



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.721758/2011-11
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-006.358 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de dezembro de 2022
Recorrentes NDS SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA - ME
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

RECURSO DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos da súmula CARF número 103, para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância. Sendo o valor exonerado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento menor do que o valor estipulado em Portaria pelo Ministério da Economia, não deve ser conhecido o Recurso de Ofício apresentado.

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

Ano-calendário: 2007

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS

O art. 42 da Lei nº 9.430/1996 presume como omissão de receitas a falta de comprovação da origem dos depósitos bancários. Por se tratar de uma presunção relativa, caso comprovada a origem, pelo contribuinte, aquela presunção é afastada. É dever do contribuinte, contudo, essa comprovação, que deve ser feita através de documentação hábil e idônea. Correto o lançamento fundado na insuficiência de comprovação da origem dos depósitos

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN.

Na imputação de responsabilidade solidária, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, é dever da fiscalização comprovar o interesse comum dos responsáveis no nascimento da obrigação tributária. Não sendo comprovado nos autos que as empresas tinham interesse em comum, deve ser afastada a responsabilidade tributária solidária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 135, INCISO III DO CTN.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão da prática de atos por representantes da pessoa jurídica, ainda que na condição de administrador ou sócio de fato, quando suficientemente revelada no caso em concreto conduta dolosa ou culposa, por meio de ação comissiva ou omissiva, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de ofício, nos termos do relatório e voto do relator. Quanto ao recurso voluntário, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar de nulidade, e, no mérito, (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à não obrigatoriedade de arbitramento do lucro e à apuração de créditos de PIS e contribuição ao Cofins; (ii) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir a qualificação da multa de ofício no lançamento, vencidos os conselheiros Ailton Neves da Silva (suplente convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por negar provimento ao recurso voluntário quanto a tal matéria; (iii) por maioria de votos, em afastar a responsabilidade tributária atribuída às pessoas físicas Newton dos Santos e José Mauro, vencidos os conselheiros Sérgio Magalhães Lima e Ailton Neves da Silva (suplente convocado), que votaram por negar provimento ao recurso voluntário quanto a tal ponto; (iv) por maioria de votos, em afastar a responsabilidade tributária atribuída à pessoa jurídica Cissal, vencidos os conselheiros Ailton Neves da Silva (suplente convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por negar provimento ao recurso voluntário quanto a tal ponto; (v) por maioria de votos, em afastar a responsabilidade tributária atribuída à pessoa física Edgar Lisboa Fernandez, com base no art. 124, inciso I, do CTN, vencido o conselheiro Ailton Neves da Silva (suplente convocado), que votou por negar provimento ao recurso voluntário quanto a tal ponto; (vi) por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a responsabilidade tributária atribuída à pessoa física Edgar Lisboa Fernandez, com base no art. 135, inciso III, do CTN, vencidos os conselheiros Flávio Machado Vilhena Dias, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega e Felipe Honório Rodrigues da Costa (suplente convocado), que votaram por dar provimento ao recurso voluntário quanto a tal ponto; (vii) por unanimidade de votos, em afastar a responsabilidade tributária atribuída à pessoa física Edgar Lisboa Fernandez, com base no art. 134, inciso VII, do CTN, e em afastar a responsabilidade tributária atribuída à pessoa física Edgar Roberto Donato Fernandez, nos termos do relatório e voto do relator. O Conselheiro Sérgio Magalhães Lima ficou designado como redator do voto vencedor, quanto à matéria em relação à qual o relator foi vencido.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias – Relator

(documento assinado digitalmente)

Sergio Magalhães Lima – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Sergio Magalhaes Lima, Flavio Machado Vilhena Dias, Ailton Neves da Silva (suplente convocado(a)), Savio Salomao de Almeida Nobrega, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa (suplente convocado(a)), Paulo Henrique Silva Figueiredo. Ausente o conselheiro Marcelo Oliveira.

Relatório

O presente processo trata-se de Autos de Infração lavrados em face do ora Recorrente, NDS Serviços Administrativos Ltda. – ME (atual denominação da NZ Importação Exportação e Transportes Ltda.), através dos quais a fiscalização constituiu, de ofício, créditos tributários de IRPJ, CSLL, contribuição ao PIS e COFINS, sendo a multa de ofício qualificada, bem como atribuídas responsabilidades solidárias a pessoas física e jurídica.

Como se observa dos Termos de Verificação Fiscal, o agente autuante, em um primeiro momento, discorreu sobre o objeto social do contribuinte, então fiscalizado, demonstrado que *“a NZ adquire mercadoria de diversos fornecedores e remete para industrialização na empresa SOLIVA (única indústria), que por sua vez envia os produtos acabados para a empresa CISAL (único cliente). A compra, a remessa e o retorno das mercadorias passando pela NZ é apenas documental”*.

Ainda, no TFV, foi demonstrado que o ano objeto da fiscalização seria o de 2007. Contudo, a empresa, apesar de ativa nos cadastros junto à Receita Federal do Brasil, Fisco Estadual de São Paulo e Junta Comercial daquele estado, encontrava-se sem operação desde Julho de 2009, mas, restou apontado, que os sócios continuavam recebendo rendimentos da entidade, nos termos da DIRF2011.

Prosseguindo na contextualização da fiscalização que foi levada a cabo, o agente atuante apontou que o contribuinte foi intimado, em mais de uma oportunidade, a apresentar suas declarações contábeis e fiscais e que o atendimento destas intimações foi parcial, na medida em que foi informado, pela entidade, a perda de parte dos documentos, sendo apresentado boletim de ocorrência em que se relatou o furto dos documentos na sede da empresa.

O agente atuante demonstrou ainda que foram emitidos RMF's às instituições financeiras nas quais o contribuinte possuía contas-correntes no período fiscalizado, sendo, posteriormente, efetivada a intimação da entidade para comprovar os créditos identificados nos extratos bancários fornecidos por aquelas instituições financeiras.

Neste sentido, a fiscalização apontou que o contribuinte, no ano-calendário de 2007, optou pela tributação pelo lucro real trimestral, sendo que:

(i) apresentou a DIPJ (2008), referente ao ano-calendário de 2007, zerada.

(ii) *“não declarou nem pagou tributos relativos às vendas de mercadorias durante o ano de 2007, conforme demonstram as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), fls. 1397 a 1455, e o sistema SINAI PJ (reproduzido abaixo). Ressalta-se que nas DCTF constam apenas os débitos referentes aos tributos informados como pagos conforme descrito no sistema SINAI PJ, de onde verifica-se que não são decorrentes de receitas de vendas”*.

Ainda, segundo consta no TVF, com os dados obtidos através da DCPMF, o contribuinte, no período fiscalizado, apresentou uma movimentação financeira no valor de R\$12.312.230,22.

Por outro lado, deixou-se claro que o contribuinte, apesar de ter apresentado a DIPJ zerada, *“declarou ao Fisco Estadual, através das GIA (Guias de Informação e Apuração do ICMS), fls. 1631 a 1654, e escriturou nos livros fiscais (Diário e Razão) e comercial (Apuração do ICMS) um total de receitas brutas de vendas no ano de 2007 no valor de R\$7.770.482,94.”*

E justamente a diferença entre as receitas de vendas declaradas e contabilizadas (R\$7.770.482,94) e o valor das movimentações financeiras (R\$12.312.230,22), que motivou o agente autuante a expedir intimação ao contribuinte para *“comprovar a origem dos recursos que possibilitaram tais movimentações”*.

Prosseguindo no TVF, o agente autuante apontou que cotejou os lançamentos referentes aos lançamentos às vendas e o que foi declarado em GIA (ICMS) pelo contribuinte, concluindo *“que são os mesmos valores declarados”*.

Já na análise dos extratos bancários fornecidos pelo contribuinte e aqueles fornecidos pelas instituições financeiras (em atendimento aos RMF's expedidos), verificou-se que *“os registros estavam coerentes com os valores escriturados nas respectivas contas no livro Razão”*.

Ainda, verificou-se que praticamente todos os recursos recebidos na conta-corrente que o contribuinte possuía junto ao Banco do Brasil *“foram transferências ‘on line’, feita pela empresa CISAL Indústria Sul Americana de Alimentos, o único cliente do fiscalizado”*

Neste passo, o contribuinte, ao responder as intimações que lhe foram enviadas, esclareceu, à fiscalização, que os valores creditados em sua conta-corrente pela empresa CISAL eram referentes *“a vendas realizadas no período de agosto de 2006 a novembro de 2007, apresentado documentos para comprovar suas alegações, quais sejam: planilha com o número de cada uma das NF's e cópia destas; documento em que a empresa CISAL comunica cada uma das transferências realizadas e cópia de documentos que indicam cada um dos agendamentos para transferência dos valores para outras contas da entidade.*

Em síntese, o contribuinte informou que os valores (R\$12.973.417,47) decorrentes das vendas foram integralmente recebidos no ano de 2007, sendo que parte das vendas ocorreu em 2006 (no valor total de R\$5.210.939,91) e o restante no ano de 2007 (no valor de R\$7.762.477,56).

Entretanto, a fiscalização, ao analisar os documentos apresentados pelo contribuinte, notadamente as notas fiscais emitidas em 2006, cujos pagamentos teriam sido realizados no decorrer do ano de 2007, conforme informou o contribuinte, constatou, de forma resumida, que:

- (i) Todas as NF's de 2006 tem vencimento, na maioria dos casos, no prazo de 01 dia;
- (ii) As NF's apresentadas para cada mês do ano de 2006 representam exatamente o valor das vendas declaradas em GIA para esses meses;
- (iii) Os valores das vendas declaradas na DIPJ2007 (AC 2006) representam os valores de vendas de agosto a dezembro de 2006, que o contribuinte afirma ter recebido em 2007;

(iv) Não se mostra coerente o fato de todo o faturamento de 2007 ter sido recebido no próprio ano de 2007, enquanto o faturamento de 2006 não ter sido recebido (nem em parte) no mesmo ano;

(v) O saldo inicial da CONTA DUPLICATAS a RECEBER no início de 2007, nos termos apontados no livro razão, seria de R\$2.562.245,54, enquanto o contribuinte alega que, naquele ano (2007), teria um valor a receber de R\$5.210.939,91 referente ao ano de 2006.

Assim, em recomposição da conta contábil denominada Duplicatas a Receber, que foi feita através dos valores escriturados pelo contribuinte, a fiscalização demonstrou que *“ficou provado que somente o valor de R\$1.074.329,58, escriturado na conta de Duplicatas a Receber como “adiantamentos de Cisal Ind. Sul Americana “ poderá ser considerado por esta fiscalização como vendas de 2006 recebidas em 2007”*.

Com essa recomposição, a fiscalização constatou que houve omissão de receitas no período no valor de R\$3.353.341,86, deixando claro que:

“Este valor é equivalente ao valor recebido em 2007 através do Banco do Brasil (R\$12.190.149,00), menos o faturamento de 2007, comprovado pelo fiscalizado através de NF (R\$7.762.477,56), e menos o faturamento de 2006 que foram pagos durante o ano de 2007 (R\$1.074.329,58), representado pelos valores de “adiantamentos de Cisal”, contabilizados na conta Duplicatas a Receber durante o ano de 2007”.

Assim, com base no que dispõe o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e o artigo 24 da Lei nº 9.249/95, foram lavrados os Autos de Infração, através dos quais, como já mencionado, foram constituídos créditos tributários de IRPJ, CSLL, contribuição ao PIS e COFINS.

O agente autuante entendeu também que estariam presentes os elementos para qualificação da multa de ofício, tendo em vista o *“evidente intuito de fraude”* na omissão de receitas.

Já no que tange à atribuição das responsabilidades, a fiscalização apontou como responsáveis tributários os sócios do Recorrente – Newton dos Santos e José Mauro – uma vez que figuravam no contrato social como sócios-administradores da entidade no ano-calendário autuado (2007). Aos olhos da fiscalização, a motivação para essa imputação seria o fato de os sócios terem consciência dos seus atos e terem compactuado com a omissão de receitas.

A responsabilidade foi atribuída com base no que dispõe os artigos 121, 124, 134 e 135 do CTN, bem como no artigo 1.016 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Também foi atribuída responsabilidade da pessoa jurídica Cisal (cliente do Recorrente) e dos seus sócios.

No que se refere à responsabilidade da empresa Cisal, a motivação da fiscalização para imputar a responsabilidade com base no artigo 121 e 124 do CTN, seria pelo interesse comum, uma vez que (i) os depósitos bancários, cujas receitas foram omitidas pelo contribuinte, teriam sido feitos pela Cisal e (ii) e pela ilação de que a Recorrente teria sido criada apenas para atender aos interesses da empresa SOLIVA (que fazia a industrialização dos produtos) e da própria CISAL (que adquiria 100% dos produtos comercializados pela Recorrente).

Ademais, demonstrou-se que os sócios dessas empresas – CISAL e SOLIVA – eram sócios anteriormente da empresa Recorrente.

No que se refere ao sócio da CISAL, Edgar Roberto Donato Fernandez, o agente autuante apontou que ele era o sócio da Recorrente e teria se retirado da sociedade, colocando no

quadro social interpostas pessoas para se beneficiar da omissão de receitas perpetrada no período.

Por fim, também foi atribuída a responsabilidade solidária do Sr. Edgar Lisboa Fernandez (pai do Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez), uma vez que a fiscalização entendeu, em síntese, que ele era sócio de fato da Recorrente, inclusive tendo poderes para movimentar contas bancárias da entidade.

Devidamente intimados, a Recorrente e os responsáveis apresentaram Impugnação Administrativa, cujos argumentos foram resumidos na Resolução nº 247 (fls. 3049 e seguintes), que foi proferida pela DRJ em São Paulo, *in verbis*:

DAS IMPUGNAÇÕES

IMPUGNAÇÃO DE NZ IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E TRANSPORTES LTDA

O Contribuinte ora Impugnante apresentou impugnação às fls. 2689 a 2916, na qual fez a defesa a seguir sintetizada.

Inicialmente, a Impugnante argumentou que a Autoridade Fiscal utilizou-se de presunções não autorizadas, investigações incompletas e reiteradas contradições com o objetivo de construir um fato jurídico-tributário compatível com o tipificado no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

A regular identificação da fonte de onde se originaram os recursos creditados na conta bancária, Cisal Indústria Sul Americana Ltda, aliada ao atestado da escrituração dos mesmos na contabilidade da Autuada configuram contradição na motivação eleita para consubstanciar os lançamentos.

A divergência entre o comando eleito para abrigar a infração e os fatos concretos do relatório – origem comprovada e escriturada – afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Além disso, a tributação de depósitos bancários deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade.

A pressa em terminar os trabalhos acobertou a renúncia de investigações complementares, tendentes a identificar o que poderia constituir o verdadeiro fato impositivo. Não há qualquer vício ou ilegalidade nas operações desenvolvidas pela Impugnante, ou seja, de aquisição, remessa para industrialização e entrega dos produtos acabados ao cliente.

Como o trânsito das compras, remessas e retornos de mercadorias no estabelecimento da Impugnante é apenas documental, eventuais diferenças físicas entre volumes produzidos e faturados seriam facilmente apuráveis, com comprovação inequívoca da eventual omissão de receitas.

A Autoridade Fiscal, ao denunciar que a contabilidade da Impugnante, além de não registrar os depósitos bancários, apresenta vícios de escrituração na conta Duplicatas a Receber, suficientes para desclassificar seu saldo inicial e também os apurados nos balanços, o relatório deixa latente a falta de credibilidade dos registros contábeis efetuados pela pessoa jurídica e o conseqüente comprometimento dos resultados por ela apurados.

Se a Impugnante não escriturou os depósitos assinalados, sua contabilidade incorreu em falha e instaura insegurança quanto à fidelidade da sua escrita, com infração ao disposto no art. 12 do Código Comercial. Dessa forma, caberia à Autoridade Fiscal apurar o lucro da Autuada pelo lucro arbitrado, conforme determina o art. 530 do RIR/99.

Quanto ao saldo inicial da conta Duplicatas a Receber, a Autoridade Fiscal atribuiu a todos os créditos junto à Cisal a configuração de receitas, sem a indispensável caracterização material desse evento, isto é, da natureza dos valores repassados pela Cisal, o que se configura perfeitamente possível mediante procedimentos específicos, no caso o levantamento físico de mercadorias entradas e saídas.

A escrituração da conta reconhece a quitação de todos os valores lançados a débito em 2007 e o reposicionamento do saldo inicial de R\$2.562.245,54 na conta Devedores Diversos é inevitável, até porque não pode ser diferente daquele apurado no balanço de encerramento levantado em 31/12/2006.

A Impugnante apresenta a tabela de fl. 2894 dos autos com o valores que entende como corretos em contraposição aos apurados pela Fiscalização. A desclassificação dos valores apresentados configura o abandono da escrituração, impondo-se o arbitramento dos lucros da empresa.

Dos equívocos, incertezas e contradições apontados, defendeu a Impugnante que houve ofensa ao art. 142 do CTN, levando ao reconhecimento da improcedência de todas as exações do presente processo.

A Impugnante informa que apurou prejuízos fiscais em todos os trimestres do ano de 2007, conforme demonstrações que a Autoridade Fiscal teve acesso. O total no ano de 2007 foi de R\$ 4.229.507,86. Juntou os docs. 07 a 22 para comprovar suas alegações.

Defendeu a não limitação de até 30% do lucro líquido ajustado para o uso dos prejuízos indicados. Nos casos de reconstituição, de ofício, dos resultados do período em que se verificou o prejuízo, essa “trava” estaria descartada, impondo-se a total absorção do prejuízo apurado pelo contribuinte com o valor tributável determinado pela ação fiscal, tanto para o IRPJ como para a CSLL.

A falta de entrega de declaração de rendimentos de exercício encerrado com prejuízo fiscal não impede a compensação deste no exercício em que foi apurado o lucro, ou no próprio período de apuração quando a Fiscalização reconstitui os resultados.

Assim, a Autoridade Fiscal, na lavratura do auto de infração, deve levar em conta os prejuízos fiscais, compensando-os com a matéria tributável apurada na ação fiscal, constituindo o crédito pela diferença ou lavrando o auto de infração para a redução do prejuízo a compensar.

A Autoridade Fiscal apenas considerou o saldo de prejuízos operacionais de R\$279.093,25, oriundos de períodos anteriores, cuja compensação foi efetuada com a matéria tributável selecionada no primeiro trimestre de 2007.

Por esses motivos, a Impugnante defendeu a inexistência de lucro tributável nos três primeiros trimestres de 2007, após a compensação dos prejuízos fiscais, indicando na tabela de fl. 2900 os valores que entende se aplicar ao caso.

A multa qualificada de 150% aplicada pelo Fisco depende de identificação e comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Cabe à Fazenda Pública fazer a comprovação do dolo, o que não ocorreu no caso, já que a Fiscalização elegeu a presunção de depósitos bancários pretensamente de origem não comprovada para ancorar a tributação.

A Autoridade Fiscal não especificou qual a conduta dolosa atribuída à Impugnante e sua vinculação com o fato capitulado na exigência do crédito tributário, a penalidade qualificada não repousa em omissão de receita comprovada, mas em presunção relativa contraditoriamente argüida.

Em seguida, defendeu a improcedência da responsabilização pelo crédito tributário atribuída aos dois sócios administradores Newton e José Mauro, a Edgar Lisboa Fernandes, designado sócio de fato da NZ e ex procurador da NZ e sócio da Cisal, à empresa Cisal Indústria Sul Americana de Alimentos Ltda, e a Edgar Roberto Donato Fernandez, ex sócio da empresa NZ e sócio da empresa Cisal.

IMPUGNAÇÃO DE CISAL INDÚSTRIA SUL AMERICANA DE ALIMENTOS LTDA

Cisal Indústria Sul Americana de Alimentos Ltda apresentou impugnação às fls. 2929 a 2935, na qual inicialmente argumentou que os tributos lançados não resultaram de prova direta da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, mas de presunção de

omissão de receitas, onde se verifica total insegurança na determinação da matéria tributável, o que ofende o art. 142 do CTN.

A sistemática empresarial exercida por Cisol é legal e não pode ser utilizada como justificativa, pois NZ, Cisol e Soliva são três empresas autônomas.

Cisol não possui vínculo com a empresa Autuada, apenas compra a sua mercadoria e faz o respectivo pagamento.

A fiscalização não demonstrou com provas cabais o benefício econômico recebido em decorrência das operações da empresa Autuada. Cisol é totalmente estranha à gestão da NZ, sendo apenas um cliente que não partilha de seus resultados e não pode ser responsabilizada pelos tributos devidos por outra empresa.

A Autoridade Fiscal não delimitou justificativa plausível sobre a Impugnante ter “interesse comum” na situação que constitui o fato gerador dos tributos, limitando-se a citar o artigo. Assim, não comprovado o interesse comum da Impugnante na situação constitutiva do fato gerador, não há fundamentos capazes de sustentar a imputação dessa responsabilidade.

Disse que todos os elementos trazidos no Termo de Verificação Fiscal não são provas, mas sim presunções e suposições. Portanto, a imputação de responsabilidade atribuída a Impugnante não pode prosperar.

IMPUGNAÇÃO DE NEWTON DOS SANTOS

Newton dos Santos apresentou impugnação às fls. 2941 a 2953, na qual fez a seguinte defesa.

Afirmou que os tributos lançados não resultam de prova direta da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, mas de presunção de omissão de receitas, onde se verifica total insegurança na determinação da matéria tributável, o que ofende o art. 142 do Código Tributário Nacional.

A Autoridade Fiscal não delimitou qualquer comentário sobre o interesse comum na situação a qual constituiu o fato gerador em questão, limitando-se à citação do artigo legal.

Houve contradição entre a fundamentação legal e as conclusões expostas no relatório, quando a Autoridade Fiscal afirmou que “praticamente não houve aumento dos bens e direitos de 2004 a 2012, demonstrando não ter se beneficiado dos resultados das operações da NZ”.

Se a própria Fiscalização confirmou que o Impugnante não auferiu qualquer benefício, não poderia a ele ser atribuída responsabilidade tributária alegando interesse comum na prática presumida de omissão de receitas.

Não comprovado o interesse comum da pessoa natural na situação constitutiva do fato gerador, não há como sustentar a imputação da responsabilidade ao Impugnante prevista no art. 124 do CTN.

Já a imputação de responsabilidade solidária decorrente da prática de atos contrários à lei, apenas tem lugar em situações onde o Fisco logra comprovar quais atos foram praticados pelo gestor com excesso de poderes, infração a lei, contrato ou estatuto ou, ainda, nas situações de dissolução irregular da sociedade.

A falta de pagamento de imposto também não pode respaldar a responsabilidade dos sócios. O Auditor Fiscal concluiu que o Impugnante era apenas “sócio de direito” da empresa e que o sócio de fato” seria Edgard Lisboa Fernandez. Diante dessa afirmação, a atribuição de responsabilidade àquele que não é verdadeiramente sócio é totalmente contraditório.

Das razões expostas, requereu o Impugnante a nulidade e a improcedência da responsabilidade pessoal e solidária que lhe foi atribuída.

IMPUGNAÇÃO DE EDGAR LISBOA FERNANDEZ

Edgar Lisboa Fernandez apresentou impugnação às fls. 2954 a 2967, na qual fez a defesa a seguir sintetizada.

O Impugnante afirmou que os tributos lançados não resultam de prova direta da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, mas de presunção de omissão de receitas, onde se verifica total insegurança na determinação da matéria tributável, o que ofende o art. 142 do Código Tributário Nacional.

A Autoridade Fiscal alegou que o Impugnante é sócio de fato da Autuada. Entretanto, os elementos elencados pela Fiscalização para ensejar tal alegação são absurdos e imaginários. O Impugnante nunca fez parte do quadro societário da Autuada, apenas possuiu procuração com poderes para representar a empresa perante terceiros, tais como instituições bancárias, administração pública e particulares, outorgada em 01/09/2003 e renunciada em 25/08/2006. Na época do fato gerador das imposições lançadas, o Impugnante não possuía qualquer vínculo com a empresa NZ.

A Autoridade Fiscal quis induzir à conclusão de que o Impugnante somente renunciou à procuração devido à outra fiscalização ocorrida no ano de 2006. Entretanto, tal assertiva não procede, pois a fiscalização era referente a períodos anteriores e de nada adiantaria sua renúncia.

O fato de o Impugnante ser sócio de CISAL e de SOLIVA também não dá ensejo para que seja responsabilizado pelos débitos de NZ. Todas as operações realizadas por essas empresas são legais e dentro dos ditames empresariais.

É incabível a afirmação de que o Impugnante era “sócio de fato” da empresa NZ. Newton dos Santos e José Mauro assinaram cheques da Autuada, abriram contas bancárias, autorizaram transferências de recursos entre bancos, ou seja, exerceram de fato a gerência da empresa em que são donos.

Quanto à fundamentação da responsabilidade pessoal e solidária atribuída ao Impugnante no art. 124, I, do CTN, não foi comprovado o interesse comum na situação constitutiva do fato gerador, pelo que não há fundamentos capazes de sustentar a imputação dessa responsabilidade. O Impugnante afirmou que não era sócio da empresa e não exercia qualquer poder de gerência ou administração.

Das razões expostas, requereu o Impugnante a nulidade e a improcedência da responsabilidade pessoal e solidária que lhe foi atribuída.

IMPUGNAÇÃO DE EDGAR ROBERTO DONATO FERNANDEZ

Edgar Roberto Donato Fernandez apresentou impugnação às fls. 2968 a 2974, na qual fez a defesa a seguir sintetizada.

O Impugnante afirmou que os tributos lançados não resultam de prova direta da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, mas de presunção de omissão de receitas, onde se verifica total insegurança na determinação da matéria tributável, o que ofende o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Sobre os motivos apontados pela Autoridade Administrativa que levaram à atribuição da responsabilidade tributária, o Impugnante discorreu que o fato de ser sócio das empresas Cisal e Soliva não dava ensejo para que fosse responsabilizado pelo débito tributário da empresa NZ.

No período de 16/10/1995 a 04/03/2005, o Impugnante foi sócio de NZ, mas não era sócio e não exerceu a gerência em 2007. Portanto, o fato de ser ex-sócio de NZ não poderia servir de fundamento para a atribuição de responsabilidade. Como foi sócio da empresa, era normal que possuísse cartões de assinatura nas contas bancárias da NZ.

A Autoridade Fiscal não delimitou qualquer justificativa sobre o “interesse comum” que ele teria na situação a qual constitui o fato gerador em questão.

Todos os elementos trazidos no Termo de Verificação Fiscal não são provas, mas sim suposições e presunções. Portanto, o Auto de Infração e as imputações de responsabilidade estão eivados de contradições e confusão de preceitos legais

incompatíveis, acarretam a indefinição da responsabilidade tributária atribuída ao Impugnante, o que dá ensejo à nulidade do Termo de Sujeição Passiva lavrado.

Das razões expostas, requereu o Impugnante a nulidade e a improcedência da responsabilidade pessoal e solidária que lhe foi atribuída.

Através da mencionada Resolução, a DRJ em São Paulo entendeu por bem converter o julgamento em diligência, para que a fiscalização verificasse e apontasse os prejuízos fiscais incorridos pela Recorrente no período e qual o impacto deles na apuração dos tributos, notadamente na quantificação dos créditos tributários do IRPJ e da CSLL.

Ademais, apontou-se a necessidade de se verificar os vícios que o contribuinte alegava existirem em sua contabilidade e se esses vícios eram capazes de tornar a apuração do lucro real como inviável.

A diligência foi devidamente realizada (Relatório de fls. 3275 e seguintes), concluindo a fiscalização apenas pela redução dos créditos tributários constituídos de ofício, em especial pela constatação de ocorrência de prejuízos fiscais no período autuado e a não utilização destes na quantificação dos créditos tributários de IRPJ e CSLL.

Em Manifestação Conjunta (fls. 3314 e seguintes) ao relatório de diligência, o Recorrente e os responsáveis repisaram argumentos – Cerceamento de defesa, vício na ação de fiscalização e equívoco na valoração das provas – que já haviam sido apresentados em sede de Impugnação.

A DRJ em São Paulo, acatando as conclusões apresentadas no relatório de diligência, entendeu por bem julgar como parcialmente procedente o lançamento. Em síntese, exonerou-se parte do IRPJ e da CSLL constituídos de ofício, bem como as respectivas penalidades. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

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

PREJUÍZOS FISCAIS ACUMULADOS. COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

A compensação de eventuais prejuízos fiscais acumulados de períodos anteriores somente poderá ser feita se a pessoa jurídica mantiver os livros e documentos exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal que se pretende utilizar para compensação.

PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO. LIMITE DE 30%.

A limitação da compensação de prejuízos fiscais, em até 30% da base de cálculo na apuração do IRPJ, encontra-se prevista em legitimamente inserida no sistema jurídico tributário, limite inclusive reconhecido em súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES.

A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Questionamentos dessa natureza não são apreciáveis na esfera administrativa.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Acertado o aumento do percentual da multa de ofício lançada quando o contribuinte, omiti informações na DIPJ sobre receitas da empresa, contabilizadas em livros e outras declarações, como também não informa os respectivos débitos nas DCTFs, o que constitui comportamento que se enquadra nas condições previstas na legislação tributária para a qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150%.

SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. INFRAÇÃO À LEI.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, quando ocorrem atos definidos como infração à lei, caracterizados por efetiva omissão de informações que impedem o órgão fiscalizador de conhecer as obrigações tributárias de sua competência.

TRIBUTAÇÃO CONEXA. PIS, COFINS e CSLL.

Aplica-se, aos lançamentos reflexos, no que couber, o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

Como houve exoneração de parte do crédito tributário de IRPJ e CSLL no valor total de R\$1.772.215,04 (incluindo principal e multa de ofício), foi apresentado Recurso de Ofício, com base na então vigente Portaria MF nº 3/2008.

Por outro lado, ao serem intimados do acórdão proferido, a Recorrente e os responsáveis apresentaram Recurso Voluntário conjunto, no qual repisam os argumentos apresentados em sede de Impugnação Administrativa.

Em síntese, no apelo direcionado ao CARF, alegou-se, em sede preliminar, que (i) houve o cerceamento do direito de defesa, uma vez que o agente autuante teria ignorado os documentos apresentado no curso da fiscalização.

No mérito do Recurso Voluntário, foi apontado que (ii) a fiscalização deveria ter arbitrado o lucro da entidade, com base no disposto no artigo 47 da Lei nº 8.981/95 e que (iii) tendo em vista a apuração na sistemática não cumulativa da contribuição ao PIS e da COFINS, a fiscalização deveria ter considerado os “créditos das entradas”.

Os apelantes alegaram, ainda, que (iv) não deveria ser aplicada a penalidade qualificada, no percentual de 150%, uma vez que o dolo não teria sido provado pelo agente autuante.

Os responsáveis, por sua vez, em síntese, alegam que (v) não estariam comprovadas as hipóteses para imputação das responsabilidades à pessoa jurídica e às pessoas físicas indicadas nos Autos de Infrações combatidos.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a este relator para análise do Recurso Voluntário e de Ofício apresentados.

É este o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO.

Como se observa do relatório acima, foi apresentado Recurso de Ofício pelo Presidente da Turma de Julgamento *a quo*, uma vez que a decisão da DRJ em São Paulo,

acatando o resultado da diligência, exonerou parte dos créditos tributários. O valor total exonerado foi de R\$1.772.215,04, já incluídos os valores do principal e das multas respectivas.

O Recurso de Ofício foi apresentado com base na Portaria MF nº 3/2008, que dispunha em seu artigo 1º que o *“Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)..”*.

Ocorre, contudo, que aquela Portaria foi revogada e atual Portaria em vigor (Portaria MF nº 63/2017), fixou novo patamar monetário para apresentação e análise do Recurso de Ofício. O valor atualmente vigente é de R\$2.500.000,00.

Assim, não deve ser conhecido o Recurso de Ofício, uma vez que, nos termos da súmula CARF nº 103, *“para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”*.

Por todo o exposto, sem maiores delongas, VOTA-SE por NÃO CONHECER DO RECURSO DE OFÍCIO apresentado.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

DA TEMPESTIVIDADE.

Como se denota dos autos, a Recorrente foi intimado pessoalmente do teor do acórdão recorrido em 11/09/2013, (comprovante de fls. 3407), apresentando o Recurso Voluntário no dia 11/10/2013 (comprovante fls. 3411), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/72.

Cumpram-se dois pontos:

(i) em que pese não constar a intimação dos responsáveis nos autos, esses apresentaram Recurso Voluntário conjunto com a Recorrente e, por isso, entende-se como desnecessária a intimação pessoal daqueles responsáveis.

(ii) consta dos autos, às fls. 2456, AR com intimação da Recorrente efetivada no dia 31/10/2013. Entretanto, esta intimação ocorreu após a intimação pessoal e à apresentação do Recurso Voluntário ora em análise.

Portanto, sendo tempestivo o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente e pelos responsáveis e, por isso, uma vez cumpridos os demais pressupostos para a sua admissibilidade, deve ser analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DA PRELIMINAR

Em sede preliminar, os Recorrentes alegam que houve cerceamento do direito de defesa e, por isso, requerem o reconhecimento da nulidade da autuação.

O que se observa do confuso tópico é que os Recorrentes entendem que houve cerceamento do direito de defesa, na medida em que o agente autuante teria ignorado ou desconsiderado documentos apresentados no curso da fiscalização e que, por isso, os lançamentos de ofício dos créditos tributários deveriam ser considerados nulos.

Não assiste razão aos Recorrentes.

A uma porque, em que pese terem alegado, o Recorrente e os responsáveis não apontaram os documentos que o agente autuante teria ignorado ou desconsiderado no curso do

procedimento de fiscalização. Toda argumentação tecida no apelo é genérica e não traz qualquer elemento objetivo para caracterizar o cerceamento de defesa.

A duas porque, como já restou sedimentado pelo súmula CARF nº 162 que “*o direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento*”. Neste sentido, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa no curso do procedimento de fiscalização.

Se o contribuinte e os responsáveis tinham documentos e elementos que pudessem, de alguma forma, desconstruir as ilações do agente autuante, esses deveriam ser juntados aos autos quando da apresentação da Impugnação Administrativa ou, a depender da motivação, no curso do processo. E não há, nos autos, qualquer elemento que possa levar à conclusão de que foi vedada a apresentação de documentos ou provas pelo contribuinte e pelos responsáveis.

Ademais, cumpre pontuar que, no que tange ao argumento de que não foram considerados, na quantificação dos créditos tributários, os prejuízos incorridos pelo contribuinte no período, a própria DRJ, acatando o resultado da diligência, entendeu pela redução dos créditos tributários de IRPJ e da CSLL, justamente porque entendeu-se pela necessidade de apropriação daqueles prejuízos, nos termos impostos pela legislação.

E, reitere-se, que, quando da apresentação do Recurso Voluntário, o Recorrente e os responsáveis não pontuaram de forma objetiva quais os documentos foram desconsiderados pela fiscalização ou pela DRJ, que analisou as impugnações administrativas.

Assim, REJEITA-SE, a preliminar de nulidade do lançamento, uma vez que não ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

DO MÉRITO.

DA ALEGAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Em argumento de mérito, o Recorrente e os responsáveis alegam que, quando da apuração do lucro da entidade, a fiscalização deveria ter utilizado o arbitramento, nos termos previsto no artigo 47 da Lei nº 8.981/95, uma vez que, supostamente, houve o entendimento, na acusação fiscal, de que a contabilidade do contribuinte “*não merece credibilidade*”. Entendimento este que teria sido ratificado pelo acórdão proferido pela DRJ.

Não assiste razão aos Recorrentes.

De pronto, deve-se consignar que, uma vez identificadas inconsistências nas demonstrações contábeis do contribuinte, que impeçam a apuração do lucro na modalidade escolhida pelo contribuinte (real ou presumida), o arbitramento torna-se impositivo. Por outro lado, contudo, não se tem dúvidas de que o arbitramento é uma medida excepcional e só deve ser exercido quando, de fato, estiver caracterizada uma das hipóteses elencadas na legislação. Este colegiado, nos termos da ementa abaixo, já se manifestou neste sentido. Veja-se:

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL E OBRIGATÓRIA.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário. Contudo, sendo identificada alguma das hipóteses legais de arbitramento, a apuração pelo lucro arbitrado se torna obrigatória. (Acórdão nº 1302-003.384 – Sessão de 23/01/2019)

Entretanto, *in casu*, com toda venia, ao contrário do que alega o contribuinte em seu apelo, não houve a caracterização de uma das hipóteses prevista na legislação em vigor que implicasse na obrigatoriedade de o lucro ser apurado na modalidade arbitrada.

O que se percebe da acusação fiscal é que houve, de fato, a recomposição de uma das contas contábeis – denominada “Duplicatas a Receber” –, relativa ao ano-calendário de 2007, na medida em que a fiscalização, com base nos lançamentos contábeis feitos pelo próprio contribuinte, identificou que os valores a receber no naquele ano não eram os que haviam sido contabilizados.

No TVF, ficou suficientemente claro o procedimento adotado pela fiscalização na recomposição dos valores daquela conta, sendo considerados, em síntese, apenas os valores efetivamente recebidos pelo contribuinte no ano de 2007. Confirma-se o que contou no TVF:

Na recomposição dos novos saldos mensais da conta Duplicatas a Receber considerou-se, conforme escriturado no livro Razão pelo fiscalizado, que o saldo inicial da conta é de R\$2.562.245,54, e o saldo final é igual a zero.

Esta fiscalização apurou que o valor que foi efetivamente recebido em 2007, através de lançamentos de “adiantamento de Cisal”, foi de R\$1.074.329,58. Baixando esse valor, mensalmente, resultou em um saldo final da conta no valor de R\$1.487.915,96. Considerando que o saldo final dessa conta deve ser igual a zero, com escriturado pelo fiscalizado, podemos concluir que o verdadeiro saldo inicial da Conta Duplicatas a Receber deve ser R\$1.074.329,58, assim, ao efetuar-se as baixas mensais, através dos lançamentos de “adiantamentos”, o saldo final será zero”.

O fiscalizado alegou que o valor de R\$5.210.939,91, referente ao faturamento de agosto a dezembro de 2006, teria sido pago pela empresa CISAL em 2007. No entanto, ficou provado que somente o valor de R\$1.074.329,58, escriturado na conta de Duplicatas a Receber como “adiantamentos de Cisal Ind. Sul Americana” poderá ser considerado por esta fiscalização como vendas de 2006 recebidas em 2007.

Além dessa crítica e recomposição de uma conta contábil, ao contrário do que foi alegado no Recurso Voluntário, a fiscalização não declarou a imprestabilidade das demonstrações contábeis, que pudesse justificar e tornar obrigatório o arbitramento do lucro da entidade no período.

Não se pode olvidar que, quando intimado para tanto, o próprio contribuinte apresentou sua contabilidade, sendo que os lançamentos contábeis foram analisados e criticados pela fiscalização. Ressalte-se, inclusive, que o agente autuante considerou as movimentações bancárias contabilizadas no período. Todavia, identificou-se, ao cotejar esses lançamentos, com os extratos bancários, que os valores contabilizados eram menores do que os de fato aconteceram.

Assim, não há que se falar em erro na apuração do lucro da entidade no período pela modalidade de opção exercida pelo próprio contribuinte, qual seja: o lucro real.

Não se pode dar guarida, por outro lado, ao argumento do Recorrente de que os valores identificados nas suas contas bancárias seriam antecipação de vendas. É que, neste ponto, em que pese ter alegado em seus apelos, não houve qualquer comprovação neste sentido.

Por outro lado, quando a fiscalização recompôs a conta contábil denominada “Duplicatas a Receber”, restou demonstrado o real valor das daquelas antecipações e o

contribuinte não foi capaz de desconstruir as ilações do agente fiscal, ilações estas justificadas nas próprias demonstrações contábeis do contribuinte.

Por isso, vota-se por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário neste ponto.

DA APURAÇÃO DOS CRÉDITOS DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS.

Em outro argumento de mérito lançado no Recurso Voluntário, os Recorrentes alegam que, uma vez apurados os créditos tributários da contribuição ao PIS e da COFINS na modalidade não-cumulativa, tendo em vista a opção da apuração do lucro na modalidade real, a fiscalização deveria ter considerado os créditos das entradas na apuração daquelas contribuições.

Todavia, mais uma vez, o contribuinte não trouxe qualquer elemento de prova para demonstrar a existência de créditos das contribuições no período. Não foram apresentadas sequer as declarações do período, para justificar, por exemplo, a conversão do julgamento em diligência.

No apelo apresentado, o contribuinte se ateve a transcrever a legislação que trata do regime não-cumulativo da contribuição ao PIS e da COFINS, aduzindo que a fiscalização deveria ter apurado os créditos das entradas.

Com toda venia aos Recorrentes, não se pode imputar à fiscalização a apuração de créditos e débitos, quando a acusação fiscal está arrimada em omissão de receita, ou seja, no auferimento de receita não levada à tributação pelo contribuinte.

Neste ponto, vota-se por também NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

DA MULTA QUALIFICADA

Em argumento subsidiário, os Recorrentes afirmam que não estariam caracterizados os elementos autorizadores para qualificação da multa de ofício, como feito pela fiscalização.

Aduzem, neste sentido, que o dolo não foi provado, em nenhum momento, pela fiscalização.

Neste ponto, assiste razão aos Recorrentes.

Quando se analisa o TVF, no tópico que trata da multa qualificada, o agente autuante afirma, tão-somente, que “ficou caracterizado o evidente intuito de fraude” e, por isso, a multa de ofício deveria ser aplicada no percentual de 150%.

Ademais, ainda no TVF, quando da imputação das responsabilidades tributárias (que serão analisadas a seguir), a acusação fiscal é no sentido de que os sócios do contribuinte autuado, em verdade, seriam interpostas pessoas dos antigos sócios da entidade e que estas pessoas teriam sido utilizadas para sonegar tributos devidos ao erário.

Ocorre que, em que pese a suposta utilização de interpostas pessoas, aos olhos deste julgador, a fiscalização não demonstrou quais as fraudes praticadas com o intuito de impedir ou retardar o nascimento da obrigação tributária.

Como sabido, o parágrafo 1º, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 determina a aplicação da penalidade em dobro quando constatada a prática de alguma das condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Cita-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Por sua vez, os dispositivos da Lei nº 4.502/64 que autorizam a qualificação da multa são os seguintes:

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;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72

No presente caso, as omissões de receitas foram facilmente identificadas pela fiscalização, quando esta cotejou as demonstrações contábeis e os extratos bancários do contribuinte, sendo caracterizada, neste sentido, a simples omissão de receitas. Sequer foi demonstrada, pela fiscalização, a reiteração da omissão de receitas em diversos anos-calendários.

Assim, entende-se que, *in casu*, deve-se aplicar o entendimento sumulado no CARF no seguinte sentido:

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.

Ademais, em que pese a acusação de utilização de interposta pessoa na composição do quadro social da sociedade autuada, foram identificadas movimentações financeiras apenas nas contas bancárias do contribuinte autuado, o que afasta a aplicação do entendimento consignado na súmula CARF nº 34.

Assim, vota-se por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a qualificação da multa de ofício.

DAS RESPONSABILIDADES TRIBUTÁRIAS.

Como demonstrado alhures, foi atribuída responsabilidade tributária à pessoa jurídica denominada Cisol Indústria Sul Americana de Alimentos Ltda. e às pessoas físicas sócios desta empresa – Edgar Roberto Donato Fernandez e Edgar Lisboa Fernandez –, bem como aos sócios do contribuinte autuado, quais sejam Newton dos Santos e José Mauro.

Tendo em que vista houve acusações distintas, com dispositivos legais também distintos, por uma questão didática, far-se-á a análise dessas responsabilidades de forma apartada.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS DA EMPRESA AUTUADA.

Como se observa do TVF, foi imputada a responsabilidade tributária aos sócios da entidade autuada - Newton dos Santos e José Mauro –, com base os artigos 121, 124, 134 e 135 do CTN, bem como no artigo 1.016 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A acusação fiscal está arrimada no fato de estes sócios figurarem como administradores da entidade e que, tendo em vista esta condição, terem consciência dos seus atos e terem compactuado com a omissão de receitas.

Ademais, o agente autuante demonstrou que aqueles sócios possuem cartões de assinaturas perante às instituições financeiras e que, por isso, teriam autorizado transferência de valores entre as contas correntes e assinado cheques no período fiscalizado.

No Recurso Voluntário, os responsáveis alegam, em síntese, que não foi comprovado o dolo na omissão de receitas e que o simples fato de figurarem no contrato social como administradores não pode ensejar a responsabilidade tributária.

Pois bem.

Aqui, deve-se pontuar que, pela leitura dos artigos do Código Tributário Nacional, a sujeição passiva (um dos critérios que compõe a Regra Matriz de Incidência Tributária) pode ser dividida entre o contribuinte e o responsável. Neste sentido, é a redação do artigo 121 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

No caso do representante da sociedade, dentre eles os sócios-gerentes e administradores, a responsabilidade pessoal pelo pagamento do crédito tributário se dará quando houver atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Esta é a inteligência do artigo 135, inciso III do CTN. Confira-se:

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.

Este julgador tem convicção de que, quando o dispositivo legal fala em responsabilidade "pessoal" do agente, uma vez identificadas alguma das condutas elencadas no citado dispositivo, a responsabilidade pelo pagamento do tributo passa a ser apenas daquele agente, excluindo-se a responsabilidade da pessoa jurídica contribuinte, que, em última análise, é lesada pela conduta dolosa de quem a representa.

Assim, não estaria correto em se falar em responsabilidade solidária, nem subsidiária e, sim, em responsabilidade pessoal, como a interpretação, não só literal, mas sistemática do ordenamento jurídico impõe.

Independentemente dessa posição, que, diga-se, não prevalece nas decisões do Poder Judiciário e no âmbito do CARF (Súmula nº 130), no presente caso, entende-se que a fiscalização não conseguiu provar quais as condutas praticadas pelos sócios, que pudessem autorizar a responsabilização destes pelo pagamento dos créditos tributários.

Explica-se.

Quando se analisa a inteireza do TVF, pode-se perceber que toda a acusação fiscal, inclusive para fundamentar a responsabilização dos sócios da empresa Cisal, é no sentido de que os sócios da entidade - Newton dos Santos e José Mauro – eram, na verdade, interpostas pessoas, que foram utilizadas para praticar ilicitudes.

No TVF, o agente autuante demonstra, inclusive, que aqueles sócios não tinham capacidade econômico-financeira para adquirir quotas da sociedade e que, da análise das suas declarações pretéritas de Imposto de Renda, não houve qualquer evolução do patrimônio das pessoas físicas, ou seja, aos olhos da fiscalização, não teriam, aqueles sócios, sequer se beneficiado dos resultados da entidade que omitiu receitas.

As conclusões da fiscalização, neste ponto, com toda venia, chegam a ser contraditórias. Ora, ou os sócios são sócios de fato e praticaram atos de gestão, a ensejar a imputação da responsabilidade tributária, ou são interpostas pessoas, sem qualquer poder perante a sociedade, uma vez que utilizados por terceiros para prática de ilícitos.

Por outro lado, o fato de terem assinados cheques e, de alguma forma, movimentado valores creditados nas contas da empresa não pode ser entendido como sendo a prática de atos ilícitos, que justifiquem a responsabilização pessoal (subsidiária ou solidária), com base nos dispositivos do CTN.

Como demonstrado no tópico acima, em que se analisou a qualificação da multa de ofício, entende-se que a fiscalização não demonstrou quais as fraudes praticadas com o intuito de impedir ou retardar o nascimento da obrigação tributária.

De fato, houve omissão de receitas, na medida em que o contribuinte não conseguiu justificar a origem dos recursos creditados em suas contas bancárias. Por isso, entendeu, este relator, que não haveria reparos a se fazer neste ponto da autuação.

Contudo, o entendimento sedimentado no âmbito deste Conselho é que a simples omissão de receitas não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a

comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo (Súmula CARF nº 14), o que, como já decidido, não restou comprovado no presente caso.

Por fim, cumpre esclarecer que o dispositivo do Código Civil (art. 1.016), invocado pelo agente autuante para embasar a responsabilidade dos sócios da entidade, não pode ser utilizado para esse fim.

Como sabido, as normas gerais em matéria tributária, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal de 1988, em especial as que tratam dos contribuintes e das obrigações tributárias, devem ser tratadas, de forma exclusiva, por Lei Complementar. E no ordenamento jurídico pátrio, a Lei Complementar a que o Texto Constitucional faz referência é o Código Tributário Nacional. Neste sentido, não se pode admitir a invocação de dispositivo de Lei Ordinária (Código Civil) para imputar responsabilidade tributária.

Neste sentido, vota-se POR DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a responsabilidade tributária atribuída aos sócios Newton dos Santos e José Mauro.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA CISAL INDÚSTRIA SUL AMERICANA DE ALIMENTOS LTDA.

Com base no que dispõe os artigos 121 e 124 do CTN, foi atribuída responsabilidade tributária à empresa CISAL. Segundo o entendimento da fiscalização, essa empresa, na condição de único cliente da entidade autuada, teria *“interesse comum no fato gerador que constituiu o fato gerador da obrigação tributária”*.

No Recurso Voluntário apresentado, o responsável alegou que a intenção da fiscalização seria, tão-somente, punir a entidade que teve relação comercial com a empresa autuada.

No que tange à imputação de responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I do CTN, este julgador tem uma visão mais restrita para a aplicação do dispositivo em comento, que tem a seguinte redação:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

A leitura deste dispositivo leva o intérprete à conclusão de que o "interesse comum" está atrelado ao fato gerador da obrigação tributária. Assim, para ser responsável solidária pelos créditos tributários, a pessoa (seja ela física ou jurídica) tem que ter tido participação no fato que constitui a hipótese de incidência tributária. Ou seja, a expressão "interesse comum" se dirige às pessoas que, de alguma forma, participaram do fato (critério material) descrito no antecedente da regra matriz.

Esse entendimento já foi exarado por este colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Veja-se:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Data do fato gerador: 31/03/2011 ALIENAÇÃO. PESSOA FÍSICA. SÓCIO, SIMULAÇÃO.

As transformações societárias realizadas pelas sócias da autuada e que foram o foco da presente autuação, visaram desmembrar parte do acervo operacional da Autuada (incluído o atribuído pela sócia que permaneceu), para ser vendida a outra empresa, pela

pessoa física do sócio; o processo de transferência para a pessoa física do sócio envolveu o valor contábil do acervo e a venda pela pessoa física se deu pelo valor de mercado, incidindo a tributação à alíquota de 15% , caracterizando que as operações foram simuladas, dado que o objetivo foi a venda de parte do acervo pela pessoa jurídica.

Assunto: Normas de Administração Tributária Data do fato gerador: 31/03/2011 AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

IR RECOLHIDO. DEDUÇÃO.

Procede o pleito da autuada e da pessoa física que efetuou os recolhimentos, de que os valores de Imposto de Renda recolhidos pela pessoa física, em relação à mesma transação autuada na pessoa jurídica, sejam deduzidos dos valores de IRPJ exigidos da autuação, antes da aplicação da multa de ofício e dos juros de mora, uma vez que aquela operação foi descaracterizada, porém o imposto foi recolhido espontaneamente.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Data do fato gerador: 31/03/2011 JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como foram os responsáveis pelas operações societárias que resultaram na autuação.

VOTO DE QUALIDADE. ART. 112, CTN.

Descabe aplicação do art. 112 do CTN, no caso de empate de votação no CARF. (Acórdão nº 1201-001.778 - Processo nº 16561.720079/2015-68 - Sessão de 21/06/2017) (destacou-se)

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento fixado neste sentido, como se observa do julgado, cuja ementa segue citada abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SUJEIÇÃO PASSIVA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. "Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas" (HARADA, Kiyoshi. 'Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitui o fato gerador')" (AgRg no Ag 1.055.860/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 26.3.2009).

2. "Para se concluir sobre a alegada solidariedade entre o banco e a empresa de arrendamento para fins de tributação do ISS, seria necessária a reapreciação do contexto fático-probatório, providência inadmissível em sede de recurso especial, consoante a Súmula 7/STJ" (AgRg no AREsp 94.238/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/10/2012). No mesmo sentido: AgRg no Ag 1.415.293/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21/09/2012.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015) (destacou-se)

Assim, na imputação de responsabilidade com base no artigo 124, inciso I do CTN, é dever do agente que promove a autuação comprovar que os eventuais responsáveis, de alguma forma, tenham "*interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal*".

Neste sentido, entende-se, com Andréa M. Darzé, que as hipóteses que autorizam a imputação de responsabilidade com base no artigo 124, inciso I do CTN, são bem restritas. Confira-se os ensinamentos daquela professora:

"Em estreita síntese, entendemos que o artigo 124, I do CTN, serve como fundamento para imputação de obrigação solidária apenas nos casos em que,

i. consistindo o suporte factual do tributo em situação jurídica, exista mais de uma pessoa realizando a sua materialidade, como ocorre, por exemplo, na incidência do IPTU ou do IPVA, em que dois ou mais sujeitos são proprietários do mesmo imóvel ou veículo automotor, respectivamente;

ii. nos casos em que o suporte de fato da tributação configura negócio bilateral, caracterizado pela presença de sujeitos em posições adversas e, por isso mesmo, com o objetivos diferentes, a solidariedade poderá instalar-se apenas entre as pessoas que integrem o mesmo polo da relação e tão-somente se estiverem efetivamente praticando o verbo tomado pelo legislador como critério material do gravame. É o que se verifica, por exemplo, 'no ITBI, quando dois ou mais são compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador". (DARZÉ, Andréa M. Responsabilidade Tributária: solidariedade e subsidiariedade. São Paulo: Noeses, 2010. pág. 239)

No presente caso, entende-se que a fiscalização não comprovou qual seria o interesse comum das sociedades na omissão de receitas perpetrada. Não se pode concordar com a acusação de que, uma vez sendo a única cliente da entidade autuada, a CISAL teria interesse naquela omissão.

Qual seria esse interesse? De que forma, ao depositar (creditar) valores na conta da empresa autuada, a Cisal se beneficiou da omissão de receitas? Não há respostas para estes questionamentos nos autos.

Neste sentido e sem mais delongas, vota-se POR DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a responsabilidade tributária atribuída à empresa CISAL Indústria Sul Americana de Alimentos Ltda.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EDGAR LISBOA FERNANDEZ E EDGAR ROBERTO DONATO FERNANDEZ.

Por fim, cumpre analisar a imputação de responsabilidade tributária atribuída ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez e ao Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez.

A acusação fiscal é de que haveria interesse comum a justificar a imputação da responsabilidade, uma vez que aqueles responsáveis – pai e filho, respectivamente – são sócios das empresas que fazem operações comerciais com a empresa autuada: (i) das empresas – FF Borges, Hipervirtual, Zafe – que fornecem os produtos para industrialização e que depois serão comercializados; (ii) da empresa – SOLIVA – que faz a industrialização dos produtos comercializados; e (iii) da empresa – CISAL – que adquire 100% das mercadorias comercializadas pela NDS Serviços (atual denominação da NZ).

No que se refere ao Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez (filho do Sr. Edgar Lisboa Fernandez), a fiscalização demonstrou que ele, em 16/10/1995, foi incluído no quadro social da NZ Importação (empresa autuada), sendo excluído da sociedade em 04/03/2005.

Ademais, com relação ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez, a fiscalização apontou que ele possuía procuração com amplos poderes, inclusive para movimentar as contas bancárias da NZ Importação (empresa autuada), sendo que o primeiro instrumento foi datado de 01/09/2003 e o segundo no dia 25/07/2005, quando os sócios da empresa autuada já eram os Srs. Newton dos Santos e José Mauro.

A fiscalização demonstrou, ainda, que houve renúncia dos poderes outorgados ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez em 01/09/2006, ou seja, antes da ocorrência dos fatos geradores ora analisados. Todavia, o agente autuante demonstrou que esse renúncia, realizada no ano de 2006, se deu no curso de um processo fiscalizatório que estava sendo levado a cabo pela Receita Federal do Brasil junto à empresa autuada.

Por fim, de posse das informações fornecidas pelas instituições financeiras, o agente autuante, mesmo não conseguindo demonstrar que os Sr. Edgar Lisboa Fernandez e ao Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez tenham movimentados valores nas contas bancárias no período autuado, afirmou que estes teriam interesse comum na ocorrência dos fatos geradores, uma vez que, na condição de sócios da SOLIVA e da CISAL, seriam “os principais beneficiários econômicos das atividades” da empresa autuada.

Como se não bastasse, no que tange ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez, a acusação fiscal é de que sócio de fato da entidade autuada, tendo se utilizado de interpostas pessoas para gerir a sociedade. Neste sentido, a imputação da responsabilidade se deu com base nos artigos 124, inciso I, 134, inciso VII e 135 do CTN.

A imputação da responsabilidade do Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez se deu com base no que dispõe o artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional.

No Recurso Voluntário, no mesmo passo dos demais responsáveis, o Sr. Edgar Lisboa Fernandez e o Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez alegaram, em resumo, que não restou comprovada a responsabilidade tributária, sendo que a única argumentação da fiscalização seria o fato de existir uma procuração em nome do Sr. Edgar Lisboa Fernandez, que teria sido revogada em 2006, ou seja, “sem qualquer relação com os fatos jurídicos apontados em 2007”.

Pois bem!

De pronto, nos termos do tópico precedente, deve-se afastar a responsabilidade imputada aos Srs. Edgar Roberto Donato Fernandez e Edgar Lisboa Fernandez, com base no que dispõe o artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional.

Como demonstrado, este relator tem o entendimento de que aplicação deste dispositivo do CTN tem uma aplicação restrita e não pode ter seu alcance ampliado pelo interprete e aplicador da legislação.

Neste sentido, o simples (e único) fato de o Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez ser sócio das empresas que realizam operações com a empresa autuada, não pode ser o fundamento para caracterizar o interesse comum.

Por outro lado, no TVF, ficou demonstrado que Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez se retirou da sociedade autuada no ano de 2005, sendo que o período autuado e ora em análise se refere ao ano de 2007. Assim, não há qualquer comprovação de interesse comum

na ocorrência do fato gerador que enseje a imputação de responsabilidade com base no artigo 124, inciso I do CTN.

Reitere-se que o fato de ser sócio de empresas que fazem operações comerciais com a entidade autuada, sem que houvesse a comprovação, por parte da fiscalização, dos benefícios econômicos auferidos pela pessoa física, não pode ensejar a responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I do CTN.

Já com relação à responsabilidade do atribuída ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez, com base no que dispõe os artigos 134, VII e 135, III do CTN, entende-se que também não deve prevalecer a acusação fiscal. Explica-se.

Em primeiro lugar, não há cabimento para imputação de responsabilidade com base no que dispõe o artigo 134, inciso VII do CTN, que tem a seguinte redação:

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:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Como se observa da redação do dispositivo, esta hipótese de responsabilização se dá somente quando há liquidação da “sociedade de pessoas”. No presente caso, as sociedades que o Sr. Edgar Lisboa Fernandez era sócio não podem ser caracterizadas como sendo “sociedades de pessoas” e, também, mesmo que o fossem, não houve a comprovação, na acusação fiscal, da liquidação destas sociedades.

Ademais, como relatado no início deste tópico, o agente autuante entendeu que o Sr. Edgar Lisboa Fernandez seria sócio de fato da entidade autuada.

Todavia, em que pese a fiscalização ter demonstrado a falta de capacidade econômico financeira dos sócios da entidade - Srs. Newton dos Santos e José Mauro – e que o Sr. Edgar Lisboa Fernandez possuía procuração com amplos poderes perante a sociedade autuada, não foi apontada qualquer movimentação financeira por ele realizada, tampouco atos de gestão fraudulentos, que teriam dado origem aos fatos geradores em comento.

Não se pode olvidar, por outro lado, que o próprio agente autuante apontou que a procuração que outorgava poderes ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez foi revogada em 2006, ou seja, antes da ocorrência dos fatos geradores ora em análise.

Não há dúvidas que a construção do TVF, quando aponta e demonstra a incapacidade dos sócios da entidade e, em especial, a ligação comercial entre as empresas que realizavam operações comerciais com a NZ Importação (atual NDS) e que tinham o Sr. Edgar Lisboa Fernandez na composição do quadro social, poderia, um primeiro momento, que este era sócio de fato. Entretanto, entende-se que não restou caracterizado qualquer ato praticado por esse sócio que desse ensejo à ocorrência dos fatos geradores.

Ademais, aponte-se que, como restou decido acima, em que pese a omissão de receitas identificada pela fiscalização e confirmada por esse relator, não foram identificados qualquer elementos capazes de atrair a aplicação da multa de ofício qualificada.

Portanto, vota-se POR DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez e ao Sr. Edgar Roberto Donato Fernandez.

CONCLUSÕES

Por todo o aqui exposto, vota-se por:

- REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento;
- No mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a autuação com relação às omissões de receitas.
- DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a qualificação da multa de ofício;
- DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a imputação de responsabilidade da pessoa jurídica CISAL Indústria Sul Americana de Alimentos Ltda. e das pessoas físicas Newton dos Santos, José Mauro, Edgar Lisboa Fernandez e Edgar Roberto Donato Fernandez.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias

Voto Vencedor

Peço vênia para divergir do Conselheiro Relator no que tange à exclusão da responsabilidade atribuída à pessoa física do Sr. Edgar Lisboa Fernandez, com base no art. 135, inciso III, do CTN, não obstante tenha sido afastada essa imputação com base no art. 124, inc. I, por maioria de votos desta Turma.

Os fatos levantados pela fiscalização demonstram o exercício, de fato, de poderes de administração da empresa Recorrente pelo Sr. Edgar Lisboa Fernandez, especialmente pela procuração que detinha e que lhe conferia poderes para representar a empresa perante terceiros e instituições financeiras, além do estreito relacionamento com as empresas que realizavam operações comerciais com a NZ Importação (atual NDS), o que indica a participação nos seus processos decisórios.

Outro indício, identificado pela fiscalização, revelador da influência significativa do Sr. Edgar na gestão da empresa, pode ser percebido em contraponto à falta de capacidade econômico-financeira dos sócios de direito para aquisição de quotas da sociedade, e pela falta de evolução patrimonial desses sócios, muito embora tal prova não tenha se caracterizado como efetiva prova de interposição fraudulenta de pessoas para a maioria desta Turma.

Nesse ponto, demonstrada a participação do Sr. Edgar Lisboa Fernandez nas ações da empresa perante terceiros, resta esclarecer acerca da conduta que atraiu a responsabilidade prevista no art. 135, inc. III, do CTN.

Esse normativo estabelece que “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”.

Não há, pois, no presente caso, qualquer limitação de ordem formal, prevista em estatuto social, para delegação de poderes a quaisquer pessoas. Em verdade, verifica-se no

contrato social, em seu item 6.2, a previsão expressa de que “os sócios poderão delegar poderes a procuradores”.

Na espécie, verifica-se que o Sr. Edgar Lisboa Fernandez possuía procuração, em que pese tenha renunciado aos poderes. Contudo, ainda que essa renúncia fosse efetiva, fato contestável visto que somente ocorreu durante procedimento fiscal em curso, os indícios apresentados pela fiscalização, como exposto anteriormente, demonstram a sua participação como representante nas ações da empresa autuada junto a terceiros.

Pois bem, na condição de representante das ações da empresa junto a terceiros, como verdadeiro sócio ou administrador de fato, deveria o Sr. Edgar Lisboa Fernandez zelar pelas condutas que pudessem resultar em infrações à lei ou ao estatuto social, conforme o comando do art. 135 acima transcrito, o que inclui o dever de zelar pela correta informação das operações ao Fisco, e o de guarda de documentação hábil e idônea a fim de comprovar a origem de depósitos bancários.

Há que se registrar que a omissão de receitas somada à apresentação de DIPJ sem valores (“zerada”) ao Fisco caracteriza para muitos conselheiros deste Órgão a intenção dolosa prevista no tipo do art. 71 da Lei 9.430/96, motivo pelo qual não houve unanimidade quanto ao afastamento da multa qualificada. No entanto, não obstante não houvesse para a maioria desta Turma indícios fortes o suficiente para ensejar a manutenção dessa qualificação, é certo que tais indícios foram assaz reveladores da conduta descrita no caput do art. 135 do CTN para fins de imputação de responsabilidade solidária ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário para manter a imputação de responsabilidade solidária ao Sr. Edgar Lisboa Fernandez, com base no art. 135, inc. III, do CTN.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima