



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

Processo nº 10840.722967/2011-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.947 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de março de 2016
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente TRANSBANDEIRANTE - TRANSPORTES E SERVIÇOS BANDEIRANTE LTDA E OUTROS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO NÃO APRESENTADA. FASE LITIGIOSA NÃO INSTAURADA.

Em se tratando de não apresentação de impugnação ao lançamento, não chega a instaurar a fase litigiosa do processo administrativo fiscal, forte nos arts. 14 e 15 do Decreto 70.235/72 (PAF). A não apresentação da defesa, não instaura a fase litigiosa do procedimento.

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. MANDATÁRIO. ADMINISTRADOR

O terceiro, que for mandatário e administrador e cometer o ato ilícito no exercício do mandato e da administração da sociedade empresária, responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos: a) NÃO CONHECER o recurso voluntário interposto pela pessoa jurídica autuada em razão de intempestividade; b) NÃO CONHECER os recursos voluntários interpostos pelos responsáveis solidários Marcos Roberto Claro Rossafa e Fábio Luís Claro dos Santos, em virtude de ausência de instauração de litígio (falta de apresentação de impugnação); e c) NEGAR provimento ao recurso voluntário interposto por responsável solidário Francisco Claro Berbem Filho.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente.

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

Autenticado digitalmente em 19/03/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 1

9/03/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 21/03/2016 por WILSON FERNANDE

S GUIMARAES

Impresso em 21/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo - Relator.

EDITADO EM: 19/03/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Gilberto Baptista (suplente convocado) e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

TRANSBANDEIRANTE - TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA E OUTROS, já qualificados nos autos, recorre da decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) - DRJ/JFA, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação e procedente os lançamentos de ofício.

Pelos Autos de Infração (AIs) de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS constituiu-se créditos tributários nos valores de R\$ 1.828.072,78, R\$ 1.133.585,71, R\$ 3.159.895,63 e R\$ 684.644,09, respectivamente, às seguintes razões, consoante os trechos abaixo do Termo de Conclusão Fiscal - TCF, fls. 20.141 - 20.172:

23. A Fiscalizada não apresentou nenhum livro contábil nem os livros fiscais relativos a diversas de suas filiais, apesar de [...] intimada [...] e re-intimada, por três vezes [...]. Só foram apresentados os livros fiscais Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS relativos aos estabelecimentos Matriz de CNPJ [...] 0001-17 e a Filial de CNPJ [...] 0008-93. A empresa, também, apresentou apenas parte dos CTRC escriturados nos livros fiscais apresentados.

24. [...] em função dos documentos apresentados ao Fisco pelos tomadores de serviços da fiscalizada e dos valores registrados nos livros fiscais dos estabelecimentos de CNPJ [...] 0001-17 e [...] 0008-93, constatamos que a empresa auferiu receitas a título de prestação de serviços de transporte de carga, em todos os estabelecimentos abaixo relacionados, nos valores sintéticos discriminados no quadro abaixo (em referência à matriz e as filiais 0002 a 0008).

[...]

25. [...] incluiu no cálculo dos tributos e contribuições devidos, durante todo o ano de 2006, valores parciais de receitas auferidas pelos estabelecimentos Matriz e a Filial de CNPJ [...] 0008-93. [...] apesar de ter auferido receitas de prestação de serviço de transporte de carga durante todo o Ano-Calendário de 2006, em seus diversos estabelecimentos, [...], reiteradamente, mês após mês, apurou os tributos devidos sobre apenas dois de seus estabelecimentos e, ainda assim, sobre uma pequena parcela dos rendimentos recebidos por estes estabelecimentos durante todo o ano de 2006.

26. [...] os valores totais declarados [...] na DIPJ2007 são diferentes daqueles registrados nos livros fiscais dos estabelecimentos de CNPJ [...] 0001-17 e [...] 0008-93, conforme pode ser visto no quadro abaixo.

[...]

27 – [...] não declarou em DCTF nem recolheu aos cofres públicos quaisquer valores a título de [...] (IRPJ), [...] (CSLL), [...] (PIS) e [...] (COFINS) referentes ao primeiro semestre de 2006.

