



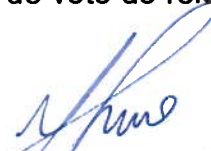
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Recurso nº : 149.662
Matéria : IRPJ E OUTROS – Exs.: 2001 a 2005
Recorrente : BRASÍLIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF
Sessão de : 25 DE ABRIL DE 2007

R E S O L U Ç Ã O Nº 107-00.655

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BRASÍLIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

RESOLVEM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos CONVERTER o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


LUIZ MARTINS VALERO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 30 MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros: NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, HUGO CORREIA SOTERO, RENATA SUCUPIRA DUARTE, JAYME JUAREZ GROTTTO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

Recurso nº : 149.662
Recorrente : BRASÍLIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

RELATÓRIO

Contra a contribuinte nos autos identificada foram lavrados Autos de Infração de Fls. 316/323, 342/348, 365/371 e 388/396, para formalização e cobrança de créditos tributários relativos diretamente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e reflexamente a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, totalizando à época R\$ 8.180.217,92, inclusos juros de mora e multa de ofício aplicada nos percentuais de 75% e 225%.

Tais Autos de Infração tiveram como base fática a constatação de omissão de receitas nos anos-calendário 2000, 2001, 2002, 2003 e nos dois primeiros trimestres de 2004. Consta ainda que a contribuinte fora excluída do SIMPLES, com efeitos a partir do ano-calendário de 2000, havendo então o arbitramento do lucro com base nas receitas totais, declaradas na sistemática simplificada e omitidas apuradas pela fiscalização.

Em Fls. 416/425 encontra-se o Termo de Verificação Fiscal onde a autoridade autuante descreve todo o procedimento adotado na lavratura dos referidos Autos de Infração, bem como os motivos pelos quais inseriu, no pólo passivo exigência, além da pessoa jurídica Brasília Comércio de Alimentos LTDA e seu sócio Wasley Christian Lima Teixeira, o Sr Messias Alves Lima (sócio oculto).

Relatam, ainda, os autuantes, todas as diligências engendradas no sentido de dar ciência pessoal das intimações aos responsáveis pela interessada, o que, por muitas vezes só foi possível via edital. Consta ainda, que procuradores da empresa compareceram perante a autoridade fiscal, e apesar de se cientificarem quanto ao conteúdo das intimações, nenhuma informação fora prestada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

Em 27/09/2004 foi formalizada a representação fiscal para exclusão do SIMPLES, Fls. 139/142, acatada em 08/12/2004 pelo Delegado da Receita Federal de Palmas – TO, Fl. 143, sendo o contribuinte cientificado do Ato Declaratório de Exclusão, por edital, em 04/01/2005, Fl. 145.

Tendo em vista que os contribuintes acima apontados, praticaram, ao menos em tese, crime contra a ordem tributária, foi formalizada a competente Representação Fiscal para Fins Penais, apensada ao presente processo administrativo.

Inconformados com as exigências das quais tomaram conhecimento em 28/06/2005, Fls. 316, 342, 365, 388 e 465, a autuada, juntamente com o sócio responsabilizado, e Messias Alves Lima (apontado como dono de fato da autuada) ofereceram, em 08/07/2005, tempestivas impugnações de Fls. 433/460 (Messias) e 463/497 (Brasília e Wasley) onde se defenderam com os seguintes argumentos, em síntese:

Messias Alves de Lima

- Inicialmente, contestou a co-responsabilidade tributária alegando ser tão somente um funcionário da autuada;
- Afirmou que a fiscalização, embora o acuse como sendo o dono de fato da empresa autuada, nada traz aos autos que comprove tais alegações. Neste sentido asseverou que compete exclusivamente ao Fisco comprovar as acusações que faz, não sendo cabível apoiar-se em presunções relativas, a seu ver, insuficientes para a imputação de co-responsabilidades;
- No tocante às alegações sobre as quais a fiscalização sustentou sua co-responsabilidade, asseverou que a procuração por instrumento público fora lhe outorgada pelo sócio da empresa autuada, e não por esta. Ademais, alegou que nunca exerceu atos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

de gerência e administração, mesmo porque era apenas empregado da autuada;

- Informou que as fichas cadastrais do Banco BCN, nas quais aparece como procurador da empresa, contém informações equivocadas;
- Prosseguiu aduzindo que a procuração acostada pela fiscalização constitui frágil presunção de que seria administrador da empresa. Igualmente, o fato de ser experiente no ramo da atividade exercida pela autuada em nada se relaciona com a imputação que lhe faz o Fisco, mormente pelo fato da responsabilidade tributária decorrer de determinação legal;
- Arguiu nulidade do arbitramento perpetrado pela fiscalização, pois embora reconheça que não lhe restava alternativa, senão o arbitramento com base em dados fornecidos pela Receita Estadual, os autuantes deveriam tê-lo intimado a apresentar os livros e documentos fiscais da empresa, já que foi considerado proprietário desta. Entendeu que agindo assim, a fiscalização impossibilitou que fossem prestadas informações relevantes na determinação da base de cálculo do imposto de renda;
- Contestou o agravamento da multa sob o argumento de não ter sido intimado para apresentar a documentação da empresa, além de que a fiscalização deveria provar a ocorrência de má-fé. Alegou ser necessária a comprovação do dolo específico para que se sustente a imposição de penalidade. Ademais, o fato de o Fisco considerar subjetivamente que o defendente é o dono da empresa, não configura a fraude descrita no Decreto nº 4.502/02;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

- Considerou que a fiscalização é incompetente para aplicar a Teoria da Descaracterização da Personalidade Jurídica para atingir pessoa alheia ao quadro societário da empresa;
- Por fim protestou pelo afastamento de sua responsabilidade tributária.

Brasília Comercio de Alimentos e Wasley Christian Lima Teixeira.

- Inicialmente arguiu a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que as normas referentes ao Mandado de Procedimento Fiscal foram desrespeitadas. Nesta senda, aduziu que as prorrogações do MPF não foram feitas em tempo hábil, fato que tornaria incompetentes os auditores responsáveis pela lavratura dos Autos de Infração. Diante disso, alegou violados os artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72 e o § 2º, do artigo 13, da Portaria MF nº 3.007/2001;
- Depois de tecer comentários sobre a impossibilidade de o Fisco presumir a ocorrência do fato gerador, argumentou que a fiscalização não poderia ter obtido o montante tributável única e exclusivamente com base na receita bruta auferida pela totalidade de vendas efetuadas, sem que se procedesse aos descontos de devoluções, transferências e vendas canceladas. Nesta esteira, alegou que não fora intimada para se manifestar sobre os dados que a fiscalização obteve junto ao Fisco Estadual, o que lhe acarretou prejuízo em sua defesa. Concluiu que as informações colhidas junto à SEFAZ, por serem passíveis de erros, não podem sustentar o lançamento fiscal;
- Aduziu que a fiscalização efetuara a quebra de seu sigilo bancário, e que por isso, deveria arbitrar o lucro com base nos dados da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

movimentação financeira, que a seu ver, espelha melhor a realidade;

- Prosseguiu salientando que o Auto de Infração é carente de motivação e fundamentação, razão pela qual não observa os requisitos do artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, devendo ser anulado por não possibilitar ao contribuinte se defender da pretensão fiscal;
- Alegou que, por ter realizado o pagamento da multa complementar aplicada no processo nº 10746.000452/2005-44, não poderia ter sido autuada no presente processo;
- Insurgiu-se contra a aplicação das multas nos percentuais de 75% e 225%. Primeiro porque entendeu que não deve tributo algum, e não existindo o principal não há que se falar na existência do acessório. Segundo porque não se pode falar em duplo agravamento da multa (225%), porquanto não fora dada oportunidade para que a empresa apresentasse a documentação necessária. Ademais, alegou que a multa de 225% somente se aplica aos contribuintes que deixem de atender a intimação fiscal, o que não é o seu caso, pois não fora sequer intimado para tanto. Nesta esteira, afirmou que, quando muito, a multa aplicável seria de 75%. Transcreveu julgados proferidos pelo Conselho de Contribuintes;
- Acrescentou ainda que a fiscalização em momento algum trouxera alguma prova de que a conduta da contribuinte estivesse eivada de evidente intuito de fraude, sendo certo que a exigência da multa agravada escorou-se em meras presunções. Ilustrou sua tese com excertos extraídos da doutrina. Ainda sobre a multa, alegando-a inaplicável, por possuir caráter confiscatório, transcreveu julgado proferido na esfera judicial que corrobora seu argumento;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

- Contestou a utilização da Taxa Selic, por considerá-la inaplicável para fins tributários, haja vista sua natureza remuneratória. Nesta linha, asseverou que a Lei nº 9.069/95, que instituiu a aplicação da Taxa Selic para cálculo de juros de mora, não tem validade. Colacionou excertos da doutrina e julgados com os quais pretendeu afastar a utilização do referido indexador. Ao final deste tópico, requereu para que a atualização observe o percentual de 1% ao mês, previsto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional;
- Requereu pela improcedência do Auto de Infração, e subsidiariamente, pela redução do percentual de multa e pela não utilização da Taxa Selic.

Apreciada pela Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília – DF, em sessão de 27/10/2005, a impugnação acima sumarizada restou infrutífera, uma vez que a referida Turma, ao acompanhar o voto do Relator, optou por manter a totalidade das exigências inicialmente impostas. Formalizada no Acórdão DRJ/BSA nº 15.419/2005, Fls. 520/562, a decisão de 1ª instância estribou-se nos seguintes fundamentos:

- De início, analisaram as questões preliminares suscitadas por ambos os defendentes (Brasília/Wasley e Messias), decidindo afastá-las por completo;
- Em relação à questão de nulidade do Auto de infração por inobservância de normas relativas ao MPF, esclareceram que jamais houve interrupção do procedimento fiscalizatório, sendo que a demora na conclusão dos trabalhos fiscais é de culpa exclusiva dos interessados. Descreveram, em Fls. 539/542, todas as idas e vindas da fiscalização bem como a conduta adotada pelos defendentes no sentido de criar obstáculos à ação estatal, ressaltando que os livros e documentos solicitados jamais foram



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

entregues. Ainda no tocante ao MPF, acrescentaram que tal mandado constitui instrumento de controle interno e garantia para que os contribuintes saibam da existência de procedimento fiscal intentado contra si, razão pela qual, eventual equívoco quanto às regras, não tem o condão de invalidar o lançamento;

- Sobre o alegado cerceamento de defesa, explicaram que o procedimento de lavratura dos Autos de Infração é meramente informativo, não estando adstrito ao princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, cuja aplicação é garantida após a instauração do litígio;
- No que respeita a propalada ausência de motivação/fundamentação, frisaram os julgadores que os Autos de Infração encontram-se acompanhados pelos respectivos demonstrativos de apuração do crédito tributário. Ademais, o Relatório Fiscal descreve minuciosamente os lançamentos tributários, as constatações a que chegou a fiscalização e os motivos pelos quais os autuantes concluíram pela responsabilização do Sr Messias. Frisaram ainda que o teor da impugnação esclarece que o sujeito passivo conhece a fundo todas as acusações que pesam sobre si, haja vista que delas tenta se defender;
- No mérito, enfrentaram as alegações do Sr Messias quanto a inexistência das responsabilidades que lhes foram imputadas. Fizeram uma análise das declarações do IRPF dos sócios da autuada (Wasley e João Alcides), donde concluíram que as referidas pessoas tratam-se dos chamados "testas de ferro" ou "laranjas", haja vista que o patrimônio pessoal de ambos não suportaria a integralização de capital por "eles" efetuada e se resumem tão somente Às cotas da sociedade. Acolheram como



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

contundentes todas as provas indiciárias que levam a crer que o Sr Messias é o proprietário da Pessoa Jurídica, em especial as procurações por escritura pública em que este figura como representante da empresa. Alegaram que também não procede a alegação do Sr Messias de que se tratava de mero empregado da autuada, pois os rendimentos que obtinha da autuada superavam os rendimentos dos sócios, ou seja, os "proprietários" de uma empresa cujo faturamento gravitava entre 3 e 11 milhões de reais recebiam menos que o "empregado" (Fls. 241,244, 255 e 260);

- Invocaram o artigo 135 do Código Tributário Nacional, para salientarem que o Sr Messias, por possuir poderes ilimitados de gestão/administração da sociedade e por ter infringido a legislação tributária agindo com excesso de poderes, deve ser considerado responsável pessoalmente pelos créditos tributários exigidos da Brasília Comércio de Alimentos Ltda. Aventaram ainda a possibilidade de se descaracterizar a personalidade jurídica, de forma que a realidade prevaleça sobre a aparência. Neste mister citaram a Nota COFIS/DINOL nº 2000/00040, de 16 de julho de 2002, bem como os artigos 118, I, 121, I e 124, I, todos do CTN. Citaram ainda Acórdão deste Conselho que conceitua contribuinte como sendo *"o detentor da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, não podendo as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento dos tributos serem opostas à Fazenda Pública"*.
- Alegando que o Sr Wasley, para burlar o Fisco Federal, agiu em conluio com o Sr Messias, declararam os julgadores que ambos são responsáveis pelos créditos tributários apurados pela fiscalização;
- Sobre a questão envolvendo o arbitramento do lucro, ressaltaram que os autuantes efetuaram o lançamento com base nos dados



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

obtidos junto ao Fisco Estadual, pois os representantes da fiscalizada, embora intimados, ora pessoalmente, ora por procurador, não entregaram nenhum dos livros e documentos exigidos. Salientaram, contudo, que não procede a alegação de que a tributação tivera por base a receita bruta de vendas, porquanto a fiscalização utilizara a receita líquida (receita de vendas subtraindo-se as devoluções, transferências e vendas canceladas). Informaram ainda que os valores quitados pela sistemática do SIMPLES também foram excluídos da base de cálculo. Diante do exposto, consideraram que o procedimento fiscal não merece reparo, quer seja quanto ao arbitramento, quer seja quanto a apuração da base de cálculo;

- Asseverando que o histórico da ação fiscal não deixa margem de dúvidas quanto ao evidente intuito de fraude (a receita de vendas declaradas ao Fisco Federal representava cerca de 10% do valor efetivamente negociado) e quanto ao não atendimento das intimações fiscais, optaram por manter as multas de ofício de acordo com os percentuais apontados pelas autoridades fiscais;
- Esclareceram que a multa regulamentar aplicada no processo nº 10746.000452/2005-44 em nada guarda relação com a multa agravada constante no presente, pois aquela representa um valor fixo enquanto esta incide sobre o valor principal do tributo;
- Em relação à utilização da Taxa Selic, aduziram que o percentual de 1% previsto no § 1º, do artigo 161 do CTN, somente se aplica ante a inexistência de Lei que regulamente o tema. Como a Lei nº 9.065/95, dispõe, em seu artigo 13, que os juros de mora incidentes sobre os tributos e contribuições administrados pela SRF serão equivalentes a Taxa Selic, não há que se falar em aplicação daquele percentual de 1%. Sobre a arguição de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

ilegalidade/inconstitucionalidade da Taxa Selic, externaram o entendimento de que tal análise refoge à competência administrativa, sendo ato privativo do Poder Judiciário;

- À tributação reflexa foram estendidos os mesmos fundamentos dispensados ao lançamento principal.

Irresignada com o teor desfavorável do Acórdão acima resumido, do qual foram cientificados em 12/12/05 (Messias), Fl. 577, e por edital de Fl. 576 (Brasília), os contribuintes recorrem a este Primeiro Conselho, Recursos Voluntários de Fls. 581/605 (Brasília) e 640/668 (Messias), interpostos em 05/01/2006 (Brasília) e 09/01/2005 (Messias) e garantido com os arrolamentos de Fls. 606/607 (Brasília) e 669/671 (Messias). Em suas peças recursais os contribuintes pretendem reformar a decisão de 1ª instância sustentando as mesmas razões dispensadas em sede de impugnação. Tendo em vista que tais argumentos se encontram acima relatados, por economia e celeridade, os tenho como se aqui o estivessem.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

VOTO

Conselheiro - LUIZ MARTINS VALERO, Relator.

Recurso tempestivo e que atende os demais requisitos legais. Dele conheço.

Como entendo que a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a sócios ou terceiros é matéria litigiosa e deve ser conhecida pelo Colegiado, antes de examinar as razões de defesa colocadas pelo autuado e pelos responsabilizados, há um ponto fundamental na prova trazida pela fiscalização que precisa ser esclarecido.

Com efeito, entre os indícios colhidos pelo fisco de que o Sr. Messias Alves Lima era o sócio de fato da autuada, está a afirmação de que o referido senhor era procurador da empresa, tendo poderes para movimentar, depositar e sacar quantias da conta corrente nº 447.229-3 mantida pela outorgante junto ao Banco de Crédito Nacional. (fls. 549). Faz-se referência a Fichas Cadastrais de fls. 197/198.

De fato, nas referidas fichas há anotação de que o Sr. Messias é o procurador da conta corrente em nome da autuada, mas não há nos autos o instrumento de procuração, ou mesmo documentos que mostrem a movimentação da referida conta corrente pelo Sr. Messias.

Como os demais indícios coletados pelo fisco não são tão contundentes quanto este, e visando a busca da verdade material no processo administrativo de exigências tributárias, voto por se converter o julgamento em diligência para que a fiscalização junte aos autos outros elementos que corroborem a acusação em destaque, além da anotação na Ficha Cadastral do banco.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10746.000158/2005-32
Resolução nº : 107-00.655

De tudo quanto juntar ou apurar, dê ciência à autuada e aos responsabilizados para que, querendo, no prazo legal, falem sobre o resultado da diligência.

Sala das Sessões - DF, em 25 de abril de 2007.



LUIZ MARTINS VALERO