



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

Processo n° 10880.002033/2007-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-001.668 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2012
Matéria PIS e COFINS - AIs
Recorrente CARTRIDGE COMERCIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/05/2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPUTAÇÃO

Correta a imputação de responsabilidade tributária solidária aos sócios administradores, no período em que foram, de fato, os gestores da empresa por terem interesse comum nas operações tributadas.

LANÇAMENTOS. NULIDADE.

São válidos os procedimentos administrativos fiscais realizados de conformidade com as normais legais.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/05/2005

MULTA DE OFÍCIO

Nos lançamentos de ofício, para constituição de créditos tributários, incide multa punitiva calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo a legislação vigente.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto Relator. Vencidas as conselheiras Andréa Medrado Darzé e Maria Teresa Martínez López.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente.

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

Autenticado digitalmente em 15/12/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 15

/12/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 19/02/2013 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 21/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Possas, Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Paulo Guilherme Déroulède e Andréa Medrado Darzé.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ Campinas que julgou procedente, em parte, a impugnação interposta contra os lançamentos das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), referentes aos fatos geradores ocorridos nos períodos de julho de 2003 a maio de 2005.

Os lançamentos decorreram da falta de declaração/pagamento das contribuições devidas naquele período de competência, apuradas com base nos livros fiscais (Registros de Saídas de Mercadorias), conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de cada um dos Autos de Infração e Termo de Verificação e Conclusão Fiscal às fls. 1.226/1.248.

Inconformados, os responsáveis solidários apresentaram impugnação conjunta (fls. 1.325/1.336), contra os lançamentos e os termos de sujeição passiva, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

“Afirmam, contrariamente à acusação fiscal, ter havido recolhimento do PIS e da COFINS, conforme fazem prova os DARF adimplidos. Alegam a nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal e protestam, preliminarmente, pela ilegitimidade passiva das pessoas responsabilizadas solidariamente.

Argumentam os impugnantes que *“não há nem nunca houve interesse comum jurídicos destes com as atuais sócias proprietárias da empresa Cartridge. Houve sim à época interesse coincidente em relação ao objeto do negócio (aquisição). Contudo, interesse coincidente (negocial) e interesse comum não se confundem. Isto é, o interesse negocial juridicamente nada tem a ver com o interesse comum. Os impugnantes atuados solidariamente têm interesse antagônico com o das atuais sócias proprietárias da Cartridge”*.

Informam terem alienado a empresa às atuais sócias, em 10/05/2004, procedendo à alteração societária em 27/09/2004. Desta feita, apenas teriam administrado a pessoa jurídica durante o ano-calendário 2003 até maio de 2004, período anterior à grande parte dos fatos geradores examinados.

Alegam que, em 16/05/2006, as atuais sócias ratificaram à fiscalização a aquisição da empresa, dizendo que receberam documentos, livros fiscais e comerciais, bem como extratos bancários dos ex-sócios, assumindo, pelas bases negociais acordadas, todo eventual passivo tributário da empresa que viesse a ser apurado. No entanto, a fiscalização teria concluído pelo interesse comum com as atuais sócias *“pelo fato dos impugnantes serem os favorecidos e beneficiários das operações efetuadas nos períodos de ocorrência dos fatos geradores do imposto e contribuições”*.

Acrescentam que as atuais sócias, acostumadas com a informalidade, *“geriram a empresa atuada de forma indiligente e temerária, pois devidos à*

“dificuldades” havidas em maio de 2005 tem-se notícias que encerraram as atividades da empresa”. E que tais sócias desfrutaram dos maiores resultados econômico-financeiros da gestão da empresa sendo as verdadeiras favorecidas e beneficiárias das operações efetuadas nos períodos dos fatos geradores autuados. E continuam, em suas palavras:

“Importante distinguir, pois, interesse comum no resultado da exploração da atividade econômica ensejadora do fato gerador da obrigação tributária, com o interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador. Aquele é irrelevante para gerar da responsabilidade solidária. Este acarreta a responsabilidade solidária, porque as pessoas envolvidas praticaram conjuntamente a atividade tipificada pela norma tributária.

In casu, houve o interesse comum no resultado da exportação da atividade econômica ensejadora dos fatos geradores da obrigação tributária (venda/aquisição), e não, interesse jurídico comum na situação que constitua os fatos geradores, visto que os impugnantes não praticaram conjuntamente com as atuais sócias as atividades que resultaram na ocorrência dos fatos geradores da empresa Cartridge.

Ademais, a solidariedade tributária decorre de lei e somente ela tem o condão de erigir as pessoas ou não a tal condição. Neste passo, impõe-se ter em mente a lição do Mestre Aliomar Baleeiro ao comentar o artigo 124, inciso I e II, do CTN.

“A solidariedade no direito tributário é passiva e resulta sempre da lei: não se presume nem pode nascer da vontade das partes.”

São solidários para o Fisco os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e os que forem expressamente designados em lei.

O CTN não diz em que consiste ou em que casos se manifesta o “interesse comum”, A lei tributária dirá. Em princípio, os participantes do fato gerador.

Indiscutivelmente, numa operação mercantil de compra e venda de estabelecimento há um determinado interesse comum entre o vendedor e o adquirente dos produtos vendidos quanto ao fato gerador da obrigação tributária (venda). Entretanto, esse interesse comum possui duas facetas opostas: o vendedor tem o interesse de dar a coisa vendida (venda do estabelecimento mediante compensação financeira) e o adquirente deste tem o interesse de operar dito estabelecimento, pagando por ele o preço ajustado. **Desta forma, o interesse comum se apresenta antagônico, figurando tanto um quanto o outro em pólos passivos opostos, não sujeitos a qualquer vínculo de solidariedade passiva entre eles.**

Daí, conclui-se que é indevida a inscrição dos impugnantes “Fábio Schiavone Zanini” e “Ana Maria Silveira Schiavoni Zanini”, em face do possível interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Destarte, por oportuno, que os impugnantes colaboraram plenamente com a investigação, prestando declarações e fornecendo documentos recuperados através de diligência pessoal realizada junto ao domicílio das atuais sócias proprietárias da empresa Cartridge.

Por todo o exposto, **tendo os Impugnantes demonstrado que houve interesse opostos (antagônicos) com as atuais sócias proprietárias da empresa Cartridge, requer-se a exclusão do pólo passivo da obrigação tributária objeto**

do AI em referência dos responsáveis solidários, determinando V.S^a. seu definitivo arquivamento (grifos e negritos do original).

No mérito, argumentam que a constatação dos pagamentos do imposto e das contribuições acarreta a insubsistência das declarações contidas no Termo de Verificação Fiscal. Nesse sentido, dizem que a ação fiscal foi instaurada por MPF com o intuito de verificar se a empresa autuada revendia, com valores subfaturados, os produtos adquiridos de determinada importadora. Acusam, no entanto, que foi desvirtuada a finalidade do aludido MPF, “*pois ao invés de verificar a revenda de produtos subfaturados deu causa a quebra de sigilo bancário da empresa autuada Cartridge, entre outras ilegalidade*”.

Dizem que, por não ter sido localizada a empresa em seu domicílio, os ex e atuais sócios foram intimados a apresentar os livros comerciais e fiscais, assim como cópia do contrato social e alterações e extratos bancários. E que os impugnantes continuaram a ser demandados na presente ação fiscal, a despeito de terem comprovado a alienação da empresa, ocasião na qual esclareceram terem sido entregues às atuais sócias os documentos solicitados, fato confirmado pelas respectivas sucessoras.

Informa ter sido indeferido o pedido de prorrogação de prazo feito pelas atuais sócias para atendimento do quanto solicitado, tendo sido proposta a Requisição de Movimentação Financeira – RMF “*sem elementos/irregularidades constatadas a autorização judicial para este fim*”. Em suas palavras:

“FRISE-SE, NÃO FORA CONSTATADO PELA FISCALIZAÇÃO NENHUMA IRREGULARIDADE NA EMPRESA. ISTO É, PRODUTOS(S) REVENDIDO(S) COM VALORES SUBFATURADOS, FALTA DE ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS FISCAIS E COMERCIAIS, ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL AOS FINS A QUE SE DESTINA, E AINDA FOI COMPROVADA A ORIGEM DE TODOS OS CRÉDITOS/DEPÓSITOS PARA OS QUAIS A FISCALIZADA FOI INTIMA A COMPROVAR.”

Dizem que a regra é o sigilo bancário, sendo a quebra deste a exceção, razão pela qual tais dados somente poderão ser examinados quando forem considerados indispensáveis. Nesse mister, ressaltam que à época da emissão do RMF não havia se passado sete meses de fiscalização; que os ex e atuais sócios já se haviam manifestado na auditoria; e que não havia nenhuma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto nº 3.724 e na Lei Complementar nº 105, ambos de 2001.

Acusam que a fiscalização deve se acautelar de indícios objetivos das hipóteses previstas na lei, sob pena de desnaturar o instituto criado pela Lei Complementar nº 105, de 2001. Cita o disposto no artigo 10 do referido diploma legal, bem como jurisprudência administrativa.

Por tais razões, concluem que “*eivado de nulidade a emissão da Requisição de Movimentação Financeira – RMF – pelo digno Auditor Fiscal e, conseqüentemente, nulos todos os atos praticados a partir de então*”.

Continuam, dizendo que, posteriormente à quebra indevida do sigilo bancário, os impugnantes foram intimados a apresentar a origem dos recursos creditados/depositados nas contas correntes da empresa, ocasião na qual o patrono dos impugnantes informou que os intimados estavam diligenciando junto as atuais sócias, no sentido de obter/recuperar a documentação solicitada.

E que nas datas de 18/05/2007 e 13/07/2007 o impugnante Fábio Schiavone Zanini apresentou à fiscalização três caixas contendo notas fiscais, bem como os livros fiscais e comerciais da empresa, constando Termo de Verificação e Conclusão

Fiscal datado de 24/09/2007 a comprovação da origem dos créditos/depósitos bancários questionados.

Acusam que a fiscalização, ao proceder a exigência de ofício segundo o lucro arbitrado, cingiu-se a sustentar que “a fiscalizada intimada a apresentar Livros Diário e Razão e/ou Caixa e Registro de Inventários, anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, não os apresentou apesar do extenso prazo concedido”, contrapondo-se:

“Ora, r. Julgador, no mínimo incoerente para não dizer inverídico a expressão *extenso prazo concedido*, visto que pela simples análise dos autos percebe-se o afogadilho da fiscalização em proceder a exigência de ofício mediante o cálculo com base no regime do Lucro Arbitrado.

Ao agir desta forma, fere a digna fiscalização o estatuído na legislação do sistema tributário Pátrio que disciplina que a medida extrema do Lucro Arbitrado somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real.

Ademais, no ano-calendário de 2003 a empresa autuada Cartridge optou pelo regime do Lucro Presumido e a fiscalização tendo conhecimento do faturamento desta (movimentação financeira e livros), bastava calcular os impostos com base neste regime de tributação.

Dentro desse diapasão o artigo 47 e segs. Da Lei 8.981/95 é inequívoco ao dispor que:

[transcrição]

“Concessa máxima vênia”, r. Julgador, a empresa autuada não incorreu em nenhum das hipóteses acima para ter a incidência do regime do Lucro Arbitrado, até porque a digna fiscalização omitiu-se no cumprimento do disposto no art. 10 e seus incisos do Decreto 70.235/72, a saber: não descreveu de forma minuciosa a descrição dos fatos que apontavam o real motivo do arbitramento e o enquadramento legal pertinente à infração que teria sido cometida.

Conclui-se, portanto, eivado de nulidade a exigência de ofício mediante o cálculo com base no Lucro Arbitrado, pelo digno Auditor Fiscal e, conseqüentemente, nulos todos os atos praticados a partir de então.” (negritos e grifos do original)

Voltando-se à multa de ofício, aplicada com base no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, apresentam o entendimento de que o percentual estipulado no dispositivo legal diz respeito ao teto da multa, não se tratando de penalidade única, devendo ser graduada e individuada, no caso concreto. Em suas palavras:

“A lei 11.488/07 que deu nova redação ao artigo 44 e seus incisos da Lei 9.430/96, faz remissão no §1º ao disposto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64. A chamada lei do IPI. Tais artigos definem a sonegação, a fraude e o conluio. Aproveita ao presente caso a seção onde se encontram tais artigos, a saber: SEÇÃO II – Da aplicação e Graduação das Penalidades:

No caput do artigo 67 se lê in verbis: “*Compete à autoridade Julgadora, atendendo aos antecedentes do infrator, aos motivos determinantes da infração e à gravidade de suas conseqüências efetivas ou potenciais; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável*”.

Dito dispositivo continua em plena vigência e pela hermenêutica dos dispositivos legais é possível cogitarmos que a percentagem de 75% (...) estabelecida diz respeito ao TETO desta.

Frise-se, a Lei 9.430/96 alterada pela Lei 11.488/07 vale-se dos conceitos previstos na Lei 4.502/964 (arts. 71, 72 e 73). Ditos artigos encontram-se na seção capitulada como graduação das penalidades. Hermeneuticamente interpretada é possível trazermos a aplicação da graduação à penalidade imposta aos Impugnantes.

Até porque, basta conjugarmos o disposto no artigo 2º e seu inciso Vi da Lei 9.784/99 (PAF) com a lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/05), vejamos:

[transcrição]

Por sua vez, o artigo 41 da Lei 11.101/05 estipula como 3º na ordem de preferência, *ipsis litteris*:

[transcrição]

Conclui-se, por conseguinte que o maior interesse público é a continuidade das atividades da empresa em 1º plano e, em segundo, a arrecadação a tempo e modo.

Caso fosse a arrecadação em 1º plano o legislador teria erigido a Fazenda Pública a esta condição na Lei de Recuperação Extrajudicial. Em síntese, é vedada pela Lei do Procedimento Administrativo Fiscal a imposição de sanção em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Compreendido o interesse público primordial a continuidade das atividades da empresa.

Ademais, o artigo 142, parte final, do CTN que compete a autoridade administrativa “(...) e, sendo o caso, **propor a aplicação da penalidade cabível**”.

Visando dar maiores veredas para a graduação da penalidade imposta, os Impugnantes trazem a colação o seguinte julgado (...).”

Encerram protestando pela improcedência dos lançamentos, porque demonstrada a nulidade “no Auto de Infração e respectivo Mandado de Procedimento Fiscal, com especial fundamento no artigo 10 da LC 105/01, arts. 10 e segs. do Decreto 70.235/72, artigo 47 e segs. da Lei 8.981/95”.

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou-a procedente, em parte, excluindo das contribuições lançadas, os valores mensais pagos e comprovados, mediante a apresentação de darfs, mantendo a exigência dos valores remanescentes, bem como a sujeição passiva das pessoas físicas qualificadas como responsáveis solidárias nos Termos de Sujeição Passiva Solidária 01 e 02, conforme acórdão nº 05-34.576, datado de 26 de julho de 2011, às fls. 1.408/1.436, sob as seguintes ementas:

“Nulidade.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Legitimidade Passiva.

O sujeito passivo é identificado como contribuinte ou responsável. É contribuinte a pessoa que tenha relação direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador; e

responsável aquele que, sem se revestir da condição de contribuinte, tem sua obrigação decorrente de lei.

Sujeição Passiva. Sócios Administradores. Responsabilidade Tributária Solidária.

São solidariamente responsáveis pelos créditos tributários as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Falta de Recolhimento.

Verificada a falta de recolhimento da contribuição incidente sobre receitas registradas na escrituração da pessoa jurídica, as quais se inserem na sistemática cumulativa, diante do arbitramento do lucro no período, correta é a exigência decorrente, formalizada ex-officio.

Multa de Lançamento de Ofício.

A multa de lançamento de ofício, no percentual de 75%, decorre de expressa determinação legal e é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Só sofre graduação para percentual mais agravado e apenas na hipótese de ser verificada uma das situações qualificadoras descritas na norma de regência.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.”

Cientificada dessa decisão, os responsáveis solidários interpuseram recurso voluntário (fls. 1.445/1.457), requerendo, em preliminar: i) o reconhecimento da ilegitimidade passiva atribuída a eles; e, ii) a nulidade dos autos de infração; e, no mérito, discordou da multa de ofício, alegando, em síntese, as mesmas razões expendidas na impugnação. Quanto à ilegitimidade passiva, que os sócios Fábio Schiavone Zanini e Ana Maria Silveira Schiavone constituíram a empresa em 21/1/2000 e a venderam em 1º/5/2004, conforme provam o Instrumento Particular de Recibo de Venda e Compra de Estabelecimento Comercial e a Alteração Contratual, carreados aos autos e, portanto, não tiveram interesse comum nas operações, objeto dos lançamentos em discussão, e não se enquadram nos art. 121, 124 e 128 do CTN; em relação à nulidade do auto de infração, sob os argumentos de que nele não consta o pagamento de impostos efetuados pelo contribuinte e, quando da emissão da Requisição de Movimentação Financeira (RMF), não se vislumbra o atendimento das disposições necessárias, havendo, inclusive, afronta ao disposto no art. 5º LV da Constituição Federal (CF) de 1988, e, ainda, pela fato de a exigência ter sido feita com base no Lucro Arbitrado, sendo que no ano calendário de 2003, optou pelo regime do Lucro Presumido; e, por último que a multa aplicada supera o disposto na Lei nº 9.430, de 1996, tendo em vista que a empresa agiu segundo a legislação vigente.

É o relatório.

Voto

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

Autenticado digitalmente em 15/12/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 15

/12/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 19/02/2013 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 21/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminares

I-1) Sujeição passiva dos sócios

Os recorrentes insurgem contra a sujeição passiva solidária atribuída a eles, sob os argumentos de que venderam a empresa em 10 de maio de 2004 e não tiveram interesse comum nas operações econômicas tributadas.

O CTN assim dispõe quanto à solidariedade tributária:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...).

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

Já nos artigos 134 e 135 que tratam da responsabilidade de terceiros, prevê:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...).

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:

(...);

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

Conforme demonstrado nos autos, mais especificamente nos termos de Sujeição Passiva Solidária às fls. 1.286/1.293, os sócios Fábio Schiavone Zanini e Ana Maria Silveira Schiavone Zanini constituíram a empresa autuada em 21/11/2000, conforme prova a ficha cadastral na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp). Os livros Registro de Saída de Mercadorias e Registro de Apuração de ICMS, apresentados pelo Sr. Fábio, provam que as operações comerciais se iniciaram em julho de 2003 e terminaram em maio de 2005, período que as receitas de vendas de mercadorias atingiram volumes significativos: R\$5.206.124,16 no ano calendário de 2003; R\$13.616.567,40, em 2004; e R\$4.010.71,92, em 2005. Os documentos cadastrais fornecidos pelos bancos HSBC Bank Brasil S/A e Banco Unibanco S/A provam que, no período objeto do lançamento em discussão, o Sr. Fábio e a Sra. Ana Maria foram os únicos responsáveis pelas contas bancárias movimentadas naquelas instituições financeiras, em nome da empresa autuada.

Embora os recorrentes afirmem que vendeu a empresa em 10/5/2004, a data de reconhecimento de firma no Recibo Provisório de Venda e Compra e da Alteração Contratual, referentes à operação, foi efetuada em 15/9/2005. Já o registro da Alteração Contratual, de retirada dos sócios Fábio Schiavone Zanini e Ana Maria Silveira Schiavone Zanini, e da assunção da autuada, pelas proprietárias Viviane Rodrigues de Oliveira e Luciana Rodrigues de Oliveira, ocorreram em 9/8/2005. Já nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), tais alterações ocorreram também em 9/8/2005.

Portanto, segundo essa documentação, no período objeto dos lançamentos em discussão, competências mensais de julho de 2003 a maio de 2005, os sócios Fábio Schiavone Zanini e Ana Maria Silveira Schiavone Zanini, eram os donos e responsáveis pela empresa autuada.

Ainda, segundo informou os recorrentes, em sua impugnação, as atuais sócias teriam encerrado as atividades operacionais da autuada ainda em 2005.

Os livros Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS que serviram de base para apuração e lançamento das contribuições, ora exigidas, foram entregues à Fiscalização pelo próprio Fábio Schiavone Zanini.

Apesar de ter exercido atividade econômica, venda de mercadorias cujo faturamento anual foi de R\$5.206.124,16 no ano calendário de 2003; R\$13.616.567,40, em 2004; e R\$4.010.71,92, em 2005, a autuada apurou e pagou, no ano calendário de 2003, a título de PIS e Cofins, o equivalente a 10,0 % (dez por cento) do valor efetivamente devido e, para os demais anos, 2004 e 2005, não pagou valor algum.

Consta também do procedimento administrativo fiscal que, para o ano calendário de 2003, a autuada optou pelo regime de tributação do Lucro Presumido e, para o ano calendário de 2004, pelo regime do Lucro Real. Para o ano calendário de 2003, apresentou DIPJ em que declarou receita de R\$516.545,85, quando, segundo os Livros Registro de Saídas de Mercadorias e de Apuração do ICMS, a receita foi de R\$5.206.124,16; para o ano calendário de 2004, apresentou declaração na qual não declarou receita alguma, quando, segundo aqueles livros, a receita foi de R\$13.616.567,40; e, finalmente, para o ano calendário de 2005, não entregou DIPJ, sendo que suas receitas foram de R\$4.010.71,92.

Dessa forma, demonstrado que no período objeto do lançamento em discussão, a autuada foi administrada pelos sócios Fábio Schiavone Zanini e Ana Maria Silveira Schiavone, e, ainda, apresentou DIPJ, para ano calendário de 2003, declarando receita equivalente a apenas 10,0% (dez por cento) das receitas registradas nos livros Registro de Saída de Mercadorias e de Apuração do ICMS; declarou e pagou as contribuições para o PIS e Cofins em valores equivalentes a 10,0 % (dez por cento) dos efetivamente devidos; para o ano calendário de 2003 apresentou DIPJ em branco e não declarou nem pagou qualquer valor referente ao PIS e à Cofins devido sobre o faturamento anual de R\$13.616.567,40; para o ano calendário de 2005 não entregou a DIPJ nem pagou as contribuições devidas sobre o faturamento anual de R\$4.010.71,92, se beneficiando do não pagamento destas contribuições, entendemos que ambos os sócios se enquadram nos arts. 124, I, 134 e 135, III, citados e transcritos anteriormente.

Assim correta a lavratura dos Termos de Sujeição Passiva Solidária contra o Sr. Fábio Schiavone Zanini e a Sra. Ana Maria Silveira Schiavone.

I-2) Nulidades dos autos de infração

A suscitada nulidade dos autos de infração sob os argumentos de que neles não constam: os pagamentos de impostos efetuados; na emissão da Requisição de Movimentação Financeira (RMF) não foram atendidas as disposições necessárias, com afronta ao disposto no art. 5º LV da Constituição Federal (CF) de 1988; e, ainda, pela fato de a exigência ter sido efetuada com base no Lucro Arbitrado, sendo que, no ano calendário de 2003, optou pelo regime do Lucro Presumido, não tem amparo legal e não prosperam.

Segundo o Decreto nº 70.235, de 1972, somente são nulas as autuações lavradas por pessoa incompetente, assim dispondo:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

(...).

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Os autos de infração em discussão foram lavrados por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas e, se constatadas infrações à legislação tributária, tais falta de declaração/pagamento de tributos devidos, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Neles estão demonstradas e fundamentadas as infrações imputadas à autuada, falta de declaração e pagamento das contribuições para o PIS E Cofins incidentes sobre o faturamento mensal, nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998.

Possíveis incorreções e/ ou deficiências não os tornam nulos nem anuláveis e sim defeituosos ou ineficazes até as suas retificações.

Quanto aos alegados pagamentos, todos foram considerados pela autoridade julgadora de primeira instância que determinou suas deduções dos créditos tributários lançados e exigidos; já em relação à emissão da Requisição de Movimentação Financeira (RMF), esta não tem qualquer relação com os valores apurados e lançados que tiveram como base de cálculo as receitas escrituradas nos livros Registro de Saída de Mercadorias e de Apuração do ICMS; a alegação de afronta ao art. 5º LV da CF/1988 é improcedente e não foi demonstrada; finalmente, em relação à opção pelo Lucro Presumido e Lucro Arbitrado, ao contrário do entendimento da recorrente, as exações em discussão foram calculadas com base nas receitas escrituradas nos livros fiscais.

Assim, não há que se falar em nulidade dos lançamentos.

II – Mérito

No mérito a questão oposta se restringe à multa de ofício, mais especificamente, ao seu percentual.

Conforme demonstrado na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de cada um dos autos de infração, sua exigência e percentual estão fundamentados na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim dispõe:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...);

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...).”

A multa no lançamento de ofício tem como objetivo punir o sujeito passivo pela prática de infrações tributárias (falta de lançamento, de declaração e de pagamento da contribuição). Não há amparo, no âmbito administrativo, para reduzir ou altear, por critérios meramente subjetivos, o percentual fixado em lei.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à mensuração.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Adão Vitorino de Moraes – Relator.