28. Com relação ao segundo trimestre de 2006, [...] declarou os valores dos tributos e contribuições referidos no item 26 em DCTF. Para este período, apuramos a Omissão de Receita através da subtração dos valores das receitas apuradas pelo Fisco pelos valores das receitas efetivamente declaradas pela empresa.

29. [...] a conduta dolosa de não oferecer à tributação os valores das receitas efetivamente auferidas no Ano-Calendário de 2006 é a mesma que foi utilizada no Ano-Calendário de 2005. Em fiscalização encerrada no ano de 2010, o Fisco efetuou procedimento fiscal junto à contribuinte que culminou com a lavratura Auto de Infração e de Representação Fiscal para Fins Penais, conforme pode ser visto nos processos administrativos cadastrados sob os números 10840.720084/2010-43 e 15956.000039/2010-95.

[...]

30. [...] a Transbandeirante, de forma reiterada, em todos os meses do ano-calendário de 2006, escriturou e ofereceu à tributação apenas parte das receitas auferidas e, conseqüentemente, deixou de declarar ao Fisco todas as receitas auferidas com a intenção dolosa de alimentar os sistemas de cobranças da Receita Federal do Brasil com valores inferiores aos devidos e assim pagar menos impostos e contribuições à Receita Federal do Brasil.

Às fls. 20.455 - 20.468, impugnação de FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO, excertos abaixo, em face do qual foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária - TSPS de fls. 20.254 - 20.255:

10. [...] nunca foi administrador da pessoa jurídica fiscalizada, sendo responsável, por força de procuração, tão somente pela parte comercial da atividade desenvolvida pela Transbandeirante.

[...]

15. [...] não havendo a mínima prova de fatos que permitissem a aplicação do art. 124, I, do CTN, resta ilegal o ato administrativo de sujeição passiva solidária [...].

16. Também não está no inciso II do art. 124 do CTN a motivação para a sujeição passiva [...].

17. [...] há patente cerceamento de defesa ao impugnante porque [...] o Sr. Auditor Fiscal não indicou qual dos incisos é aplicável ao caso dos acusados, impedindo o conhecimento real da acusação [...] conforme prevê o art. 59, II do Decreto 70.235/72.

[...]

26. [...] imprescindível que o responsável tivesse poder de gestão com relação às receitas declaradas ou não ao fisco, em suma, necessário que o eleito como responsável tivesse poder de administração sobre as obrigações contábeis e fiscais da pessoa jurídica.

27. [...] o IMPUGNANTE representava os interesses da fiscalizada unicamente com relação aos aspectos comerciais da atividade empresarial, inexistindo qualquer relação sua com o fato gerador que se pretende cobrar.

[...]

29. O agente lançador fundamentou sua decisão em informações prestadas por instituições financeiras [...] mera suposição sua, uma vez que as informações prestadas pelos bancos não são capazes de comprovar o pretendido.

[...]

30. As mencionadas informações são, na verdade, cópia de Ficha Cadastral da pessoa jurídica fiscalizada, bem como cópia de procurações outorgadas pela mesma

ao IMPUGNANTE, a qual lhe confere plenos poderes para representá-la junto à instituição financeira ou, ainda, para "tratar de todos os seus negócios comerciais e bancários".

[...].

32. Analisando as procurações outorgadas, verificamos que a fiscalizada outorgou poderes ao IMPUGNANTE "com o fim especial de gerir e administrar a firma outorgante".

[...]

36. Em nenhum momento a empresa fiscalizada lhe outorgou poderes para administrá-la do ponto de vista contábil ou fiscal, em razão do que não poderá agora, ser responsabilizado por qualquer infração à legislação contábil e fiscal.

39. [...] não possui conhecimento do conteúdo de seus livros e escritas fiscais e, tampouco, de suas obrigações nessas áreas.

[...]

45. [...] os documentos fornecidos pelas instituições bancárias, não possuem condições de provar o pretendido com relação ao período fiscalizado [...].

[...]

48. [...] conforme apuração realizada [...] e constantes das razões que ampararam o auto de infração [...], os clientes citados [...] representam apenas 15% da receita supostamente auferida pela [...] fiscalizada. Assim, diferentemente do que quer fazer crer, os nomes citados nem de longe representam os principais clientes da fiscalizada.

49. Assim, em um universo de clientes (100%), qual a força probatória que possui as afirmações por estes (15%) proferidas? Nenhuma ou, certamente, muito pouca!

[...]

54. [...] a responsabilidade meramente comercial, não está dentre aquelas ensejadoras da responsabilização pessoal prevista no artigo 135, III, do CTN [...].

Às fls. 20.26320.289, impugnação da contribuinte protocolada em 21/12/2011 e intermediada por procuradores; razões de defesa abaixo articulada, por excertos:

"2.1 CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE INTIMAÇÃO DE PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

[...]

2.2 CERCEAMENTO DE DEFESA POR INTIMAÇÃO DE PESSOA DIVERSA DO CONTRIBUINTE, DE SEUS REPRESENTANTES LEGAIS OU DE SEU PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS, NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

[...]

2.3 DA IMUNIDADE SOBRE AS RECEITAS ORIUNDAS DE PRODUTOS DESTINADOS À EXPORTAÇÃO

[...] há inúmeras, que se referem a prestação de serviços de transporte de produtos em exportação, o que a imuniza do recolhimento das contribuintes destinadas ao PIS/COFINS e CSLL (em alusão aos CTRC).

2.4 DA INEXISTÊNCIA DE RECEITA OMITIDA

O Sr. Auditor de posse dos mesmos extratos bancários, conhecimentos de transporte fornecidos pela Impugnante e por seus clientes, computou no total das receitas do contribuinte, aqueles valores decorrentes de serviços de exportação, serviços cancelados, prestados por terceiros, empréstimos por Bancos e demais Instituições Financeiras e aqueles valores que foram transferidos de contas de titularidade do contribuinte para outras contas de sua própria titularidade.

[...]

2.5 DA IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO

[...] não existe respaldo legal para o arbitramento do lucro [...]

2.6 DO ARBITRAMENTO [...]

[...]

2.7 DA DESCARACTERIZAÇÃO DO DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE COMO MEIO A DEFLAGRAR A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

[...]

2.8 DA APLICAÇÃO DA MULTA DE 150% AUSÊNCIA DE SONEGAÇÃO FISCAL

[...]

Em seu 3. DO PEDIDO é requerida realização de perícia para apuração da real base de cálculo dos tributos.

A DRJ/JFA, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela recorrente, mantendo os lançamentos de ofício. sendo o respectivo acórdão assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

*SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. MANDATÁRIO.
ADMINISTRADOR*

O terceiro, que for mandatário e administrador e cometer o ato ilícito no exercício do mandato e da administração da sociedade empresária, responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo crédito tributário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA

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

Autenticado digitalmente em 19/03/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 1

9/03/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 21/03/2016 por WILSON FERNANDE

S GUIMARAES

Impresso em 21/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Cumpridos os requisitos previstos no Decreto nº 70.235/1972 para a lavratura do auto de infração e observados os procedimentos previstos no artigo 142 do Código Tributário Nacional, não há que se falar em nulidade do lançamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS.

Mantém-se o lançamento de receitas de atividade omitidas, dado que não foram contabilizadas, não declaradas em DIPJ e em DCTF, nem recolhidas ou compensadas.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

No caso de evidente intuito de sonegação e fraude, além de conluio, ainda que em tese, será aplicada a multa de cento cinquenta por cento, calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Uma vez que os lançamentos de PIS, COFINS e CSLL decorreram dos mesmos elementos prova que nortearam o do IRPJ, evidencia-se o caráter reflexivo, impondo-se a eles, mudando o que deve ser mudado, o mesmo veredicto firmado no lançamento principal.

Através da Edital SECAT Nº 053/2013 (fls. 20.662), foi dada ciência ao Contribuinte em 23/12/2013 do Acórdão de Manifestação de Inconformidade.

Desta forma, o prazo para interposição de Recurso Voluntário findou em 22/01/2014, sem que o interessado interpusesse recurso. Somente em 21/02/2014 fora protocolizado o referido recurso, portanto, intempestivo.

Em 14/02/2014, através do Edital Eletrônico de nº 000637914, com fundamento no artigo 23, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação dada pelas Leis nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 e nº 11.941, de 27 de maio de 2009, foi cientificado do inteiro teor do acórdão o responsável solidário FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO.

Em 31/01/2104, através dos Avisos de Recebimento de fls 20.697 e 20.700, os responsáveis solidários Marcos Roberto Claro Rossafa e Fábio Luís Claro dos Santos foram devidamente cientificados do inteiro teor do acórdão da DRJ/JFA.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo

Como tratam-se de recursos distintos apresentados pela contribuinte e pelos pessoas físicas que foram tidas como solidariamente responsáveis, passo a analisar cada um dos recursos individualmente:

TRANSBANDEIRANTE - TRANSPORTE E SERVIÇOS LTDA

O Recurso Voluntário é intempestivo, portanto dele não poderia conhecer.

Através da Edital SECAT Nº 053/2013 (fls. 20.662), foi dada ciência ao Contribuinte em 23/12/2013 do Acórdão de Manifestação de Inconformidade.

A data da ciência por Edital foi considerada como tendo ocorrido em 23/12/2013.

O Recurso Voluntário foi protocolizado em 21/02/2014, portanto o mesmo é intempestivo, razão pela qual não o conheço.

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário.

MARCOS ROBERTO CLARO ROSSAFA

FÁBIO LUÍS CLARO DOS SANTOS

Os Recursos Voluntários são tempestivos. Todavia, face à não apresentação da manifestação de inconformidade, atestada na certidão de fl. 20.830, foram lavrados Termos de Revelia para os senhores Fábio Luís Claro dos Santos (fl. 20.791) e Marcos Roberto Claro Rossafa (fl. 20.792).

Assim, passa a ser fundamental a discussão nestes autos sobre a possibilidade de interposição de recurso voluntário em processo administrativo quando o(s) interessado(s) não apresentam a manifestação de inconformidade.

A Fiscalização confirmou a não apresentação da impugnação ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, bem como da notificação da infração, além de ter corroborado o entendimento de que a não apresentação da impugnação no prazo legal configura revelia e impede a instauração da fase litigiosa do processo administrativo.

É o que se infere da lavratura dos termos de revelia juntados aos autos.

Com efeito, os arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235/72¹, assim regulam o efeito e o prazo para a impugnação à notificação da infração em sede de procedimento administrativo fiscal.

¹ Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Destarte, pelo que se pode depreender da interpretação aos citados dispositivos legais, a falta da impugnação da exigência no prazo de trinta dias obsta a instauração da fase litigiosa do procedimento, de maneira a autorizar a constituição definitiva do crédito tributário.

Diante do exposto, porque não protocolizada a Manifestação de Inconformidade, entendo que não houve a formação da lide, razão pela qual deixo de conhecer os Recursos Voluntários interpostos pelos responsáveis solidários Fábio Luís Claro dos Santos e Marcos Roberto Claro Rossafa.

FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO

Passo agora a analisar o recurso voluntário do responsável solidário Francisco Claro Berbem Filho.

O recurso é tempestivo, portanto, dele conheço.

Alega, inicialmente, não ser sócio da pessoa jurídica fiscalizada (seja de direito ou de fato).

Contudo, valendo-se de informações prestadas pelo BankBoston (Itaú/Unibanco), pelo Banco Safra, pelo Banco do Brasil e pelo Banco Bradesco, bem como por três clientes da pessoa jurídica fiscalizada, quais sejam, Mosaic Fertilizantes do Brasil Ltda., Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A e Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia, supôs o agente lançador ter o interessado "exercido, de fato, no período fiscalizado, as funções de mandatário e responsável pela fiscalizada.

Diz ainda que o agente lançador presumiu que o interessada tenha atuado como administrador da pessoa jurídica fiscalizada e, com fundamento nos artigos 124, II, 135, II e 137, I do CTN, responsabilizou-o pessoalmente pelos fatos tidos por praticados pela pessoa jurídica.

Ocorre que, nos dizeres do ora recorrente, a autuação contra si não se sustenta, na medida em que este nunca foi administrador da fiscalizada, sendo responsável, por força de procuração, tão somente pela parte comercial da atividade desenvolvida pela Transbandeirante.

Aduz que as referidas procurações, que serviram de substrato para a autuação, deixa consignado, claramente, que os poderes outorgados ao recorrente se limitam à poderes comerciais.

Por fim, alega que a fiscalização não fez qualquer prova de que o recorrente tivesse poder de gerência sobre os fatos geradores da obrigação tributária constituída no auto de infração em epígrafe.

Vejamos então o que diz o Termo de Conclusão Fiscal quanto à responsabilização solidária do Sr. Francisco Claro Berbem Filho, *in verbis*:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

37. Com base nos fatos acima expostos, constatamos que o Sr. Francisco Claro Berbem Filho, CPF 149.383.671-49, é:

1) procurador da Fiscalizada junto ao Banco Unibanco possuindo pleno poderes para gerenciar e administrar a Fiscalizada, conforme citado no item 40.a;

2) Avalista de Crédito da Fiscalizada em relação a Todos os Contratos de Créditos realizados com o Banco Safra, inclusive sua esposa a Sra. Maria Zila Ferreira C Berbem CPF 194.741.801-72 também avalizou alguns contratos, conforme citado no item 40.b;

3) procurador da Fiscalizada junto ao Banco do Brasil possuindo pleno poderes para gerenciar e administrar a Fiscalizada, conforme citado no item 40.c;

4) procurador da Fiscalizada junto ao Banco Bradesco possuindo pleno poderes para gerenciar e administrar a Fiscalizada, conforme citado no item 40.d. O Banco Bradesco nos encaminhou uma procuração a qual o Sr. Francisco Claro Berbem Filho, CPF 149.383.671-49 aparece na condição de sócio da Fiscalizada outorgando poderes ao Sr. Roberto Carlos da Silva, a qual juridicamente está errado pois contratualmente ele não é sócio de direito.

VIII.2 – INFORMAÇÕES COLHIDAS JUNTO AOS CLIENTES DA CONTRIBUINTE:

48. Através de Intimações fiscais, buscamos identificar o responsável pela Empresa Transbandeirante – Transp. Serviços Bandeirante Ltda junto a alguns dos maiores clientes da Fiscalizada, cujo resultado foi o seguinte.

48.1 - MOSAIC FERTILIZANTES DO BRASIL LTDA, CNPJ 61.156.501/0001-56: Apuramos através dos documentos apresentados pela empresa uma receita obtida pela fiscalizada pelos serviços prestados a esta empresa no valor de R\$ 1.430.989,37. A empresa nos informou através de carta resposta que o responsável pela empresa Transbandeirantes é o Sr. Francisco Claro Berbem Filho.

48.2 - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A, CNPJ 43.214.055/0001-07: Apuramos através dos documentos apresentados pela empresa uma receita obtida pela contribuinte pelos serviços prestados a esta empresa no valor de R\$ 1.912.554,48. O Sr. Francisco Claro Berbem Filho assinou o contrato de prestação de serviços celebrado com a referida empresa.

48.3 - COOPERATIVA DOS AGRICULTORES DA REGIÃO DE ORLÂNDIA, CNPJ 53.311.361/0001-15: Apuramos através dos documentos apresentados pela empresa uma receita obtida pela Transbandeirante pelos serviços prestados a esta empresa no valor de R\$ 637.014,02. Foram firmados 13 (treze) contratos de prestação de serviço com esta empresa. O Sr. Francisco Claro Berbem Filho assinou todos os contratos de prestação de serviços celebrados com a referida empresa em nome da Transbandeirante. Nos contratos ele assina representando o “Prestador”.

49. Podemos concluir, com base nos fatos expostos acima, através das informações fornecidas pelas Instituições Financeiras e por alguns dos principais clientes de fiscalizada, que o Sr. Francisco Claro Berbem Filho, CPF 149.383.671-49, exerceu de fato, no período fiscalizado, as funções de mandatário e responsável pela Fiscalizada.

Constatamos que lhe foram outorgados poderes amplos e irrestritos nas Procurações da empresa junto aos Bancos e que ele deve responder por todos os atos da contribuinte, sendo, portanto, qualificado como pessoalmente responsável,

conforme previsto no inciso II do artigo 135 do CTN, e solidariamente obrigado, de acordo com o disposto inciso II do artigo 124 do CTN.

50. Transcrevemos a seguir os mandamentos legais contidos nos artigos 124, II, 135, II, 137, I da Lei nº. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), cujos teores permitem enquadrar o sócio Francisco Claro Berbem Filho como solidário pela obrigação tributária da Transbandeirante.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

...

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

...

II - os mandatários, prepostos e empregados;

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

.....

IX – TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA:

51. Será enviado ao Sr. Francisco Claro Berbem Filho, CPF 149.383.671-49, na condição de sujeito passivo solidário, cópia dos Autos de Infração lavrados, juntamente com cópias dos demonstrativos citados neste Termo, assim como o respectivo Termo de Sujeição Passiva Solidária, em função do disposto no inciso I do artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº. 5.172, de 25 de Outubro de 1966, para que possa exercer normalmente os seus direitos de defesa garantidos pela Constituição Federal.

X. DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS:

52. A Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definiu como crimes contra a ordem tributária os fatos descritos em seus artigos 1º, incisos I e II e 2º, inciso I, a seguir transcritos.

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

(...).”

“Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

(...).”

53. No curso da ação fiscal ficou comprovado que a contribuinte deixou de contabilizar e declarar os valores das receitas correspondentes nas operações comerciais mantidas com as empresas tomadoras de serviços. Ou seja, restou caracterizada a prática reiterada de omissão dolosa, tendente a excluir as características essenciais do fato gerador do imposto e das contribuições devidos, com o propósito deliberado de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores dos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil e evitar o seu pagamento.

54. Portanto, foram identificadas situações que, em tese, configuram os crimes definidos nos artigos 1º, incisos I e II, e 2º, inciso I, da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, abaixo relacionadas:

1 - supressão ou redução de tributos proveniente da prática reiterada de omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

2 - omissão de receitas proveniente da prática reiterada de omissão de operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

3 – omissão de declaração sobre rendas para eximir-se de pagamento de tributo.

55. Desta forma esta fiscalização representará ao Ministério Público Federal, através de REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS acompanhada dos respectivos elementos de prova, em cumprimento ao disposto na Portaria RFB nº. 2.439, de 22/12/2010, os sócios da Fiscalizada à época dos fatos, Marcos Roberto Claro Rossafa, CPF 330.885.351-53 e Fabio Luis Claro dos Santos, CPF 611.869.961-53 e o Sr. Francisco Claro Berbem Filho, CPF 149.383.671-49, que atuou como mandatário e responsável pela Fiscalizada, pois formou convicção, pelos motivos já expostos, que são eles os responsáveis pela prática perpetrada pela fiscalizada de sonegação fiscal (omissão de receitas em declaração de informações fiscais à RFB e a conseqüente falta de pagamento de contribuições e impostos devidos).

No caso destes autos, não vejo como acolher a pretensão do recorrente!

Encontra-se acostado farto e inequívoco conjunto probatório, que converge para a sintonia entre a realidade fática e sua tipificação no art. 124, inciso I e 135, III, do CTN, cujos detalhes, por demais importantes, encontram-se transcritos acima.

De um lado, é revelador que, os documentos apresentados pelas Instituições Financeiras revelam um padrão de procuração, pela qual a contribuinte, representada pelo sócio MARCOS ROBERTO CLARO ROSSAFA, outorga ao ora recorrente amplos e gerais poderes, para o fim especial de gerir e administrá-la, tratar de todos os seus negócios comerciais e bancários; podendo comprar e vender mercadorias de seu ramo de comércio; celebrar contratos comerciais, pagar e receber contas, representá-la junto a quaisquer agências bancárias, abrir e

movimentar contas correntes, a prazo fixo, de caução e outras modalidades, emitir cheques, tomar saques, fazer financiamentos, requisitar talonários, fazer transferência de numerários, assinar sua correspondência bancária, emitir, endossar e descontar cheques, duplicatas, notas promissórias e outros títulos de valores, liquidar, encerrar e abrir novas contas, dar e aceitar quitação, etc.

Ademais, das informações colhidas junto aos clientes da fiscalizada dá conta de que a Mosaic Fertilizantes do Brasil Ltda, a Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A e a Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia, das quais a contribuinte obteve receitas pela prestação de serviços contratados nos importes de R\$ 1.430.989,13, R\$ 1.912.554,48 e R\$ 637.014,02, respectivamente, informaram que o Sr. FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO foi quem assinou os respectivos contratos em nome da contribuinte.

Até aqui, não vejo nenhuma razão para responsabilização, pois, de fato, restaria dúvida, pelo menos no que tange ao convencimento deste julgador, se estamos diante de responsável de fato, ou se eram apenas poderes estritamente comerciais como alegado pelo interessado em suas razões recursais. Representar empresas perante bancos e perante clientes, podem sim ser atos de uma gestão tida como comercial, o que, a meu ver, levantaria dúvida quanto ao real alcance dos poderes do Sr. Francisco junto à Fiscalizada. Levantada tal dúvida, não restaria a este julgador se não aplicar o Princípio do *in dubio pro reu*.

Ocorre que há um elemento que é capaz de afastar cabalmente qualquer dúvida: o fato do interessado, conjuntamente com sua mulher, ser avalista de várias operações de crédito da fiscalizada. Aqui, diferentemente do alegado, não vejo como afastar a hipótese de que o Sr. Francisco tinha interesses que iam muito além de uma representação para fins estritamente da gestão comercial das atividades da fiscalizada. Ao assumir, ainda que na qualidade de avalista, dívida da empresa, vejo que seus interesses iam muito além daqueles que estavam manifestados nos documentos de procuração. A meu ver, este é o elemento que derruba a hipótese construída pela defesa.

Assim, minha compreensão, em síntese, é de que FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO é, sim, sujeito passivo solidário em face do crédito tributário constituído, com franco interesse comum nos termos do tipo previsto no inciso I do artigo 124 do CTN.

Nesse sentido, o ensinamento abaixo transcrito, da lavra de Maria Rita Ferragut (Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2005, p 69) sobre o fato típico e antijurídico previsto no inciso I do artigo 124 do CTN:

O artigo 124, I e II, do CTN, adota dois critérios para estabelecer o vínculo da solidariedade passiva entre os devedores: (i) interesse comum na situação que constitua o fato jurídico tributário; e (ii) designação expressa em lei.

Iniciemos com o interesse comum. Muito embora o direito positivo não tenha elucidado o conteúdo semântico desse critério, entendemos como sendo a ausência de interesses jurídicos opostos na situação que constitua o fato jurídico tributário, somada ao proveito conjunto dessa situação.

Não é necessário que os sujeitos encontrem-se no mesmo pólo da relação jurídica de direito privado, para que se obriguem mutuamente pelo pagamento da dívida tributária (tal como ocorre com o alienante do imóvel, que deseja vendê-lo, e do adquirente que pretende comprá-lo).

[...]

Já o inciso II do artigo 124 do CTN prescreve que serão solidárias as pessoas expressamente designadas por lei. A regra não apresenta qualquer novidade, pois, em função do princípio da estrita legalidade, somente essa poderia ser a prescrição (não só para a solidariedade, mas para qualquer espécie de sujeição passiva).

Qual a diferença, então, entre os incisos I e II do artigo 124?

Entendemos que, no inciso II, as pessoas solidariamente obrigadas não têm interesse comum no fato jurídico tributário, já que, se tivessem, enquadrar-se-iam na hipótese contemplada no inciso I.

Ainda o mesmo sentido, a síntese conclusiva a que chegou MARCOS VINICIUS NEDER em sua abordagem sobre o “Conceito de interesse comum” (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, 1 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 47):

6) interesse é uma atitude voltada ao atendimento de uma necessidade (v.g., econômica, moral, social, de proteção) e, no campo obrigacional, o interesse situa-se na proteção de deveres e direitos subjetivos existentes em uma situação jurídica ampla ou restrita;

7) as pessoas portadores de interesses comuns são vinculadas por circunstâncias externa formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que as une; enquanto, nos interesses coincidentes, o vínculo pessoal visa apenas atender a uma necessidade específica (tarefa);

[...]

9) a situação a despertar o interesse comum referido no art. 124 do CTN é aquela consubstanciada na relação jurídica privada subjacente ao fato gerador do tributo;

10) o fato jurídico suficiente à constituição da solidariedade não é o mero interesse de fato, mas sim o interesse jurídico que surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário.

Resta dizer sobre a responsabilidade tributária daquele senhor, atribuída pelo fisco com suporte no art. 135 do CTN transcrito abaixo:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I as pessoas referidas no artigo anterior;

II os mandatários, prepostos e empregados;

III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O recorrente, sujeito passivo solidário amolda-se ao elemento pessoal do tipo previsto no *caput* daquele artigo, vez que, se não foi seu executor material, foi partícipe ou mandatário das infrações encontradas pelo fisco, tamanha sua representação em nome da sociedade empresária, notadamente, perante terceiros, os quais assim o legitimaram com esteio na aparência e na boa fé.

No entanto:

a) não se ajusta ao tipo subjetivo do inciso I (as pessoas referidas no artigo anterior), essencialmente, porque não há prova nos autos de *impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte* de que tratou o *caput* do art. 134 do CTN.

b) ajusta-se ao tipo subjetivo descrito no inciso II, na condição de mandatário, por ter agido como mandante, no entanto, enquanto nos limites das procurações outorgadas a ele pela contribuinte;

c) ajusta-se ainda ao tipo subjetivo do inciso III, ao ter suplantado os limites objetivos conferidos, por várias condutas dolosas:

c.1) aparentou ser o representante em face de clientes;

c.2) figurou, vejam só, como um dos avalistas à frente dos vários contratos de abertura de crédito e de outras tantas cédulas de crédito bancário, junto ao Banco Safra, mesmo ante de vultosas quantias;

c.3) embora possa não ter extrapolado os poderes *amplos e gerais* de que tratou a primeira procuração a ele outorgada pela contribuinte, representada pelo sócio MARCOS ROBERTO CLARO ROSSAFA (Bradesco), na segunda procuração o fez, com excesso de poderes, como se fosse dirigente da sociedade, ao outorgar procuração, de idêntico conteúdo ao daquela, a terceira pessoa física, ROBERTO CARLOS DA SILVA.

Enfim, não foi diligente e probo no trato da administração, revelando o menosprezo com o propósito negocial da contribuinte insculpidos em seus atos constitutivos.

A circunstância acima revela ainda verdadeiro conluio entre a contribuinte, nas pessoas dos sócios de direito e FRANCISCO CLARO BERBEM FILHO.

Assim, sua inegável administração da sociedade coloca aquele senhor no mesmo patamar dos *diretores* a que aludem os incisos II e III do art. 135 do CTN.

Diante do acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário do responsável solidário, Sr. Francisco Claro Berbem Filho, mantendo, desta forma, sua sujeição passiva solidária.

CONCLUSÕES

Em conclusão, voto no sentido de:

(i) NÃO CONHECER o Recurso Voluntário da contribuinte, por ser o mesmo intempestivo;

(ii) NÃO CONHECER também dos Recursos Voluntários dos Responsáveis Solidários Marcos Roberto Claro Rossafa e Fábio Luís Claro dos Santos, porque não protocolizadas a Manifestações de Inconformidade pelos mesmos, de tal sorte que não houve a formação da lide em relação a estes dois responsáveis; e

(iii) NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário do responsável solidário, Sr. Francisco Claro Berbem Filho, mantendo, desta forma, sua sujeição passiva solidária.

Sala de Sessões, 01 de março de 2016.

(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo - Relator