvidas), a fiscalizada apenas questionou os termos da intimação e não apresentou qualquer comprovação e reintimado, o sujeito passivo não atendeu ao requerido;
- ✓ Como as intimações dirigidas aos endereços antigo e novo da pessoa jurídica retornavam com a informação de mudança, Marcos Aurélio de Guilherme Silva, Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda foram constituídos responsáveis solidários pela fiscalizada, e Informática Nacional S/A como responsável subsidiário na forma do art. 133 do CTN. Na seqüência, as intimações foram dirigidas a Informática Nacional S/A

e só então respondidas, embora parcialmente, por Djalma Leonardo de Siqueira;

- ✓ As autoridades fiscais, então, abordam as irregularidades verificadas nos custos e pagamentos relativos às empresas Tecno Shop Ltda, Soie Informática Ltda, MGTECH Logística e Distribuição S/A, Broker RJ Comercial EletroEletrônico Ltda e Projetech Comercial Informática Ltda, e concluem pela glosa dos custos não comprovados, individualizando-os a partir da data e histórico dos lançamentos contábeis, e totalizando em R\$ 8.851.287,88 a glosa no ano-calendário 2006, e em R\$ 17.700,00 a glosa pertinente ao 1º trimestre de 2007;
- ✓ Registraram que embora a contribuinte tenha apresentado DIPJ com valores zerados, em 25.11.09 elas foram retificadas para consignar os valores expressos nos livros fiscais e contábeis. Também as DCTF foram retificadas em 16 e 25/11/2009, mas quando a contribuinte já estava sob ação fiscal;
- ✓ Em 2006, foram efetuados recolhimentos caracterizadores da opção pela apuração anual do lucro real, mas em 2007 eles não se verificaram, impondo-se a apuração trimestral do lucro real;
- ✓ As glosas de custos repercutiram na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, bem como na determinação das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, ensejando neste caso falta de recolhimento submetida à multa isolada de 50%;
- ✓ As autoridades lançadoras apuraram falta declaração/recolhimento do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual de 2006 e nos trimestres de 2007, estes determinados mediante soma das apurações mensais escrituradas pela contribuinte em seu LALUR;
- ✓ Os pagamentos contabilizados com base em documentação inidônea caracterizaram pagamentos sem causa e/ou a beneficiários não identificados, ensejando a exigência de imposto de renda retido na fonte (IRRF) na forma do art. 61, §1º da Lei nº 8.981/95, com base de cálculo reajustada na forma do §3º daquele dispositivo legal.

Foram submetidos também a esta incidência pagamentos contabilizados em favor de empresas inexistentes de fato (Vitória Participações Ltda e Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda), além do que foram glosados como despesas as duas parcelas de R\$ 280.000,00 destinadas àquelas empresas e que reduziram o resultado do exercício sob o histórico transferência de dividendos;

- ✓ Considerando a interposição de pessoas, a contabilização de notas fiscais inidôneas, as saídas de caixa acobertadas por documentação inidônea, concluiu-se que a fiscalizada praticou voluntária e intencionalmente atos que, analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar ninguém mais que o Fisco, visto que, o uso de documentos inidôneos leva à convicção de que a fiscalizada se orientou para a realização da infração, além do que, dispunha, em concreto, da capacidade de antecipar e prever as conseqüências do seu modo de agir, restando caracterizado o intuito de tirar proveito em detrimento do Fisco;
- ✓ Por fim, os fiscais autuantes noticiaram a lavratura de Termos de Responsabilização Solidária/Subsidiária, de forma a dar ciência dos Autos de Infração e seus respectivos Termos, aos responsáveis solidários pelo pagamento dos tributos e penalidades, nos termos dos artigos 124 e 133, do Código Tributário Nacional;
- ✓ Os Termos lavrados contra Marcos Aurélio de Guilherme Silva (fl. 2757/2763), Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva (fls. 2764/2772), Informática Nacional S/A (fls. 2773/2779) e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda (fls. 2780/2788), concluem pela responsabilidade solidária destas pessoas com fundamento no art. 124 do CTN, e reportam-se aos fatos constatados na “Operação Castelhana”, também detalhando o encadeamento societário entre as empresas Nacional Teleinformática Importadora Ltda e a autuada, a continuidade de suas atividades por meio da empresa Informática Nacional, a falta de propósito comercial nas operações que se prestaram, apenas, a desvincular os verdadeiros proprietários do “Grupo Nacional” das obrigações tributárias. Especificamente o termo

lavrado contra Informática Nacional S/A também consigna a responsabilidade subsidiária desta, nos termos do art. 133 do CTN;

- ✓ A Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda preliminarmente argüiu a competência da DRJ/São Paulo para apreciação de sua defesa; afirmou a nulidade do lançamento em razão da inclusão do crédito tributário no REFIS IV (Lei 11.941/2009); questionou a validade da prova emprestada, na medida em que o Poder Judiciário não teria compartilhado com a Delegacia da Receita Federal em São Paulo, onde tem domicílio, as informações sigilosas a ela relativas, bem como não estaria explicitado qual o alcance da medida cautelar de sigilo que deu azo à “Operação Castelhana”, afirmando ser terceiro naquele processo judicial; e alegou a decadência das exigências pertinentes ao ano-calendário 2006, nos termos do art. 150, §4º do CTN.
- ✓ Questionou a alteração da forma de tributação por ela escolhida; afirmou que as despesas seriam dedutíveis conforme trabalho pericial anexo, posto que acobertadas por notas fiscais que efetivamente ingressaram em seu estabelecimento e foram pagas aos fornecedores, que eram empresas idôneas à época das operações; discordou da glosa de valores pagos a Serra Grande e Vitória Participações, porque contabilizados em contrapartida ao Patrimônio Líquido; afirmou a existência de *bis in idem* em relação a procedimento fiscal anterior que já exigira tributos em razão da falta de declaração/recolhimento de estimativas, observando a inexistência de autorização expressa para reexame de período já fiscalizado, bem como o efeito constitutivo das DCTF apresentadas;
- ✓ Alegou que a exigência do ajuste anual no ano-calendário 2006 deixou de considerar os débitos parcelados, bem como as estimativas informadas em DCTF, e quanto ao ano-calendário 2007 acrescentou a indevida desconsideração de sua opção pela apuração anual; aduziu que os pagamentos questionados teriam sido feitos a beneficiários identificados e existentes àquela época, e que nenhuma operação utilizada pela empresa seria ilegal; invocou o dever de prova do Fisco e observou que a

fundamentação em indícios e presunções afronta a capacidade contributiva da empresa autuada;

- ✓ Quanto à multa qualificada, afirmou a ausência de provas e classificou de inverídicas as afirmações que conduziram à responsabilização de terceiros e ressaltou que elas estão desvinculadas dos fatos geradores;
- ✓ A Informática Nacional S/A, Quatre Empreendimentos e Participações Ltda, Marco Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa impugnaram o lançamento apenas para combater a sujeição passiva solidária da Impugnante que não tem e nunca teve qualquer relação com os fatos geradores supostamente verificados e incorridos pela autuada principal;
- ✓ A Informática Nacional S/A também buscou demonstrar que inexiste hipótese de sucessão, não tendo figurado em momento nenhum a Impugnante como sucessora da autuada principal como equivocadamente sugeriu o Fisco Federal;
- ✓ A Turma julgadora acolheu parte dos argumentos de Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda, observando que houve sobreposição de fiscalizações e exigências, e que para evitar prejuízo à contribuinte deveria prevalecer o primeiro lançamento formalizado. A exigência de valores informados para o ano-calendário 2006 seria idêntica em ambos os lançamentos, devendo prevalecer o primeiro formalizado nos autos do processo administrativo nº 19515.001534/201061.
- ✓ Já em relação ao ano-calendário 2007, embora correta a apuração trimestral adotada pela Fiscalização nestes autos, também prevaleceria o primeiro lançamento, formulado na sistemática anual;
- ✓ Em consequência, foi cancelada a glosa de custos pertinente ao 1º trimestre/2007, porque não observada a sistemática anual. Ainda, foram canceladas parcialmente as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas no ano-calendário 2006, relativamente àquelas já exigidas no outro procedimento fiscal. Por fim, também foi exonerado o IRRF sobre os pagamentos feitos a Vitória Participações Ltda e Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda, porque identificada na contabilidade os

beneficiários e a causa dos pagamentos, e ausente maior aprofundamento fiscal para afastá-los.

- ✓ A decisão resultou na exoneração de IRPJ no valor principal de R\$ 4.258.012,52, acrescido de multa de 150%; de multas isoladas por falta de recolhimento de IRPJ no valor de R\$ 1.182.843,07; de CSLL no valor principal de R\$ 1.539.325,10 acrescido de multa de 150%; de multas isoladas por falta de recolhimento de CSLL no valor de R\$ 427.514,50; e de IRRF no valor principal de R\$ 301.538,48 acrescido de multa de 150%. Em razão deste montante exonerado, a decisão foi submetida a reexame necessário;
- ✓ Em 26/11/2012 foi postado recurso voluntário interposto por Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda (fls. 3649/3752), no qual preliminarmente requer a nulidade da decisão recorrida em razão da incompetência da DRJ/Belo Horizonte para apreciação da impugnação, pois o Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido pela DEFIS/SP, e entendimento doutrinário firma a competência de julgamento em razão do domicílio do contribuinte. Também reafirma a nulidade do lançamento em razão da inclusão do crédito tributário no REFIS IV (Lei 11.941/2009), reportando-se aos atos normativos e esclarecimentos prestados pela Receita Federal em favor da inclusão de débitos com vencimento até 30/11/2008, defendendo que suas declarações não podem ser consideradas “sem efeito”, e concluindo que os débitos parcelados devem ser excluídos do lançamento.
- ✓ Requereu, ainda, a nulidade do procedimento fiscal em razão do uso de provas ilícitas, reportando-se aos princípios constitucionais que regem a constituição do crédito tributário (direito ao contraditório, a ampla defesa, produção de provas necessárias quanto à matéria alegada, o princípio do duplo grau de cognição e o princípio do julgador competente) e invocando a vedação contida no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal acerca de provas produzidas mediante a prática de ilícito civil, penal ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais, aí incluídas as provas emprestadas sem a devida ordem judicial;

- ✓ Argumentou que a decisão judicial, em segredo de justiça, compartilhou provas com a Receita Federal - foi proferida em processo no qual constavam como acusados os advogados, contadores, “laranjas” e uruguaiois, sem fazer qualquer referência à recorrente.
- ✓ Trouxe que a origem da Operação Castelhana verifica-se em razão de medida cautelar de sigilo cujo alcance deve ser avaliado, de modo a aferir se o Fisco estava autorizado a utilizar os documentos que instruem este procedimento fiscal, sob pena de sua nulidade por falta de documentação que o embase;
- ✓ Asseverou que somente se admite a importação de provas colhidas em processo que tramita em segredo de justiça para outro processo ou procedimento que tramita entre as mesmas partes. Observa que alguém que seja terceiro ao processo que tramita em segredo de justiça sequer poderia saber quais foram os atos processuais que ocorreram em seu bojo, podendo haver, nesse caso, a incidência do tipo penal de quebra do sigilo da justiça (art. 10 da Lei nº 9.296/96);
- ✓ Na sequência, arguiu a decadência do crédito tributário lançado relativamente ao período de janeiro a maio de 2006, porque já transcorrido o prazo previsto no art. 150, §4º do CTN à época do lançamento. Observa que a Lei nº 9.430/96 lhe impõe a antecipação dos pagamentos, motivo pelo qual os tributos têm fato gerador mensal;
- ✓ No mérito, inicia pelos questionamentos dirigidos à forma de apuração adotada pela contribuinte, afirmando que a opção foi regular e não pode ser alterada pelo Fisco.
- ✓ Disse, também, que a aplicação da multa qualificada se deu com base em presunção, sem elementos formais e documentais e sem provas da intenção do agente em fraudar o Erário Público;
- ✓ Acrescentou que as afirmações fiscais que culminaram com a esdrúxula responsabilização de terceiros não caracterizam fraude porque não impediram, nem retardaram o fato gerador. Inexistem provas neste sentido nos autos, pois as sequências das Alterações Contratuais e Estatutárias não guardam relação com os fatos geradores.

- O voto condutor do acórdão de recurso de ofício de voluntário de relatoria da nobre conselheira Edeli Pereira Bessa, que tanto admiro:

“[...]”

Para fundamentar a exigência de IRRF sobre os pagamentos contabilizados em favor de Vitória Participações Ltda e Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda, os agentes fiscais reportam-se ao RELATÓRIO FISCAL, do dia 30/03/2010 (fls. 32/89) no qual constaria a motivação para considerar tais empresas inexistentes de fato.

Em síntese, referido documento procura demonstrar o esquema de blindagem patrimonial por meio do qual os sócios originais da autuada (Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva) transferiram o controle por eles detido para interpostas pessoas. Suas quotas foram quase integralmente transferidas para Vitória Participações Ltda, restando pequena parcela atribuída a Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda, a qual posteriormente passou a controlar a Vitória Participações Ltda.

*Em consequência, o sócio da Serra Grande Participações Empreendimentos Ltda, **Djalma Leonardo de Siqueira**, e sua esposa **Maria Consuelo de Siqueira**, passaram a ser os proprietários da autuada, afastando os sócios originais das obrigações tributárias decorrentes dos negócios sociais por eles explorados há vários anos.*

Ocorre que, mais uma vez sem adentrar à validade da prova emprestada a partir da “Operação Castelhana”, tem-se que os agentes fiscais, embora pretendendo declarar inválidos os atos que afastaram Marcos Aurélio Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva, empenharam-se em demonstrar que Vitória Participações Ltda e Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda eram sociedades inexistentes, mas ao analisar os pagamentos aqui questionados limitaram sua análise, afirmando tratar-se de operações com beneficiários não identificados e sem causa, quando, em verdade, suas conclusões deveriam conduzir à afirmação de que os verdadeiros beneficiários daqueles pagamentos seriam os sócios originais da autuada, e que a causa seria a distribuição dos lucros por ela

apurados, mediante adiantamento de dividendos, como expresso em todos os lançamentos contábeis questionados pelo Fisco.

Logo, é de se dar razão à autoridade julgadora de primeira instância, que não vislumbrou motivação suficiente para a manutenção da exigência de IRRF sobre estes pagamentos, para assim NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, nesta parte.

Finalizando a análise do recurso voluntário interposto por Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda, cabe observar que:

A recorrente tece várias considerações acerca de arbitramento de lucros e de omissão de receitas, que não têm lugar nestes autos, dado não ser aqui tratadas tais matérias;

· As objeções opostas pela recorrente acerca da utilização de prova emprestada não exigiram apreciação porque estes elementos não influenciaram a determinação do crédito tributário exigido, nem mesmo a qualificação da penalidade. Em verdade, os argumentos da recorrente mais se prestariam a afastar a responsabilização de terceiros, e sob este prisma deve-se notar que a recorrente não tem interesse processual em defender, no âmbito administrativo, direito alheio.

Considerando que os demais recursos voluntários limitam-se a questionar o vínculo de responsabilidade estabelecido pela autoridade lançadora, sem adentrar ao mérito da exigência, já é possível, com base nos fundamentos até aqui expostos, afirmar a regularidade parcial do crédito tributário exigido, de modo a:

DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário interposto por Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática para:

o Afastar a qualificação da penalidade aplicada sobre os débitos de IRPJ e a CSLL apurados em razão das glosas de R\$ R\$ 397.923,00 e R\$ 41.030,00, bem como sobre o débito de IRRF apurado em razão do pagamento de R\$ 746.328,00, todos vinculados ao fornecedor Projetechn Comercial Informática Ltda, no ano-calendário 2006; e

o Afastar as exigências de IRPJ e CSLL sobre a glosa de despesas no valor de R\$ 560.000,00, no ano-calendário 2006;

· DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de ofício para:

o Restabelecer o lançamento de IRPJ e CSLL sobre o ajuste anual do ano-calendário 2006 escriturado pela contribuinte;

o Restabelecer a redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL no 1o trimestre/2007 em razão da glosa de custos apurada neste período;

o Restabelecer as exigências de IRPJ e CSLL sobre os resultados escriturados pela contribuinte no 2o trimestre/2007; e

o Restabelecer as multas isoladas de IRPJ e CSLL pertinentes aos meses de janeiro a maio/2006 e novembro/2006.

Os responsáveis tributários indicados pela autoridade lançadora não questionam o mérito da exigência, na medida em que lhes faltaria interesse e elementos para combatê-lo, pois não têm e nunca tiveram qualquer relação com os fatos geradores supostamente verificados e incorridos pela autuada. Asseveram que a Fiscalização não cumpriu o dever de prova da realização das premissas fáticas que validariam sua autuação em desfavor dos Recorrentes e que são descabidas discussões envolvendo a estrutura societária do suposto grupo que os autuantes julgam existir. Acrescentam que a Fiscalização não tem competência para avaliar sua legalidade, na medida em que somente lhe cabe apurar fatos geradores e a existência de coobrigados pelos supostos débitos apurados. Antes, porém, da apreciação dos argumentos contrários à imputação de responsabilidade, cabe abordar a alegação da própria pessoa jurídica autuada acerca da nulidade das provas obtidas a partir da Operação Castelhana. Como antes exposto, esta análise mostrou-se desnecessária para aferição da procedência do crédito tributário lançado, mas referidas provas afetam diretamente a imputação de responsabilidade, como será demonstrado a seguir.

Consoante relatado, o Termo de Verificação Fiscal inicia com referências à “Representação para Propositura de Requerimento de Medida Cautelar

Fiscal e Indicação de Responsáveis Tributários Solidários”, objeto do processo administrativo nº 10680.000747/201090, do qual foi extraído relatório fiscal que demonstra a criação sucessiva da empresa Nacional Teleinformática Importadora Ltda, seguida pela autuada e depois por Informática Nacional S/A, todas atuando nos mesmos endereços, sob os mesmos nomes de fantasia, com os mesmos empregados e estoques, e todas de propriedade e sob gestão de Marcos Aurélio de Guilherme Silva e sua esposa Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva.

Segue-se, então, detalhes do encadeamento societário entre as empresas Nacional Teleinformática Importadora Ltda e a autuada, com destaque para operações com a intervenção do escritório de Juvenil Alves patrocinador do esquema de blindagem patrimonial descoberto no âmbito da “Operação Castelhana”, desenvolvida em conjunto pela Polícia Federal, Secretaria da Receita Federal e pelo Ministério Público Federal, que resultaram na atribuição das empresas a Djalma Leonardo de Siqueira que foi utilizado como “laranja” no esquema de blindagem patrimonial do Grupo Nacional, assim como de vários outros grupos econômicos, conforme informações resultantes daquela operação.

Relatando que a Nacional Mercantil possuía enorme passivo tributário e que suas filiais tiveram suas inscrições estaduais bloqueadas pelo fisco mineiro em decorrência de “irregularidades apuradas em ação fiscal”, as autoridades lançadoras demonstram a continuidade de suas atividades por meio da empresa Informática Nacional, destacando a evolução de seus faturamentos e da quantidade de empregados, e novamente mencionando o relatório fiscal inicialmente referido, bem como apontando seus 7 (sete) anexos, que também instruem estes autos.

Mencionaram, também, a criação da empresa Quatre Empreendimentos e Participações Ltda para abrigar o patrimônio imobiliário do Grupo Nacional e seus sócios, e abordaram a falta de propósito comercial nas operações que se prestaram, apenas, a desvincular os verdadeiros proprietários do “Grupo Nacional” das obrigações tributárias, reportando-se a diversos documentos que assim demonstrariam.

A pessoa jurídica Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda, por sua vez, entende que são ilícitas as provas emprestadas sem a devida ordem judicial, e argumenta que a decisão judicial que, devido ao segredo de justiça, compartilhou provas com a Receita Federal, foi proferida em processo no qual constavam como acusados os advogados, contadores, “laranjas” e uruguaiois, sem fazer qualquer referência à recorrente. Ademais, a origem da Operação Castelhana verifica-se em razão de medida cautelar de sigilo cujo alcance deve ser avaliado, de modo a aferir se o Fisco estava autorizado a utilizar os documentos que instruem este procedimento fiscal, sob pena de sua nulidade por falta de documentação que o embase.

Assevera que somente se admite a importação de provas colhidas em processo que tramita em segredo de justiça para outro processo ou procedimento que tramita entre as mesmas partes. Observa que alguém que seja terceiro ao processo que tramita em segredo de justiça sequer poderia saber quais foram os atos processuais que ocorreram em seu bojo, podendo haver, nesse caso, a incidência do tipo penal de quebra do sigilo da justiça (art. 10 da Lei nº 9.296/96). Cita as restrições doutrinárias e jurisprudenciais à prova emprestada, e ainda aduz que as provas que se prestam ao juízo criminal não poderiam ser utilizadas em processo administrativo sem a prévia apreciação e determinação de um juízo cível. Menciona, também, que na ação penal nº 2008.38.00.0038500 não houve decisão compartilhando as provas ali coletadas, especialmente com a Delegacia da Receita Federal em São Paulo, onde a recorrente está domiciliada, bem como que nada neste sentido foi juntado aos autos. Pede, assim, a declaração de nulidade de tais provas e o seu desentranhamento dos autos.

Disse a autoridade julgadora de 1ª instância:

Primeiramente, não se pode olvidar que, segundo estabelece o art. 142 do CTN, a atividade de lançamento envolve o procedimento de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o

sujeito passivo e propor a penalidade cabível. Tal atividade é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, vale destacar que a presente ação fiscal tem origem na investigação iniciada pelo “ESPEI06” (órgão investigativo da 6ª RF/MG), tendo sido criada a Equipe Especial de Fiscalização – EEF de que trata a Portaria Copes nº 01, de 12/03/2009, que teve acesso e analisou os autos do processo judicial nº 2008.38.00.038500, bem como os dados internos e documentos apreendidos durante a denominada “Operação Castelhana”. Nesse sentido, o MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Federal/MG determinou a quebra do sigilo à RFB, delimitando o trabalho fiscal ao aproveitamento dos dados apenas para constituir crédito tributário. Veja-se fls. 1.444:

INTRODUÇÃO

A presente representação foi elaborada pela Equipe Especial de Fiscalização – EEF de que trata a Portaria Copes nº 01, de 12/03/2009, após a análise dos autos do processo judicial nº 2008.38.00.038500, dos dados internos e de documentos apreendidos durante a denominada “Operação Castelhana”, cuja investigação foi iniciada pela ESPEI06, tendo como alvo empresas do grupo que integram o escritório de advocacia “Juvenil Alves Advogados Associados”.

Não obstante os documentos se encontrarem sob segredo de justiça, o MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, determinou a extensão da quebra do sigilo à Receita Federal do Brasil – RFB, asseverando que só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal os dados pertinentes à fiscalização para efeito de constituição do crédito tributário, devendo a autoridade administrativa preservar o sigilo dos dados a que tenham acesso.

Essa EEF, então, elaborou o Relatório Fiscal RF (documento de fls. 32/89), onde descreve, minuciosamente, fatos envolvendo o grupo econômico conhecido como Grupo Nacional”, que demonstram um esquema de blindagem patrimonial e sucessão empresarial do referido grupo econômico.

Nesse sentido, a empresa Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda, ora Impugnante, integra o aludido “Grupo Nacional”, tendo participado do esquema de blindagem

patrimonial e sucessão empresarial, cujo objetivo não foi senão o desvincular os proprietários das obrigações tributárias decorrentes das atividades desse grupo. O Relatório Fiscal – RF, elaborado pelos integrantes do EEF, além de conter dados, quadros e indicação de diversas provas, é bastante elucidativo e muito convincente no sentido provar tal conclusão.

Ocorre que a presente ação fiscal foi uma continuidade desse procedimento, destinada, especificamente, para verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte da empresa Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda. O que se executou consoante o princípio da legalidade e a determinação judicial de que o aproveitamento de dados e documentos sigilosos obtidos na denominada “Operação Castelhana” fossem utilizados tão somente para constituir crédito tributário.

Toda a ação fiscal encontra-se detalhadamente narrada no Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 02/31, integralmente transcrito no relatório deste voto), onde o Fisco fundamenta ou esclarece: (i) os fatos e provas que o levaram a imputar responsabilidade solidária do crédito tributário lançado às pessoas físicas proprietárias do “Grupo Nacional”, Marcos Aurélio de Guilherme Silva e sua esposa Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva, e às pessoas jurídicas, Informática Nacional S/A e Quatre Empreendimentos e Participações Ltda; (ii) os elementos de provas que utilizou para imputar as infrações fiscais constantes dos Autos de Infração lavrados; e (iii) propriamente todo o desenvolvimento da ação fiscal, onde se fez diversas intimações solicitando documentos contábeis e fiscais e para que o contribuinte prestasse esclarecimento ou informações, bem como diligência fiscais, realizadas no intuito de provar as infrações apuradas.

Não corresponde à verdade dos fatos a alegação do contribuinte de ter sido cerceada a sua defesa, na medida em que ao longo de todo procedimento teve oportunidade prestar informações, esclarecer fatos ou produzir provas a seu favor.

E feita a intimação da exigência a todos os envolvidos (contribuinte e responsáveis), foram tempestivamente apresentadas defesas que

demonstram perfeito conhecimentos dos fatos e infrações que lhes foram imputados.

Não houve, pois, nenhuma ilicitude na seleção da empresa Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática Ltda, para ser fiscalizada, nem na obtenção do conjunto probatório que embasa tanto o lançamento das infrações apuradas quanto a imputação de responsabilidade solidária a outras pessoas físicas e jurídicas pelo crédito tributário constituído. As provas constantes dos autos decorreram naturalmente da ação legal da Fiscalização Federal (obedecidos ainda os atos normativos pertinentes que regulamentam tal atividade), composta por funcionários de carreira da RFB, à qual incumbe, nos termos da lei, acompanhar e verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte de todos os contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas ou entidades imunes e isentas.

Enfim, no curso da ação fiscal e na consecução do lançamento, a Fiscalização produziu, nos autos, provas muito convincentes e robustas das infrações que capitulou e foram obedecidas estritamente todas as normas legais e atos normativos que regem ou regulamentam tais atividades. Portanto, não prospera a preliminar de nulidade invocada pela defesa, por ilicitude na obtenção das provas e cerceamento de defesa.

Especificamente quanto à decisão judicial questionada pela recorrente, proferida nos autos do processo nº 2008.38.00.0038500 (Inquérito Policial nº 2007.38.00.03220870 e Medida Cautelar nº 2006.38.00.0195251), está ela assim versada, no que aqui importa (fls. 2286/2307):

Extensão da quebra de Sigilo à Receita Federal Como é sabido, a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal acerca dos crimes contra ordem tributária exige o término do processo administrativo fiscal, isto é, a constituição definitiva do crédito tributário como condição (justa causa) para o oferecimento da ação penal.

Tal orientação inovadora impõe, por sua vez, uma interpretação diferenciada das normas processuais que disciplinam a formação da prova nos crimes contra a ordem tributária.

Desta forma, ao seguir-se o entendimento do STF, aponta-se manifesto que nos delitos tributários a “apuração das infrações penais e da sua autoria” (art. 4º do CPP) foi transferida para as Administrações Tributárias. O inquérito policial só será necessário caso haja crimes conexos como formação de quadrilha, crimes financeiros, etc.

Tal conclusão se impõe pois ao tornar o processo administrativo fiscal indispensável para a realização do tipo penal, toda prova colhida judicialmente que indique a presença de fatos geradores de obrigações tributárias deve ser compartilhada com a Receita Federal para que instaure a necessária ação fiscal e comprovando o não recolhimento ou a sonegação, que lavre o auto de infração (art. 142 do CTN).

Isso posto, no que concerne à extensão em favor da Secretaria da Receita Federal de Minas Gerais das quebras de sigilo fiscal, bancário, telefônico, informático e telemático, bem como dos documentos apreendidos durante a busca a apreensão, entendo que este compartilhamento mostra-se imprescindível uma vez que há indícios da prática de ilícitos contra a ordem tributária e consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal a consumação (e o início da prescrição) dos crimes materiais contra a ordem tributária encontra-se condicionada à constituição definitiva do crédito tributário pelo fisco.

Assevero, outrossim, que o compartilhamento destes dados sigilosos tem previsão no ordenamento jurídico por meio da Lei Complementar nº 105/2001:

[...]

Ademais, só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal aqueles dados pertinentes à administração tributária, isto é, pertinentes à fiscalização para efeito de constituição do crédito tributário, sendo certo que, por dever de ofício, a autoridade administrativa, está obrigada a preservar o sigilo dos dados a que tenha acesso, configurando infração penal a eventual divulgação que venha a ser feita.

Desse modo, determino a intimação do Superintendente da Receita Federal em Minas Gerais, a fim que designe equipe para analisar os autos relativos às quebras de sigilo telefônico, bancário, informático e telemático, bem como os malotes derivados das apreensões realizadas

nestes autos e acautelados nesta secretaria, a fim de subsidiar eventual instauração de ações fiscais ou ainda instruir ações já instauradas.

Autorizo, desde já, a carga dos malotes pela Receita Federal pelo prazo de 60 dias quando então deverão ser devolvidos à Secretaria, com termo nos autos.

[...]

*A alegação da recorrente no sentido de que somente se admite a importação de provas colhidas em processo que tramita em segredo de justiça para outro processo ou procedimento que tramita entre as mesmas partes, poderia ter alguma aplicação caso esta transposição fosse feita por uma das partes do processo, ou tendo por objeto não apenas a prova, mas também os efeitos da decisão judicial dali resultante. **No caso, a importação decorreu de expressa ordem judicial, que vislumbrou a impossibilidade de se discutir, naqueles autos, ou em outro no âmbito judicial, eventuais crimes tributários sem que antes se desenvolvesse o necessário processo administrativo para constituição do crédito tributário** correspondente. Presente a ordem, e observados seus limites, não há que se falar em quebra do sigilo da justiça (art. 10 da Lei nº 9.296/96).*

[...]

*Com base nestes elementos, os agentes fiscais imputaram responsabilidade tributária às demais recorrentes motivados pelos fatos que serão a seguir descritos e confrontados com a defesa das recorrentes: **Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva** Referidas pessoas físicas eram sócias de Nacional Teleinformática, mas em 30/09/2002 transferiram o domicílio da pessoa jurídica para a Alameda Lorena, nº 638, sala 112, em São Paulo/SP, e em 25/05/2004 cederam suas quotas para outras duas pessoas físicas de baixíssimo poder aquisitivo declarado à Receita Federal. Antes disso, em 12/09/2000, já*

havia adentrado ao quadro social da autuada por intermédio da holding Vitória Participações Ltda, controlada por ambos, e em 30/09/2002 a Nacional Mercantil também tem seu endereço alterado para São Paulo/SP, mas na sala 111 do endereço antes mencionado. Em 31/03/2003, 1% das quotas da autuada é cedido para Serra Grande Empreendimentos e Participações, representada por Djalma Leonardo de Siqueira, mas em 10/11/2002 o controle de Vitória Participações S/A já havia sido transferido para Phineas Corp. Financial & Trading S/A, empresa uruguaia representada por advogada do escritório Juvenil Alves, e foi posteriormente cedido para Serra Grande Empreendimentos e Participações. Ao final, Vitória Participações S/A tem seu domicílio transferido para a sala 33 do mesmo endereço antes mencionado, recebe Djalma Leonardo de Siqueira em seu quadro social com 1% de participação, e este ao lado de Serra Grande Empreendimentos e Participações, por ele também representada, passa a ser o controlador da empresa autuada.

A autoridade fiscal disse que não houve qualquer propósito negocial nas operações que desvincularam as pessoas físicas em epígrafe da empresa autuada, e que elas continuaram, ininterruptamente, a gestão das empresas. Relaciona diversos documentos emitidos em diferentes datas, de 02/03/2005 a 19/09/2006, os quais denotam a atuação daquelas pessoas físicas em liberação de ordem de pagamento, documentos dirigidos a prestadores de serviços da pessoa jurídica, remessas ao exterior em favor da pessoa jurídica, extratos de cartão de crédito empresarial concedido à diretoria e garantia de contrato de mútuo de empréstimo rotativo.

Os agentes fiscais indicaram, ainda, a abordagem mais ampla das constatações, contidas no Relatório Fiscal de fls. 32/89, no qual a sucessão é exposta com mais detalhes acerca das filiais e dos registros junto à Secretaria de Fazenda de Minas Gerais.

Constam, também, os atos jurídicos que ensejaram a transferência dos imóveis de propriedade do casal para a empresa Quatre Empreendimentos e Participações Ltda, dentre os quais o imóvel no qual

funcionava a filial 0013 da autuada (atual sede da empresa Informática Nacional, nome de fantasia Multimídia). Ressalta-se, ali, que estas transferências se verificaram quando a Nacional Mercantil possuía débitos em aberto relativos aos anos calendário de 2001 e 2002, os quais foram objeto de parcelamento especial em 25/12/2004.

Ao longo do referido relatório, os agentes fiscais relatam detalhes das operações que resultaram na exclusão das pessoas físicas em epígrafe do quadro social da autuada, concluindo ao final que:

Vimos que não houve nenhum propósito negocial na suposta venda da VITÓRIA PARTICIPAÇÕES LTDA (proprietária da NACIONAL MERCANTIL) para a offshore PHYNEAS e o contador DJALMA (suposto proprietário ou proprietário de fachada da SERRA GRANDE Participações e Empreendimentos Ltda), tratando tal evento de simulação de negócio jurídico.

Vimos ainda, que a offshore PHYNEAS foi criada pela empresa UTT – UNITED TRADERS TRUST, sediada em Montevidéu, a pedido do Escritório Juvenil Alves para blindagem patrimonial dos proprietários do “Grupo Nacional”.

Além disso, as planilhas apreendidas no referido escritório, referentes aos pagamentos das mensalidades de manutenção da PHYNEAS vinculava a offshore à própria NACIONAL MERCANTIL.

Conforme vimos no INFORME da UTT enviado ao Escritório Juvenil Alves que o repassou para a NACIONAL MERCANTIL, consta que o capital integralizado da PHYNEAS, de US\$ 100,000 (cem mil dólares americanos), era insuficiente, pois já havia sido investido US\$ 198,920 (cento e noventa e oito mil, novecentos e vinte dólares americanos) na compra das quotas da VITÓRIA PARTICIPAÇÕES e, sendo assim, não teria origem para os US\$ 100,000 (cem mil dólares americanos) enviados ao Brasil para a aquisição das quotas da VITÓRIA PARTICIPAÇÕES e que também estaria faltando o contrato de câmbio do envio desse valor.

Vimos também, que dos balanços da PHYNEAS não constam os registros dos valores supostamente enviados ao MARCO AURÉLIO para esse pagamento pela aquisição das quotas da VITÓRIA PARTICIPAÇÕES LTDA, corroborando que os valores não saíram do caixa da PHYNEAS.

Como ocorreu nas blindagens patrimoniais de outros clientes do Escritório Juvenil Alves, os valores enviados não tem origem, por que, na realidade, tratam-se de retorno ao Brasil, por meio de contratos de câmbio, de remessa ao exterior de numerário “via cabo” para dar aparência de efetividade a venda da VITÓRIA PARTICIPAÇÕES LTDA. Acrescenta-se ao conjunto probatório da operação de blindagem, a “Escritura Pública de Aditamento e Constituição de Garantia Hipotecária Vinculada ao Contrato de Mútuo, entre o HSBC e a NACIONAL MERCANTIL, registrada no Cartório de Notas de Fortuna em Minas, em 18/07/2005 (após a venda dessa empresa), em que MARCOS AURÉLIO e MARA LÚCIA comparecem como Garantidores e também como devedores solidários, responsabilizando-se ilimitada e solidariamente pelo cumprimento de todas as obrigações decorrentes do Contrato de Mútuo de Empréstimo rotativo (limite de R\$ 1.200.000,00). Esse documento confirma que o casal continuava como efetivo proprietário dos negócios da NACIONAL MERCANTIL, comprometendo inclusive o patrimônio pessoal nessa transação.

Nas operações de blindagem promovidas por MARCOS AURÉLIO e sua esposa MARA LÚCIA, que não alteraram o rumo de seus negócios, constata-se que esses sócios buscaram desvincular-se das obrigações tributárias decorrentes das atividades da NACIONAL MERCANTIL, cujos débitos no âmbito da Receita Federal do Brasil alcançaram o montante superior de R\$ 70.000.000,00 (atualmente a NACIONAL MERCANTIL encontra-se sob fiscalização referentes aos períodos-base de 2006 e 2007).

Ademais, quando o casal transferiu diversos bens imóveis para a QUATRE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, a título de integralização de capital, a NACIONAL MERCANTIL possuía débitos em aberto de IRPJ, PIS/Faturamento, Cofins e CSLL, relativos aos períodos-base de 2001 e 2002, que foram objetos de pedido de Parcelamento Especial em 25/11/2004 e 15/06/2007, processos número 10880485.740/200431 e 18.208692.622/200774, respectivamente.

Diante de todo o exposto, elaboramos o presente RELATÓRIO FISCAL no qual ficou demonstrado a participação no esquema de blindagem

patrimonial e sucessão empresarial do “Grupo Nacional”, das seguintes pessoas jurídicas e físicas:

- INFORMÁTICA NACIONAL S/A [...] na qual os negócios sociais do “Grupo Nacional” continuaram sem interrupção das atividades;*
- QUATRE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA [...] cujo capital foi integralizado em 27/05/2002 com diversos imóveis de propriedade do casal;*
- VITÓRIA PARTICIPAÇÕES LTDA [...] usada na blindagem patrimonial dos sócios fundadores MARCOS AURÉLIO e sua esposa MARA LÚCIA;*
- MARCOS AURÉLIO DE GUILHERME SILVA [...] e MARA LÚCIA TAVARES BARBOSA E SILVA [...] por serem os efetivos proprietários dos negócios.*

Os Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados contra estas pessoas físicas reportam-se ao art. 124 do CTN, mencionam que após apresentarem enorme passivo tributário, as empresas do grupo foram se sucedendo nas atividades, em paralelo a outras operações evidenciadas no âmbito da “Operação Castelhana” para desvincular os verdadeiros proprietários do “Grupo Nacional” das obrigações tributárias (fls. 2757/2772).

Em recurso voluntário, Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva anotaram que não discutiriam o mérito da autuação porque lhes falta interesse e elementos para combatê-lo, dado que não têm e nunca tiveram qualquer relação com os fatos geradores supostamente verificados e incorridos pela autuada.

Disseram que a Fiscalização não cumpriu o dever de prova da realização das premissas fáticas que validariam sua autuação em desfavor dos Recorrentes, e que a autoridade julgadora de 1ª instância não abordou a questão sob o prisma jurídico tratado na Impugnação. Reputaram descabidas discussões envolvendo a estrutura societária do suposto grupo que os autuantes julgam existir, e que inclusive a Fiscalização não tem competência para avaliar sua legalidade. Isto porque somente lhes cabe apurar fatos geradores e a existência de coobrigados pelos supostos

débitos apurados. Não há que julgar, com base em suas convicções subjetivas, a existência de um “encadeamento societário” (como lançou o Fisco) e concluir que, em razão disso, estariam as pessoas físicas e jurídicas mencionadas qualificadas como coobrigadas pela suposta obrigação tributária apurada em relação a autuada principal.

Observaram que a aplicação do art. 124 do CTN somente é citada na porção em que o Fisco aponta que teria havido a notificação dos Recorrentes a respeito da referida sujeição passiva solidária, inexistindo outro momento em que o Fisco relaciona a conduta eventualmente imputada aos Recorrentes aos requisitos exigidos pela lei para a configuração da hipótese de sujeição passiva solidária.

E, neste ponto, é de se dar razão aos recorrentes. O art. 124 do CTN, em seu inciso I, permite classificar como responsável solidário pelo crédito tributário aquele que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador. E esta condição pode ser imputada aos sócios de fato, que não figuram no quadro social da pessoa jurídica, e assim não desfrutam da proteção que a lei confere ao patrimônio pessoal daqueles que regularmente compõem uma sociedade.

Ao contrário do que asseveram os recorrentes, o referido dispositivo legal

pode ser, sim, utilizado como forma de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas desde que presente prova de sua atuação ao lado da pessoa jurídica, e fora de seu quadro social, com interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento expresso por Marcos Vinícius Neder, no artigo Solidariedade de Direito e de Fato – Reflexões acerca de seu Conceito (in FERRAGUT, Maria Rita e NEDER, Marcos Vinícius (coords.). Responsabilidade Tributária, Dialética, São Paulo: 2007, p. 46). Depois de abordar a hipótese de interposição de pessoas na prática de fatos jurídicos tributários, e ressaltar que a simulação dos atos constitutivos impõe o afastamento do sujeito passivo aparente para alcançar os reais titulares da renda, o autor observa:

Outra situação completamente distinta é quando o ilícito é promovido por pessoa jurídica ativa e operacional, que, comprovadamente, tenha ocultado ou registrado indevidamente negócios jurídicos realizados em parcela com terceiros (sócios ocultos) para benefício comum. Nessa hipótese, não há falar em fictícia interposição de pessoas, mas em sociedade comum de fato, pois não é possível distinguir a sociedade de fato de seus integrantes (pessoas físicas e jurídicas). Diante dessas condições, é perfeitamente possível evidenciar solidariedade entre as pessoas que compõem a sociedade de fato, eis que, além do patrimônio comum amealhado em razão do ilícito, há interesse comum nos negócios jurídicos realizados em benefício dos envolvidos.

Aqui, porém, os agentes fiscais empenharam-se em demonstrar que Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva permaneceram gerindo a autuada mesmo depois de realizada a blindagem patrimonial que os retirou do quadro social da pessoa jurídica, e transferiu seus bens (das pessoas físicas) para uma outra pessoa jurídica. Contudo, não há referências a provas, nos autos, evidenciando que esta gestão desviou patrimônio da pessoa jurídica, ou permitiu que Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva se beneficiassem dos resultados de sua atividade, e assim prejudicassem o recolhimento do crédito tributário.

*Há referências a liberação de recursos da Nacional Mercantil em favor de Intel Inside, mas em razão de contrato mantido entre esta e a autuada; **há notícia de extratos de cartão de crédito empresarial faturados contra a pessoa jurídica, em nome de Marcos Aurélio de Guilherme Silva na condição de diretor, mas dissociado de qualquer evidência de gastos pessoais pagos pela pessoa jurídica; e há contrato de garantia no qual as pessoas físicas expõe seu patrimônio pessoal para viabilizar contrato de mútuo entre a autuada e o HSBC Bank Brasil S/A. Tais evidências confirmam a gerência e a atuação daquelas pessoas como se sócios fossem da pessoa jurídica. Mas para que um sócio de fato seja responsabilizado solidariamente com a pessoa jurídica, é necessário prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador, ou***

seja, na riqueza que dele se extrai, e especialmente na destinação desta riqueza – lucro do período.

Em outra linha argumentativa, a gerência da sociedade, concomitante à prática de atos dolosos que resultam na supressão de tributos devidos, também permitiria a imputação de responsabilidade com fundamento no art. 135, inciso III do CTN, o qual vincula pessoalmente os agentes ao crédito tributário devido em razão de seus atos. Mas embora a exigência aqui presente tenha sido formalizada com muita qualificada, decorrente da imputação de fraude, a responsabilidade tributária não foi imputada às pessoas físicas com esta fundamentação.

De fato, a formalização de Termo de Sujeição Passiva deve decorrer do vínculo do responsável com a situação que constitua o fato gerador ou da prática de atos que procurem ocultar os verdadeiros representantes da pessoa jurídica. Desta forma, assegura-se o direito de defesa àqueles que de alguma forma contribuíram para a prática do fato gerador, e aos que efetivamente representam a pessoa jurídica. Contudo, a autoridade fiscal não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN, e não fundamentou a vinculação dos responsáveis no art. 135, inciso III do CTN.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva, para excluí-los do pólo passivo relativamente à exigência fiscal aqui em debate, obviamente sem expandir estes efeitos aos demais créditos tributários devidos pela pessoa jurídica autuada, na medida em que a competência deste órgão julgador restringe-se à matéria lançada.

Quatre Empreendimentos e Participações Ltda

As referências feitas pelas autoridades fiscais à recorrente são aquelas descritas ao longo dos fatos vinculados a Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva. Em suma, a pessoa jurídica em epígrafe foi constituída para abrigar o patrimônio pessoal daquelas

peessoas físicas, em razão do esquema de blindagem patrimonial aqui extensamente abordado.

O Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado contra esta pessoa jurídica apresenta idêntico teor aos acima mencionados: reporta-se ao art. 124 do CTN, menciona que após apresentarem enorme passivo tributário, as empresas do grupo foram se sucedendo nas atividades, em paralelo a outras operações evidenciadas no âmbito da “Operação Castelhana” para desvincular os verdadeiros proprietários do “Grupo Nacional” das obrigações tributárias (fls. 2780/2788).

Infere-se, daí, que a pretensão fiscal era assegurar a realização do crédito tributário aqui lançado mediante vinculação do patrimônio de Marcos Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva.

Na medida em que não restaram provadas as circunstâncias fáticas que permitiram a responsabilização daquelas pessoas físicas pelo crédito tributário aqui exigido, o presente voto é, também, por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de Quatre Empreendimentos e Participações Ltda, para excluí-la do pólo passivo relativamente à exigência fiscal veiculada nestes autos.

Informática Nacional S/A

[...]”

Vê-se que, depreendendo-se do acórdão recorrido, quanto à responsabilidade de Marco Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva, o colegiado *a quo* entendeu que, ainda que tenham havidos extratos de cartão de crédito empresarial faturados contra a pessoa jurídica, em nome de Marcos Aurélio de Guilherme Silva na condição de diretor, eram efetivamente dissociados de qualquer evidência de gastos pessoais pagos pela pessoa jurídica. E, ademais, havia sido firmado contrato de garantia no qual as pessoas físicas expõe seu patrimônio pessoal para viabilizar contrato de mútuo entre a autuada e o HSBC Bank Brasil S/A.

Trouxe o colegiado que inobstante tais evidências confirmassem a gerência e a atuação daquelas pessoas como se sócios fossem da pessoa jurídica, para que pudessem ser responsabilizados solidariamente com a pessoa jurídica, seria necessário prova do interesse

comum na situação que constitua o fato gerador, ou seja, na riqueza que dele se extrai, e especialmente na destinação desta riqueza – lucro do período.

E, quanto ao arts. 124 e 135 do CTN, reflete que a gerência da sociedade, concomitante à prática de atos dolosos que resultam na supressão de tributos devidos, também permitiria a imputação de responsabilidade com fundamento no art. 135, inciso III do CTN, o qual vincula pessoalmente os agentes ao crédito tributário devido em razão de seus atos. Mas embora a exigência aqui presente tenha sido formalizada com multa qualificada, decorrente da imputação de fraude, a responsabilidade tributária não foi imputada às pessoas físicas com esta fundamentação. O que conclui que a formalização de Termo de Sujeição Passiva deve decorrer do vínculo do responsável com a situação que constitua o fato gerador ou da prática de atos que procurem ocultar os verdadeiros representantes da pessoa jurídica. E que **a autoridade fiscal não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN, e não fundamentou a vinculação dos responsáveis** no art. 135, inciso III do CTN.

Tais argumentos também foram aplicados pelo colegiado *a quo* para a Quatre Empreendimentos e Participações Ltda.

Trazem os acórdãos indicados como paradigma, relativamente à discussão:

- Responsabilidade:

- ✓ Acórdão 1401-000.878:

- Ementa:

- “RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa **quando comprovado o nexo existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inciso I do CTN.** O interesse comum na constituição do fato gerador da obrigação principal fica bem caracterizado quando o sócio majoritário deixa a sociedade colocando em seu lugar interposta pessoa, tornando-se a partir daí um sócio oculto.”*

- Voto:

- “[...]*

Como muito bem colocado pela decisão de piso e não refutado, contra a Srª Maria Cristina Gontijo existem provas nos autos de que a mesma exerceu a gerência da empresa pelo menos, desde 28/09/2000, data da 10ª alteração contratual (fls. 837/841).

Outrossim, retirou-se da sociedade apenas formalmente, pois consta também dos autos prova de que permaneceu como sócia de fato até 22 de julho de 2002, data na qual assina como procuradora da pessoa jurídica UNIP a Procuração "Ad Judicia" de fls. 941 do anexo e data limite assumida pela DRJ como marco final da responsabilidade tributária da Srª Maria Cristina Gontijo.

Aliás, a meu ver esse ponto é o mais relevante para a caracterização da solidariedade de fato, prevista no art. 124, I do CTN:

[...]

É inerente da atividade comercial a busca do resultado econômico através da realização de operações que caracterizam fatos geradores. A Recorrente não consta oficialmente como sócia da empresa autuada a partir de 15 de novembro de 2000, mas, efetivamente, pelas provas dos autos, como já se colocou, sempre foi sócia majoritária e administradora da sociedade com participação nas cotas sempre acima de 80%. [...]

Vê-se que, diferentemente do acórdão recorrido, no caso do acórdão paradigma, houve nexo causal, ou seja, vinculação dos fatos geradores das operações da empresa com a conduta – participação da sócia. No aresto recorrido não houve, eis que restou decidido que a fiscalização não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN. Tanto que nem mais fazia parte da sociedade as pessoas físicas. Ademais, no aresto paradigma nem se aventou em dizer que o auto **não fundamentou a vinculação dos responsáveis** no art. 135 do CTNm tal como fez o acórdão recorrido.

✓ Acórdão 1103-000.819:

Ementa:

“[...]

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A omissão de receitas associada ao uso de laranjas como sócios e ao conjunto probatório dos autos denuncia a concorrência de interesse comum da Cactus Mão de Obra, da sra. Jeane e do sr. José Lino, nas situações configuradoras dos fatos geradores das obrigações tributárias. [...]”

Voto:

“[...]

Passo ao exame da questão da responsabilidade solidária da Cactus Locação de Mão de Obra Ltda., da sra. Jeane Alves de Oliveira e do sr. José Lino da Silva. E, depois, ao da multa qualificada.

Como se vê dos autos, a sra. Jeane Alves de Oliveira, sócia da Cactus Locação de Mão de Obra Ltda., possuía procuração para movimentação das contas bancárias da contribuinte (fl. 1254 e Anexo I do Termo de Intimação Fiscal de 17/06/09). O outro sócio da Cactus é o sr. José Lino da Silva.

Por sua vez, a Cactus tinha íntima ligação com a contribuinte, para dizer o mínimo.

Isso é evidenciado pelos Anexos 31, 32 e 34. Neles figuram cópias coletadas pelo autuante, a saber, resumo de pagamentos a serem feitos pela contribuinte e pela Cactus em mesmas folhas, planilha de provisão de pagamento da contribuinte e da Cactus (além de provisão da ADS e da ADT), sem nenhum elemento indicativo para razão de se encontrarem conjuntos.

Reforçam essa conexão da contribuinte com a Cactus e com a ADT, ADS e a José Lino & Associados – os Anexos 29 e 33. O Anexo 29 contém cópia de folha em que constam os logotipos da contribuinte e da Cactus (além do da ADS, ADT e da José Lino & Associados), e o Anexo 33 apresenta cópia de planilha de mapa de acompanhamento dos contratos da contribuinte, da ADS e da ADT.

Se a Cactus não era sócia efetiva da contribuinte, como estarem nas mesmas folhas e planilhas, pagamentos a serem feitos pela Cactus e

pela contribuinte, imiscuídos, bem como a provisão de pagamento da Cactus e da contribuinte?

[...]

Esse conjunto probatório evidencia que os srs. Jonielson Pereira de Oliveira e Caio Silvestre da Silva Souza eram “laranjas”, “testasdeferro” ou strohmann da contribuinte. E que os efetivos sócios da contribuinte eram a própria Cactus Locação de Mão de Obra e seus sócios, sra. Jeane Alves de Oliveira e sr. José Lino da Silva. Ela, inclusive, com procuração da contribuinte para movimentação de suas contas bancárias. [...]”

Vê-se que, diferentemente do acórdão recorrido, no caso do acórdão paradigma, houve nexo causal, ou seja, comprovação atestando que realmente havia um interesse comum, tanto é assim que a pessoa imputada também tinha procuração para movimentação de suas contas bancárias. No aresto recorrido não houve, eis que restou decidido que a fiscalização **não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN**. Tanto que nem mais fazia parte da sociedade as pessoas físicas. Ademais, no aresto paradigma nem se aventou em dizer que o auto **não fundamentou a vinculação dos responsáveis** no art. 135 do CTN, tal como fez o acórdão recorrido.

Em vista de todo o exposto, entendo que não há como se conhecer o recurso especial nessa parte, pois se no aresto recorrido tivesse sido comprovada a vinculação dos fatos aos atos das pessoas referendadas as decisões seriam convergentes. O que, por conseguinte, por não haver similitude fática entre os arestos, é de se não conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional nessa parte.

Quanto às outras matérias trazidas em recurso, quais sejam:

- ✓ Nulidade por vício formal, sob a alegação de que o lançamento tributário é anulado por vício formal quando não se obedece às formalidades necessárias ou indispensáveis à existência do ato, isto é, às disposições de ordem legal para a sua feitura;

- ✓ Multa de 150%, sob a alegação de que o recorrido, durante anos consecutivos, em virtude da saída de numerário para pagamento de beneficiários não identificados, ofereceu à tributação um quantum menor que o devido;

Entendo que o recurso não deva ser conhecido, por consequência/prejuízo de a 1ª matéria – principal não ter sido conhecida, conforme trouxe o próprio despacho de exame de admissibilidade:

“[...]”

Aludido Recurso Especial, interposto tempestivamente pela Fazenda Nacional, está manejado em relação às matérias “responsabilidade tributária (art. 124, inciso I, do CTN)”, “nulidade por vício formal” e “qualificação da multa de ofício aplicada” — sendo estas duas últimas, subordinadas à não admissão daquela —, assim ementadas e decididas no Acórdão recorrido: [...]”

Nada obstante, se ignorássemos tal subordinação, também entendo que tais matérias não poderiam ser conhecidas por falta de similitude fática, eis os arestos paradigmas:

- Acórdão 203-09.332;
“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMUNIDADE - NULIDADE POR VÍCIO FORMAL - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio.”
Trata-se de situação diferente dos autos, além disso a fundamentação do aresto paradigma não enfrentou o que restou decidido no acórdão recorrido (que a fiscalização não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN). E que o auto não fundamentou a vinculação dos responsáveis no art. 135 do CTN)
- Acórdão 303-33.365
“ITR/1999. VÍCIO FORMAL. CERCEAMENTO AO DIREITO DE Constatada insuficiência na descrição dos fatos e no enquadramento legal é de se reconhecer a nulidade do lançamento por vício formal e

cerceamento ao direito de defesa. A imprecisão do lançamento é particularmente notada na identificação do sujeito passivo, na caracterização do imóvel sobre o qual deve recair o lançamento, e na descrição da motivação e respectivo enquadramento legal para a autuação.”

DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Trata-se de situação diferente dos autos, além disso a fundamentação do aresto paradigma não enfrentou o que restou decidido no acórdão recorrido (que a fiscalização não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN₁. E que o auto não fundamentou a vinculação dos responsáveis no art. 135 do CTN)

- Acórdão 9101-001.647.

“[...]

MULTA QUALIFICADA.

O dolo em impedir a ocorrência do fato gerador do IRRF autoriza a incidência do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e a consequente qualificação da multa. [...]”

Trata-se de situação diferente dos autos, pois no caso do acórdão paradigma houve comprovação de dolo, enquanto no aresto nem houve vinculação do fato gerador com eventual conduta dos imputados.

Ex positis, voto por não conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Considerando que fui vencida no direcionamento pelo não conhecimento em sessão de julgamento, quanto ao mérito e as matérias postas em recurso, concordo com o entendimento exposto no acórdão recorrido, negando provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Para tanto, reflito a conclusão da ilustre conselheira Edeli Pereira Bessa:

- Quanto à responsabilidade de Marco Aurélio de Guilherme Silva e Mara Lúcia Tavares Barbosa Silva, ainda que tenham havidos extratos de cartão

de crédito empresarial faturados contra a pessoa jurídica, em nome de Marcos Aurélio de Guilherme Silva na condição de diretor, eram efetivamente dissociados de qualquer evidência de gastos pessoais pagos pela pessoa jurídica. E, ademais, havia sido firmado contrato de garantia no qual as pessoas físicas expõe seu patrimônio pessoal para viabilizar contrato de mútuo entre a autuada e o HSBC Bank Brasil S/A.

- Inobstante tais evidências confirmassem a gerência e a atuação daquelas pessoas como se sócios fossem da pessoa jurídica, para que pudessem ser responsabilizados solidariamente com a pessoa jurídica, seria necessário prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador, ou seja, na riqueza que dele se extrai, e especialmente na destinação desta riqueza – lucro do período.
- E, quanto ao arts. 124 e 135 do CTN, que a gerência da sociedade, concomitante à prática de atos dolosos que resultam na supressão de tributos devidos, também permitiria a imputação de responsabilidade com fundamento no art. 135, inciso III do CTN, o qual vincula pessoalmente os agentes ao crédito tributário devido em razão de seus atos. Mas embora a exigência aqui presente tenha sido formalizada com multa qualificada, decorrente da imputação de fraude, a responsabilidade tributária não foi imputada às pessoas físicas com esta fundamentação. O que conclui que a formalização de Termo de Sujeição Passiva deve decorrer do vínculo do responsável com a situação que constitua o fato gerador ou da prática de atos que procurem ocultar os verdadeiros representantes da pessoa jurídica. E que a autoridade fiscal não logrou demonstrar a hipótese prevista no art. 124, inciso I do CTN, e não fundamentou a vinculação dos responsáveis no art. 135, inciso III do CTN

Em vista do exposto, nego provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator designado.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 1101-000.916, de 11/07/2013, proferido pela 1ª Turma Ordinária/1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões da ilustre Conselheira Relatora, peço vênica para manifestar entendimento divergente, por chegar, na hipótese vertente, à conclusão diversa daquela adotada quanto ao conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, que suscita divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária, quanto às seguintes matérias: “*Responsabilidade tributária (art. 124, inciso I, do CTN)*”, “*Nulidade por vício formal*” e “*Qualificação da multa de ofício aplicada*” - sendo estas duas últimas, subordinadas à não admissão daquela.

Objetivando comprovar a divergência, a Contribuinte trouxe à baila os seguintes Acórdãos paradigmas: nºs 1401-000.878, de 2012, e 1103-000.819, de 2013; 203-09.332, de 2003, e 303-33.365, de 2006; e 9101-001.647, de 2013.

Em que pesem as diferenças fáticas apontadas pela Relatora, penso que elas sejam meramente acidentais. Com efeito, o Exame de Admissibilidade de fls. 3.931/3.934, informa que tanto o Acórdão recorrido quanto os paradigmas colacionados exigem, para a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN, a efetiva demonstração do interesse comum na situação que constitua o fato gerador. Até aí, nenhuma divergência.

No entanto o referido Exame de Admissibilidade segue afirmando que o Acórdão recorrido entendeu ser insuficiente para tanto a mera condição de sócio, enquanto que o Acórdão paradigma nº 1401-000.878, de 2012, decidiu que “*(...) só o fato de o sócio deixar a sociedade, colocando em seu lugar interposta pessoa, tornando-se, a partir daí, um sócio oculto, já caracterizaria o interesse comum*”.

E foi o que ocorreu no caso analisado pelo Acórdão recorrido, como se narra à e-fl. 3.897, ao tratar das duas pessoas físicas:

“Referidas pessoas físicas eram sócias de Nacional Teleinformática, mas em 30/09/2002 transferiram o domicílio da pessoa jurídica para a Alameda Lorena, nº 638, sala 112, em São Paulo/SP, e em 25/05/2004 cederam suas quotas para outras duas pessoas físicas de baixíssimo poder aquisitivo declarado à Receita Federal.

(...)

A autoridade fiscal disse que não houve qualquer propósito negocial nas operações que desvincularam as pessoas físicas em epígrafe da empresa autuada, e que elas

continuaram, ininterruptamente, a gestão das empresas. Relaciona diversos documentos emitidos em diferentes datas, de 02/03/2005 a 19/09/2006, os quais denotam a atuação daquelas pessoas físicas em liberação de ordem de pagamento, documentos dirigidos a prestadores de serviços da pessoa jurídica, remessas ao exterior em favor da pessoa jurídica, extratos de cartão de crédito empresarial concedido à diretoria e garantia de contrato de mútuo de empréstimo rotativo”.

Apesar das alegações de contrarrazões do Sujeito Passivo, dada a similitude dos fatos entre Acórdão recorrido e o Acórdão paradigma, e que resultaram em decisões dissidentes, entende-se presentes, assim, os elementos caracterizadores da divergência jurisprudencial, pelo que **deve ser conhecido** o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

No mérito, concordo com o voto da relatora.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos