



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10932.720047/2017-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-013.123 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de dezembro de 2022
Recorrente CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2012 a 31/12/2016

PRECLUSÃO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

DECADÊNCIA. DESCABIMENTO.

O termo inicial de contagem do prazo fatal para a constituição do crédito tributário, em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso da CPMF, encontra-se pacificada na jurisprudência deste E. CARF que acolhe o entendimento disposto no item 1 da ementa da decisão do STJ, na apreciação do REsp nº 973.333-SC, na sistemática de recursos repetitivos.

Inexistindo pagamento referente aos fatos ocorridos até 20/12/2000, o lançamento quanto a esse período, está alcançado pela decadência, ex vi do artigo 173, I do CTN.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Recorrentes K&M e Karvia: Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso. Na parte conhecida, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Recorrente Mauro Noboru Morizono: Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (suplente convocado(a)), Walker Araujo, Fabio Martins de Oliveira, Jose Renato Pereira de Deus, Denise Madalena Green, Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Mariel Orsi Gameiro.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão de piso:

Do lançamento fiscal.

A fiscalização federal apurou, em 8/9/2017 (fl. 8.125), que o contribuinte não lançou nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), períodos de apuração compreendidos entre os meses de agosto do ano de 2012 a dezembro de 2016, os valores das obrigações tributárias relativas à Contribuição para o Financiamento para a Seguridade Social (Cofins).

De outra feita, mesmo para os períodos de apuração compreendidos entre os meses de agosto do ano de 2012 a dezembro de 2016, em que houve lançamento em DCTF, foram apuradas inconsistências entre os valores constantes naquelas declarações e os escriturados nos registros contábeis depositados no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Ante os motivos acima descritos, o fisco federal instaurou procedimento administrativo de fiscalização para: nos casos em que os valores confessados em DCTF foram inferiores aos efetivamente devidos, constituir o crédito tributário; e, para o período em que não houve lançamento em DCTF, apurar por qual motivo não ocorreu a confissão da obrigação, constituindo o lançamento do crédito tributário para os meses em que houve a ocorrência da obrigação tributária.

O contribuinte promoveu a apuração da Cofins na forma não cumulativa para os anos de 2012 a 2016 em decorrência de haver apurado o IRPJ na modalidade do Lucro Real.

Ante o exposto, com base nos registros contábeis, depositados pelo fiscalizado no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), localizou-se as contas contábeis que controlam os saldos das operações que compõem a base de cálculo da referida exação: Contas de receitas tributáveis 003101001 - Vendas Prod. Próprio - Mercado Interno. 003101006 - Vendas Lançamentos Manuais; e Contas redutoras dos valores tributáveis 003102001 - Devolução de vendas mercado interno.

Outrossim, com o fim de evitar que a base de cálculo da exação ficasse superavaliada, pelo fato de não serem consideradas todas as contas redutoras, foi lavrado o Termo de Constatação Fiscal (TCF), cientificado em 5/9/2017, para que o fiscalizado apresentasse, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, os números e nomes de todas as contas contábeis, cujos saldos compunham a base de cálculo da exação. O contribuinte não cumpriu a obrigação e manteve-se em silêncio.

A consequência de todos os fatos narrados nos parágrafos anteriores e comprovados documentalmente é a imputação da solidariedade passiva a todos os envolvidos abaixo:

a) Mauro Noboru Morizono, CPF 370.059.448-87;

b) Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda. CNPJ 05.367.948/0001 - 01;

c) K&M Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos de Higiene Ltda. CNPJ 48.622.237/0001 - 30; e

d) Karvia do Brasil Ltda., CNPJ 03.610.001/0001 -46.

Das impugnações.

Regularmente cientificados da autuação fiscal, o contribuinte e responsáveis solidários apresentaram impugnações às folhas 8.185/8.286/8.381/9.301, articulando os argumentos a seguir sintetizados.

Impugnação da CRIA (CNPJ 05.975.111/0001-37).

A autuação não merece prosperar, haja vista que: o auto de infração (AI) é nulo e ilíquido, em razão da apuração da contribuição sem consideração de alíquotas diferenciadas e créditos oriundos de aquisição de insumos; o crédito cobrado é ilíquido em razão da inconstitucional inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins; e a impugnante disponibilizou ao Fisco informações suficientes ao conhecimento dos valores supostamente devidos, de modo que não se sustenta a multa aplicada contra ela.

Já rebatendo a argumentação do Fisco de que a Impugnante não deu acesso aos documentos, é importante lembrar que o Auditor Fiscal tem acesso amplo a contabilidade do contribuinte, que atualmente é digital, não sendo argumento o “silêncio” da Impugnante durante a fiscalização para desculpa de um trabalho realizado de forma rudimentar.

Veja-se que ao menos a existência de produtos com alíquotas diferenciadas de PIS/Cofins, algumas até zeradas, era de fácil acesso ao Auditor Fiscal. Tanto é que este mesmo afirma no Termo de Verificação Fiscal (TVF) que compilou a conta de receitas com as notas fiscais de saída da impugnante. Bastava, portanto, olhar o NCM do produto e verificar a incidência ou não das contribuições.

O mesmo se diz dos créditos derivados dos insumos adquiridos para produção. Também tinha amplo acesso às notas fiscais de aquisição, podendo, se quisesse, fazer um trabalho mais elaborado, que, no mínimo, encontrasse uma base tributável mais próximo da realidade, o que, inclusive, é a que foi declarada pela Impugnante na maioria dos períodos fiscalizados.

Além do mais, parte dos valores encontrados na conta contábil de receitas, utilizada como base de cálculo pelo Fisco, decorrem de saídas de mercadorias não tributadas pelo PIS e pela Cofins, ou mesmo decorrente de prestação de serviços.

Como prova de tal situação, a Impugnante carrega aos autos, por amostragem, diversas notas fiscais de saída cujos produtos ou tem alíquotas diferenciadas, ou tem alíquota zero, ou são referentes à industrialização por encomenda, ou seja, em todo caso há comprovação de que o método utilizado pelo Agente Fiscal não encontra, nem de perto, uma base de cálculo próxima da realidade.

Veja que a Impugnante tem boa parte de suas vendas destinadas à Zona Franca de Manaus, o que, por determinação legal, é equiparada à importação e tem alíquotas zeradas de PIS e Cofins, o que não foi considerado pelo Agente Fiscal e é comprovada, neste momento, pela nota fiscal de tais operações justamente no período fiscalizado, documento que esteve sempre ao alcance do Fisco.

Veja-se que são inúmeros custos da Impugnante que lhe garantem o direito ao crédito na apuração das contribuições do PIS e da Cofins, além da aquisição de insumos, tais como os aluguéis, a compra de energia elétrica, a depreciação de ativos, etc.

Porém, nada foi considerado pelo Fiscal, nem mesmo os insumos utilizados no processo de produção da Impugnante.

Como prova da existência de insumos capazes de gerar direito ao crédito, a Impugnante acosta aos autos, por amostragem, uma série de notas fiscais de aquisição de insumos.

Caso não se entenda pela anulação, que então se determine a baixa dos autos em diligência para que sejam recalculadas as contribuições, oportunidade em que a Impugnante demonstrará a regularidade de grande parte de suas declarações.

Na hipótese de não se extinguir o processo pela fragilidade do auto já ventilada acima, o que se admite em atenção ao Princípio da Eventualidade, a Impugnante demonstra ainda outro erro na apuração das contribuições, qual seja, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, já declaradas inconstitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Além da iliquidez do crédito tributário pela indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, deverá ainda ser afastada a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) aplicada contra a Impugnante uma vez que não restou configurado o ilícito relativo à fraude, dolo ou conluio, previstos no art. 44, §1º da Lei 9.430/96 e arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64.

Impugnação da Karvia do Brasil Ltda. (CNPJ 03.610.001/0001-46) e da K&M – Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos de Higiene e Limpeza Ltda. (CNPJ 48.622.237/0001-30).

Para que a impugnante pudesse ser responsabilizada pelo não recolhimento de tributos, tendo contra si lavrado AI, era necessária a prévia existência de um mandado de procedimento fiscal de fiscalização, intimando-lhes na qualidade de "fiscalizados", conferindo-lhes, outrossim, todas as garantias e meios de defesa inerentes ao contribuinte que se encontra sob fiscalização.

Veja-se que da leitura do Termo de Verificação Fiscal, em diversas passagens, o auditor cita inúmeros documentos que deveriam estar anexos ao referido termo, mas o fato é que estes documentos não acompanharam o AI, ou seja, não foi dada ciência as impugnantes dos supostos elementos de prova que deram suporte à autuação.

Ou seja, o AI é carecedor dos elementos de clareza e precisão exigidos pela legislação de regência do processo administrativo, de modo que a ausência dessas informações implica na nulidade do trabalho fiscal, pois impede as Impugnantes de exercerem corretamente o seu direito de ampla defesa, já que está obstada de verificar a fidedignidade das informações constantes na autuação, contrariando, destarte, o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Não há prova documental da referida infração supostamente praticada pelas impugnantes, só que era dever da fiscalização demonstrar através de documentos e diligências irrefutáveis a ocorrência da infração, dever este, contudo, que não foi cumprido pela fiscalização.

As impugnantes em hipótese alguma podem ser consideradas como sujeito da relação jurídico-tributária que deu azo aos lançamentos tributários. Isso porque, no caso concreto, não existe qualquer elemento fático que comprove este suposto interesse comum, nem tampouco que constitua motivo bastante e suficiente para justificar a responsabilização de terceiros.

De fato, não há no presente caso qualquer prova de que as empresas Karvia e K&M tenham se beneficiado por a suposta insuficiência de recolhimento de PIS e

Cofins da empresa Cria Sim. Em nenhum momento o Auditor Fiscal comprovou que aquele montante que supostamente não ingressou nos cofres públicos, acabou beneficiando ou sendo transferido para as Impugnantes.

Além do mais, como já dito alhures, a Autuada Cria possui bens e faturamento suficientes para suportar a autuação fiscal, caso mantida.

Inobstante os relevantes fundamentos acima expostos, que afastam a responsabilidade solidária das Impugnantes, o fato é que, mesmo que se admita a possibilidade de sua responsabilização, o que se faz apenas para argumentar, o fato é que jamais poderia as Impugnantes ser responsabilizadas pelas multas aplicadas.

Impugnação Gensys Tecnologia e Sistemas LTDA (CNPJ 05.367.948/0001-01).

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, justamente como é o caso da Cofins aqui exigida, repita-se, o prazo para homologação será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, de forma que, expirado este prazo, sem qualquer manifestação da Autoridade Administrativa, considera-se extinto o crédito tributário. Por conseguinte, aplicando-se ao caso em apreço a regra encravada no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, caducos estão os créditos referentes ao período de agosto de 2012, tendo em vista, repita-se, que o auto de infração somente foi lavrado em 24 de setembro de 2017 e, portanto, fora do prazo legal.

Urge destacar que não é sequer suscitado qualquer interesse econômico que ligaria a requerente ao chamado GRUPO ECONÔMICO, interesse este absolutamente necessário para a verificação de um grupo de fato, conforme a legislação, mas, ao contrário, são traçadas frágeis e tortuosas linhas que supostamente ligariam a requerente às empresas que sucederam o LABORATÓRIO SARDALINA, unicamente, pois em algum momento passado as mesmas tiveram um sócio comum.

E mais adiante, tem-se outra breve menção ao nome da aqui requerente, com a afirmação de que a Sra. Alice Alvarenga, tarjada de "laranja", teria sido nomeada sócia administradora de GENSYS.

Porém, novamente, não é feito qualquer detalhamento ou explanação das razões pelas quais a simples indicação desta pessoa física como sócia ou administradora da requerente seria suficiente a fazê-la integrar o grupo econômico.

A descon sideração da personalidade jurídica das empresas em matéria tributária é medida excepcional que só pode ser admitida após a comprovação de uma das hipóteses previstas no citado dispositivo legal, não podendo ser aplicada a bel-prazer do Fisco.

Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas. se infere, quando se aborda a questão da solidariedade entre empresas coligadas ou do mesmo grupo é preciso tomar cuidado para não confundir interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador de que cuida o inciso I do art. 124 do CTN, com o interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Uma coisa é as empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade. Outra coisa bem diversa é o fato de as empresas coligadas terem interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, isto é, que participem entre si da mesma situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Epigrafe-se, pois, que a empresa requerente em nenhum momento participou da situação que constituiu fato gerador para a empresa CRIA SIM ou mesmo tem qualquer relação com as empresas que produzem e distribuem os produtos da marca DAVENE.

Protesta, se necessário pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que a fiscalização verifique as "receitas" listadas no Relatório Fiscal e afaste integralmente a cobrança.

A DRJ, por unanimidade de votos, julgou improcedente as impugnações nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2012 a 31/12/2016

NÃO CUMULATIVIDADE. CONCEITO DE INSUMOS. No regime da não cumulatividade, o termo "insumo" não pode ser interpretado como todo e qualquer bem ou serviço que gera despesa necessária para a atividade da empresa, mas, sim, tão somente aqueles, adquiridos de pessoa jurídica, que efetivamente sejam aplicados ou consumidos na produção de bens destinados à venda ou na prestação do serviço da atividade.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O ICMS integra a base de cálculo da Cofins, apurados pelo regime cumulativo, inexistindo previsão legal para sua exclusão.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE. Em matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo STF, em sede de julgamento de processos nos quais foi admitida a repercussão geral, as unidades da RFB devem reproduzir o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito somente após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2012 a 31/12/2016

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto 70.235/72.

DECADÊNCIA. CONTAGEM. Não havendo pagamento; ou comprovadas as hipóteses de dolo, fraude ou simulação; conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos que integram a legislação tributária.

DILAÇÃO PROBATÓRIA. DILIGÊNCIAS. A realização de diligências destina-se a resolver dúvidas acerca de questão controversa originada da confrontação de elementos de prova trazidos pelas partes, mas não para permitir que seja feito aquilo que a lei já impunha como obrigação, desde a instauração do litígio, às partes componentes da relação jurídica.

Cientificados da decisão, somente os devedores solidários apresentaram recurso voluntário nos seguintes termos:

- Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda: reproduziu suas razões de defesa;
- Mauro Noboru Morizono: alegou preliminarmente (i) nulidade do auto de infração pela ausência de termo de notificação do procedimento fiscal; (ii) nulidade da intimação do auto de infração pela ausência de seus documentos fundamentais e o consequente cerceamento de defesa; (iii) nulidade do auto de infração por debilidade das provas para responsabilização do Recorrente; (iv) afastamento da responsabilidade solidária tipificada no artigo 124, do CTN; (v) erro de apuração da base de cálculo das contribuições de créditos e alíquotas diferenciadas; (vi) inclusão o ICMS na base de cálculo das contribuições sobre a receita já declarado inconstitucional com efeito erga omnes; e (vii) impossibilidade de aplicação da multa de ofício no caso concreto; e

- K&M – Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos e Higiene e Limpeza Ltda. e Karvia do Brasil Ltda.: reproduziu os argumentos de defesa. Adicionalmente acrescentou em seu recurso as seguintes matérias: (i) erro de apuração da base de cálculo das contribuições de créditos e alíquotas diferenciadas; (ii) inclusão o ICMS na base de cálculo das contribuições sobre a receita já declarado inconstitucional com efeito erga omnes.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo, Relator.

I – Admissibilidade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda. é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Já o recurso apresentado pelo Recorrente Mauro Noboru Morizono não deve ser conhecido, considerando que não foi por ele apresentado impugnação, não se instaurando a fase litigiosa, nos termos do artigo 14, do Decreto nº 70.235/72, razão pela qual, deixo de conhecê-lo.

Por fim, os recursos apresentados pelas Recorrentes K&M e Karvia são tempestivos e atendem aos requisitos de admissibilidade, contudo, seu conhecimento é parcial, considerando que as alegações trazidas nos tópicos (i) erro de apuração da base de cálculo das contribuições de créditos e alíquotas diferenciadas e (ii) inclusão o ICMS na base de cálculo das contribuições sobre a receita já declarado inconstitucional com efeito erga omnes somente foram feitas em sede recursal, ensejando, assim, a preclusão prevista no artigo 17, do Decreto nº 70.235/72.

Feito essas considerações e delimitado o litígio, passa-se a análise das matérias conhecidas.

II – Prejudicial de Mérito

II.1 – Decadência

A Recorrente Gensys pleiteia a incidência do prazo decadencial previsto no artigo 150, §4º, do CTN, para o período de agosto de 2012.

A respeito do tema, encontra-se pacificada na jurisprudência deste E. CARF que acolhe o entendimento disposto nos itens 1 e 3 da ementa da decisão do STJ, na apreciação do REsp nº 973.333-SC, na sistemática de recursos repetitivos, conforme excertos a seguir:

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

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

Tendo em vista que se encontra pacificada na jurisprudência deste E. CARF que acolhe o entendimento disposto nos itens 1 e 3 da ementa da decisão do STJ, na apreciação do REsp nº 973.333-SC, na sistemática de recursos repetitivos, conforme excertos acima, verifica-se que, havendo pagamento antecipado, o prazo de decadência deve ser contado a partir da realização do fato gerador do tributo (artigo 150, §4º do CTN). *A contrario sensu*, o prazo deve ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ser cobrado (artigo 173, I, do CTN).

No caso concreto, para o ano-calendário de 2012, constata-se que contribuinte não informou qualquer débito relativo a Cofins (fls.21/23), assim como não efetuou qualquer recolhimento relativo aos tributos não declarados, logo, inaplicável o artigo 150, §4º, do CTN.

Como não houve pagamento, aplica-se o disposto no artigo 173, I, do CTN e, contando-se o prazo decadencial de cinco anos a partir de 1/1/2013 (para os fatos geradores ocorridos em 2012), esse prazo encerraria em 31/12/2018.

Os autos de infração foram cientificados ao contribuinte e solidários em 26/9/2017, 27/9/2017, 29/9/2017 e 9/10/2017 (fls. 8.270 a 8.277), o lançamento foi feito dentro do prazo decadencial.

Assim, rejeita-se o pedido formulado pela Recorrente.

III. – Preliminares

III.1 - nulidade do auto de infração pela ausência de termo de notificação do procedimento fiscal

As Recorrentes K&M e Karvia arguíram nulidade da autuação pela inexistência de mandado de procedimento de fiscalização em relação à elas.

Em que pese os argumentos explicitados pelas Recorrentes, constatasse que a não participação dos devedores solidários na fase fiscalizatória não acarreta nulidade no lançamento, considerando que foi oportunizado à elas apresentar ampla defesa e exercer seu direito de contraditório.

Além disso, não se observa nenhuma das hipóteses de nulidade prevista no artigo 59, do Decreto 70.235/72¹, razão pela qual se afasta o pedido realizado pelas Recorrentes.

III.2 - nulidade da intimação do auto de infração pela ausência de seus documentos fundamentais e o consequente cerceamento de defesa;

As Recorrentes K&M e Karvia alegam nulidade do Auto de Infração pela ausência de documentos no mandado de intimação que comprovam as alegações do Auditor Fiscal da Receita Federal. Em linhas gerais, as Recorrentes entendem que o mandado de intimação deveria ser instruído com todas as peças processuais e não apenas com cópia do Auto de Infração e TVF.

Mais uma vez, sem razão a Recorrente.

Isto porque, não há na legislação previsão para que o mandado de intimação seja entregue com cópia integral do processo, bastando, para tanto, que se dê ciência do teor do Auto de Infração.

Portanto, o fato do mandado de intimação não ter sido encaminhado com cópia integral do processo, não acarreta nulidade do lançamento, tampouco cerceamento de defesa, já que os sujeitos passivo tiveram acesso irrestrito aos documentos juntados aos processos.

Assim, rejeita-se a preliminar nulidade.

III.3 nulidade do auto de infração por debilidade das provas para responsabilização do Recorrente

As Recorrentes K&M e Karvia alegam nulidade do Auto de Infração pela ausência de provas para a responsabilidade solidária. Contudo, a matéria arguida nesse tópico é de mérito e será analisada em tópico próprio.

IV – Mérito

IV.1 – Responsabilidade solidária

A questão sob a responsabilidade solidária já foi alvo de análise nos autos do PA 10932.720049/2017-71, que teve origem o mesmo MPF de nº 08.1.19.00-2014.00395-7, razão pela qual adoto as razões de decidir do acórdão nº 1402.004-313 para manter a responsabilidades dos devedores solidários, a saber:

O conjunto probatório reunido pela fiscalização (fls. 215 a 806), permite concluir que o sujeito passivo principal CRIA – SIM Produtos de Higiene Ltda (CNPJ

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

05.975.111/0001-37), conjuntamente com os responsáveis solidários Mauro Noboru Morizono (CPF 370.059.448-87), Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda (CNPJ 05.367.948/0001-01), K&M Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos de Higiene Ltda (CNPJ 48.622.237/0001-30) e Karvia do Brasil Ltda (CNPJ 03.610.001/0001-46) mantinham interesses jurídicos comuns e se utilizavam da interposição de pessoas para burlar a legislação tributária.

A Sra. Alice Alvarenga Barros dos Santos, que consta no quadro societário, é somente uma pessoa interposta do real controlador da fiscalizada, conforme os elementos apurados durante a ação fiscal, in verbis:

“Em seu depoimento, a senhora Alice Alvarenga Barros dos Santos declarou que:

1º A sua única função na fiscalizada consiste em assinar documentos e que ingressou no quadro societário da fiscalizada por intermédio de sua filha Iara Alvarenga Santos de Oliveira, que já era procuradora da pessoa jurídica Mygnalux Sociedade Anônima, que compõe o quadro societário da fiscalizada;

2º Não vai regularmente à fiscalizada e lá só comparece quando é necessário que assine documentos, sendo que é enviado um táxi para buscá-la nessas ocasiões; e

3º Afirmou que só se relaciona com uma pessoa de nome "Márcia", a qual lhe entrega os documentos a serem assinados, não mantendo contato com qualquer outra pessoa.

Ante o exposto, conclui-se que Alice Alvarenga Barros dos Santos é somente uma pessoa interposta do real controlador da fiscalizada, uma vez que:

1º Reside em uma modesta residência, o que é incompatível para uma pessoa que se apresenta como sócia de uma pessoa jurídica que fatura mais de R\$ 300.000.000,00 ao ano, ou seja, não reúne condições econômica e financeiras para tal;

2º Reconheceu que a única função que exerce na fiscalizada se limita a assinar documentos;

3º Além de assinar documentos, não exerce qualquer outra atividade de gerenciamento, organização, ou até mesmo laboral na sociedade empresarial fiscalizada”

A Sra. Alice Alvarenga Barros dos Santos Dante Alighieri era também formalmente responsável pelas empresas Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda (CNPJ 05.367.948/0001-01), K&M Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos de Higiene Ltda (CNPJ 48.622.237/0001-30) e Karvia do Brasil Ltda (CNPJ 03.610.001/0001-46), restando caracterizado um grupo econômico de fato controlado por Mauro Noboru Morizono (CPF 370.059.448-87) que controlou a Gensys até o ano de 2005 e a K&M até o ano de 2003, consoante cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil (fl. 845), vide Termo de Verificação Fiscal:

“ Tal entendimento se assenta no fato de que o senhor Mauro Noboru Morizono. CPF 370.059.448 - 87 foi sócio controlador tanto da Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda. até o ano de 2005, como da K&M Indústria e Comércio. Importação e Exportação de Produtos de Higiene Ltda. até o ano de 2003, conforme revelam consultas extraídas junto aos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sendo que após a sua saída do quadro societário daquelas pessoas jurídicas, houve o ingresso de pessoas jurídicas estrangeiras, constituídas na modalidade "OFF - SHORE", tendo a senhora Alice Alvarenga Barros dos Santos ingressado como responsável perante as mesmas.

Já à Karvia do Brasil Ltda.. CNPJ 03.610.001/0001 - 46. cabe a cessão, mediante contrato, do direito da fiscalizada produzir e comercializar os produtos da marca DAVENE. Curiosamente, no quadro societário daquela consta a sociedade empresaria Karvia Holding Sociedade Anônima, CNPJ 05.514.888/0001 - 02, a qual possui o senhor Mauro Noboru Morizono. CPF 370.059.448 - 87. como responsável pela mesma perante a "RFB" ”.

Esses fatos estão minuciosamente detalhados no Termo de Verificação às folhas 840 a 856, sobre os quais os interessados não contestaram.

Pelos fatos descritos no Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 840/856), no presente caso não se trata de mero inadimplemento. Restou evidenciada a subsunção às hipóteses dos art. 124, inciso I, senão vejamos:

“ O controle fático da fiscalizada, através de pessoas interpostas, pelo senhor Mauro Noboru Morizono se comprova pelo seguinte:

a) Embora a senhora Alice Alvarenga Barros dos Santos conste no contrato social como sócia da fiscalizada, em seu depoimento, a mesma reconheceu que somente assina documentos e nenhuma atividade desenvolve na sociedade empresária;

b) Os rendimentos provenientes de vínculo assalariado pagos à sócia Alice Alvarenga Barros dos Santos, nos anos de 2011 e 2015, foram pagos por pessoas jurídicas que tiveram o senhor Mauro Noboru Morizono em seu quadro societário;

c) Atualmente as fontes pagadoras possuem em seu quadro societário sociedades "off - shore", localizadas no exterior e que são comumente utilizadas como capa de fraude para ocultar seus reais controladores;

d) O endereço em que se localiza instalado o parque fabril explorado pela fiscalizada encontra - se em nome da pessoa jurídica Ponto Final Participações e Empreendimentos Ltda. CNPJ 59.842.393/0001 –23;

e) A Ponto Final Participações e Empreendimentos Ltda. possui o senhor Adriano Tironi como seu representante desde o ano de 2005 e este trabalhou como funcionário do senhor Mauro Noboru Morizono, na Macadamo Comércio e Participações Ltda. até o ano de 2007, o que revela o grau de ascendência deste em face daquele;

f) A pessoa jurídica que recebe os direitos de fabricação dos produtos da marca DAVENE, Karvia do Brasil, CNPJ 03.610.001/0001-46, também possui a senhora Alice Alvarenga Barros dos Santos, CPF 061.039.378/25, como sua responsável, lembrando que a mencionada pessoa natural também é interposta do senhor Mauro Noboru Morizono;

g) Houve a transferência dos funcionários abaixo descritos da Elsie Claire Ltda. controlada pela senhora Maria Kumiko Kadobayashi Iwamoto, que também era sócia do Laboratório Sardalina Ltda. juntamente com o senhor Mauro Noboru Morizono, para a fiscalizada, conforme informam as "DIRFs" apresentadas.”

A solidariedade decorre do art. 124, I, do CTN, aplicável porque há interesse comum na situação que constitui a obrigação principal.

Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

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

(...)

IV.2. – Inclusão Indevida de Tributos na Base de Cálculo da COFINS

A Recorrente Gensys se insurge quanto a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS da seguinte forma:

Conforme relatado nas linhas antecedentes, a Recorrente foi incluída neste Auto de Infração através da tese da sujeição passiva solidária, mesmo sem ter para com a contribuinte principal e/ou com o fato gerador em si qualquer interesse comum, contrariamente ao que preconiza o artigo 124, I, do Código Tributário Nacional.

Neste passo, conforme já alinhado na impugnação à primeira instância, é inviável à Recorrente apurar se na base de cálculo da COFINS foram incluídos, além do faturamento em si mesmo considerado, outros elementos, como os tributos ditos indiretos, que torna ilíquida e incerta a cobrança.

De qualquer forma, a Recorrente impugnou a inclusão do ICMS na base e cálculo da COFINS, isto porque, em que pese o entendimento da R. Decisão exarada, a contribuição social criada com base na Lei Complementar 70/91, não pode ser exigida fazendo incluir em sua base de cálculo tributos lato genere, com exceção, exclusiva, do IPI.

Em que pese os argumentos explicitados pela Recorrente Gensys, constatasse que seu pedido não merece acolhimento. A uma, porque o direito de pleitear a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS é da devedora principal CRIA SIM, detentora dos direitos creditórios que, não recorreu da decisão que afastou o pedido por ela elaborado, tornando-se ao meu ver, definitiva a decisão a respeito deste tema. E a duas, porque a Recorrente Gensys alegou, sem contudo, provar que houve a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, confirma afirmação anteriormente citada.

Assim, deixo de acolher o pedido realizado neste tópico.

IV.3 – Multa Agravada

A Recorrentes K&M e Karvia questionam a aplicação da multa agravada por inexistir o ilícito relativo à fraude, dolo ou conluio, previstos no art.44, §1º, da Lei nº 9.430/96 e arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Já a Recorrente Gensys questiona a constitucionalidade da multa agravada e afirma sua aplicação tem efeito confiscatório.

Em relação aos argumentos suscitados pela Recorrente Gensys, aplica-se o enunciado da Súmula CARF nº 02: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Quanto aos demais argumentos das Recorrentes K&M e Karvia, peço vênia, uma vez mais, para adotar as razões de decidir do acórdão nº 1402.004-313, senão vejamos:

Alega a recorrente que não haveria a caracterização de dolo, pois não houve a sonegação fiscal como atuado pelo auditor fiscal. Assim, entende descabida a qualificação da multa.

Em análise aos autos, em especial ao termo de verificação fiscal, verifica-se que há todo um contexto envolvido na autuação fiscal, envolvendo aspectos de pessoas interpostas. Tal aspecto fica mais elucidado quando se analisa as questões envolvendo a sujeição passiva solidária de terceiros.

As empresas Gensys Tecnologia e Sistemas Ltda (CNPJ 05.367.948/0001-01), K&M Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Produtos de Higiene Ltda (CNPJ 48.622.237/0001-30) e Karvia do Brasil Ltda (CNPJ 03.610.001/0001-46)

caracterizariam um grupo econômico de fato controlado por Mauro Noboru Morizono (CPF 370.059.448-87).

Assim, demonstra-se que as transferências que foram objeto da glosa existiram – não há que se falar em presunção – e objetivaram determinadas manobras fiscais e patrimoniais entre estas empresas.

Não se trata de uma mera glosa por falta de um documento – há outras operações envolvidas, conforme demonstrado nos autos no tópico sujeição passiva solidária.

Por conseguinte, há todo um dolo envolvido nas transferências bancárias objeto da autuação fiscal, e uma intenção de ocultar o seu real desejo ao não apresentar os documentos destas operações.

V – Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário da Recorrente Gensys, para rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, negar-lhe provimento; conhecer em parte dos recursos voluntário das Recorrentes K&M e Karvia, para rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar-lhe provimento; e não conhecer do recurso voluntário interposto pelo Recorrente Mauro Noboru Morizono.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo