



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

Processo n° 10830.727525/2012-19
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.930 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de março de 2016
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrente ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA e OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008

CONTA-CORRENTE EM NOME DE INTERPOSTA PESSOA. TITULARIDADE DE FATO. PROVA.

Comprovado pelo Fisco, mediante amplo procedimento de circularização de informações, que a pessoa jurídica, formalmente titular da conta-corrente bancária investigada, era fictícia e inexistente de fato; e que os recursos movimentados nessa conta-corrente foram empregados para satisfazer as atividades operacionais de terceiro, correta a atribuição de titular, de fato, a essa terceiro.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular de fato, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

Correta a aplicação da multa qualificada de 150%, ao restar comprovada nos autos a conduta da recorrente de engendrar e participar ativamente de todo um esquema de sonegação fraudulenta, inclusive mediante o uso de conta-corrente bancária cuja titularidade formal era de pessoa jurídica fictícia e inexistente de fato, para ocultar da autoridade fazendária os vultosos recursos financeiros ali movimentados e, desta forma, também os fatos geradores tributários.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. RECURSO INTERPOSTO PELO CONTRIBUINTE EM FAVOR DO RESPONSÁVEL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DE LEGITIMIDADE DE PARTE.

A pessoa jurídica, apontada no lançamento na qualidade de contribuinte, não possui interesse de agir nem legitimidade de parte para questionar a responsabilidade tributária solidária atribuída pelo Fisco a pessoas físicas. A falta de interesse de agir se evidencia porque, qualquer que fosse a decisão a ser tomada acerca dessa matéria, inexistente dano ou risco de dano aos interesses da pessoa jurídica. E, por não ter direitos ou interesses passíveis de serem afetados pela decisão a ser adotada quanto a esse ponto, não se qualifica como parte legítima, não podendo pleitear direito alheio em nome próprio. Não se há, portanto, de conhecer desse pedido.

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. CONDOTA DOLOSA. USO DE INTERPOSTA PESSOA. APLICABILIDADE DO ART. 173, I, DO CTN. DECISÃO DO STJ NO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 62, § 2º, DO RICARF.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito. Decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 973.733, no regime do art. 543-C do CPC. Aplicabilidade do art. 62, § 2º, do Regimento Interno do CARF. No caso vertente, a conduta dolosa, comprovada nos autos, conduz à aplicação do art. 173, I, do CTN, com o que se constata que os lançamentos não foram alcançados pela decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso interposto pelo responsável tributário Sr. José Roberto Monte, não conhecer dos argumentos e do pedido trazidos pela recorrente Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., acerca da responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Roberto Monte e, no mais, negar provimento ao recurso voluntário interposto por Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Gilberto Baptista e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA (contribuinte); JOSÉ ROBERTO MONTE e BALTAZAR BORGES FIUZA FILHO (responsáveis tributários), já qualificados nestes autos, inconformados com o Acórdão nº 05-40.833, de 18/06/2013, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, recorrem voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Cuida o presente processo de autos de infração para constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ, fl. 5), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL, fl. 21), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS, fl. 39) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS, fl. 33), por fatos geradores ocorridos no ano-calendário 2007. O total da exação alcançou R\$ 27.028.480,81, conforme demonstrativo à fl. 4, aí incluídos multa de ofício de 150% e juros moratórios calculados até a data do lançamento.

Os procedimentos e conclusões da fiscalização, bem assim as infrações apuradas, se encontram minuciosamente descritas no Relatório Fiscal (fls. 45/69), a seguir transcrito parcialmente (conforme consta também do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância).

1. Trata-se de Relatório Fiscal, parte integrante e indissociável dos Autos de Infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), (...), relativos ao ano-calendário 2007, lavrados em face da pessoa jurídica Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., CNPJ: 01.382.912/0001-38, doravante denominada ASPEN, sendo responsáveis tributários as pessoas físicas José Roberto Monte (...), e Baltazar Borges Fiúza Filho, (...).

2. A fiscalização iniciou-se junto à pessoa jurídica Campineira Rádio Táxi Serviços Ltda, CNPJ: 05.942.639/0001-00, doravante denominada CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA., na qual constatou-se que trata-se de empresa constituída com a finalidade de abrigar e ocultar recursos financeiros de propriedade da empresa ASPEN, conforme será detalhado no presente relatório.

I - Da Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.

3. A Aspen (...) é uma sociedade empresária ltda, com sede na Av. Cardoso de Melo, nº 1.470, 8º andar, conj. 803, Vila Olímpia, São Paulo –SP. O quadro societário é composto desde 26/09/2006 pelo Sr. José Roberto Monte, CPF (...), com atual participação de R\$ 990.000,00 no capital social, e pela pessoa jurídica GRANADA PETROLEUM LCC, sediada no exterior, na Silverside Road, conjunto 100, Wilmington, Delaware, DE19809, EUA, com participação de R\$ 10.000,00, representada no Brasil pelo próprio José Roberto Monte.

4. A ASPEN tem como objetivo social o comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (TRR).

5. A ASPEN declarou no ano-calendário de 2007, conforme DIPJ 2008, Receita Líquida de R\$ 114.503.577,24, e apurou Lucro Real de R\$ 68.250,40 no 1º trimestre de 2007; R\$ 70.125,05 no 2º trimestre de 2007; R\$ 72.125,20 no 3º trimestre de 2007 e R\$ 74.124,31 no 4º trimestre de 2007.

6. a ASPEN possui atualmente 4 filiais localizadas em Paulínia-SP, Cuiabá-MT, Guarulhos-SP e Assis-SP, conforme Contrato Social consolidado pela 54ª alteração.

II - Da Campineiro Radio Táxi Serviços de Transporte Ltda

7. A CAMPINEIRA RADIO TÁXI foi constituída em 15/09/2003 como sociedade empresária limitada pelos sócios Baltazar Borges Fiúza Filho, CPF (...) e Pablo Luz Lima, (...), tendo como objetivo social, conforme cláusula IV do contrato social, “prestação de serviços na área de transporte rodoviário de passageiros e encomendas”, com capital social de R\$ 30.000,00.

8. Em 27/01/2005 o sócio Pablo Luiz Lima retirou-se da sociedade cedendo a título gratuito a totalidade de suas quotas (R\$ 15.000,00) ao sócio Baltazar Filho, o qual permaneceu como único sócio até o término da sociedade em 28/06/2006, conforme Distrato Social registrado (...) em 09/11/2007.

9. A CAMPINEIRA RADIO TÁXI entregou declarações de imposto de renda relativas aos anos-calendário 2003 a 2007, na forma do lucro presumido, totalmente “zerada” (receita bruta igual a zero em todos os meses). Para o ano-calendário 2008 foi entregue declaração como inativa. Não obstante, movimentou a vultosa quantia de R\$ 23.641.554,62 em sua conta bancária no ano-calendário 2007.

III – Da Fiscalização na Campineira Radio Táxi

10. A fiscalização na Campineira Radio Táxi iniciou-se em 05/04/2010 pela Auditora Fiscal da RFB Márcia Schiavetti Bortolai, sob o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.1.04.00-2010-00291-0, ocasião em que fora constatado que a empresa Campineira Rádio Táxi nunca operou no endereço constante em seu Contrato Social e informado à Receita Federal com domicílio fiscal, conforme Termo de Constatação nº 01.

11. Diante da não localização do endereço, foi dada ciência dos Termos de Início de Ação Fiscal e do Termo de Constatação nº 01 através da publicação do Edital/SEFIS/108/2010 em 05/04/2010.

12. Por meio do Termo de Início de Ação Fiscal a Campineira Rádio Táxi foi intimada a apresentar os livros contábeis e os extratos bancários relativos à movimentação financeira no Banco Bradesco S.A. no montante de R\$ 23.641.554,62.

13. Em 16/06/2010 foi publicado o Edital/SEFIS/197/2010 para cientificar a Campineira Rádio Táxi do Termo de Intimação nº 02, através do qual foi reintimada a apresentar os elementos inicialmente solicitados e comunicada de que o responsável pela fiscalização passara a ser o Auditor-Fiscal Humberto Melo Patrocínio.

14. O Termo de Intimação nº 03 foi encaminhado ao endereço constante no cadastro CPF do sócio Baltazar Borges Fiúza Filho, R. Uruana, 282, Jd. Planalto, Paulínia-SP, porém foi devolvido pelos Correios com o motivo "mudou-se". O Termo de Intimação nº 05, após correção do endereço constante do Termo de Intimação nº 04, foi encaminhado ao endereço do outro sócio, Pablo Luz Lima, Av. João Vieira, 1441, Bela Vista, Paulínia-SP, porém também foi devolvido pelos Correios, com o motivo "desconhecido".

15. Em 03/08/2010 foi publicado edital (Edital/SEFIS/266/2010) reintimando novamente a fiscalizada (Termo de Intimação nº 06).

16. Em razão da não localização da empresa, nem de seus sócios, a Campineira Rádio Táxi foi declarada INAPTA com a publicação no D.O.U. em 06/09/2010 do Ato Declaratório Executivo nº 29/2010 (processo administrativo nº 10830.009752/2010-05).

17. Em 10/09/2010 foi expedida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) ao Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724/2001, solicitando cópia dos extratos bancários, ficha cadastral e instrumento de procuração relativos à Campineira Rádio Táxi.

18. Enquanto se aguardava a entrega dos documentos requisitados à instituição financeira e, posteriormente, eram analisados tais documentos, foram publicados os Editais/SEFIS nºs 324/2010 (20/09/2010), 391/2010 (10/11/2010) e 28/2011 (05/01/2011), para ciência, respectivamente, dos Termos de Continuidade do Procedimento Fiscal nºs 07, 08 e 09.

19. De acordo com o Bradesco S.A. não há procuração outorgada pela Campineira Rádio Táxi.

20. Com base no indício de interposição de pessoas, previsto no art. 3º, inciso XI do Decreto 3.724/2001 foram solicitadas ao Banco Bradesco S.A., por meio das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) expedidas em 03/02/2011, 10/07/2012 e 03/10/2012, cópias dos documentos de débito e crédito, selecionados por amostragem, com o intuito de identificar o titular de fato da movimentação financeira.

21. Em 25/02/2011 foi publicado o Edital/SEFIS/97/2011 dando ciência do Termo de Intimação nº 10, através do qual intimou-se a Campineira Rádio Táxi a comprovar, por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos correspondentes aos lançamentos de créditos individualmente relacionados no anexo ao termo.

22. Enquanto se realizavam investigações para identificação do real titular da movimentação financeira foram publicados os Editais/SEFIS nºs 165/2011 (13/04/2011), 241/2011 (07/06/2011), 306/2011 (28/07/2011), 372/2011 (14/09/2011), 437/2011 (09/11/2011), 003/2012 (04/01/2012), 048/2012 (01/03/2012), 098/2012 (27/04/2012), 142/2012 (22/06/2012), 173/2012 (17/08/2012) e 208/2012 (11/10/2012) para ciência, respectivamente, dos Termos de Reintimação nºs 11, 12, 13, 14, 15 e 16 e Termos de Continuidade do Procedimento Fiscal nºs 17, 18, 19, 20 e 21.

IV - Dos Elementos Probatórios da Interposição Fraudulenta de Pessoa

23. Neste item detalharemos os elementos coligidos no curso da ação fiscal que levam a conclusão de que a Campineira Radio Táxi foi constituída para ocultar o titular de fato da movimentação financeira.

24. Preliminarmente, cabe destacar que Baltazar Borges Fiúza Filho não tinha capacidade econômica compatível para a condição de sócio-administrador de uma empresa com movimentação financeira de R\$ 23 milhões em 2007, pois possuía como únicos bens, de acordo com sua declaração de imposto de renda do ano-calendário 2007, quotas de sociedades e um veículo da marca Fiat modelo Palio financiado em 60 parcelas.

25. A CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI não fora constituída para a prestação de serviços de transportes, haja vista que uma empresa atuante neste ramo com movimentação financeira no montante de R\$ 23 milhões de reais certamente seria proprietária de uma frota de veículos, bem como necessitaria de uma estrutura para gerenciá-la, ao contrário da constatação de sequer ter funcionado no endereço constante dos seus atos constitutivos, conforme Termo de Constatação nº 02.

26. Como serão adiante detalhados, os elementos revelados no curso da ação fiscal, através de informações prestadas por terceiros, análise do fluxo dos recursos financeiros e outros dados coletados, indicam que a empresa Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda, CNPJ: 01.382.912/0001-38 era a titular de fato da movimentação financeira ocorrida na conta bancária da Campineira Rádio Táxi.

IV. 1 - Das Informações Prestadas por Terceiros

27. A partir da cópia dos documentos de crédito e débito referentes ao extrato bancário da Campineira Rádio Táxi foram realizadas diligências com o objetivo de identificar o responsável de fato pelos recursos movimentados pela Campineira. Vejamos as informações prestadas pelo diligenciados:

28. Intimada a justificar o recebimento de R\$ 70.000,00 da Campineira Radio Táxi, via TED em 19/06/2007, a empresa Univen Refinaria de Petróleo Ltda respondeu o seguinte:

"(...)A Univen, há vários anos, tem dentro de seu rol de clientes de produtos derivados de petróleo, as empresas Monte Cabral Distribuidora de Combustíveis Ltda., CNPJ 04.138.529/0001-27 e Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda CNPJ 01.382.912/0001-38, o que comprovamos, neste momento, apresentando a título de exemplo, cópia de NFs de Venda para a Aspen e os devidos lançamentos das mesmas na contabilidade da nossa empresa (Doc.1).

Esclarecemos que, como este é um mercado em que, de regra geral, os pagamentos são antecipados ou à vista, sendo neste último caso, normalmente antes da efetiva saída do produto da refinaria, tal procedimento era, à época, o caso de nossa política de vendas e de recebimentos para as empresa Monte Cabral e Aspen, comercialmente, um cliente conjunto/único.

Deste modo, esclarecemos que a forma de operacionalidade, é a de receber o pagamento antecipado a título de adiantamento, e à medida que os produtos forem sendo entregues, baixa-se tal montante do referido adiantamento do cliente (Does. 2, 2.1 e 1).

No caso questionado por V.sa., constante do Termo de Intimação Fiscal, "1) Que tipo de negócio justificou tal operação financeira?", esclarecemos que os depósitos feitos por nossos clientes, são registrados em nossa contabilidade como Adiantamento de Clientes, assim como esclarecido acima. No caso específico, a importância de R\$ 70.000,00, proveniente de depósito em nossa conta bancária, por Campineira Rádio Táxi Serviços de Transporte Ltda, CNPJ 05.942.639/0001-00, foi proveniente de pagamento por fornecimento de produtos derivados de petróleo, produzidos por nossa refinaria-Univen, por conta e ordem de nossos clientes, Aspen e Monte Cabral. Portanto, esclarecemos em tempo, que não temos quaisquer relacionamentos comerciais com a empresa Campineira Rádio Táxi, citada em vosso Termo.

Apresentamos neste momento, os registros contábeis, fiscais e bancários do referido depósito por nós recebido em nome destes nossos clientes, para se comprovar os fatos que descrevemos (Doe. 2 e 2.1).(...)" (grifo nosso)

29. Intimada a justificar o pagamento feito por sua incorporada Polipetro Distribuidora de Combustíveis Ltda, CNPJ: 00.377.115/0001-08 à Campineira Radio Táxi, via TED em 27/07/2007, no valor de R\$ 333.000,00, a empresa Alesat Combustíveis S.A., CNPJ: 23.314.594/0001-00, respondeu:

"(...) 1) Que tipo de negócio justificou tal operação financeira?

Resposta: A ALESAT (Polipetro) esclarece que não realizou nenhuma operação direta com a empresa Campineira Rádio Táxi Serviços. O depósito em questão decorre da compra de Gasolina A da empresa UNIVEN Petroquímica Ltda, CNPJ nº 67.276.923/0004-94, localizada na Rua João Batista Pessini, 399, Bairro da Chave, Itupeva/SP, conforme Notas Fiscais nºs 049450, 049451 e 049452 (documento 2), que totalizam um montante de R\$ 333.000,00. No momento da realização do pagamento, a credora UNIVEN autorizou a ALESAT (POLIPETRO) a realizar o depósito por sua conta e ordem na conta corrente da Campineira Radio Táxi Serviços de Transportes Ltda., conforme pode ser comprovado pelos registros contábeis e documentos anexos (documento 3).

2) Apresentar cópia de documentos hábeis comprobatórios da ocorrência do negócio (exemplo: notas fiscais, contratos, conhecimentos de transporte, etc.)?

Resposta: apresentamos as Notas Fiscais da UNIVEN (documento 2) que originaram o pagamento por conta e ordem, bem como cópia da solicitação realizada ao financeiro da ALESAT (POLIPETRO) pela empresa, VIBRAPAR Participações Ltda. (empresa holding controladora da UNIVEN) para realização de depósito para Campineira Rádio Táxi Serviços de Transportes Ltda, bem como o comprovante de depósito da operação (documento 4). (...)" (g.n.)

30. Diante da resposta da empresa Alesat intimamos a empresa Univen que justificou:

"(...) No caso questionado por V.sa., constante do Termo de Intimação Fiscal, "1) Qual a relação da intimada com a empresa Campineira Rádio Táxi Serviços de Transporte Ltda CNPJ: 05.942.639/0001-00?", **esclarecemos que não tínhamos e não temos quaisquer relacionamentos comerciais com tal empresa.**

Em relação ao questionado no item "2) Qual a razão do referido pagamento ter sido recebido através da empresa Campineira Rádio Táxi Serviços de Transporte Ltda.?", **esclarecemos que refere-se a devolução de valores antecipados por nossos clientes Monte Cabral e Aspen, devido à não possibilidade de entrega de produtos por estes encomendados, sendo tal devolução efetuada por indicação dos mesmos. (...)" (g.n.)**

31. Intimada a justificar a remessa de R\$ 47.790,00 à Campineira, via TED em 30/07/2007, a empresa Posto de Serviços Jotas Ltda, CNPJ: 03.117.624/0001-81, esclareceu:

"(...) I. A operação em referência está devidamente contabilizada no Registro de Entrada nº 00100 (Doc. 01), no qual destaca-se as seguintes Notas Fiscais:

I. NF 111369, de 08/08/2007, no valor de R\$ 29.599,50;

II. NF 111370, de 08/08/2007, no valor de R\$ 8.133,00;

III. NF 111371, de 08/08/2007, no valor de R\$ 9.866,50.

2. Ressalte-se, nesse aspecto, que as notas fiscais são datadas de 08/08/2007, pois no âmbito do mercado livre de combustíveis o pagamento tem que ser realizado na ocasião da realização do pedido, para a subsequente entrega do combustível efetivamente pago dentro dos seguintes 10 dias após a confirmação do recebimento do pagamento por parte do vendedor.

3. Assim sendo, e tendo em vista a coleta de informações necessárias, em resposta ao quesito nº 1, cumpre explicar que o negócio jurídico que justificou a operação financeira acima descrita foi de compra e venda de combustível derivado de petróleo, combustível esse comprado da ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA e que foi pago à EMPRESA CAMPINEIRA por solicitação da própria ASPEN.

4. Já em atendimento ao ponto nº 2, junta-se cópia de folha nº 00100 do Livro de Registro de Entradas nº 07, de 2007, onde encontram-se registradas as Notas Fiscais nº 111369, 111370 e 111371 que lastreiam a operação.

5. Não obstante, caso seja necessária a apresentação de cópia autenticada dessas notas fiscais, requer-se desde já prazo suplementar de dez dias para juntada, uma vez que tais documentos precisarão ser buscados no arquivo morto da empresa..

6. Por último, em resposta ao quesito nº 3, esclarece que o contato com a empresa ASPEN, a revendedora dos combustíveis

comprados por meio da transferência bancária realizada em

30/07/2011, foi sempre realizado pelo telefone (19)78022752, diretamente com o Sr. Volnei, gerente da área comercial da Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., CNPJ nº 01.382.912/0002-19, com endereço na Av. Estocolmo, nº 1438, sala 6 - Cascata - Paulínia SP, CEP: 13140000, telefone (19) 2102-9680.

7. Esclarece, também, que o pagamento foi realizado à Campineira Rádio Táxi Serviços de Transporte Ltda. por ordem da própria Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., com quem a Posto de Serviços Jotas Ltda. efetivamente realizou a referida compra de combustíveis, sendo certo que na ocasião a ASPEN informou que a CAMPINEIRA seria uma empresa com a qual mantinha relações negociais."(g.n.)

32. Intimada a esclarecer o recebimento de R\$ 12.824,00 da Campineira Rádio Táxi, via TED em 25/01/2007, a Sra. Leila Sandra de Jesus Simone justificou:

"LEILA SANDRA DE JESUS SIMONE, brasileira, "do lar", portadora da Cédula de Identidade (RG) 20.941.7493 e inscrita no CPF/MF sob o nº 173.823.488-65, casada com CARLOS SIMONE, brasileiro, casado, "comerciante", portador da Cédula de Identidade (RG) nº 16.985.7588 e inscrito no CPF/MF sob o nº 104.960.058-47, ambos residentes e domiciliados à Rua Jose Bonifácio, nº 346, na cidade de Aguai-SP, vem respeitosamente, a fim de ser apreciado, expor o que segue:

1 - Na data do ocorrido, em meados de janeiro de 2007, o relatante exercia a função de "vendedor de óleo lubrificante usado".

2 - Casado com Leila Sandra de Jesus Simone, ele frequentemente movimentava a conta bancária que esta em nome da sua esposa, sob o nº 498424-3, agência 320, Banco Unibanco, efetuando transações, pagamentos, transferências, inclusive utilizando-a para o recebimento dos pagamentos dos produtos que na época comercializava.

3 - O mesmo vendia "óleo lubrificante usado" de uma empresa chamada "Aspen Distribuidora", onde recebia comissões de suas vendas, o qual tinha como intermediário o Sr. Moacir Capucci, atualmente com qualificação e paradeiro totalmente desconhecido.

4 - Conforme segue em anexo, o extrato comprovando as transações efetuadas para a conta bancária de Leila Sandra de Jesus Simone, **mais especificamente a de nº 329374-0, no valor de R\$12.824,00 (Doze Mil, Oitocentos e Vinte e quatro Reais), transferida de "Campineira radio taxi", é pagamento de produto negociado entre as partes, ou seja, entre Carlos e Moacir.**

5 - Alguns pagamentos foram efetuados pelo Sr. Moacir nesta conta bancária, e conforme pode verificar no anexo, remetidas ora pela empresa denominada "Aspen distribuidora" e numa **única oportunidade pela empresa "Campineira radio taxi".**

6 - Porém o relatante, jamais teve algum contato ou negócio com a empresa denominada "campineira radio taxi", inclusive desconhece seu ramo de atividades comerciais, pois seu único contato era feito com o Sr. Moacir Capucci.

7 - Passados alguns anos, a relação comercial entre as partes foi encerrada, e o relatante nunca mais teve contato com seu ex cliente."(g.n.).

IV.2 - Da análise do fluxo financeiro da conta bancária

33. Além das informações prestadas por terceiros, de que os recursos movimentados na conta bancária da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI eram recebimentos e pagamentos realizados pela ASPEN, constam na referida conta bancária diversos créditos e débitos a ela vinculados, vemos:

34. A ASPEN efetuou diversas remessas de valores para a conta bancária da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI através de transferências eletrônicas totalizando o montante de R\$ 3.268.427,43, conforme tabela a seguir:

[Demonstrativo de fls. 54/55]

35. Em resposta ao Termo de Intimação no qual questionou-se sobre as razões da remessa do montante de R\$ 474.447,43 (09/01/2007 R\$ 122.450,00; 22/01/2007 R\$ 11.000,00; 27/04/2007 R\$ 289.997,43 e 15/05/2007 R\$ 51.000,00) para a CAMPINEIRA RADIO TÁXI, a ASPEN justificou:

"Prezado Sr. Auditor.

Considerando intimação recebida na data de 20/08/2011, visando a coleta de informações e documentos a respeito de hipotético negócio jurídico realizado em 2007 entre a petionária e a sociedade empresaria Campineira Radio Táxi Serviços de Transportes Ltda;

Considerando que a empresa Campineira Radio Táxi Serviços de Transportes Ltda e a empresa Tupi Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda possuem em seu quadro societário o mesmo sócio Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho;

Serve a presente para informar que as operações financeiras do período em questão referem-se à transação comercial realizada entre a contribuinte e a empresa Tupi Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. Assim, por orientação e solicitação do sócio proprietário Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho, os pagamentos para quitação dos combustíveis adquiridos pela contribuinte foram realizados na conta corrente da Campineira Radio Táxi.

Por fim, visando atender a o que determina a notificação, apresentamos neste momento as notas fiscais de aquisição de combustível abaixo relacionadas:

[Demonstrativo de fl. 55]

36. Posteriormente, conforme Termo lavrado em 26/07/2012, a empresa Aspen foi intimada a esclarecer a remessa do restante, no montante de R\$

2.793.980,00. Em resposta datada de 24/09/2012 alegou que os recursos são referentes ao contrato de mútuo celebrado com a CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI, vejamos:

"No tocante às informações e documentos solicitados no termo de intimação MPF 08104002012005445 referente às operações que originaram a remessa de recursos à empresa Campineira Rádio Táxi Serviços de Transportes no ano de 2007 esclarecemos que tais remessas referem-se a empréstimo realizado para subsidiar os investimentos financeiros da empresa Campineira Rádio Táxi Serviços de Transportes na expansão de seus negócios, assim como, na sua área de atuação, conforme contrato de mútuo em anexo.

Informamos ainda, que tal empréstimo realizado, no decorrer de 2007, teve como único objetivo estreitar o relacionamento comercial para garantia do direito de preferência quanto ao fornecimento dos combustíveis comercializados pela ora notificada (...)". (g.n.)

37. Em 04/10/2012 foi lavrado Termo de Intimação através do qual a ASPEN foi intimada a apresentar a via original do contrato de mútuo, bem como esclarecer de que forma o empréstimo fora liquidado, haja vista a previsão contratual de que a Campineira deveria quita-lo até 31/12/2007. No entanto, a ASPEN não atendeu a intimação e não apresentou qualquer documento comprobatório de que o empréstimo fora quitado pela CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI.

38. Como é possível uma pessoa jurídica emprestar mais de R\$ 3 milhões a outra que não tenha uma sede, um local de funcionamento ou qualquer indício de atividade, com a expectativa de recebe-los acrescidos em 10% num prazo de 12 meses, sem qualquer garantia? E mais, vencido o prazo para quitação do empréstimo, não proceder a sua cobrança, seja administrativa ou judicialmente?

Resta claro, que se trata de um contrato de mútuo fictício, confeccionado com o intuito de dissimular o verdadeiro motivo da remessa de quantia tão expressiva para uma empresa inoperante, qual seja, a existência de uma conta bancária mantida de forma oculta, através de interposta pessoa.

39. Verificou-se ainda, por amostragem, a emissão pela CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI de diversos cheques nominais à ASPEN, totalizando R\$ 979.500,00, a seguir relacionados. É de se estranhar que tais valores não tenham sido relacionados pela ASPEN como sendo pagamentos de parte do empréstimo concedido à CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI.

[Demonstrativo de fl. 56]

40. Há uma transferência bancária no valor de R\$ 160.650,00 em 31/01/2007 da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI para a Destilaria Nova Era, CNPJ: 07.736.245/0001-20, que tem como sócio o Sr. José Roberto Monte (mesmo sócio da empresa Aspen), a qual justificou tratar-se do recebimento pela venda de dois equipamentos industriais à Campineira, entre os quais uma "Bomba Centrífuga de Alta Pressão". No entanto, da análise detida do extrato bancário da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI constata-se inverídica tal versão, pois no dia anterior (30/01/2007) foi creditada exatamente a mesma quantia (R\$ 160.650,00) pela empresa ASPEN. Isto é, tal quantia foi transferida entre empresas do Sr. José Roberto Monte passando pela

conta da CAMPINEIRA RADIO TÁXI. Ademais, não houve apresentação de qualquer documento comprobatório de que tal operação comercial tenha ocorrido.

41. Constatou-se ainda, por amostragem, a emissão pela CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI de cheques a JR Investimentos, Participações e Agro-Negócios Ltda, CNPJ: 07.245.496/0001-02, empresa controlada por José Roberto Monte, em 5 oportunidades, totalizando R\$ 79.056,55, conforme relação abaixo:

[Demonstrativo de fl. 57]

IV.3 - Demais Elementos que vinculam a ASPEN à CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI

IV.3.a - Dos vínculos entre José Roberto Monte e Baltazar Borges Fiúza Filho

42. Em diligência no município de Paulínia-SP obteve-se a informação com a vizinhança de que o Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho de fato residiu no endereço constante do cadastro CPF, R. Uruana, 282 - Jd. Planalto, e que o imóvel teria sido alugado através da imobiliária Hermes localizada no centro daquele município.

43. Formalmente intimada, a imobiliária Hermes Administração de Bens Imóveis Ltda, CNPJ: 02.128.695/0001-07, forneceu os documentos relacionados às locações contratadas pelo Sr. Baltazar, dos quais constata-se que:

- O Sr. Baltazar alugou dois imóveis através da imobiliária Hermes. O primeiro localizado na R. Uruana, 282 - Jd. Planalto - Paulínia - SP, no período de 01/10/2002 a 01/09/2007 e o segundo na R. Regina Basseto Bordignon, 584 - São José - Paulínia/SP no período de 07/02/2007 a 23/08/2011;

- **Em ambos os contratos de locação, o Sr. Baltazar teve como seu fiador o Sr. José Roberto Monte.**

44. Ressalte-se que o imóvel localizado na R. Uruana, residência de Baltazar em 2007 é uma construção modesta, corroborando com a constatação de que ele não possuía capacidade econômica compatível com um sócio-administrador de empresa de vultosa movimentação financeira.

45. José Roberto Monte não apenas foi o fiador de Baltazar Borges Fiúza Filho, em duas oportunidades, como também declarou ter emprestado a quantia expressiva de R\$ 195.000,00 em 2007, mediante emissão de nota promissória com vencimento em 12/2008, conforme DIRPF 2008. Consta inclusive na última declaração de ambos (DIRPF 2012) o referido empréstimo.

46. Em 20/03/2007, em entrevista pessoal à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, relacionada ao processo de recadastramento da inscrição estadual da empresa Tupi Distribuidora de Combustíveis Ltda (1000035-747565/2006), Baltazar Borges Fiúza Filho declarou, na condição de sócio desta empresa, que conheceu José Roberto Monte em Goiânia, aproximadamente em 1990, enquanto prestava serviços em sua oficina mecânica para o mesmo. Afirmou ainda, que José Roberto Monte, como dono da empresa ASPEN convidou-o para vir trabalhar em São Paulo, não necessariamente com ele.

47. Importante destacar que Baltazar Borges Fiúza Filho figurou no quadro societário da ASPEN por menos de três meses, entre 26/02/2002 e 20/05/2002, período em que José Roberto Monte curiosamente ausentou-se do quadro societário.

IV.3.b - Dos vínculos entre funcionários da ASPEN e a CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI

48. Cirele Amorim, CPF:288.707.448-25, funcionária da ASPEN desde 01/09/2001, conforme Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), assinou como testemunha no Instrumento de Contrato Social datado de 15/09/2003 e no Instrumento de 2ª Alteração do Contrato Social datado de 27/01/2005, ambos da CAMPINEIRA RADIO TÁXI.

49. Quando da rescisão do contrato de locação do imóvel situado na R. Regina Basseto Bordginon, as chaves da residência foram devolvidas à imobiliária por Marcos Eduardo Bossolan e deixado como contato o nome de Cirele Amorim, conforme "Termo de Entrega de Chaves Rescisão Contratual".

50. Marcos Eduardo Bossolan, CPF: 175.899.448-74, funcionário da ASPEN desde 01/08/2005, conforme Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), aparece ainda como destinatário de 9 (nove) cheques nominais emitidos pela CAMPINEIRA RADIO TÁXI (selecionados por amostragem), no montante de R\$ 38.713,00, a seguir relacionados:

[Demonstrativo de fl. 59]

IV.3.c - Do Rastreamento das Declarações transmitidas à RFB

51. Analisando-se os dados relativos à transmissão das declarações à Receita Federal do Brasil da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI e da ASPEN Distribuidora de Combustíveis Ltda, verifica-se que, embora já tivesse sido protocolado o Distrato Social junto a JUCESP, a Campineira Radio Táxi e a ASPEN transmitiram diversas declarações à Receita Federal em mesma data e exatamente do mesmo computador, haja vista a semelhança do Mac Address, vejamos:

[Demonstrativo de fl. 60]

52. Constatou-se também que as declarações de imposto de renda da pessoa física, referentes aos anos-calendário 2010 e 2011, dos Srs. Baltazar Borges Fiúza Filho e José Roberto Monte, sócios-administradores, respectivamente, da Campineira Radio Táxi e da Aspen, foram transmitidas à Receita Federal pelo mesmo computador:

[Demonstrativo de fl. 60]

53. Portanto, constata-se dos elementos acima expostos que:

54. Em 2007, Baltazar Borges Fiúza Filho residia em uma moradia simples alugada; possuía um veículo "popular", Fiat Palio financiado em 60 parcelas. Não possuía, portanto, tanto, capacidade econômica característica de um sócio-administrador de uma empresa com movimento anual superior à R\$ 20 milhões.

55. Baltazar Filho gozava de grande confiança do Sr. José Roberto Monte, proprietário da Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda (importante distribuidora de combustíveis com faturamento declarado superior a R\$ 100 milhões em 2007), pois o teve como seu fiador em contrato de locação, pelo menos em duas oportunidades. Ademais, recebera em 2007 empréstimo pessoal de José Roberto Monte da vultosa quantia de R\$195.000,00, mediante assinatura de nota promissória, ainda pendente de pagamento, segundo informações das Declarações de Imposto de Renda de ambos.

56. A Campineira Radio Táxi foi constituída em 2003, tendo com um dos sócios Baltazar Borges Fiúza Filho e como testemunha em seu Contrato Social a funcionária da ASPEN Cirele Amorim. Como a Campineira seria apenas uma empresa fictícia, o local escolhido para sediá-la foi o endereço de lotes de difícil identificação e sem qualquer edificação.

57. Montou-se assim, um esquema com interposição fraudulenta de pessoa com o intuito de ocultar a propriedade de milhões de reais, o qual só foi possível de ser revelada após complexa investigação.

58. José Roberto Monte utilizou a fictícia CAMPINEIRA RADIO TÁXI para efetuar pagamentos de fornecedores, funcionários, prestador de serviço e recebimentos de valores relacionados à comercialização de combustíveis pela sua empresa ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. Além disso, efetuou transferências da conta bancária mantida de forma oculta para a JR Investimentos, Holding por controlada por ele.

59. Após grande movimentação financeira de janeiro a outubro de 2007 foi protocolado em 09/11/2007 o Distrato Social da Campineira Radio Táxi com data de 28/06/2006, o que sugere a intenção de despistar ou não revelar através deste instrumento contratual, a existência de intensa atividade financeira em 2007.

60. Diante da utilização fraudulenta da conta bancária da Campineira Rádio Táxi pela empresa Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., esta sob o comando do sócio José Roberto Monte, não é de se estranhar que diversas declarações fiscais destas pessoas jurídicas tenham sido transmitidas à Receita Federal pelo mesmo computador, assim como as declarações pessoais de imposto de renda de José Roberto Monte e Baltazar Borges Fiúza Filho.

61. Face ao exposto, resta esclarecido que a titularidade de fato da conta bancária aberta no Banco Bradesco S.A., agência 318-2, conta corrente 51771-2, em nome da Campineira Rádio Táxi Serviços de Transportes Ltda pertence à ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS f LTDA.

V - Da Fiscalização da ASPEN Distribuidora de Combustíveis Ltda.

62. Diante da constatação de que a ASPEN é a titular de fato da movimentação financeira ocorrida no Banco Bradesco S.A., este Auditor Fiscal da Receita Federal foi incluído no MPF – 0819000-2010-03824-7, procedendo-se à intimação da ASPEN para comprovar a origem dos créditos na conta bancária em questão, conforme relação individualizada dos créditos em planilha anexa ao Termo de Início, Constatação e Intimação lavrado em 01/11/2012, cuja ciência foi dada por via postal em 06/12/2012.

63. Para estrita observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório foram encaminhados anexos ao Termo de Início, Constatação e Intimação cópia integral do extrato bancário da conta mantida em nome da Campineira Rádio Táxi e as respostas de terceiros aos questionamentos feitos por esta fiscalização federal, caracterizadores da titularidade de fato pela ASPEN.

64. Passado o prazo estipulado para os esclarecimentos, a ASPEN protocolizou resposta em 26/11/2012, assinada por José Roberto Monte, na qual nega a titularidade da conta, vejamos:

"(...)Considerando se tratar de conta jurídica, extrato bancário e movimentações financeiras cuja titularidade refere-se à

Campineira Radio Táxi Serviços de Transportes Ltda e não à ora intimada Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda;

Considerando ainda se tratar de quebra de sigilo bancário de terceiro e envio de informações financeiras para conferência e esclarecimentos;

Serve a presente para solicitar prazo adicional de 30 dias, uma vez que estaremos consultando nosso departamento jurídico para levantamento das informações e cumprimento da referida notificação. (...)” (g.n.)

VI – DA SUJEIÇÃO PASSIVA

65. O Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, define no art. 121 o sujeito passivo da obrigação tributária:

(...)

66. Identificada como titular de fato da conta bancária mantida no Banco Bradesco S.A. em nome da Campineira Radio Táxi, pelos motivos já detalhadamente expostos, **a empresa ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA assume a condição de CONTRIBUINTE** por ter relação econômica com os fatos jurídicos tributários relacionados à movimentação financeira e, portanto, relação pessoal e direta com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, nos termos do diploma legal.

VI.1 - Da Responsabilidade Solidária de José Roberto Monte

67. JOSÉ ROBERTO MONTE, CPF: 034.186.976-74, na condição de sócio-administrador da ASPEN Distribuidora de Combustíveis Ltda, agiu com infração a legislação tributária, pois, ao utilizar-se de esquema fraudulento de interposição de pessoa, modificou um dos aspectos da obrigação tributária, qual seja, o aspecto pessoal relativo ao sujeito passivo previsto no art. 121 do CTN, colocando de forma ideologicamente falsa a empresa CAMPINEIRA RADIO TÁXI como contribuinte das obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores praticados pela ASPEN, incorrendo na conduta prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/64:

(...)

68. Tal conduta constitui também infração a legislação penal, especialmente ao art. 1º, incisos I e II da Lei nº 8.137/90, pois de forma intencional, dolosa, deixou de declarar os tributos decorrentes das receitas omitidas e ocultadas na conta bancária de interposta pessoa, vejamos:

(...)

69. Desta forma, JOSÉ ROBERTO MONTE é RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO pelo crédito tributário apurado no presente auto de infração, nos termos do art. 135, inciso III do CTN:

(...)

VI.2 - Da Responsabilidade Solidária de Baltazar Borges Fiúza Filho

70. Considerando que a titularidade de fato da conta bancária era da ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS e que **BALTAZAR BORGES FIÚZA**

FILHO, CPF: 340.785.416-15, na condição de sócio-administrador da CAMPINEIRA RADIO TÁXI era quem tinha poderes para movimentar a conta bancária, e de fato o fez assinando todos os cheques que foram coligidos por esta fiscalização federal, conclui-se que sua participação no esquema fraudulento montado para a prática de sonegação fiscal de tributos devidos pela ASPEN foi fundamental, colocando-o **na condição de verdadeiro preposto da ASPEN com poderes para movimentar recursos de propriedade desta.**

71. **Desta forma, a conduta de Baltazar Borges Fiúza Filho constitui infração a legislação tributária e penal, referente aos mesmos dispositivos legais infringidos por José Roberto Monte, incidindo, portanto, a RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA pelo crédito tributário apurado neste auto de infração, com fundamento no art. 135, inciso II do Código Tributário Nacional.**

VII - DA OMISSÃO DE RECEITA

72. Regularmente intimada conforme relatado no item V, a ASPEN não apresentou qualquer documento comprobatório da origem dos valores creditados na conta bancária mantida em nome da Campineira Rádio Táxi, da qual é titular de fato.

73. Assim, resta caracterizada a omissão de receita nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96:

(...)

74. A tabela seguinte apresenta os totais de receitas omitidas pela ASPEN, mensal e trimestralmente no ano-calendário 2007, concernentes à titularidade de fato da conta bancária em nome Campineira Rádio Táxi, já com os ajustes referentes aos estornos, cheques devolvidos e exclusão das transferências bancárias:

[Demonstrativo de fl. 66]

VIII - DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO IRPJ E REFLEXOS

75. Constatada a omissão de receitas pela ASPEN, estão sendo lançados de ofício os valores de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), devidos nos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2007, com base no lucro real, e de PIS e COFINS devidos nos meses de janeiro/07 a dezembro/07, nos termos da legislação aplicável:

(...)

76. Conforme dados constantes do "Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis 2008", publicado no site da Agência Nacional de Petróleo (ANP), a ASPEN comercializou em 2007 Gasolina C, Óleo Diesel e Álcool Etilico Hidratado. Destarte, para efeitos de apuração do PIS e COFINS foram consideradas as alíquotas incidentes sobre a receita de revenda de álcool, respectivamente, de 1,46% e 6,74%, por serem as mais elevadas entre as previstas para as receitas auferidas pela ASPEN em 2007, conforme se verifica dos seguintes dispositivos legais:

(...)

IX - DA MULTA QUALIFICADA

77. Para o presente caso será aplicada multa de 150% prevista no art. 44, incu I, § 1º da Lei 9.430/96, pois a ASPEN deixou de recolher os tributos devidos com base nas receitas omitidas, utilizando-se de interposta pessoa de forma a ocultar a ocorrência do fato gerador ou retardar o seu conhecimento por parte da autoridade fiscal.

78. Oportuno se faz a transcrição do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e dos artigos nela mencionados da Lei nº 4.502/64:

(...)"

Ciente das exigências e com elas irredimida, a contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis apresentou a impugnação de fls. 707/726. Suas razões foram assim sintetizadas pelo relator do processo, em primeira instância:

3.1. De início, faz um resumo do procedimento de fiscalização, refere-se aos Mandados de Procedimento Fiscal, aos esclarecimentos prestados, à quebra de sigilo bancário de terceiros (Campineira Radio Táxi Serviços Ltda) e afirma que os lançamentos são ilegais e inconstitucionais.

3.2. Aduz que a autoridade fiscal teria excedido o prazo de execução dos trabalhos, previsto no MPF. Refere-se ao artigo 7º, § 2º, do Decreto n.º 70.235, de 1972. Colaciona jurisprudência. Em suas palavras:

“Sendo assim, interessante firmar que – após o decurso do prazo de 60 dias do Mandado de Procedimento Fiscal sem a notificação do contribuinte da prorrogação da fiscalização – considera-se encerrada a fiscalização.

Aliás, ao contrário do que alega a fiscalização, o mandado de procedimento fiscal e os termos de prorrogação somente produzem efeitos após a notificação válida do contribuinte, isto é, no momento em que o contribuinte recebe os mandados. Portanto, frise-se, os mandados (seja de início da fiscalização, seja de prorrogação do procedimento fiscal) não produzem qualquer efeito no momento a sua expedição ou postagem, como quer fazer a Receita Federal no presente caso.

(...)

Ora Excelência, no caso em tela, o contribuinte fora notificado da prorrogação do procedimento fiscal após o prazo de 60 (sessenta) dias, tornando inválida toda a fiscalização que resultou na lavratura do presente auto de infração. Isto porque, ao deixar de prorrogar o mandado de procedimento fiscal tempestivamente, considerase homologado todo o crédito tributário, não sendo possível nova fiscalização sobre o mesmo tributo e período sem ao menos violar o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Além disso, o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é de que o ato administrativo que informa ao contribuinte do prosseguimento da fiscalização deve ser motivado, o que também NÃO ocorreu no caso em comento.

Ora Nobre Julgador tributário, pode o Agente Fiscal prorrogar/perpetuar a fiscalização por tempo indeterminado e sem qualquer motivação? Obviamente que não, pois violaria – além do princípio constitucional da legalidade – o da segurança jurídica.

Portanto, esta mais que demonstrada a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, razão pela qual deve ser anulado.”

3.3. Alega a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tendo em conta que a autuação teria sido lavrada com base na presunção de que (i) a empresa Campineira Rádio Táxi Serviços Ltda seria interposta da Impugnante e, assim, (ii) as receitas por ela auferidas seriam da titularidade da ASPEN.

3.4. Argumenta que prestou todas as informações solicitadas, juntando documentos que comprovariam a celebração de contratos de mútuos entre as empresas e a realização de operações comerciais com a empresa Tupi Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda, cujo sócio era o mesmo da Campineira Rádio Táxi Serviços Ltda. No entanto, a autoridade fiscal desprezou os fatos e documentos sob a alegação absurda de que (i) ninguém emprestaria três milhões de reais a uma empresa sem garantias e (ii) não existia cobrança do contrato de mútuo entre as empresa. E continua:

“Ora, Excelência, é dever do Fiscal analisar com IMPARCIALIDADE todas as alegações e documentos, o que não existiu no caso em tela. Tanto é assim que, em 06.11.2012, a Impugnante recebeu o termo de início, constatação e intimação (DOC. 03), requerendo esclarecimentos acerca dos extratos bancários da empresa Campineira Rádio Táxi Serviços Ltda (...).

Diante da dúvida sobre a legalidade da intimação que quebrou o sigilo bancário de terceiros, a Impugnante, em 26.11.2012 – portanto, dentro do prazo para prestar esclarecimentos – requereu a concessão de prazo complementar para cumprimento da notificação, sendo que tal pedido simplesmente fora desprezado pela fiscalização e a autuação foi lavrada.”

3.5. Dessa forma, restaria evidenciado o interesse da Receita Federal em responsabilizar a Impugnante, empresa séria e idônea, por débito de outra pessoa jurídica, conforme se vê no Item V – do Termo elaborado pela autoridade fiscal.

3.6. Acrescenta que a autoridade fiscal diz que o titular de fato na conta bancária mantida no Banco Bradesco seria a Impugnante, mas despreza a alegação do próprio banco de que não existia procurações outorgadas pela Campineiro Rádio Táxi. Ademais, houve a presunção de omissão de receitas sem a análise de sua documentação contábil e fiscal. Em suas palavras:

“Aliás, conforme consta nas alegações juntadas ao Auto de Infração, todos os valores depositados por clientes da ASPEN na conta bancária da CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI SERVIÇOS LTDA (CNPJ Nº ...) se deram em razão de operações comerciais com a respectiva emissão e escrituração dos documentos contábeis e fiscais.

Ou seja, e situações em que a CAMPINEIRA RADIO TÁXI SERVIÇOS LTDA necessitava de valores com urgência e a ASPEN não os tinha, a impugnante – ao invés de receber de seus clientes os valores e depois transferir para a conta bancária da CAMPINEIRA – solicitava que os seus clientes depositassem diretamente na conta da empresa CAMPINEIRA, mas a ASPEN não deixava de emitir os documentos fiscais e escritura-los.

O mesmo acontecia quando a CAMPINEIRA desejava pagar parte dos valores dos contratos de mútuos à ASPEN: ao invés de pagar à credora (Impugnante), pagava diretamente aos fornecedores da ASPEN com uma ordem desta, evitando assim, que a Impugnante pagasse multas em razão de atrasos no fornecimento de mercadorias aos seus clientes. E isto tinha uma explicação simples: neste segmento, as mercadorias somente são liberadas com a compensação da operação financeira (pagamento à vista), portanto, aguardar a compensação do pagamento do empréstimo para depois pagar à mercadoria significava prejuízo, perda de clientes e, em alguns casos, multas pelo não fornecimento do produto. Isto tudo acontecida com a devida escrituração das operações nos livros contábeis e fiscais da Impugnante.

Fato é que a alegação de omissão de receitas é bastante precária, pois o Fisco sequer analisou e confrontou se o documento fiscal que embasou a operação comercial não estava escriturado!!!

Portanto, o que a Administração tributária faz é cobrar 2 (duas) vezes o mesmo imposto do mesmo contribuinte, fenômeno ilegal e inconstitucional denominado de bitributação, isto porque, todas as operações comerciais da Impugnante estavam acompanhadas de documentos fiscais, os quais foram devidamente escriturados e tributados.”

3.7. Afirma que, embora a autoridade fiscal relate que houve a omissão de receitas, simplesmente não demonstra qual receita fora omitida, o que é impossível sem a análise de sua documentação contábil, o que demonstra, mais uma vez, o intuito do Fisco em responsabilizar a ASPEN por débitos de outra empresa. Acrescenta que a ausência da descrição clara e precisa da infração impossibilita a impugnação adequada, cerceando seu direito de defesa.

3.8. Requer a decadência do crédito tributário formalizado, tendo em conta que a lavratura dos autos de infração ocorreu apenas em 10 de dezembro de 2012, mais de cinco anos depois do fato gerador. Recorre ao artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional e acrescenta que houve recolhimento antecipado dos tributos, sendo evidente a decadência para o ano-calendário de 2007.

3.9. Insurge-se contra a quebra do sigilo bancário da empresa Campineira Rádio Táxi Serviços Ltda. Em suas palavras:

“Ora, se a própria Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto n.º 3.724/2001 exigem a instauração de procedimento administrativo para a quebra do sigilo bancário do contribuinte, por que razão não teria concedido o prazo pleiteado pelo

contribuinte? Tal negativa demonstra a ilegalidade da quebra do sigilo bancário.

Ainda que tal ilegalidade pudesse ser afastada, há de se dizer que houve a quebra do sigilo bancário de terceiros e sem ordem judicial.

A priori, pela leitura das referidas normas, conclui-se que é vedado a quebra do sigilo bancário de terceiros como ocorreu no caso em tela. Aliás, acerca de tal fato, desnecessárias maiores argumentações, pois desrespeitaria inúmeras cláusulas pétreas, inclusive da inviolabilidade da intimidade e vida privada do contribuinte.”

3.10. Disserta sobre o sigilo bancário, recorrendo à Constituição Federal e a posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. Afirma que somente o Poder Judiciário pode ter acesso aos dados bancários. Cita o Recurso Extraordinário nº 389808-PR, por meio do qual o STF teria reconhecido a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001 e de todas as demais normas correlatas. Conclui sua defesa:

“4 – DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer:

a) Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, anulando todo o lançamento tributário, tendo em vista as violações aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro e a ausência dos elementos necessários às autuações;

b) Seja reconhecida a ocorrência da decadência de todo o exercício de 2007 – nos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional – e extinto o crédito tributário em conformidade com inciso V, do artigo 156 do Codex Tributário;

c) Seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário da empresa CAMPINEIRA RADIO TÁXI SERVIÇOS LTDA (CNPJ n.º...) E, ASSIM, CANCELADO O PRESENTE Auto de Infração.

Por fim, requer sejam todas as publicações e intimações feitas exclusivamente em nome de seu patrono, o advogado OCTÁVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA, (...).”

4. Em 10 de janeiro de 2013, a contribuinte apresentou o documento de fls. 1261/1.273, datado de 04 de janeiro de 2013, referido à COFINS, por meio do qual apresenta, em síntese, as mesmas razões de defesa da impugnação acima transcrita, com os seguintes acréscimos, específicos para a COFINS e Contribuição ao PIS:

“As autuações foram lavradas com base na suposta omissão de receitas pela empresa ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA, ora impugnante, no entanto, o Fisco utilizou-se de bases de cálculos presumidas, o que não se pode admitir no ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se que nitidamente, a Fiscalização presumiu a base de cálculo do PIS e da COFINS dos meses de janeiro a março de 2008 e outubro a dezembro de 2008, cujo trecho segue transcrito (fls 9/10):

(...)

Ora Excelência, presumir que todos os produtos comercializados pela Impugnante possuem a mesma margem de lucro é um absurdo, isto porque, a Impugnante comercializa commodities, cujos valores variam diariamente de acordo com a oferta e a procura, sendo impossível manter margens de lucro semelhantes entre álcool e gasolina.

Destarte, latente a nulidade da autuação, pois não se pode tributar aquilo que não é tributável, sob pena de violação, além do princípio do contraditório e da ampla defesa – também da legalidade.

Nada obstante a referida nulidade, o Fisco presumiu que (i) toda a mercadoria adquirida de determinadas pessoas jurídicas é Álcool Hidratado e (ii) foi vendida como Álcool Hidratado, o que não é verdade!!

Ora, no exercício de suas atividades, a Impugnante adquire Álcool e mistura na Gasolina, nos termos da legislação da Agência Nacional de petróleo (ANP), dessa forma, nem todo álcool que é adquirido pela Impugnante é revendido com Álcool.

Assim, inquestionável a nulidade do Auto de Infração, pois, mais uma vez, o Fisco tenta tributar aquilo que não é tributável.

(...)

3.2 – DA CORRETA TRIBUTAÇÃO DE TODA COMERCIALIZAÇÃO DE ÁLCOOL HIDRATADO

Ainda que por mera argumentação, necessário se faz demonstrar que todas as alienações de Álcool Hidratado foram devidamente tributadas pela Impugnante. É o que se passa a fazer.

Conforme consta no Auto de Infração em epígrafe, fora constituído o crédito tributário, ora impugnado, em razão da suposta omissão de receitas referente à comercialização de Álcool Hidratado.

Fato é que a alegação de omissão de receitas é bastante precária, pois o Fisco – além de “partir” de presunções para lavrar a autuação – não considerou que todas as operações foram devidamente tributadas, nos termos da legislação de regência.

Portanto, resta mais que demonstrada a ilegalidade do Auto de Infração em epígrafe, razão pela qual deve ser cancelada a exação.”

A 4ª Turma da DRJ em Campinas/SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 05-40.833, de 18/06/2013 (fls. 1330/1378), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Opera-se a preclusão processual relativamente à sujeição passiva da pessoa física e/ou jurídica que deixa de apresentar argumentos de defesa em relação à atribuição da respectiva responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído.

LANÇAMENTO. NULIDADE. MPF.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é um instrumento de controle, planejamento e gerenciamento interno, que visa institucionalizar, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, o procedimento fiscal. A eventual inobservância às normas que o regulamentam jamais pode invalidar o lançamento fiscal constituído nos moldes do art. 142 do CTN e demais regras relativas ao Processo Administrativo Fiscal.

NULIDADE. PROVA ILÍCITA.

Os extratos bancários contendo movimentação financeira em nome de interposta pessoa não constituem prova ilícita quando fornecidos pelas instituições bancárias ao Fisco em decorrência da instauração de processo administrativo fundamentado na legislação em vigor.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. Evidenciam omissão de receita os depósitos realizados em conta de interposta pessoa, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação

hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

CONTAS BANCÁRIAS EM NOME DE TERCEIRO. É válida a presunção legal de receita omitida, com base em depósitos sem prova da origem dos recursos, quando a interessada movimentada e utiliza conta bancária em nome de interposta pessoa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRESENÇA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. Diante da caracterizada da fraude, em vista da interposição de pessoa, a decadência rege-se pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, não se caracterizando para os fatos geradores objeto do lançamento.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTA PESSOA. A multa de ofício de 150% é devida nos casos em que for comprovado o evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

A pessoa jurídica Aspen Distribuidora de Combustível Ltda. (contribuinte) tomou ciência da decisão de primeira instância, por via postal, em 24/10/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 1398. Às fls. 1399/1413 encontro recurso voluntário interposto em conjunto por Aspen Distribuidora de Combustível Ltda. e José Roberto Monte. O documento foi postado em 25/11/2013, conforme fls. 1413 e 1399. O recurso é subscrito pelo Advogado Dr. Marcos Vinícius Costa. Procuração outorgada pela Aspen à fl. 1418. Não encontrei nos autos procuração outorgada por José Roberto Monte.

No recurso interposto, os argumentos trazidos podem ser sintetizados como segue:

- Valendo-se da Súmula CARF nº 32, a recorrente sustenta que não haveria prova de todos os depósitos havidos na conta bancária da empresa Campineira, mas tão somente de três movimentações específicas. Não seria possível, por sua ótica, atribuir à interessada toda a movimentação financeira ocorrida. O lançamento seria, então, nulo.
- Outro motivo de nulidade do lançamento seria o fato de que depósito bancário não constitui fato gerador de IRPJ, CSLL, PIS nem COFINS.

- Com base nas súmulas CARF nº 14 e nº 25, a recorrente combate a multa qualificada aplicada ao lançamento. Lembra que a autuação se deu exclusivamente com base em presunção legal de omissão de receitas e que não estaria comprovada a ocorrência de fraude, sonegação nem conluio.
- Na mesma linha de raciocínio, sustenta:
 - que não haveria fundamento para a responsabilização pessoal dos sócios, segundo art. 135 do CTN;
 - que o crédito tributário teria sido constituído quando já operada a decadência.
- Requer, ainda, a extinção da representação fiscal para fins penais.

O processo foi levado a julgamento perante a 2ª Turma Ordinária desta 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF em 04/03/2015. Na oportunidade, o Colegiado considerou a necessidade da adoção de medidas saneadoras, pelo que, mediante a Resolução nº 1302-000.368 (fls. 1457/1478), o julgamento foi convertido em diligência “*para que o Sr. José Roberto Monte e o Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho sejam cientificados do Acórdão nº 05-40.833, de 18/06/2013 (fls. 1330/1378), facultando-lhes ainda a interposição de recurso voluntário no prazo legal*”.

A intimação (fl. 1482) dirigida ao Sr. José Roberto Monte, em seu domicílio tributário, foi devolvida pelos Correios (fl. 1487), com a indicação “*desconhecido*”. Em seguida, a ciência da decisão de primeira instância foi feita em 11/06/2015 mediante o Edital Eletrônico de fl. 1488. Às fls. 1496/153 encontro recurso voluntário interposto por esse sujeito passivo. A peça recursal é datada de 18/08/2015, tendo sido entregue à repartição fiscal por via postal. A data de postagem foi 20/08/2015, conforme documento de fls. 1515/1518. Instrumento de procuração à fl. 1514.

A intimação (fl. 1484) dirigida ao Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho, em seu domicílio tributário, foi devolvida pelos Correios (fl. 1490), com a indicação “*não procurado*”. Em seguida, a ciência da decisão de primeira instância foi feita em 21/07/2015 mediante o Edital Eletrônico de fl. 1491. Não encontro nos autos recurso voluntário interposto por esse sujeito passivo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

Registro, inicialmente, que o sujeito passivo Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho, cientificado da decisão de primeira instância, não apresentou recurso voluntário.

Quanto ao Sr. José Roberto Monte, deve-se ressaltar que a peça recursal de fls. 1399/1413 seria, por análise inicial, um recurso voluntário interposto em conjunto por Aspen Distribuidora de Combustível e José Roberto Monte. No entanto, o recurso é subscrito

pelo advogado Dr. Marcos Vinícius Costa, e somente encontro nos autos procuração outorgada pela pessoa jurídica Aspen (fl. 1418). Não encontro nos autos procuração outorgada a esse advogado pelo Sr. José Roberto Monte. Concluo que o advogado que subscreve a peça recursal representa tão somente a pessoa jurídica e esse recurso não pode ser tido como subscrito também pela pessoa física do Sr. José Roberto Monte.

Após as providências saneadoras determinadas pela Resolução nº 1302-000.368 (fls. 1457/1478), o Sr. José Roberto Monte foi intimado da decisão de primeira instância, sendo-lhe facultado o prazo legal para a interposição de recurso voluntário. A correspondência enviada ao seu domicílio tributário foi devolvida pelos Correios, com a indicação "*desconhecido*". Em seguida, foi publicado o edital de fl. 1488, em 27/05/2015. Conforme as regras para a ciência por edital (art. 23 do Decreto nº 70.235/1972), a ciência ocorreu no décimo sexto dia, a contar da publicação do edital, isto é, em 11/06/2015, iniciando-se, a partir dessa data, a contagem do prazo de trinta dias para a interposição do recurso voluntário. A data limite seria em 11/07/2015, sábado, estendendo-se até 13/07/2015, segunda-feira. A peça recursal de fls. 1496/1513, postada em 20/08/2015, é flagrantemente intempestiva.

Observo, finalmente, que a única menção feita à questão da tempestividade, na peça recursal, é o pedido de que "*para fins de aferição da tempestividade [...] seja observada a data da postagem do recurso [...]*". Ora, mesmo assim, não há como considerar que possa ser tempestivo o recurso postado com mais de sessenta dias da data da ciência regular da decisão de primeira instância.

Com essas considerações, tenho por intempestivo o recurso interposto pelo sujeito passivo Sr. José Roberto Monte, e dele não tomo conhecimento.

O recurso do sujeito passivo Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. (fls. 1399/1413) é tempestivo, e foi subscrito por procurador com poderes para tanto (procuração à fl. 1418). Dele conheço.

O primeiro ponto a ser apreciado é a afirmação da recorrente, baseada na Súmula CARF nº 32, de que não haveria prova de todos os depósitos havidos na conta bancária da empresa Campineira, mas tão somente de três movimentações específicas. Não seria possível, por sua ótica, atribuir à interessada toda a movimentação financeira ocorrida. O lançamento seria, então, nulo.

A movimentação financeira na conta-corrente em nome da Campineira Radio Taxi, cuja titularidade de fato foi imputada à ora recorrente Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., montou, no ano-calendário 2007, o total aproximado de R\$ 23 milhões, como se viu no relatório que antecede a este voto.

As três movimentações específicas a que se refere a recorrente, embora não individualizadas no recurso voluntário, certamente são aquelas decorrentes das circularizações levadas a efeito pelo Fisco, e relatadas no Termo de Verificação Fiscal (item IV.1), a saber:

- R\$ 70.000,00, recebidos pela Univen Refinaria de Petróleo e pagos pela Campineira, em 19/06/2007.

- R\$ 333.000,00, recebidos pela Campineira e pagos pela Polipetro Distribuidora de Combustíveis Ltda. (posteriormente incorporada por Alesat Combustíveis S/A), em 27/07/2007.
- R\$ 47.790,00, recebidos pela Campineira e pagos pelo Posto de Serviço Jotas, em 30/07/2007.

Em primeiro lugar, registre-se que existe, além das movimentações acima, um pagamento de R\$ 12.824,00, feito pela Campineira à Sra. Leila Sandra de Jesus Simone, em 25/01/2007 (item 32 do TVF). Em todos esse quatro casos, restou comprovado, acima de qualquer dúvida, que os pagamentos/recebimentos se deram em decorrência da atividade operacional da Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., sendo usada a conta da Campineira como artifício para ocultação dos valores.

Foi identificada também (item 40 do TVF) a transferência de R\$ 160.650,00, em 30 e 31/01/2007, da Aspen para a Destilaria Nova Era (ambas de propriedade do Sr. José Roberto Monte), passando pela conta-corrente da Campineira, a qual serviu meramente como "*cortina de fumaça*" para a transferência.

Em segundo lugar, em fiscalizações envolvendo interposição de pessoas, é cediço que não é materialmente possível a comprovação exaustiva acerca de cada real que ingressa ou deixa a conta bancária investigada. O procedimento fiscal é de selecionar os valores mais relevantes, que permitam firmar o convencimento acerca da real titularidade dos valores movimentados, que foi exatamente o caso.

Em terceiro lugar, não se pode levar em consideração exclusivamente os valores das movimentações, mas todo o contexto. Não se pode perder de vista que a Campineira Radio Taxi era empresa comprovadamente fictícia, inexistente de fato, e que a pessoa que figurava como seu sócio administrador (e que, de fato, praticava os atos necessários à movimentação da conta-corrente bancária), Sr. Baltazar Borges Fiuza Filho, não revelou capacidade econômico-financeira para gerir uma empresa com movimento superior a R\$ 23 milhões anuais, além de notórios e comprovados vínculos, pessoais e financeiros, com o Sr. José Roberto Monte, proprietário da Aspen (itens 42 a 47 do TVF).

Igualmente não se pode esquecer a relevante e sistemática movimentação financeira identificada entre a Aspen e a Campineira (totalizando R\$ 3.268.427,43 em 2007), para a qual a então fiscalizada apresentou, a título de justificativa, a cópia de um singelo contrato de mútuo. Não há notícia, nos autos, de que tais movimentações tenham sido contabilizadas pela Aspen, muito menos a existência de documentos comprobatórios. A propósito, cabe lembrar as pertinentes considerações então feitas pelo Fisco:

37. Em 04/10/2012 foi lavrado Termo de Intimação através do qual a ASPEN foi intimada a apresentar a via original do contrato de mútuo, bem como esclarecer de que forma o empréstimo fora liquidado, haja vista a previsão contratual de que a Campineira deveria quitá-lo até 31/12/2007. No entanto, a ASPEN não atendeu a intimação e não apresentou qualquer documento comprobatório de que o empréstimo fora quitado pela CAMPINEIRA RÁDIO TÁXI.

38. Como é possível uma pessoa jurídica emprestar mais de R\$ 3 milhões a outra que não tenha uma sede, um local de funcionamento ou qualquer indício de atividade, com a expectativa de recebê-los acrescidos em 10% num prazo de 12

meses, sem qualquer garantia? E mais, vencido o prazo para quitação do empréstimo, não proceder a sua cobrança, seja administrativa ou judicialmente?

Resta claro, que se trata de um contrato de mútuo fictício, confeccionado com o intuito de dissimular o verdadeiro motivo da remessa de quantia tão expressiva para uma empresa inoperante, qual seja, a existência de uma conta bancária mantida de forma oculta, através de interposta pessoa.

Finalmente, quanto a este ponto, as ligações entre funcionários da Aspen com a Campineira (itens 48a 50 do TVF) e a constatação de que diversas declarações dessas duas pessoas jurídicas foram transmitidas à Receita Federal em mesma data e a partir do mesmo computador. O mesmo ocorreu com declarações de imposto de renda de pessoa física dos Srs. José Roberto Monte e Baltazar Borges Fiúza Filho (2010 e 2011).

Como se vê, a conclusão do Fisco de que os valores que transitaram pela conta-corrente bancária em nome da Campineira pertenciam, de fato, à Aspen não se baseou exclusivamente naquelas três movimentações a que se referiu a recorrente. Antes, baseou-se em todo o conjunto probatório trazido aos autos e aqui exaustivamente examinado. Nessas condições, a Súmula CARF nº 32¹, invocada pela recorrente, na verdade milita em seu desfavor. Comprovada, acima de qualquer dúvida, a titularidade dos recursos que transitaram pela conta da Campineira, correto o procedimento do Fisco, e o argumento da recorrente deve ser rejeitado.

Quanto a este ponto, pede ainda a recorrente a utilização, por analogia, da Súmula CARF nº 30². No entanto, não esclarece em que residiria tal analogia, ou de que forma daí lhe poderia advir algum benefício. Assim, tal pedido deve ser desconsiderado.

A recorrente alega também a nulidade do lançamento, ao argumento de que depósito bancário não constitui fato gerador de IRPJ, CSLL, PIS nem COFINS.

Esclareça-se que a acusação trata de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às

¹ Súmula CARF nº 32: A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

² Súmula CARF nº 30: Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos

normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe aos recorrentes. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados nas conta-correntes da pessoa jurídica.

Registre-se, mais uma vez, que entendo não restar qualquer dúvida acerca da titularidade, de fato, da conta-corrente investigada pelo Fisco. Em assim sendo, a presunção legal quantifica as receitas omitidas, descabendo alegar que movimentações bancárias não são fato gerador de tributo.

A obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista na legislação fiscal, e aplica-se, com pequenas variações, aos contribuintes tributados com base no lucro real, presumido (situação da recorrente) ou mesmo optantes pelo SIMPLES.

Ao descumprir a obrigação de escriturar, a interessada queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por suas contas-correntes. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as conseqüências de tal negligência. No caso, a conseqüência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado.

Com base nas súmulas CARF nº 14 e nº 25, a recorrente combate a multa qualificada aplicada ao lançamento. Lembra que a autuação se deu exclusivamente com base em presunção legal de omissão de receitas e que não estaria comprovada a ocorrência de fraude, sonegação nem conluio.

Eis o teor das súmulas invocadas pela recorrente:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

A multa qualificada, no percentual de 150%, requer a comprovação do evidente intuito de fraude (expressão da redação antiga do art. 44 da Lei nº 9.430/1996), consubstanciada em uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. De especial interesse, para o caso vertente, o art. 71, a seguir transcrito:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

[...]

Diante de todo o exposto anteriormente, tanto no relatório quanto neste voto, não tenho qualquer dúvida de que a ora recorrente engendrou e participou ativamente de todo um esquema de sonegação fraudulenta, inclusive mediante o uso de conta-corrente bancária cuja titularidade formal era de pessoa jurídica fictícia e inexistente de fato, para ocultar da autoridade fazendária os vultosos recursos financeiros ali movimentados e, desta forma, também os fatos geradores tributários. Muito embora a quantificação das receitas omitidas tenha se dado mediante presunção legal, há todo um robusto conjunto probatório, a evidenciar que não se trata de "simples apuração de omissão de receita" e que a presunção legal não foi empregada "por si só", com o que afastou a aplicação das súmulas CARF nº 14 e nº 25, supra.

Por outro lado, trago à colação a Súmula CARF nº 34, perfeitamente aplicável ao caso sob análise:

Súmula CARF nº 34: Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de

origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

Rejeito, com essas considerações, os argumentos contrários à multa qualificada.

Na mesma linha de raciocínio, a recorrente alega que o crédito tributário teria sido constituído quando já operada a decadência.

A decadência, especialmente no que toca aos tributos sujeitos ao lançamento dito por homologação, é matéria tormentosa, que tem suscitado interpretações variadas mesmo no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Em oportunidades anteriores, tenho me manifestado no sentido de que o critério aplicável para se distinguir se um lançamento é por homologação ou de ofício deve ser a própria sistemática de apuração do tributo. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação seriam aqueles para os quais a lei estabelece para o sujeito passivo que apure o valor devido e antecipe o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa. Seria essa sistemática, a atividade exercida pelo contribuinte, que faria com que o lançamento fosse por homologação, e não a mera presença ou ausência de pagamento.

Entretanto, com o louvável fito de fazer com que as decisões administrativas se conformassem à jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Regimento Interno deste Conselho (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, fez constar o § 2º do art. 62 do Anexo II, a seguir transcrito:

Art. 62 [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Ocorre que a matéria sob exame, a saber, a aplicabilidade do art. 150, § 4º, ou do art. 173, I, ambos do CTN, já foi objeto de decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), nos autos do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0). O julgamento se deu em 12/08/2009 e o acórdão foi publicado no DJe de 18/09/2009, restando assim ementado (grifos constam do original):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Posteriormente, o próprio STJ reviu seu posicionamento quanto ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial, nos EDcl nos EDcl no AgRG no Recurso Especial nº 674.497 – PR (2004/0109978-2). Ressalto que o ilustre Ministro Relator, após mencionar expressamente o REsp nº 973.733, registra que “*impõe-se o acolhimento dos presentes embargos de declaração, a fim de se adequar o decisório embargado à jurisprudência uniformizada no âmbito do STJ sobre a matéria*”. O julgamento ocorreu em 09/02/2010, e o acórdão foi publicado no DJe em 26/02/2010, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

De se observar a diferença relevante entre um e outro julgados: no primeiro caso (REsp nº 973.733), o termo inicial para a contagem do prazo decadencial era tido como sendo o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, interpretação esta que fugia por completo à textualidade do art. 173, I, do CTN. No segundo julgado, revendo o posicionamento anterior, o Tribunal passou a considerar que (naquele caso), completando-se o fato gerador em 31 de dezembro de 1993, o lançamento somente poderia ser feito a partir de 1994, e o prazo decadencial começaria a fluir em 1º de janeiro de 1995.

De se ver, portanto, de que forma tais decisões devem ser reproduzidas no caso sob exame, em cumprimento das disposições regimentais.

O Superior Tribunal de Justiça aponta, inequivocamente, para a contagem do prazo decadencial segundo as disposições do art. 173, I, do CTN, como regra geral. Esse seria também o dispositivo aplicável quando a lei determine o pagamento antecipado do tributo e o contribuinte não cumpra com essa obrigação e, ainda, inexistindo declaração prévia do débito. Além disso, também seria a aplicável a regra geral (art. 173, I) quando constatado dolo, fraude ou simulação na conduta do contribuinte. E é precisamente este o motivo que vislumbro para que a contagem do prazo decadencial se dê a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Tenho me manifestado em diversas ocasiões no sentido de que o dolo deve ser extraído de cada situação concreta sob exame.

No caso vertente, a conduta de engendrar e participar ativamente de todo um esquema de sonegação fraudulenta, inclusive mediante o uso de conta-corrente bancária cuja titularidade formal era de pessoa jurídica fictícia e inexistente de fato, para ocultar da autoridade fazendária os vultosos recursos financeiros ali movimentados não pode levar a conclusão diversa: tais atos foram conscientes e intencionais, com o objetivo de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conformando-se essa conduta à sonegação, na dicção do art. 71 da Lei nº 4.502/1964.

A aplicação correta da lei ao reconhecimento ou não da decadência depende tão somente da presença do elemento volitivo, do dolo na conduta do contribuinte relacionada às infrações apuradas.

Aplicando-se ao caso concreto as disposições do art. 173, I, do CTN temos:

Para IRPJ e CSLL, com apuração trimestral, o fato gerador mais antigo ocorreu em 31/03/2007. O lançamento poderia ser efetuado em 01/04/2007, pelo que a fluência do prazo quinquenal se inicia no primeiro dia do exercício seguinte, a saber, em 01/01/2008, encerrando-se em 31/12/2012. Tendo sido o lançamento cientificado ao sujeito passivo em 10/12/2012 (fl. 697), não se há de falar em decadência.

O mesmo se pode constatar para PIS e COFINS, com apuração mensal: o fato gerador mais antigo ocorreu em 31/01/2007. O lançamento poderia ser efetuado em 01/02/2007, pelo que a fluência do prazo quinquenal se inicia no primeiro dia do exercício seguinte, a saber, em 01/01/2008, encerrando-se em 31/12/2012. Tendo sido o lançamento cientificado ao sujeito passivo em 10/12/2012 (fl. 697), também aqui não se há de falar em decadência.

Se os fatos mais antigos não foram alcançados pela decadência, a mesma conclusão se pode estender aos fatos mais recentes.

Por todo o exposto, concluo da mesma forma que a autoridade julgadora *a quo*, pela inoccorrência da decadência no caso sob exame.

A recorrente sustenta que não haveria fundamento para a responsabilização pessoal dos sócios, segundo art. 135 do CTN e, com isso, pretende obter a exclusão da responsabilidade tributária imputada ao sócio Sr. José Roberto Monte.

Entendo que a contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. carece de interesse de agir e de legitimidade processual, no que toca à responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Roberto Monte.

O Decreto nº 70.235/1972 não se refere de forma específica às condições de interesse e legitimidade para propor impugnação e recurso, mas, do conteúdo de seus artigos 14 e seguintes depreende-se que é legitimado para tanto aquele indicado como sujeito passivo no lançamento.

A Lei nº 9.784/1999, em seu artigo 9º, inciso II, traz de forma expressa o vínculo entre legitimidade no processo administrativo e interesse de agir, nos seguintes termos:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

[...]

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

Releva, também, observar o que dispõe a Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicável de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal. Transcrevo, abaixo, os artigos 2º, 3º e 6º.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

[...]

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

O interesse de agir e a legitimidade de parte são duas das três condições da ação³, segundo a teoria do Direito Processual Civil. Ensina Humberto Theodoro Júnior⁴ que:

[...] a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação”, cuja ausência, de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial.

Nessa ordem de idéias, *condições* ou *requisitos* da ação, como os conceitua Arruda Alvim, “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final”.

Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação, ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá *carência de ação*.

Prossegue o Mestre⁵, especificamente acerca do interesse de agir:

A segunda condição da ação é o *interesse de agir*, que também não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual “se a parte sofre um prejuízo,

³ A terceira condição da ação é a possibilidade jurídica do pedido, de que aqui não se trata.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 52.

não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”.

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade* [...]. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”. [...] Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

Quanto à legitimidade de parte, o trecho a seguir transcrito⁶ é de clareza lapidar e, entendo, perfeitamente aplicável à situação sob exame:

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

De par com a legitimação *ordinária*, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimidade *extraordinária*, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam “substituição processual”, e que podem ocorrer, por exemplo, com o marido na defesa dos bens dotais da mulher, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano *ex delicto*, quando a vítima é pobre etc.

A não ser, portanto, nas exceções expressamente autorizadas, em lei, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º) [...].

Quanto à falta de interesse de agir, observo que o pedido, feito pela Aspen, de exclusão da responsabilidade solidária atribuída ao Sr. José Roberto Monte em nada aproveita à recorrente. Examinemos, por hipótese, a situação em que o crédito tributário fosse mantido, e excluída a responsabilidade da pessoa física indicada: a Aspen ocuparia, sozinha, o pólo passivo da relação jurídico-tributária, e somente dela poderia ser exigido o crédito mantido. Vejamos, agora, outra situação igualmente hipotética, em que o crédito tributário fosse mantido, e também assim a responsabilidade da pessoa física indicada: desde que a responsabilidade, no caso, é solidária, o crédito tributário mantido poderia ser exigido, integralmente, de qualquer um dos sujeitos passivos solidários, inclusive a Aspen, sem benefício de ordem. Uma terceira hipótese seria a exoneração integral do crédito tributário, caso em que não faria qualquer sentido se falar em responsabilidade tributária.

Como se vê, esse pedido é absolutamente desnecessário aos interesses da recorrente Aspen. Não lhe adviria qualquer prejuízo, se negado, nem ganho algum, se provido. Não há dano nem perigo de dano jurídico, caracterizando-se, assim, a falta de interesse de agir.

Diretamente ligada ao exposto verifico a ilegitimidade da Aspen como parte, no que toca à responsabilidade tributária. Aqueles que teriam direitos ou interesses passíveis de serem afetados pela decisão a ser adotada nessa matéria seriam o Sr. Baltazar Borges Fiúza

⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 54.

Processo nº 10830.727525/2012-19
Acórdão n.º 1301-001.930

S1-C3T1
Fl. 1.555

Filho e o Sr. José Roberto Monte. O primeiro não veio ao processo em sede de recurso. O segundo foi moroso, e recorreu a destempo. Ao pleitear a exclusão da responsabilidade tributária atribuída à pessoa física, a Aspen pleiteia direito alheio em nome próprio, o que somente seria admissível em caráter excepcional, mediante expressa autorização legal.

Pelos fundamentos acima desenvolvidos, deixo de conhecer dos argumentos e do pedido trazidos pela recorrente Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. acerca da responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Roberto Monte.

Finalmente, quanto ao pedido de extinção da representação fiscal para fins penais, é suficiente trazer a lume o teor da Súmula CARF nº 28, com o que me eximo de maiores considerações.

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Em conclusão, voto por:

1. Não conhecer do recurso voluntário interposto pelo responsável Sr. José Roberto Monte.
2. Não conhecer dos argumentos e do pedido trazidos pela recorrente Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. acerca da responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Roberto Monte.
3. No mais, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso voluntário interposto por Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha