



Processo nº 10980.724179/2013-84
Recurso De Ofício
Acórdão nº **1301-006.415 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 22 de junho de 2023
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VIENA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES SOCIEDADE LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

RECURSO DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO. LIMITE DE ALÇADA. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. ENUNCIADO N° 103 DA SÚMULA CARF.

Não deve ser conhecido o recurso de ofício de decisão que exonerou o contribuinte do pagamento de tributo e/ou multa de valor inferior ao limite de alçada. Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso de Ofício, face à edição da Portaria MF nº 2, de 2023, e à Súmula CARF nº 103.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado(a)), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício contra o acórdão nº 14-50.012, proferido pela 5^a Turma da DRJ/RPO, que, ao apreciar a impugnação apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la procedente em parte, porém, cancelou integralmente o crédito tributário constituído.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório confeccionado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transscrito, complementando ao final:

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração exigindo-lhe o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 772.312,35, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 241.414,96, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 310.421,91 e Contribuição para o PIS no valor de R\$ 67.279,89, acrescidos de juros de mora e multa de ofício, perfazendo o crédito tributário de R\$ 4.203.262,73, em virtude das irregularidades assim descritas nos autos de infração:

0001 OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE - RECEITA BRUTA MENSAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL

O contribuinte não escriturou, assim como não emitiu as notas fiscais referentes a prestação de serviços gerais de sua obrigação, caracterizando omissão de receitas da atividade, conforme descrito no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal e no Anexo 3.

0002 APURAÇÃO INCORRETA DO IMPOSTO E/OU ADICIONAL - APURAÇÃO INCORRETA DO IMPOSTO

Falta ou insuficiência de declaração e/ou pagamento do imposto devido, conforme Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal e Anexo 1.

Sobre os tributos e contribuições apurados em decorrência da primeira infração foi aplicada a multa qualificada de 150% e os decorrentes da segunda infração foi aplicada a multa de 75%.

A fundamentação legal consta dos respectivos autos de infração.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO E ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL a autoridade fiscal, inicialmente, informou que a empresa "Viena Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda." tem como objeto social a atividade de empreendimentos imobiliários, locação de bens próprios, entre outros, e que a fiscalização nos anos-calendário de 2007 e 2008 teve como escopo o modo como se opera a exploração econômica do Shopping Cidade – PR.

A autoridade fiscal conceituou o termo "Shopping Center", segundo a doutrina, citou decisões judiciais no sentido de que "A atividade desenvolvida pelos empreendedores de shopping centers não se restringe a locação de imóveis, uma vez que o administrador desses centros comerciais é responsável pela administração do empreendimento como um todo, o que configura prestação de serviço, sujeitando o lojista ao pagamento de duas espécies de contraprestação, o aluguel mínimo determinado em contrato e um aluguel percentual sobre o faturamento." Citou decisões administrativas no sentido de que a atividade de shopping center, por buscar a melhoria da atividade comercial exercida pelos lojistas, também tem características de prestação de serviços de administração, e deve utilizar o percentual de 32% sobre a receita bruta, para a determinação da base de cálculo do imposto de renda, pelo regime do lucro presumido.

Em seguida a autoridade fiscal descreveu os procedimentos fiscais junto às empresas: Associação dos Lojistas do Cidade Shopping de Descontos-Curitiba, CNPJ 06.204.988/0001-97 e Cityshop Administradora de Bens Sociedade Ltda.

Viena Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda.

Segundo o Termo de Verificação a "Viena Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda.", é proprietária do empreendimento conhecido comercialmente como CIDADE - Shopping de Descontos Curitiba e, com vistas à exploração comercial deste empreendimento, firmou contratos de locação e ocupação com os lojistas e com uma administradora de bens, sendo esta responsável pelas cobranças dos respectivos "aluguéis", entendendo como "aluguéis" a utilização do espaço comercial, as taxas de limpeza e segurança e demais despesas comuns, inclusive às relativas à publicidade do Cidade Shopping, tenant mix.

Também foram criadas duas outras pessoas jurídicas, uma denominada de Associação dos Lojistas do Cidade Shopping, sendo esta responsável para defender os interesses

dos Lojistas do Shopping, assim como o gerenciamento das despesas de marketing e demais despesas de manutenção do condomínio, tais como, pagamento de energia elétrica, limpeza, segurança, vigilância e publicidade, e uma outra denominada Cityshop Administradora de Bens, sendo esta responsável pelo cobrança do aluguéis e repasse à Viena Empreendimentos, tendo como objeto social a administração de bens e shopping-centers.

Segundo a fiscalização, apesar da Associação dos Lojistas do Cidade Shopping se intitular uma sociedade civil sem fins lucrativos e se considerar uma entidade que se encontram fora do alcance das normas tributárias pertinentes ao imposto de renda e aos demais tributos, por não distribuir lucros, na verdade a Associação dos Lojistas do Cidade Shopping e a Cityshop Administradora de Bens têm suas existências vinculadas aos interesses econômicos da Viena Empreendimentos e Participações Sociedade que de fato, como gestora de uma sociedade empresária, sua finalidade principal é explorar economicamente o CIDADE - Shopping de Descontos Curitiba de modo a extrair a maior lucratividade possível deste empreendimento. Estaria assim formada a triangulação entre Viena Empreendimentos (Cidade Shopping), Cityshop e Associação dos Lojistas do Cidade Shopping – cujos administradores destes empreendimentos eram Mauro Gelhornm, CPF 470.670.719-68, e Oliveira Paz King, CPF 410.712.719-20.

Cityshop Administradora de Bens Sociedade Ltda

O Cityshop Administradora de Bens Sociedade Ltda., CNPJ 06.044.505/0001-34, iniciou suas atividades em 01/07/2003 e foi administrado pelos sócios Mauro Gelhornm CPF 470.670.719-68 e Taisa Bernadete Bauer, CPF 508.277.159-00, sendo que Mauro Gelhornm também foi sócio da Viena Empreendimentos. O objeto social, como consta no Contrato Social, era de administração de bens e shopping-centers.

Segundo o Termo, a relação comercial entre a Cityshop e a Viena, deveria ter sido somente uma administradora dos aluguéis referentes aos espaços locados pelos lojistas do shopping, porém, ocorreram procedimentos contábeis que não se encontram em planejamentos tributários usuais, onde se consistia na apropriação e transferência de custos para a Associação dos Lojistas e uma pequena parte dos recebimentos foi repassada a Viena Empreendimentos como sendo a sua receita propriamente dita.

A autoridade fiscal citou como exemplo, no mês de janeiro de 2007, a Cityshop recebeu dos lojistas do shopping R\$ 571.614,33, deste valor, a maior parte, R\$ 520.657,76, lançou a maior parte a débito Recebimento de Taxa de Ocupação e a crédito em Ocupação - Despesas transitórias, e a menor parte, R\$ 50.956,57, debitou Recebimento de Taxa de Ocupação e creditou uma conta de obrigação no Passivo Circulante denominada de Recebimento de taxa de ocupação.

A autoridade fiscal após transcrever alguns lançamentos, concluiu o seguinte:

Na verdade a Cityshop, que era administradora dos aluguéis da Viena, recebia dos lojistas o valor mensal se apropriando, indevidamente, dos custos e despesas do Shopping Center, que se diziam de responsabilidade da Associação dos Lojistas (conforme lançamentos duplicados e demonstrados no item 7.3 a seguir), realizando diversos lançamentos contábeis sem passar por contas de resultado e posteriormente, transferindo a menor parte a Viena Empreendimentos como receita própria de locação - esta sim sendo oferecida a tributação.

É evidente que estes procedimentos estão incorretos. Como administradora dos aluguéis, ela deveria contabilizar como receita somente a comissão recebida pela prestação de serviços e não poderia se apropriar os custos e despesas do empreendimento "shopping", mas somente os custos e despesas de seu próprio negócio, repassando aos proprietários do "shopping" o valor resultante dos aluguéis (-) a comissão ajustada e, em DIMOB deveria constar o nome do proprietário do shopping/unidades locadas.

Associação dos Lojistas do Cidade Shopping

A Associação dos Lojistas do Cidade Shopping, ao ser intimada a apresentar os livros fiscais e outros documentos, informou não possuir livros de registros de ISS, nem movimentação de conta bancária. Considerou-se isenta do Imposto de Renda por atender que se enquadra aos requisitos da Lei n.º 9.532/1997, pois, segundo alegou, é uma entidade sem fins lucrativos que não distribui lucros e foi instituída para atender os interesses do grupo de pessoas a que se destinam. Posteriormente, apresentou os demais livros fiscais e documentos e afirmou que foi constituída para defender os interesses dos Lojistas do Shopping, tendo como uma de suas atividades a interação entre os lojistas e a administração no que concerne à questão dos aluguéis das salas de e do gerenciamento das despesas de marketing e demais despesas de manutenção do condomínio. Contudo, algumas tarefas foram terceirizadas à empresa Cityshop Administradora de Bens Sociedade Ltda, conforme contrato de prestação de serviços anexado.

Ressaltou a autoridade fiscal que no contrato entre a Associação dos Lojistas e a Cityshop, Oliveira Paz king representava a Associação e Mauro Gelhorn representava a Cityshop, triangulação já escrita.

Transcrevo parte do TERMO DE VERIFICAÇÃO E ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL:

No Parágrafo primeiro da Cláusula Primeira que consta no contrato de prestação de serviços, firmado entre as partes (Associação dos Lojistas - contratante e Cityshop - contratada) em 01/01/2004, diz que: "Os serviços a serem executados pela Contratada compreendem a representação da Contratante na qualidade de administradora de bens, perante as empresas fornecedoras de produtos e serviços necessários à operação do shopping center, bem como a representação perante os lojistas do Cidade - Shopping de Descontos Curitiba, especificamente na cobrança de ocupação destinado ao custeio do funcionamento do referido centro de compras. E ainda na cláusula terceira que consta no respectivo contrato diz ainda: "a Contratada obriga-se a repassar à Contratante, os valores recebidos junto aos lojistas, a título de contrato de locação e ocupação, valores estes suficientes e necessários ao pagamento das despesas operacionais de uso comum dos lojistas, ao exemplo do pagamento de energia elétrica, limpeza, segurança, vigilância, publicidade, dentre outras previamente aprovadas pela Contratante ". (grifos da fiscalização)

Novamente, através do Termo de Intimação Fiscal n.º 0002, solicitamos a Associação dos Lojistas, cópia da Ata da Assembléia aprovada que autorizou a contratação da Cityshop, notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela Cityshop, assim, como informar os motivos pelos quais teriam um pequeno número de lojistas associadas à entidade.

Em sua resposta apresentada em 26/03/2013, a Associação informa que a contratação da Cityshop foi baseada nos art. 25 e 26 do Estatuto Social, conforme descreve:

"Art. 25 - No exercício da gestão administrativa, financeira e operacional do "CIDADE SHOPPING DE DESCONTOS - CURITIBA", a Associação poderá contratar fornecedores de serviços ou materiais relativos às despesas comuns aos lojistas, necessárias ao funcionamento e operação do referido centro de compras, a exemplo de despesas com segurança, vigilância, limpeza, publicidade, água, esgoto, energia elétrica, entre outras necessárias as atividades de um shopping center.

Art. 26 - A Associação poderá contratar empresa administradora para gerir seus recursos financeiros relacionados às despesas comuns aos lojistas citadas no artigo anterior." (grifos da fiscalização).

No respectivo termo solicitamos por escrito os procedimentos administrativos no recebimento de aluguel, taxa de ocupação e recebimento de cessão de espaço envolvendo as empresas Cityshop e a Associação dos Lojistas.

Através do detalhamento da operação a contribuinte informou que todos os valores recebidos pela Cityshop nos anos de 2007 e 2008 ingressaram via recebimento administrativo e bancário, como sendo valores de ocupação (despesas comum de

condomínio - objeto de contrato com a Associação dos Lojistas) e como locação (remuneração da locadora - objeto contrato com a Viena) e que os recebimentos dos lojistas inerentes a valores de ocupação e locação eram de responsabilidade da Cityshop.

Das respostas do contribuinte, depreende-se que a City foi responsável pela cobrança dos valores a título de locação e ocupação (que é receita da Viena Empreendimentos) e parte destes valores se destina a pagamentos dos custos necessários ao funcionamento do shopping center, tais como, pagamento de energia elétrica, limpeza, segurança, vigilância, publicidade e a outra parte se refere à remuneração da locadora. Para tanto cobrava um valor de R\$ 1.000,00 pelos serviços.

Quantos aos lançamentos contábeis, verificamos que há uma certa semelhança nos procedimentos adotados pela Cityshop. Os valores quantos ao arrecadado dos lojistas do shopping e as despesas e custos de manutenção e funcionamento, são os mesmos.

(...)

Após transcrever alguns lançamentos contábeis concluiu:

Portanto, verificamos procedimentos contábeis duplicados na Associação dos Lojistas e na Cityshop Administradora de Bens, com único objetivo: de separar as despesas e custos necessários a manutenção do Cidade Shopping e a receita da Viena Empreendimentos.

Participação dos Sócios

Segundo a fiscalização, Mauro Gelhorn, CPF 470.670.719-68, participou como sócio na Viena Empreendimentos (Shopping Cidade) e na Cityshop Administradora de Bens, assim como, Oliveira Paz King, CPF 410.712.719-20, participou como sócio na Viena Empreendimentos (Shopping Cidade) e como diretor na Associação dos Lojistas do Cidade Shopping.

Maria Terezinha Gadens, CPF 699.687.219-72 participa como sócia na Viena a partir de 12/08/2009, assim como, também é sócia de forma indireta na Cityshop Administradora de Bens até 14/04/2009, mas não há como saber seu envolvimento no suposto planejamento tributário.

Concluiu que estaria demonstrado a relação de triangulação entre ambas as pessoas jurídicas ligadas principalmente pelos sócios pessoas físicas e jurídicas.

Conclusões e considerações finais

A Viena Empreendimentos, através de seus principais sócios, arquitetou um planejamento tributário, pouco usual, cujo escopo de utilizar empresas vinculadas, tais como, uma administradora de bens e de uma associação, adotando-se de uma "engenharia contábil", resultando, desta forma, lesão ao fisco federal nos valores tributários de obrigação e responsabilidade da Viena Empreendimentos.

Segundo o entendimento da fiscalização, os fatos demonstram que houve a intenção de se retirar da base de cálculo dos tributos federais as despesas e custos de responsabilidade da Viena Empreendimentos, cabendo este a desconsideração das transações contábeis das empresas meios (Cityshop Administradora de Bens e Associação dos Lojistas).

DA MULTA QUALIFICADA

Sobre os tributos e contribuições apurados em decorrência de omissão de receita da atividade (prestação de serviços em geral) foi aplicada a multa qualificada de 150% com fulcro no art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Assim justificou a aplicação da penalidade:

No caso da empresa Viena Empreendimentos, objeto da presente ação fiscal, observamos a prática reiterada de ações, através de um planejamento tributário, não usual, utilizando-se de empresas ligadas, que visavam apropriação de custos e despesas, com o único objetivo, ocultar as reais receitas que deveriam ser tributadas

pela sistemática do Lucro Presumido (opção do próprio contribuinte) para os anos de 2007 e 2008. Este procedimento foi adotado não somente um mês isolado, mas, durante todo o ano-calendário de 2007 e de 2008, cujas receitas de prestação de serviços informadas na DIPJ foram inferiores ao real recebimento.

Além disso, consta dos recibos de entrega das declarações de IRPJ a afirmação: "As informações prestadas na DIPJ correspondem à expressão da verdade".

Resta claro que se as empresas envolvidas no "esquema" não houvessem sido fiscalizadas, os valores por ela declarados seriam considerados verdadeiros e com isso a empresa Viena Empreendimentos estaria obrigada ao recolhimento dos tributos em valores muito inferiores aos efetivamente devidos. Tal fato só não veio a ocorrer porque a falsidade das informações prestadas foram apuradas no decorrer desta ação fiscal.

Portanto, diante dos relatos anteriores, não podemos considerar tais fatos como simples erros eventuais ou um planejamento tributário comum e normalmente aceito, e sim, como atos conscientes e simulados da contribuinte com o intuito inequívoco de evitar o conhecimento de parte da matéria tributável pela Administração Tributária.

Portanto, fica evidenciado o elemento subjetivo da prática dolosa dirigida à sonegação tributária prevista no art. 71, inciso I da Lei 4.502/64, ensejando assim a imposição da multa de ofício qualificada de 150% nos tributos apurados no presente Termo.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Assim justificou a responsabilidade tributária atribuída a Mauro Gelhornm e Oliveiros Paz King:

“...constatamos uma forma a triangulação entre Viena Empreendimentos (Cidade Shopping), Cityshop e Associação dos Lojistas do Cidade Shopping, entendemos que o art. 124, I, do CTN é aplicável ao caso em face dos acionistas Mauro Gelhornm, CPF 470.670.719-68, e Oliveiros Paz King, CPF 410.712.719-20, terem interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, haja vista serem à época os detentores do comando das empresas do grupo econômico, de modo que participaram diretamente de todas as operações que possibilitaram à Viena Empreendimentos ter gerado artificialmente diminuição das receitas a serem levadas a tributação.

Também é aplicável ao caso o art. 135, III, do CTN, na figura de Mauro Gelhornm, CPF 470.670.719-68, por ter exercido excesso de poderes tanto na Viena, ver Cláusula Sétima e Quatorze do Contrato Social, quanto na Cityshop, ver Cláusula Sétima do Contrato Social. Cabe salientar que neste caso, sua responsabilidade se limita aos débitos lançados de janeiro de 2007 a novembro de 2007, quando realmente há sua retirada da sociedade da Viena Empreendimentos, conforme Terceira Alteração Contratual da Sociedade Viena Empreendimentos registrada na Junta Comercial em 12 de novembro de 2007.

De igual forma é aplicável ao caso o art. 135, III, do CTN, na figura de Oliveiros Paz King, CPF 410.712.719-20, por ter exercido excesso de poderes tanto na Viena, ver Cláusula Sétima e Quatorze do Contrato Social, quanto na Associação dos Lojistas, ver Art. 3º, Art. 8º, Art. 17º do Estatuto Social. No caso de Oliveiros Paz King, sua responsabilidade se limita aos débitos lançados de janeiro de 2007 a novembro de 2008, quando realmente há sua retirada da sociedade da Viena Empreendimentos, conforme Quarta Alteração Contratual da Sociedade Viena Empreendimentos registrada na Junta Comercial em 21 de novembro de 2008.

Com isso, foram lavrados Termos de Declaração de Sujeição Passiva Solidária em nome de Mauro Gelhornm, CPF 470.670.719-68, e Oliveiros Paz King, CPF 410.712.719-20, com fundamento nos arts. 124, I, e 135, III, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN).

Inconformada, a contribuinte ingressou com impugnação aduzindo como razões de defesa o seguinte:

Do Direito.

Alegou que a Fiscalização incorreu em equívoco ao entender que os valores arrecadados para fins de pagamento de despesas comuns aos lojistas, necessárias à manutenção do empreendimento Cidade Shopping, tais como, energia elétrica, limpeza, segurança, vigilância, publicidade, etc, deveriam ser tributadas pela Impugnante. No entanto, estes valores, por serem de caráter transitório, não podem ser tributados, tendo em vista que se destinam apenas como recursos do condomínio para fazer frente às despesas mencionadas.

Acrescentou que não se trata definitivamente de qualquer planejamento tributário, triangulação, etc..., como supôs a fiscalização, tendo em vista que as operações realizadas e adiante esclarecidas foram efetuadas de forma a viabilizar o empreendimento, assim como deve ser em todos os empreendimentos do gênero.

A) DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE

Alegou que, no entendimento da fiscalização, a CITYSHOP seria interposta pessoa, constituída com o fito de reduzir a carga tributária da Impugnante, ou seja, alegou a fiscalização que se trata de hipótese de simulação.

No entanto, a fiscalização teria adotado tal postura, sem dar ciência deste ato à CITYSHOP, impossibilitando o pleno exercício dos direitos a ampla defesa e do contraditório.

Segundo a contribuinte, numa simples análise pode-se concluir que se trata de hipótese de litisconsórcio passivo necessário e, nesse caso, conforme art. 47 do CPC, a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes no processo, sob pena de se declarar extinto o feito sem julgamento de mérito. Acrescentou que não é possível conceber a existência de exigência fiscal permeada de inúmeras informações da empresa Cityshop, que foram utilizadas como indícios de prova de simulação, sem, no entanto, permitir que este contribuinte produza prova em sentido contrário.

B. DA DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO

Após sustentar que o parágrafo único do art. 116 do CTN é norma que depende ainda de uma outra norma, alegou que ainda que se sustente a aplicação do art. 116 do CTN, por suposta simulação, tal argumento também não merece prosperar porque a Fiscalização não logrou êxito em comprovar que "as partes fazem apresentar negócio que não tinham intenção de praticar", pois se assim fosse, teria demonstrado que os valores relativos aos recursos para pagamento de despesas do condomínio eram realmente faturamento da Impugnante, o que não se verifica no caso em pauta.

Concluiu que, desse modo, não é possível falar em simulação ou desconsideração de ato ou negócio jurídico, razão pela qual os Autos de Infração devem ser considerados integralmente improcedentes.

C. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Alegou que no caso concreto, a Fiscalização não possui competência para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa Cityshop, pelos motivos adiante expostos:

- (i) somente o juiz de direito pode desconsiderar a personalidade jurídica;
- (ii) a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser efetuada no bojo de um processo judicial; e,
- (iii) os arts. 2º e 3º, da Lei nº 11.457/2007, não albergam a competência para desconsiderar a personalidade jurídica das empresas sob fiscalização. Esses artigos atribuem a competência à Receita Federal do Brasil para planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimentos das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, e das contribuições instituídas a título de substituições e às contribuições devidas a terceiros.

De outro lado, ainda que a auditoria fiscal detivesse competência para tal intento, a desconsideração da personalidade jurídica da Cityshop, não poderia ocorrer na medida em que estão ausentes os requisitos do abuso de personalidade ou confusão patrimonial, exigidos pelo art. 50 do Código Civil.

D. DO EMPREENDIMENTO "SHOPPING CIDADE"

Na peça impugnatória a contribuinte procurou demonstrar que o empreendimento SHOPPING CIDADE é composto por três entes jurídicos, quais sejam: 1) ADMINISTRADORA – CITYSHOP; 2) EMPREENDEDORA – VIENA; e 3) ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS.

Segundo a impugnante, a empresa VIENA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA, tem natureza de empreendedora no shopping center e está focada em receber aluguel dos lojistas. Para tanto contratou os serviços da empresa CITYSHOP ADMINISTRADORA DE BENS SOCIEDADE LTDA., para fazer a gestão operacional do empreendimento, recebendo sua remuneração de aluguel de forma eficaz e segura.

Por outro lado, A ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS DO CIDADE SHOPPING DE DESCONTOS - CURITIBA foi criada com o intuito de acompanhar os serviços e insumos necessários ao funcionamento do SHOPPING CIDADE, com a relevância em especial de levar as necessidades dos seus clientes/consumidores à administração do empreendimento. O Estatuto desta entidade sem fins lucrativos, em especial no seu artigo 2º nos traduz a missão e importância da Associação.

Com relação ao questionamento fiscal de que o Sr. Mauro Gelhorn participou pelo pequeno período fiscalizado de 9 meses (janeiro a setembro de 2007 - vide fls. 1133 - 1a Alteração de Contrato Social) do quadro societário da empreendedora e da administradora, alegou que em nenhum momento o Sr. Mauro Gelhorn teve o controle acionário simultâneo das duas empresas e a fiscalização falhou em localizar alguma norma legal que proíba uma pessoa física de fazer parte do quadro societário de 2 empresas, simplesmente pelo fato de existir uma relação contratual entre elas. Não restou configurado grupo econômico, e ainda que configurasse não implicaria em nenhuma infração legal.

Com relação ao questionamento por parte da fiscalização de que o Sr. Oliveira Paz King fez parte do quadro societário da VIENA e foi presidente da Associação de Lojistas, o que configuraria uma "triangulação" entre as empresas, alegou que tal argumento não merece prosperar, pois da análise da Ata de Fundação da Associação de Lojistas, verificamos que na sua formação inicial era composta por 6 pessoas jurídicas distintas dentre o quadro de associados (vide fls. 932-933 dos autos), e foi "esquecido" pela fiscalização que o Sr. Oliveira Paz King era lojista do SHOPPING CIDADE, proprietário da empresa KING E BAUER COMÉRCIO DE APARELHOS ELETRÔNICOS LTDA., o que lhe conferia direito de ser associado e candidatar-se à presidência. Além do mais, o seu exercício como presidente encerrou na data de 02/05/2007, pois desativou sua loja no SHOPPING CIDADE e passou a presidência para o Sr. Ivo Gomes, da empresa Gomes Lanches Ltda., conforme Ata de Assembléia (vide fls. 943-945 do Auto). Assim, caso realmente tivesse existido a alegada "triangulação", a mesma teria cessado em maio de 2007 (data da saída de Oliveira Paz King da presidência da Associação), destruindo qualquer teoria de fraude, dolo ou simulação entre as empresas.

H. DA NATUREZA DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Alegou que a relação contratual envolvendo empreendedora, lojistas, administradora e Associação de Lojistas é mais do que cristalina e foi fornecida à fiscalização de forma suficiente a provar que todos os atos são estritamente legais.

I - DO CONTRATO ENTRE EMPREENDEDORA E ADMINISTRADORA.

Alegou que o objeto do contrato (fls. 1915-1962 dos autos) evidencia a relação de intermediação que a administradora CITYSHOP fazia entre a empreendedora VIENA e

os lojistas do SHOPPING CIDADE, sendo a CITYSHOP responsável pela cobrança do aluguel dos lojistas e posterior repasse à empreendedora VIENA, nada havendo de ilegalidade na relação contratual.

J. DO CONTRATO ENTRE EMPREENDEDORA E LOJISTAS

Inicialmente a impugnante transcreveu o a cláusula quarta (modelo padrão) do contrato juntado à fl. 548 dos autos:

CLÁUSULA QUARTA - *O valor definido no presente Instrumento Particular de Contrato de Locação, Ocupação e outras Avenças, pago pela CONTRATANTE e gerido pela ADMINISTRADORA, será destinado ao custeio das despesas comuns necessárias ao funcionamento do SHOPPING CIDADE (despesas de ocupação) e à remuneração da EMPREENDEDORA (despesas de locação).*

Alegou que referida cláusula não deixa dúvida de que o valor pago mensalmente pelo lojista tem 2 propósitos básicos: remunerar a empreendedora através do aluguel e custear as despesas comuns dos lojistas, necessárias ao funcionamento do SHOPPING CIDADE, ou seja, o lojista tem a obrigação de pagar aluguel para a empreendedora e as demais despesas comuns (encargos da locação e despesas condominiais) do funcionamento do shopping center.

Segundo a impugnante, a VIENA tributou toda a sua receita de aluguel recebida do lojista nos termos do contrato e repassada pela administradora CITYSHOP e, obviamente, a VIENA não levou à tributação os valores pagos pelos lojistas destinados ao pagamento das despesas comum de ocupação (despesas condominiais), pois tais despesas são de obrigação do lojista e para benefícios deste conforme provado no contrato.

Esclareceu que o repasse do aluguel era contabilizado pela empreendedora e o repasse das despesas comuns era contabilizado pela Associação de Lojistas, uma vez que era de seu interesse zelar pelo bom funcionamento do empreendimento.

K. DO CONTRATO ENTRE A ADMINISTRADORA E A ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS

A impugnante transcreveu as seguintes cláusulas do contrato entre a administradora CITYSHOP e a ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS (fls. 172-174 dos autos):

CLÁUSULA PRIMEIRA: *A CONTRATADA obriga-se à prestação de serviços profissionais de assessoria administrativo-financeira dos interesses da CONTRATANTE, no que tange à gestão do "CIDADE - SHOPPING DE DESCONTOS - CURITIBA", de acordo com o disposto na cláusula segunda do Estatuto da referida Associação.*

Parágrafo primeiro: Os serviços a serem executados pela CONTRATADA compreendem a representação da CONTRATANTE na qualidade de administradora de bens, perante as empresas fornecedoras de produtos e serviços necessários à operação do shopping center, bem como a representação perante os lojistas do "CIDADE - SHOPPING DE DESCONTOS - CURITIBA", especificamente na cobrança dos encargos de ocupação destinado ao custeio do funcionamento do referido centro de compras.

CLÁUSULA TERCEIRA: *A CONTRATADA obriga-se a repassar à CONTRATANTE, os valores recebidos junto aos lojistas, a título de contrato de locação e ocupação, valores estes suficientes e necessários ao pagamento das despesas operacionais de uso comum dos lojistas, ao exemplo do pagamento de energia elétrica, limpeza, segurança, vigilância, publicidade, dentre outras previamente aprovadas pela CONTRATANTE.*

CLÁUSULA QUARTA: *A critério das partes, a CONTRATADA poderá efetuar o pagamento das despesas citadas na cláusula anterior, diretamente aos fornecedores de produtos e serviços, caso este em que, caberá à CONTRATADA tão somente a obrigação de prestação de contas dos valores recebidos e valores utilizados para o custeio das referidas despesas, no prazo previsto na cláusula segunda.*

Alegou que a simples análise nos dá conta de que a ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS, responsável pelo interesse comum dos lojistas do SHOPPING CIDADE, contratou a CITYSHOP para gestão das despesas de ocupação (condominais) e que a cláusula terceira e quarta ratifica o entendimento que a administradora repassa os valores recebidos dos lojistas para o custeio das despesas comuns (condominais), sendo certo que além de prestar o serviço a contento, prestou conta à Associação de Lojistas e foi remunerada conforme notas fiscais juntadas às fls. 1915/1962.

L. DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Contestou o entendimento fiscal de que de que a empresa Administradora (Cityshop) recebia dos lojistas o valor mensal e apropriava indevidamente dos custos e despesas do Shopping Center, sem passar pelas contas de resultado.

Segundo a impugnante, os valores recebidos e os custos e despesas a que se refere a Fiscalização não são nada mais que importâncias, que transitaram provisoriamente no caixa da administradora CITYSHOP, a título de pagamento de despesas comuns do condomínio do empreendimento, não representando receitas da Impugnante e caso entenda que tais valores devam realmente ser tributados, tal exação deverá recair sobre a empresa Administradora que os recebeu e não sobre a Empreendedora, ora Impugnante.

Alegou que juntamente com as cópias das DIMOB da administradora CITYSHOP apresentadas, referentes a 2007 e 2008, estariam sendo apresentadas também as planilhas, com resumo dos valores lançados nas respectivas DIMOB, onde ficam perfeitamente demonstrados os valores recebidos, tanto mensalmente quanto anualmente de cada lojista, nos dois anos-calendários, bem como a destinação dos valores recebidos, a título de pagamento de locação à VIENA e a título de despesas transitórias condominais comuns dos lojistas à Associação dos Lojistas. (Doe. 01- Planilhas capeando Dimob).

Esclareceu que os valores que serviram de base de cálculo para as exigências dos tributos, que conferem com os dos demonstrativos mencionados, foram extraídos pela d. Fiscalização dos livros contábeis, tanto da Impugnante como da Administradora e da Associação dos Lojistas (Doe. 02 Livros razão).

E que, analisando a planilha elaborada pela Fiscalização, denominada de anexo 3 (fls. 2891 e 2892), que serviu para apuração dos valores considerados como receita omitida para efeito de autuação, conclui-se que são oriundos dos livros contábeis, da DIMOB e dos demonstrativos de prestação de contas da CITYSHOP, conforme segue:

Os valores considerados "receita escriturada" são os de locação contabilizados e declarados pela Viena; (Doe. 02 - Razão da Viena) 109. Os valores considerados "receita encontrada" são os contabilizados e declarados pela administradora (Cityshop), inclusive por intermédio da DIMOB; sendo que, estes são a soma dos valores de locação considerados "receita escriturada", que foram repassados e tributados pela Viena, acrescido dos valores da Associação dos Lojistas utilizados para pagamento das despesas condominais consideradas "receita omitida" (Doe. 02 - Razão da Cityshop)

Os valores considerados "receita omitida" correspondem à diferença entre a "receita encontrada" (valores totais recebidos pela Cityshop - Administradora, conforme parágrafo anterior) e a "receita escriturada" que é a receita de locação da Viena.

Estes valores conferem também com os relatórios de prestação de contas entre a contratada Administradora Cityshop e a Associação dos Lojistas (Doe. 03 - relatórios e planilha de fls. 1989-2012 dos autos).

Portanto, descabida a lavratura do Auto de Infração para exigir os tributos relativos aos valores transitórios recebidos pela Cityshop, à título de rateio de condomínio.

M. DA SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS

Alegou que a fiscalização supôs que a Impugnante havia efetuado pagamento de tributos e contribuições em face de apuração divergente com os valores declarados em

DCTF, conforme apurado nas planilhas de fls. 2888 e 2889, cujos valores exigidos no auto de infração são os seguintes.

IRPJ	Fls. 6 dos autos	R\$ 11.647,15
CSLL	Fls. 37 a 59	R\$ 2.445,21
COFINS	Fls. 62	R\$ 7.235,91
PIS	Fls. 76/77	R\$ 1.589,60
TOTAL LANÇADO		R\$ 22.917,87

No entanto, segundo a contribuinte, os valores apurados correspondem exatamente às importâncias retidas por ocasião do recebimento de aluguel das seguintes empresas: Banco do Brasil e Empresa Brasileira de Correios, conforme informe de rendimentos ora anexados (Doe. 04), que demonstram que o Banco do Brasil informou haver retido o valor de R\$ 7.362,86, nos dois anos-calendários, e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos informou haver retido a importância de R\$ 15.528,96, nos dois anos-calendário.

Assim, a soma dos valores retidos e obviamente recolhidos pelas duas empresas totalizam a importância de R\$ 22.891,82, cuja diferença de R\$ 26,05 pode ser atribuída a arredondamentos no cálculo das retenções durante os dois anos, que deverá ser desprezada em homenagem ao princípio da insignificância.

Como prova, a impugnante juntou também às fls. do livro razão com a contabilização das retenções e os recolhimentos dos tributos, nos valores líquidos já compensados os valores retidos (Doe. 04).

N. DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ANTIGOS SÓCIOS.

Contestou a responsabilidade atribuída aos antigos sócios da Impugnante, os Srs. Mauro Gelhorn e Oliveira Paz King, em face do entendimento de que os referidos sócios teriam interesse comum e também por entender que os mencionados ex-sócios praticaram ato com excesso de poderes.

Alegou que nenhum dos ex-sócios extrapolou a competência atribuída pelo contrato social e nem tampouco infringiu qualquer legislação, não sendo o caso do seu enquadramento no Art. 124, e muito menos no Art. 135 do CTN.

Ademais, a responsabilização refere-se ao período de janeiro de 2007 a julho de 2008, sendo que os fatos geradores ocorridos neste período foram alcançados pelo instituto da decadência, não cabendo qualquer tipo de responsabilização, tendo em vista que não há crédito tributário a ser discutido.

Esclareceu que o ex-sócio Sr. Mauro Gelhorn se retirou da sociedade em 14/09/2007 (vide fls. 112 a 117 dos autos) e, nesta mesma data também se desligou da empresa Cityshop (fls. 1129 a 1151 dos autos). Quanto ao ex-sócio Sr. Oliveira Paz King, este se desligou da Associação dos Lojistas, em data de 21 de maio de 2007, conforme consta da Ata de eleição e posse do novo presidente (fls. 943 a 945), ao contrário do informado pela fiscalização de que o mesmo é o seu presidente até o presente momento.

Questionou como poderia ser caracterizada como triangulação a operação assim denominada pela fiscalização se um dos supostos solidários se desligou completamente das empresas, em 14/09/2007, e o outro da Associação dos Lojistas, em maio de 2007.

O. DA DECADÊNCIA

Alegou decadência todos pretensos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos em data anterior a 01/08/2008, à vista do que dispõe o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Salientou que pagou todos os impostos apurados e considerados corretos durante o período de 2007 e 2008, b) foram declaradas todas as receitas imputadas como omitidas (vide DIMOB - Doe. 01), c) e que não houve dolo ou fraude

P. ENTRADAS DE VALORES TRANSITÓRIOS NÃO TRIBUTÁVEIS INERENTES AS DESPESAS COMUNS DOS LOJISTAS.

Alegou que as despesas condominiais de obrigação de pagamento dos lojistas (locatários), mesmo que recolhidas pelo locador (VIENA) ou pela sua administradora (CITYSHOP), não seriam consideradas receitas tributáveis perante a Lei n.º 8.245 de 1991, atualizada pela Lei n.º 12.112/2009, também conhecida como Lei de Locações.

Assim argumentou a impugnante:

A Lei n.º 8.245 de 1991, atualizada pela Lei n.º 12.112/2009, regula as locações de imóveis urbanos no Brasil, incluindo as locações de espaço comercial de shopping centers, conforme previsão em seu artigo 54:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping centers, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

139. Por sua vez o artigo 22 do mesmo diploma define as obrigações do locador e o 23 as obrigações do locatário, em especial nos incisos I, VIII, e XII abaixo citados:

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

140. Percebe-se claramente que os encargos da locação, ao exemplo das contas de consumo de água, energia e telefonia, e as despesas ordinárias pelo uso em condomínio, são de obrigação do locatário, no presente caso, dos lojistas do SHOPPING CIDADE.

141. Mais precisamente o parágrafo 1º do artigo 23 estabelece quais são as despesas ordinárias de condomínio de obrigação do locatário:

1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem à administração respectiva, especialmente: a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;

b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;

c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;

d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;

e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer;

f) manutenção e conservação de elevadores, porteiros eletrônicos e antenas coletivas;

g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;

h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;

i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

142. A análise conjunta destes dispositivos mostra que os encargos da locação, a exemplo das contas de consumo e despesas ordinárias pelo uso em condomínio, são de responsabilidade do locatário (lojista), até porque este é o beneficiário direto destas despesas, despesas estas que foram consideradas como receitas para efeito de autuação contra a Viena.

143. Mesmo no caso de shopping centers, os gastos de limpeza, segurança, vigilância, mídia entre outros, agregam enorme poder de venda aos lojistas/locatários e não ao

locador (VIENA), que recebe tão-somente o seu aluguel pela cessão do espaço, sem nenhuma remuneração percentual variável sobre as vendas dos lojistas.

144. Por outro lado, o artigo 25 da Lei de Locações autoriza que o locador (VIENA) ou seus representantes, no caso de imobiliárias/administradoras (CITYSHOP), sejam reembolsados das despesas que pagaram e que por sua vez eram de responsabilidade do locatário (lojista):

Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

Parágrafo único. Se o locador antecipar os pagamentos, a ele pertencerão as vantagens daí advindas, salvo se o locatário reembolsa-lo integralmente.

145. A lei diferencia perfeitamente o que é aluguel, o que é conta de consumo e o que é despesa ordinária de condomínio, sendo de direito do locador (VIENA) receber o aluguel e obrigação do locatário (lojista) pagar as referidas despesas que contribuem com sua atividade empresarial (venda ao cliente/consumidor final).

146. Como a legislação trata deste reembolso de despesas obrigatórias dos locatários (lojistas), fica evidente que os valores para seu pagamento não constituem de forma alguma receita bruta tributável do locador (VIENA) ou da administradora (CITYSHOP), que está autorizado por lei diretamente e ser reembolsado na sequência, junto com o pagamento do aluguel.

147. Conclui-se de forma inequívoca que qualquer receita destinada ao pagamento dos encargos legais e de condomínio dos lojistas não integra a base de cálculo da tributação do locador (VIENA), uma vez que este está autorizado a pagar tais despesas e ser reembolsado pelas mesmas. A única base de cálculo para tributação do locador é o valor recebido a título de aluguel, devendo ser excluído qualquer valor destinado ao custeio de despesas de obrigação do locatário (lojista).

148. Em qualquer análise plausível, não existe possibilidade de concluir diferente da tributação da VIENA tão-somente dos valores que recebeu a título de locação.

Q. APLICAÇÃO DO ART. 110 DO CTN - INSTITUIÇÃO DO DIREITO CIVIL - CONCEITO DE "RECEITA", "ENTRADA" E "REEMBOLSO".

Alegou que os conceitos de "renda", "receita", "faturamento" e "lucro" estão definidos e limitados em nosso texto constitucional e a lei tributária deve estar limitada a obedecê-los e respeitá-los, sem colidir com os institutos do Direito Civil, conforme previsão do artigo 110 do Código Tributário Nacional. Sendo assim, uma vez que a Lei de Locações dispõe em seu artigo 25 que o locador será "reembolsado", no caso de pagamento de despesas de obrigação do locatário, nenhuma legislação tributária pode ampliar os conceitos supracitados, e nem usar de analogia para cobrança de tributo não previsto em lei, conforme artigo 108, § 1º do CTN:

Após tecer algumas considerações a respeito da diferença entre "entradas" e "receitas", concluiu a impugnante que:

Se a obrigação das despesas condominiais é dos lojistas/locatários, eventual pagamento destas pelo locador/empreendedor ou administrador, será considerado reembolso de despesas, uma vez que pagou por despesas que não eram de sua obrigação. Reembolso de despesas são "entradas" e não "receitas", portanto não devem ser levados à tributação uma vez que não refletem acapacidade contributiva e nem acrescem o patrimônio.

(...)

A conclusão da fiscalização está totalmente equivocada ao confundir o conceito de receita bruta e entrada reembolsável, merecendo mais uma vez a improcedência do presente auto de infração.

R. DA NÃO INCIDÊNCIA DE MULTA QUALIFICADA

Alegou que no entendimento da fiscalização a conduta da Impugnante configura, em tese, sonegação e intuito de fraude, tipificados nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64. No entanto, para que se configure fraude é necessário, inicialmente, que tenha ocorrido uma ação ou omissão dolosa do sujeito passivo tributário. E mais, essa ação ou omissão dolosa tem de ser devidamente demonstrada e comprovada pelo fisco federal, não se admitindo qualquer tipo de presunção. Há de se perquirir e demonstrar cabalmente a conduta material praticada pelo sujeito passivo, ou seja: que ele agiu com consciência e vontade de praticar o fato descrito na norma.

Alegou que, no caso, não basta a mera alegação de que tenha havido uma triangulação de empresas com o intuito de diminuir o recolhimento de tributos, especialmente quando provado que houve a apresentação de DIMOB onde se demonstra perfeitamente declarado as receitas tidas como omitidas pela d. Fiscalização. Estas receitas são interpretadas pela Impugnante como recursos para fazer frente a despesas condominiais do empreendimento e foram arrecadadas pela gestora Cityshop, que desempenhou as funções típicas de administradora de condomínio, como já explicado alhures. Portanto, ainda que, no mérito, a exigência dos tributos em tela pudesse sobreviver, total ou parcialmente, a majoração da multa de ofício seria incabível.

Com efeito, as alegações aduzidas pela Fiscalização não se sustentam.

Afinal, o que se tenta tributar no presente procedimento fiscal junto a Viena, são os valores arrecadados para fins de pagamentos das despesas de condomínio, recebidos pela administradora CITYSHOP contratada pela Associação dos Lojistas do empreendimento SHOPPING CIDADE.

S. DA IMPOSSIBILIDADE DA CORREÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO.

Alegou que a multa de ofício não pode sofrer correção (Taxa SELIC), por ocasião da sua cobrança, tal qual deverá sofrer o imposto, porque tem natureza não tributária, diverso do conceito de crédito tributário.

No final requereu:

a. A nulidade dos autos de infração, em face de cerceamento de defesa pela ausência de litisconsórcio envolvendo a empresa CITYSHOP ADMINISTRADORA DE BENS SOCIEDADE LTDA;

b. A nulidade dos autos de infração, em face da vedação à autoridade administrativa em efetuar a desconsideração de ato jurídico perfeito, por ausência de regulamentação legal de Lei Complementar;

c. A nulidade dos autos de infração, em face da ausência de competência da autoridade administrativa na desconsideração de personalidade jurídica da empresa CITYSHOP e da ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS;

d. Considerar extinto pelo instituto da DECADÊNCIA os tributos relativos aos fatos geradores ocorridos anteriores a 01/08/2008;

e. Exonerar os créditos tributários constituídos pelos Autos de Infração fundados em suposta omissão de receitas representadas pelos ingressos de valores relativos a despesas de condomínio;

f. Exonerar os créditos tributários constituídos pelos Autos de Infração fundados em insuficiência de pagamentos, tendo em vista que se referem a retenções legais efetuadas pelos Lojistas.

G - Considerar extintas as responsabilidades solidárias e diretas dos ex-sócios, por ausência de requisitos dos arts. 124 e 135 do CTN;

h - Desconsiderar a qualificação das multas de ofício, reduzindo-as de 150% para 75%, em face da ausência dos requisitos do Art. 44, II, § 1º, da Lei 9.430/1996; e, por final, caso seja considerados procedentes os autos de infração, seja determinada que a cobrança das multas de ofícios sejam efetuadas sem a aplicação de juros. Sucessivamente, sejam os autos de infração em tela julgados improcedentes, em toda sua extensão, com base nas razões de fato e fundamentos de direito ora apresentados.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR OLIVEIRO PAZ KING

Oliveiro Paz King apresentou a impugnação de fls. 3484/3491 questionando os argumentos da fiscalização e alegando que desde 21/05/2007 não participa da ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS DO CIDADE SHOPPING DE DESCONTOS e desde 07/07/2008 desligou-se da empresa VIENA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA - EPP, firmando a Quarta Alteração de Contrato Social, juntada aos autos ás fls. 880 a 883, não permanecendo nenhum vínculo remanescente.

Alegou que a fundamentação utilizada pela Fiscalização para firmar a imputação de responsabilidade direta (art. 135, III CTN) seria em razão de ter exercido excesso de poderes, ou seja, teria excedido a competência atribuída pela cláusula sétima e quatorze do contrato social da Viena e dos art. 3º, 8º, e o 17º do Estatuto Social da Associação dos Lojistas. No entanto, analisando os poderes concedidos pelas tais cláusulas dos contratos sociais mencionados, não se vislumbra qualquer excesso de poder que teria praticado o Impugnante. Ademais, a suposta geração de artifícios para diminuição de receitas a serem tributadas não está vedada nos dispositivos mencionados e está exaustivamente demonstrado nos autos que não houve omissão de receitas pela empresa autuada.

Alegou que a fundamentação utilizada pela Fiscalização para considerar responsável solidário (art. 124, I CTN) seria o fato de ser detentor do comando das empresas há época dos fatos. No entanto, não há como uma pessoa ser responsável solidário e responsável direto de uma mesma obrigação, simultaneamente. Assim, caso prevaleça a imputação de responsabilidade direta, o que não se espera, a imputação de responsável solidário, torna-se automaticamente excluída. Acrescentou que o período em que fora delimitada a responsabilidade, ou seja, de janeiro de 2007 a novembro de 2008, não estaria correto, pois o Impugnante desligou-se da Viena em 07 de julho de 2008, sendo que este período está abrangido pelo instituto de decadência. Também não se sabe o motivo pelo qual foi utilizada a data de novembro, uma vez que o Impugnante desligou-se da empresa em julho de 2007.

Alegou que, de acordo com o art. 150, §4º, do Código Tributário, todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/08/2008 estariam alcançados pela decadência tendo em vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 01/08/2013, afastando a hipótese de se cogitar que o termo a quo da contagem do prazo de decadência seria a preconizada pelo art. 173 do CTN tendo em vista: a) que a Autuada pagou todos os impostos, apurados e considerados corretos durante o período de 2007 e 2008; b) que foram declaradas todas as receitas imputadas como omitidas; c) e que não houve dolo ou fraude.

Concluiu que, desta maneira, é de se considerar extinto pela decadência todos os fatos geradores ocorridos em data anterior a 01/08/2008 e, em consequência, afastada a responsabilidade solidária imputada pela fiscalização no presente processo.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR MAURO GELHORN

Mauro Gelhorn apresentou a impugnação de fls. 3476/3482 alegando que em 14/09/2007 resolveu retirar-se da sociedade, firmando a Segunda Alteração de Contrato Social, juntada aos autos ás fls. 112/117, e na mesma data, também se retirou da empresa CITYSHOP ADMINISTRADORA BENS SOCIEDADE LTDA., donde era sócio desde 2003, conforme consta da Primeira Alteração de Contrato Social (fls. 1133/1137 dos autos), não permanecendo nenhum vínculo remanescente.

Alegou que a fundamentação utilizada pela Fiscalização para firmar a imputação de responsabilidade direta (art. 135, III CTN) seria em razão de ter exercido excesso de poderes, ou seja, teria excedido a competência atribuída pela cláusula sétima e quatorze do contrato social da Impugnante e da cláusula sétima do contrato social. No entanto, analisando os poderes concedidos pelas tais cláusulas dos contratos sociais mencionados, não se vislumbra qualquer excesso de poder que teria praticado o

Impugnante. Ademais, a suposta geração de artifícios para diminuição de receitas a serem tributadas não está vedada nos dispositivos mencionados e está exaustivamente demonstrado nos autos que não houve omissão de receitas pela empresa autuada.

Alegou que a fundamentação utilizada pela Fiscalização para considerar responsável solidário (art. 124, I CTN) seria o fato de ser detentor do comando das empresas há época dos fatos. No entanto, não há como uma pessoa ser responsável solidário e responsável direto de uma mesma obrigação, simultaneamente. Assim, caso prevaleça a imputação de responsabilidade direta, o que não se espera, a imputação de responsável solidário, torna-se automaticamente excluída.

Ademais, o período em que fora delimitada a responsabilidade, ou seja, de janeiro de 2007 a novembro de 2007, está abrangido pelo instituto de decadência. Acrescentou que não se sabe o motivo pelo qual foi utilizada a data de novembro, uma vez que o Impugnante desligou-se das empresas em setembro de 2007.

Alegou que, de acordo com o art. 150, §4º, do Código Tributário, todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/08/2008 estariam alcançados pela decadência tendo em vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 01/08/2013, afastando a hipótese de se cogitar que o termo a quo da contagem do prazo de decadência seria a preconizada pelo art. 173 do CTN tendo em vista: a) que a Autuada pagou todos os impostos, apurados e considerados corretos durante o período de 2007 e 2008; b) que foram declaradas todas as receitas imputadas como omitidas; c) e que não houve dolo ou fraude.

Concluiu que, desta maneira, é de se considerar extinto pela decadência todos os fatos geradores ocorridos em data anterior a 01/08/2008 e, em consequência, afastada a responsabilidade solidária imputada pela fiscalização no presente processo.

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

OMISSÃO DE RECEITA.

Cancela-se o auto de infração uma vez não comprovada a unicidade empresarial ou confusão patrimonial que pudesse justificar a tributação de todas as receitas obtidas junto aos lojistas do Shopping integralmente na empresa empreendedora.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Exonerado

Ciente do acórdão recorrido, não houve apresentação de Recurso Voluntário, sendo objeto de julgamento apenas o Recurso de Ofício interposto, em razão da exoneração integral do crédito tributário constituído.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar que a Portaria ME n.º 2, de 17 de janeiro de 2023, estabeleceu novo limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Confira-se:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

No caso em tela, a decisão recorrida afastou integralmente o crédito tributário constituído, cujos valores exigidos não superam o limite de quinze milhões de reais, estabelecido pela norma em referência. Portanto, não conheço do recurso de ofício.

Conclusão

Diane do exposto, não conheço do recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza