



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

Processo n° 11020.722618/2016-88
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-005.055 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de agosto de 2018
Matéria PIS e COFINS
Recorrente TRANSPORTADORA PLIMOR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

CRÉDITOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO

Não devem ser admitidos créditos, cujas notas fiscais não foram apresentadas e tampouco a despesa sobre a qual foram calculados não foi contabilizada ou cujo fornecedor não atuava no respectivo ramo de negócio.

Também não devem ser acatados os calculados sobre notas fiscais de entrada emitidas pela própria empresa, sem que tenham sido providas informações acerca da natureza da operação realizada.

FRAUDE COMPROVADA. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Uma vez comprovada a fraude, corretas as qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária a sócios e administradores.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

CRÉDITOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO

Não devem ser admitidos créditos, cujas notas fiscais não foram apresentadas e tampouco a despesa sobre a qual foram calculados não foi contabilizada ou cujo fornecedor não atuava no respectivo ramo de negócio.

Também não devem ser acatados os calculados sobre notas fiscais de entrada emitidas pela própria empresa, sem que tenham sido providas informações acerca da natureza da operação realizada.

FRAUDE COMPROVADA. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Uma vez comprovada a fraude, corretas as qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária a sócios e administradores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Carlos Alberto da Silva Esteves (suplente convocado), Salvador Candido Brandão Junior, Ari Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Winderley Morais Pereira (Presidente). Ausente a Conselheira Liziane Angelotti Meira.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

1. O presente Processo reúne Autos de Infração da Cofins e da Contribuição para o PIS não-cumulativas, abrangendo os períodos de dezembro de 2010 a dezembro de 2012, lavrados pela DRF/Caxias do Sul – RS, em razão de insuficiência de recolhimento decorrente de descontos, considerados indevidos, de créditos supostamente decorrentes da aquisição de combustíveis. Os valores globais, em Reais, são os seguintes:

Cofins	3.560.093,25
Juros de Mora (calculados até 09/2016)	1.784.265,54
Multa de Ofício Qualificada (150 %), Passível de Redução	5.340.139,82
Total	10.684.498,61
Contribuição para o PIS	772.698,28
Juros de Mora (calculados até 09/2016)	387.282,64
Multa de Ofício Qualificada (150 %), Passível de Redução	1.159.047,35
Total	2.319.028,27
Total do Crédito Tributário Apurado no Processo (até 09/2016)	13.003.526,88

2. Nos Autos de Infração, é caracterizado como “Sujeito Passivo” a TRANSPORTADORA PLIMOR e, como “Demais Responsáveis Tributários”, duas Pessoas Físicas e uma Jurídica, quais sejam:

- PLÍNIO LUIZ BORTONCELLO (doravante, “Sócio-Administrador PLÍNIO”), CPF 146.902.760-72, Sócio-Administrador;

- JULHIANO BORTONCELLO (doravante, “Administrador JULHIANO”), CPF 897.068.700-91, Administrador;

- PB – PARTICIPAÇÕES LTDA. (doravante, “Sócia PB-PARTICIPAÇÕES”), CNPJ 07.535.976/0001-08, Sócia.

2.1. Às pessoas físicas, foi atribuída “Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto”, sendo o enquadramento legal o art. 135, inciso IIII, do Código Tributário Nacional;

2.2. À pessoa jurídica, foi atribuída “Responsabilidade Solidária de Fato”, com fulcro no art. 124, inciso I, do CTN.

3. Para todas, é dito que “foram apuradas infrações à legislação tributária que configuram crime contra a ordem tributária, conforme relatório de fiscalização em anexo, parte integrante deste auto de infração”.

1 O Inciso é especificado no Relatório de Fiscalização.

4. A qualificação da multa de ofício deu-se pelo fato de a Fiscalização entender que houve a prática de Fraude, nos moldes do art. 72 da Lei nº 4.502/64, o que leva a multa de ofício para o patamar de 150 %, conforme art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007 (este assunto, bem como as responsabilizações tributárias, serão detalhados mais adiante).

Das Infrações

5. A Fiscalização foi focada no desconto, na apuração das contribuições a pagar, de créditos da não-cumulatividade relativos às aquisições de combustíveis como insumo na prestação de serviços.

6. Outro alvo foi a contratação pela autuada de “consultoria tributária”, mediante pagamentos de honorários calculados com base no valor dos créditos apropriados, para uma empresa que tinha como sócio um advogado – que, por um bom tempo, nem advogado era, apesar de ser apresentar como tal – alvo de um processo criminal que tramitava em Porto Alegre – RS. Tratava-se da ECONOMIA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA., CNPJ 05.240.669/001-74 e do seu Sócio-Gerente LUIS ADRIANO VARGAS BUCHOR, CPF 609.309.500-20 (doravante “Assessor BUCHOR”).

7. O Relatório de Fiscalização (fls. 035 a 077) é extremamente detalhado, permeado por diversas planilhas e exemplos de lançamentos contábeis, e o Auditor faz sempre uma separação entre o apurado de dezembro de 2010 a dezembro de 2011 e o constatado de janeiro a dezembro de 2012, mas não reproduzi aqui esta “segregação”, pois é possível, sem isto, fazer uma síntese que bem pode esclarecer o que foi constatado durante o procedimento fiscal.

8. A Fiscalização utilizou-se de um enorme cabedal de dados, praticamente todos em meio digital, em especial os elaborados na forma da IN/SRF nº 86 e ADE Cofis nº 15, ambos de 2001, e os obtidos da Escrituração Contábil Digital (ECD) e da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do SPED, além de memórias de cálculo da elaboração das informações contidas nos DACON.

9. As DCTF e os DACON traziam os mesmos valores a pagar das contribuições para os períodos autuados (isto exclusivamente no comparativo entre as declarações e os demonstrativos). Não residem aí, portanto, as inconsistências detectadas.

10. O que efetivamente “chamou a atenção” da Fiscalização (e, antes da Seleção, pelo dito, em especial nas Impugnações, em razão da relação com o Assessor BUCHOR, cuja atividade preponderantemente era orientar as empresas sobre como tomar créditos indevidos), foi a reiterada utilização de valores de créditos incompatíveis (para bem mais) com os valores das aquisições, se aplicadas as alíquotas de 7,6 e 1,65 %, respectivamente previstas na legislação pertinente para a Cofins e a Contribuição para o PIS.

10.1. Exemplificando: para que fosse possível se utilizar um valor de crédito da Cofins de R\$ 100.000,00 em determinado mês para abatimento do valor devido na apuração da contribuição a pagar, as aquisições de combustíveis deveriam montar em $R\$ 100.000,00 / 0,076 = R\$ 1.315.789,47$, e o contribuinte contabilizou aquisições em um valor inferior, também a título exemplificativo, de R\$ 800.000,00 (depois veremos os valores exatos, totalizados anualmente).

11. E, mesmo estes valores contabilizados das aquisições ainda restaram, ao menos em boa parte, incomprovados, de três “maneiras”:

- Aquisições de combustíveis simplesmente não amparadas por Notas Fiscais;
- Valores contabilizados de supostas aquisições de uma Prestadora de Serviços – ou seja, de uma pessoa jurídica que não vende combustíveis, a EMPRESA BRASIL TECN DE CONV LTDA., CNPJ 03.506.307/0001-57;
- Valores expressivos lastreados em Notas Fiscais de Entrada emitidas pela própria autuada, com o CFOP 1.126 – “Compra para utilização na prestação de serviço sujeita ao ICMS”.

12. Em relação à última constatação, relata o Auditor (fls. 072) que “O contribuinte foi intimado (DOC 14) para que esclarecesse do que se tratava tais mercadorias e qual destinação, para que comprovasse o efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento e para que justificasse qual a base legal em caso de aproveitamento de crédito de PIS e COFINS. Porém, como resposta, se limitou a dizer que “não houve impacto algum no PIS e COFINS” e que “não houve lançamentos contábeis de despesas para deduzir IRPJ e CSLL, conforme poderá ser comprovado nos livros Diário” (DOC 15)”.

13. Os créditos apropriados indevidamente então foram glosados, o que implicou o lançamento de ofício dos valores que, em função disto, deixaram de ser recolhidos.

Da Qualificação da Multa de Ofício

14. A aplicação da multa qualificada de 150% foi feita com base no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pela constatação de que a conduta do sujeito passivo enquadrou-se, na visão da Fiscalização, na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64 (Fraude).

14.1. Vejamos o que dizem estes dispositivos legais (grifei):

Lei nº 9.430/96:

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

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

.....

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

Lei nº 4.502/64:

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

14.2. Como o dolo é elemento essencial da fraude, o Auditor pontua que, de acordo com o art. 18 do Código Penal, tem-se por doloso "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

14.2.1. Justifica-se dizendo que:

"Conforme abordado ... houve lançamentos contábeis visando ao aproveitamento de crédito para PIS e COFINS de modo a reduzir os valores devidos nos períodos tratados. Entretanto, além de não haver documentos fiscais aptos a comprovar tais valores de créditos, os próprios lançamentos contábeis se contradizem pois há lançamentos de registros de créditos para PIS e COFINS, relativos a despesas com insumos de combustíveis e lubrificantes, mas não há lançamentos que evidenciem as despesas com tais insumos.

O ... detalhamento do Plano de Contas ... demonstra que as contas que guardam relação com os fatos ora tratados, especificamente as contas para registros de despesas com os citados insumos, "COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES", apresentam saldos incompatíveis com os valores de créditos apropriados, pois vemos (importante não confundir o termo contábil "crédito" que diz respeito ao conceito de partidas dobradas, com o termo jurídico-tributário "crédito" que diz respeito ao sistema de não cumulatividade do tributo, visando à redução do tributo devido):

2011	
Conta nº 4.1.1.1.2.2.3.01	Combustíveis e Lubrificantes
Créditos	R\$ 16.676.388,00
Débitos	R\$ 16.676.388,00
Saldos Inicial e Final	Zero
Crédito de PIS Aproveitado	R\$ 649.130,05 (ver Tabela 6)
Valor de Base de Cálculo necessária para fazer frente a este crédito, à alíquota de 1,65 %	R\$ 39.341.215,15
Crédito de COFINS Aproveitado	R\$ 2.989.932,96 (ver Tabela 10)
Valor de Base de Cálculo necessária para fazer frente a este crédito, à alíquota de 7,6 %	R\$ 39.341.223,16

2012	
Conta nº 4.1.1.1.2.1.3.04	Combustíveis e Lubrificantes
Créditos	R\$ 15.988.043,86
Débitos	R\$ 15.988.043,86
Saldos Inicial e Final	Zero
Crédito de PIS Aproveitado	R\$ 453.233,19 (ver Tabela 14)
Valor de Base de Cálculo necessária para fazer frente a este crédito, à alíquota de 1,65 %	R\$ 27.468.678,18
Crédito de COFINS Aproveitado	R\$ 2.088.617,26 (ver Tabela 21)
Valor de Base de Cálculo necessária para fazer frente a este crédito, à alíquota de 7,6 %	R\$ 27.481.806,05

14.3. Sigo transcrevendo, literalmente, o que diz o Auditor diz em seu Relatório de Fiscalização:

"Não se pode presumir erro neste caso, pois, de acordo com a Interpretação Técnica Geral 2000 – Escrituração Contábil, aprovada pelo Conselho Federal de Contabilidade em 18 de março de 2011, temos que (grifo nosso):

5. A escrituração contábil deve ser executada:

.....

e) com base em documentos de origem externa ou interna ou, na sua falta, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos contábeis.

.....

Livro Diário e Livro Razão

11. No Livro Diário devem ser lançadas, em ordem cronológica, com individualização, clareza e referência ao documento probante, todas as operações ocorridas, e quaisquer outros fatos que provoquem variações patrimoniais.

.....

26. Documentação contábil é aquela que comprova os fatos que originam lançamentos na escrituração da entidade e compreende todos os documentos, livros, papéis, registros e outras peças, de origem interna ou externa, que apoiam ou acompanham a escrituração.

27. A documentação contábil é hábil quando revestida das características intrínsecas ou extrínsecas essenciais, definidas na legislação, na técnica-contábil ou aceitas pelos "usos e costumes".

A Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 11-IT 3, aprovada em 22 de fevereiro de 1999, dispõe sobre fraude e erro e esclarece que:

1. O termo fraude refere-se a ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis. A fraude pode ser caracterizada por:

- a) manipulação, falsificação ou alteração de registros ou documentos, de modo a modificar os registros de ativos, passivos e resultados;
- b) apropriação indébita de ativos;
- c) supressão ou omissão de transações nos registros contábeis;
- d) registro de transações sem comprovação; e
- e) aplicação de práticas contábeis indevidas.

Além do que foi constatado durante a ação fiscal, a fiscalização também teve acesso a documentos apreendidos por ocasião das buscas e apreensões determinadas pelo ... juízo da 2ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, RS, para fins de instrução probatória no processo nº 001/2.13.0009568-5 contra Luís Adriano Vargas Buchor e Outros ...

O acesso a esses documentos foi deferido pelo juiz do feito no ofício nº 20/2014, de 09/01/2014, após solicitação da Receita Federal do Brasil para subsidiar eventuais constituições de créditos tributários e representação fiscal para fins penais, junto à pessoa física de Luis Adriano Vargas Buchor ... e à pessoa jurídica da qual o referido é sócio-administrador, ... Economia Consultoria Tributária Ltda ... bem como junto a outras pessoas jurídicas, para as quais a mencionada empresa prestou serviços (DOC 12).

De fato, dos documentos apreendidos constam planilhas com referências ao contribuinte ora fiscalizado, onde se encontram relacionados valores de tomadas de créditos de PIS e COFINS e honorários calculados com base nos créditos. Pôde ser constatada uma relação direta entre os valores de aproveitamento de créditos indevidos para PIS e COFINS e os honorários pagos à empresa Economia Consultoria Tributária Ltda, conforme consta nas planilhas em anexo (DOC 13).

As condutas descritas acima tornam evidente que a forma de agir da fiscalizada foi dolosa, com animus simulandi, pois foi rotina da empresa em conluio com sua assessoria criar de modo ficto créditos de PIS e COFINS para posterior dedução das contribuições devidas reduzindo assim, os valores a recolher.

Para fins de enquadramento, consideramos que fica caracterizada a fraude, ou seja, houve uma ação ou omissão, promovida com má-fé, tendente a ocultar uma verdade ou, a fugir de um dever de pagar a obrigação tributária principal, como consta no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, concluimos que, no caso em pauta, por estarem presentes os pressupostos estabelecidos pela legislação que rege a matéria, cabe a aplicação da multa qualificada de 150%, é, por dever de ofício, a Representação Fiscal para Fins

Penais (processo 11020-722.734/2016-05), nos termos do Decreto nº 2.730/98 para as providências cabíveis."

Da Responsabilidade Tributária

15. Nas palavras do Auditor-Fiscal:

"De acordo com o contrato social, os dados cadastrais na Junta Comercial/RS e os sistemas informatizados da Receita Federal, PLÍNIO LUIZ BORTONCELLO ... e JULHIANO BORTONCELLO ... eram, respectivamente, conforme cláusula 9ª da 48ª

Alteração e Consolidação de Contrato Social, sócio-administrador e administrador da empresa TRANSPORTADORA PLIMOR no período fiscalizado. São, portanto, diretamente responsáveis para que a legislação tributária fosse infringida quando da reiterada prática dolosa de reduzir os valores das contribuições do PIS e da COFINS a pagar nas declarações DCTF e DACON entregues a RFB e na própria CONTABILIDADE, mediante a inserção nos registros contábeis de lançamentos de créditos inexistentes, com o evidente intuito de fraude e sonegação.

.... Destarte, os administradores acima citados devem ser responsabilizados solidariamente pelo presente crédito tributário, pelo comando do art. 135, inciso III do CTN:

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

.....

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

16. Em relação à terceira responsabilização, diz o Auditor que:

"Conforme também se observa do contrato social da empresa TRANSPORTADORA PLIMOR, esta, além de PLÍNIO ... tem por sócia, no período fiscalizado, a pessoa jurídica PB-PARTICIPAÇÕES LTDA. ... a qual tem entre seus sócios administradores, PLÍNIO ... e JULHIANO ... Conforme os dados da Junta Comercial/RS, o objeto social da PB-PARTICIPAÇÕES é "participação em outras sociedades; locação, compra e venda de bens móveis e imóveis".

Resta então caracterizado o interesse comum entre as duas empresas, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, dado que os dois sócios administradores da PB-Participações são também os administradores da fiscalizada.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

17. Encerrando a descrição dos fatos, observo que tudo o que foi dito no Relatório de Fiscalização está devidamente comprovado por vasta e farta documentação acostada aos autos pelo Auditor, sendo que os arquivos por mim anexados são meros facilitadores das consultas a certos dados.

18. A autuada e os responsáveis foram regularmente intimados da exigência, por via postal (AR), nas seguintes datas:

- TRANSPORTADORA PLIMOR: 14/10/2016 (fls. 607);
- Sócio-Administrador PLÍNIO: 14/10/2016 (fls. 609);
- Administrador JULHIANO: 17/10/2016 (fls. 611);
- Sócia PB-PARTICIPAÇÕES: 17/10/2016 (fls. 613).

19. Irresignado(a)s, todos apresentaram Impugnações idênticas (firmadas pelo mesmo patrono).

20. Toda a juntada destes documentos foi eletrônica (via Solicitação de Juntada), não existindo “carimbos de recepção”, ou seja, evidências físicas “tradicionais” da data de recebimento destas contestações nos autos.

20.1. Em caráter genérico – ao menos pelo que se depreende do Despacho às fls. 101, já que ele faz referência somente ao Processo, que é da TRANSPORTADORA PLIMOR – elas foram consideradas expressamente tempestivas pela DRF/Caxias do Sul.

20.2. Mas como há Preliminares de Tempestividade em todas as Impugnações e dois responsáveis foram intimados em data posterior aos demais, tive que ir além na análise desta questão, pelo que trago logo os elementos probantes que pude colher:

a) Rastreamento dos Avisos de Recebimento feito no site da Internet dos Correios na Internet (fls. 1.307 a 1.314);

b) “Detalhes do Documento Assinado” – telas obtidas no e-CAC (fls. 1.315 a 1.318), com o uso de Código localizado ao pé da folha de cada “Termo de Solicitação de Juntada” de cada Impugnação.

20.3. Em relação às entregas dos AR pelos Correios, verifiquei que as datas de entrega “batem” com as constantes dos AR já especificadas anteriormente.

20.4. Analisando-se agora a apresentação das Impugnações, confirma-se que:

- A Solicitação de Juntada da Sócia PB-PARTICIPAÇÕES, intimada em 17/10/2016, foi apresentada (fls. 800), analisada (fls. 987/988) e juntada (fls. 1.315) em 16/11/2016;

- O mesmo ocorreu para o Administrador JULHIANO, também intimado em 17/10/2016 (apresentação às fls. 989, análise às fls. 1.170/1.171 e juntada às fls. 1.316);

- Para o Sócio-Administrador PLÍNIO, que foi intimado em 14/10/2016, a Solicitação de Juntada (fls. 616) foi apresentada em 14/11/2016 e a sua análise (fls. 798 e 799) deu-se somente em 16/11/2016, assim como a sua juntada (fls. 1.317).

- O contribuinte, TRANSPORTADORA PLIMOR, também intimado em 14/10/2016, apresentou Solicitação de Juntada, pelo que consta às fls. 1.175, apenas em 16/11/2016, sendo que a sua análise (fls. 1.294) e a sua juntada (fls. 1.318) deram-se ainda mais tarde, em 17/11/2016.

Processo nº 11020.722618/2016-88
Acórdão n.º 3301-005.055

S3-C3T1
Fl. 1.865

20.5. Ocorre que, para a TRANSPORTADORA PLIMOR, encontram-se ainda mais

dois documentos no Processo, identificados como “Documentos Comprobatórios – Outros”,

que encerram mensagens por meio de “Caixa Postal”, as quais dizem o seguinte:

Documento às fls. 1.292:

RS CAXIAS DO SUL DRF
Caixa Postal

Fl. 1292

Assunto: [e-Processo] Erro: Solicitação de Juntada de Documentos (Processo/Procedimento nº 11020.722618/2016-88)			
Enviada em: 14/11/2016	Primeira leitura: 16/11/2016	Exibição até: 19/11/2021	CNPJ do destinatário: 88.085.485/0001-04
Prezado(a) Contribuinte,			
Pela presente mensagem informamos que foi verificado inconsistência(s) na recepção do(s) documento(s) enviado(s).			
Número do Processo/Procedimento: 11020.722618/2016-88			
Interessado: 88.085.485/0001-04 - TRANSPORTADORA PLIMOR LTDA			
Data e Hora em que a solicitação foi transmitida: 14/11/2016, 14:26 (Horário de Brasília)			
Identificador do Envio: F014962987			
Motivo da Inconsistência: O processamento da sua solicitação de juntada de documento excedeu o limite de tempo de 1 hora. Tente novamente e, se o problema persistir, favor dirija-se a unidade da Receita Federal do Brasil para entrega presencial da solicitação de juntada, munido de cópia desta mensagem. Não exclua esta mensagem de sua Caixa Postal no e-CAC até a resolução do encaminhamento desta SJD.			

Documento às fls. 1.293:

RS CAXIAS DO SUL DRF
Caixa Postal

Fl. 1293

Assunto: [e-Processo] Erro: Solicitação de Juntada de Documentos (Processo/Procedimento nº 11020.722618/2016-88)			
Enviada em: 16/11/2016	Primeira leitura: 16/11/2016	Exibição até: 21/11/2021	CNPJ do destinatário: 88.085.485/0001-04
Prezado(a) Contribuinte,			
Pela presente mensagem informamos que foi verificado inconsistência(s) na recepção do(s) documento(s) enviado(s).			
Número do Processo/Procedimento: 11020.722618/2016-88			
Interessado: 88.085.485/0001-04 - TRANSPORTADORA PLIMOR LTDA			
Data e Hora em que a solicitação foi transmitida: 16/11/2016, 14:54 (Horário de Brasília)			
Identificador do Envio: F014972932			
Motivo da Inconsistência: O processamento da sua solicitação de juntada de documento excedeu o limite de tempo de 1 hora. Tente novamente e, se o problema persistir, favor dirija-se a unidade da Receita Federal do Brasil para entrega presencial da solicitação de juntada, munido de cópia desta mensagem. Não exclua esta mensagem de sua Caixa Postal no e-CAC até a resolução do encaminhamento desta SJD.			

21. Como todas são iguais, relatarei somente o conteúdo da Impugnação do Contribuinte (TRANSPORTADORA PLIMOR) – fls. 1.177 a 1272, mais Anexos (logo se vê

que é muito extensa), seguindo os Tópicos nos quais é segmentada:

Impugnação TRANSPORTADORA PLIMOR

I. Dos Fatos (Com especial Foco no Assessor BUCHOR)

A referência à “Assessoria Tributária” é justificada logo de início, quando a impugnante diz que “Para melhor compreensão do caso em tela, é manifesta que seja feita uma retrospectiva e análise de pelo menos três narrações que são indissociáveis deste processo fiscal”, a primeira das quais “de um famoso advogado tributarista, Sr. Luis Adriano Vargas Buchor” (as demais são o perfil da transportadora e a

complexidade da legislação PIS/Cofins não-cumulativas, notadamente no que tange aos créditos)

Como se trata de um item basilar que motivou a qualificação da multa de ofício e fuge da seara tributária, propriamente, adentrando mais na penal, transcreverei muitos trechos da peça contestatória, nesta “narração”, de forma literal:

Detalhes Relevantes da Assessoria Tributária (Sr. BUCHOR)

6. Neste sentido, no final de fevereiro de 2013 a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul prendeu o famoso advogado tributarista Sr. Luis Adriano Vargas Buchor, sócio administrador das empresas: ECONOMIA CONSULTORIA JURÍDICA LTDA., CNPJ 05.240.669/0001-74; GLOBAL FOMENTO MERCANTIL LTDA, CNPJ 07.442.436/0001-80 e ADR, ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, CNPJ 12.318.410/0001-64, por suspeita de envolvimento em um golpe milionário no recolhimento do ... ICMS.

7. Ocorre que o advogado é apontado pelo Ministério Público (MP) e pela Receita Estadual do Estado do Rio Grande do Sul como mentor do maior rombo nos tributos estaduais nas últimas duas décadas, teria sido responsável pela sonegação de mais de R\$ 150 milhões ...

8. Segundo denúncia do MP/RS, corroborada por técnicos da Secretaria Estadual da Fazenda, Sr. ... Buchor seria perito em falsificações. Teria uma capacidade incomum de fabricar papéis, forjando assinaturas e carimbos, se fazendo passar por Juiz, Procurador de Justiça, fiscal e superintendente da Receita Estadual e Federal. Tudo com o objetivo de desviar recursos do Tesouro.

9. O advogado teria montado um esquema fraudulento, usando nomes e dados pessoais de familiares, funcionários, amigos e de conhecidos, usados como laranjas. O Sr. ... teria aberto bancos² e empresas de fachada para ocultar um patrimônio milionário.

10. Ocorre que o Sr. ... Buchor não era advogado no ano em que iniciou sua vida como ilustre tributarista. E este fato, será uma das provas cabais que além da lesão que causou ao Estado, é prova cabal da lesão que causou para Transportadora Plimor Ltda. Senão vejamos.

11. O Sr. ... Buchor começou sua vida profissional como estagiário na Secretaria Estadual da Fazenda, nos anos 1990, durante seu trabalho teria adquirido conhecimentos básicos da rotina interna na repartição e se familiarizado com a intrincada engrenagem tributária.

12. Anos depois, conseguiu emprego em uma consultoria na cidade de Porto Alegre/RS, cuja principal atividade era a recuperação de créditos tributários para grandes empresas o que viria a ser sua especialidade.

13. Conforme denúncia do MP/RS, em maio de 2000, ele teria falsificado em seu computador pessoal um despacho do Superintendente da Receita Estadual, José Marconi Ferraza. Com timbre da Secretaria da Fazenda, o documento serviria de comprovante de inclusão de créditos de ICMS em favor de uma empresa, cliente de Buchor. Ocorre que essa pessoa Sr. Ferraza nunca existia.

.....

2 Não especifica quais seriam estes "bancos".

15. Assim, pelo menos desde 2000 Buchor se apresentava como advogado e transitava livremente por repartições estaduais, federais das mais altas esferas administrativas e judiciais, com fama e publicidade de um excelente advogado tributarista no Estado do Rio Grande do Sul. Ressalto, o Sr. Buchor não era advogado naquela época.

16. Ainda em razão do episódio, em janeiro de 2003, foi denunciado pelo MP por exercício ilegal da profissão, mas escapou de ser punido porque o crime prescreveu. Hora por que não foi dada ampla repercussão ao caso? Quantas vítimas poderiam ter sido evitadas nesse momento? Incontáveis, entre as quais o impugnante, Estado e União. Veja-se que foi exatamente no ano que iniciou sua atividade de prestação de serviço junto a Transportadora Plimor Ltda, contrato de prestação de serviço em anexo.

.....

18. A estratégia de marketing, a divulgação de reportagens em revistas especializadas e notas em jornais, prometendo redução de impostos, ajudaram a empresa a conquistar espaço no mercado, assumindo compromissos da clientela com elaboração de relatórios fiscais, respostas de intimações e apresentação de defesa em processos administrativos. Em anexo, seguem relatórios e material utilizado pelo Sr. Buchor para Transportadora Plimor no início dos anos 2000 confirmando sua expertise.

19. Uma das fraudes identificadas teria se iniciado em junho de 2011. Naquela data, Buchor, segundo o MP, apresentou um dossiê à Secretaria Estadual da Fazenda em favor de uma empresa de artigos visuais com objetivo de obter créditos de ICMS equivalentes a R\$ 4,2 milhões. Conforme o MP, o documento estava assinado e carimbado em nome de um fiscal de tributos estaduais.

20. ... mas ... o fiscal não poderia ter conferido e assinado os documentos, pois já estava aposentado desde 1990.

21. Em outra ocasião, teria sido engendrada usando estratégia semelhante em favor de uma empresa de produtos plásticos para obter créditos indevidos no valor de R\$ 2,6 milhões ...

22. A denúncia apontou que o Sr. Buchor ganhava somas vultosas por gerar créditos tributários inexistentes ...

23. Em agosto de 2002, Buchor criou com um irmão e um funcionário a empresa Economia Consultoria Tributária Ltda, especializada em assessoria para "redução da carga tributária de maneira eficiente e legal". Era um nome semelhante à outra empresa de assessoria empresarial que já atuava no mercado do Rio Grande Do Sul.

24. A sede era no escritório do Sr. Buchor. Mas um folder de divulgação apresentava a empresa como uma potência nacional ... A equipe seria composta por profissionais de alto quilate ... Tudo era uma farsa. Não existiam filiais em outros Estados e, dos 15 funcionários, 12 eram nomes fantasmas. Vide folder de divulgação do escritório no anexo.

.....

26. Esse profissional precisava de clientes e não foi difícil encontrá-los, graças a um complexo sistema tributário brasileiro. Em especial, para o caso a legislação de PIS/PASEP e CONFINS. E, qual é o conceito de insumos para os

prestadores de serviço? Essas questões levaram a Transportadora Plimor Ltda a contratação dos serviços do famoso advogado tributarista.

Perfil da Empresa e Complexidade da Legislação, conjugados com Necessidade de Consultoria e Arbitrariedade da Fiscalização

Principia este ponto dizendo que a transportadora foi fundada em 1975, tendo como sócios o Sr. PLÍNIO e outro, MOACYR FELTRIN, com uma KOMBI e, “em 2002, a empresa estava consolidada no mercado como uma das melhores do estado, moderna, com estrutura de primeiro mundo, de lá para cá, a empresa foi consolidada também nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo. A tecnologia de ponta faz parte da Transportadora Plimor em todos os setores, o que possibilita aos seus clientes a utilização de modernos sistemas de consulta, além de manter uma excelente frota de veículos monitorada e garantir mais de 120 linhas de horários fixos ...”

Depois faz uma ligação com a legislação tributária federal, com a necessidade de assessoria profissional, desembocando na suposta arbitrariedade da Fiscalização:

30. Terceiro, com esse tamanho de empresa, pode-se visualizar o tamanho de suas operações e a complexidade de entendimento da Leis 9.715 ... 98, sendo tormentoso assunto para a empresa, lei nº 10.833/2003, entre outras incontáveis, que se pode afirmar que é notório a complexidade do sistema de arrecadação de PIS e COFINS no Brasil, assim, a fim de evitar tautologia, tem se que provada sua complexidade.

31. Assim, fato incontestado, que no início dos anos 2003 iniciou uma parceria estritamente comercial entre este advogado e sua empresa e a Transportadora Plimor, vide contrato de prestação de serviço em anexo, vide planilhas e orientações sobre crédito de PIS e COFINS, vide orientações contábeis de procedimentos administrativos fiscais, etc.

32. Deste modo, durante anos a Transportadora Plimor seguiu o entendimento tributário de seu advogado tributarista. Remunerando-o nos termos contratados. Ocorre que diante da prisão do advogado tributarista, com os documentos apreendidos na operação, constam planilhas de pagamentos feitos pela impugnante ao tributarista e sua empresa, considerando os créditos gerados pelo seu trabalho, porém em nada tem haver com suposta sonegação de impostos da empresa impugnante.

33. Os valores pagos ao tributarista correspondem a sua prestação de serviços jurídicos, contratados, pagos, devidamente contabilizados, recolhidos seus impostos e devidamente declarados para a Receita Federal do Brasil. E, os créditos aproveitados na contabilidade da empresa. Todos declarados nos termos de sua orientação, funcionamento e processo de compensação de créditos.

34. Ocorre que diante das informações desconexas apreendidas na operação policial, a Receita Federal do Brasil, que apontavam na linha de que o Sr. Buchor atuava para Transportadora Plimor, iniciou uma investigação para apurar tomadas de crédito de forma irregular de COFINS e PIS/PASEP. Tudo nos termos dos documentos anexados ao relatório de fiscalização objeto da presente lide, em especial, o Doc. 12.

35. Após 02 anos de trabalhos de fiscalização, onde a empresa sempre corroborou com esclarecimentos sobre o tema COFINS, PIS/PASEP, base de

cálculo, impostos, etc, foi surpreendida com uma autuação que somam no importe de R\$ 13.0003.526,88 (Treze milhões, três mil e quinhentos e vinte seis reais).

36. Ocorre que em fls. 41 do relatório de fiscalização ficam evidentes traços que a empresa não foi objetivamente fiscalizada de forma imparcial, com o direito ao contraditório e a ampla defesa. Senão vejamos. Não foi apontada a regra-matriz tributária incidente do imposto indevidamente pleiteado, entre outras máculas.

37. Simplesmente foi feito um levantamento de uma planilha que a RFB se apropriou em uma investigação criminal estranha ao presente caso, que para aliviar as responsabilidades criminais por parte do tributarista, sócios e empresas, empurrou para o bojo da investigação criminal centenas de nomes de clientes, sonegadores, pessoas de bem, pessoas do mal, listas, valores, de diversos clientes que supostamente seriam responsáveis por evasão de tributos municipais, estaduais e federais, com o intuito de tumultuar e dificultar as investigações que tinha contra si e se beneficiar de alguma forma.

38. Relatórios esses que supostamente apontam que a impugnante tomou um crédito de COFINS e PIS/PASEP nos anos de 2010/2011 e 2012. Porém, a questão não é tão singela, para colocar o nome da impugnante como uma "sonegadora" de impostos fiscais, que impingindo uma exação fiscal pode lhe representar 08 anos de trabalho para seu pagamento. Tudo nos termos dos últimos 8 balanços patrimoniais."

Diz ao final da parte introdutória que "esse auto de infração que lhe foi imposto deverá ser desconstituído tanto por razões formais como materiais como pormenorizadamente passamos a analisar".

II. Da Preliminar de Tempestividade

Toma por base o art. 5º do Decreto nº 70.235/72 (por óbvio, também para os Responsáveis):

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Aqui tenho que abrir uma exceção (adentrando também nas Impugnações do Responsáveis), já que, como já visto, algumas datas do recebimento das Intimações e das Juntadas das Impugnações são distintas. Vejamos o que cada um disse:

- TRANSPORTADORA PLIMOR (fls. 1.185):

"44. Assim, tendo a intimação sido realizada em 14 de outubro de 2016, e sendo apresentada em 14 de novembro de 2016 está sendo apresentada ... tempestivamente."

- Sócio-Administrador PLÍNIO (fls. 626):

"44. Assim, tendo a intimação sido realizada em 14 de outubro de 2016, e sendo apresentada em 14 de novembro de 2016 está sendo apresentada ... tempestivamente."

- Sócio JULHIANO (fls. 999):

“44. Assim, tendo a intimação sido realizada em 17 de outubro de 2016, e sendo apresentada em 17 de novembro de 2016 está sendo apresentada ... tempestivamente.”

- Sócia PB-PARTICIPAÇÕES (fls. 810):

“44. Assim, tendo a intimação sido realizada em 17 de outubro de 2016, e sendo apresentada em 17 de novembro de 2016 está sendo apresentada ... tempestivamente.”

III. Da Preliminar de “Prescrição e Decadência”

Alega que “a demora da administração em terminar sua fiscalização maculou seu procedimento, e se alastrou além do razoável e aceitável tempo, na medida em que decorrido mais de dois (2) anos entre a data do início da fiscalização e o presente termo de encerramento parcial da fiscalização”, isto com fulcro no Princípio da Razoável Duração do Processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal) e no art. 24 da Lei nº 11.457/2004, que “fulmina a questão quando determina o lapso temporal de 360 dias para se ter uma decisão administrativa”.

Cita inúmeras decisões administrativas e judiciais, bem como doutrina e até Direito Internacional, todas acerca desta razoável duração do Processo – mas sem, em nenhum momento, fazer qualquer referência ao Código Tributário Nacional.

IV. Da Responsabilização Tributária dos Sócios e do Administrador

Na realidade, a TRANSPORTADORA PLIMOR não é Responsável, mas sim Contribuinte, então esta parte não seria a ele aplicável, apesar de também constar de sua peça contestatória própria.

De toda forma, nas demais Impugnações, as alegações são idênticas, pelo que aqui as sintetizo.

Abre este assunto dizendo que “É de crucial importância, no caso analisar acerca da legitimidade dos sócios da empresa impugnante para figurarem como sujeitos passivos da exação tributária. Vide que foram postos como agentes que detinham o domínio do fato no não recolhimento de impostos objeto da cobrança pelo fisco”.

Envereda primeiramente (o que também não deixa de permear muitas das alegações) para o lado do redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa quando já incluídos na Certidão de Dívida Ativa, trazendo, em especial, decisões judiciais a respeito.

Quando vai ao que aqui exatamente pertine, trata somente da responsabilização com base no art. 135, III do CTN – mesmo para o caso da PB-PARTICIPAÇÕES (fls. 837 a 857, Itens a 092 a 141), que, conforme já dito, foi responsabilizada com base no art. 124, I, ao qual não faz nenhuma menção, em qualquer das Impugnações.

Baseia praticamente toda a sua defesa, neste aspecto (buscando amparo em citações doutrinárias e em jurisprudência), na alegação de que a responsabilização do sócio, com base art. 135, III, exigiria o dolo e não somente a culpa, ou seja, a responsabilidade seria subjetiva e não objetiva, pois, admitida esta última, na

infração da lei por simples inadimplemento haveria até um conflito normativo entre os arts. 134 e 135.

Vejam os alguns argumentos de forma mais detalhada e literal, à vista da importância “diferenciada” do tema, já que atinge a outros três sujeitos passivos:

“110. ... Para os sócios serem responsáveis é necessário que tenham praticado ato com excesso de poderes ou infringindo a lei, contrato social ou estatuto social, essa prova é exclusiva de quem alega, vale dizer, sempre da Fazenda Pública o que não é o caso dos autos.

.....

115. Os sócios apenas praticam ilícitos ao atuarem além de suas competências, ou seja, se sua atuação for própria e pessoal, não se caracterizando como um ato da empresa. Assim, os sócios somente podem ser responsabilizados quando ultrapassarem os limites de seus atos normais como gerentes, infringindo as normas societárias e as do contrato social que regulam a abrangência de sua atuação.

116. O sócio será responsabilizado, neste quesito, somente na hipótese de praticar atos ilícitos além de suas funções, contrariando a lei societária e as suas atribuições estabelecidas no contrato social, ou seja, quando age por si mesmo, e não em nome da sociedade.

117. Por exemplo, se o tributo não é pago para que o seu valor seja reinvestido na empresa ou utilizado para pagar fornecedores, a responsabilidade é da sociedade; lado outro, se o tributo não é pago para seu valor ser desviado para os sócios, a responsabilidade é deles. E, em nenhum momento fica provado esse intuito no presente auto de infração tributária.

118. O principal pressuposto para a responsabilidade tributária de sócios-gerentes, diretores e administradores das pessoas jurídicas de direito privado reside no dolo. Imprescindível à comprovação do intuito precípua em fraudar a lei ou contrato social para auferir vantagem indevida, posto que o art. 135 não traz hipótese de responsabilidade objetiva.

.....

121. Muitas vezes a responsabilidade tributária do sócio é confundida com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas, embora os resultados sejam semelhantes, em termos jurídicos há muita diferença entre as duas figuras.

122. Na responsabilidade tributária, os sócios respondem por atos próprios, quando agem com excesso de poder ou quando contrariam dispositivos legais, estatutários ou contratuais; já na desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade do sócio é fundada no fato deste se valer da empresa, manipulando-a a fim de obter propósito ilícito, utilizando a pessoa jurídica com o precípua objetivo de fraude.

123. Contudo, para que a aplicação desta teoria se efetive em casos concretos, é necessário que, da mesma forma, haja a prévia demonstração de que ocorreram certos requisitos, como o desvio de finalidade da pessoa jurídica ou o abuso de sua utilização, ou pela confusão patrimonial entre ela e seus sócios. Neste caso, a responsabilidade pelos atos ilícitos será tanto do sócio quanto da sociedade.

124. Importante ressaltar que o art. 135, III do CTN prevê responsabilidade dos sócios desde que tenham poderes de gerência ou direção da sociedade, visto que

a responsabilidade decorre do poder de gerência, não da qualidade de ser sócio. No caso de pessoas jurídicas cuja responsabilidade dos sócios tem limitação, como as sociedades por cotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas, estes somente respondem pelo débito tributário em circunstâncias específicas, seja de acordo com os preceitos do art. 135 ou no limite da integralização do capital social ou do valor das ações. Como o art. 135 prevê a possibilidade de haver responsabilidade dos representantes legais, conclui-se que apenas o sócio-gerente pode ser responsabilizado, excluindo-se o sócio não-gerente, que não tem poderes de decisão na empresa. De fato, o sócio não gerente não pode arcar com a responsabilidade tributária, visto que não tem poder para praticar atos geradores de responsabilidade.

125. Existe uma dissonância doutrinária e jurisprudencial nos casos de execuções fiscais movidas contra os sócios em litisconsórcio passivo com as empresas e quando a execução é redirecionada posteriormente contra eles.

126. Há quem entenda que, caso já seja movida a execução também contra o sócio, tendo seu nome incluído na Certidão de Dívida Ativa, a responsabilidade de provar que não tenha agido com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social seria ônus do sócio, em virtude de ter a CDA presunção de veracidade. Lado outro, se a execução fosse posteriormente direcionada contra o sócio, o ônus de provar o cometimento de ato ilícito seria da Fazenda.

127. Correto o entendimento que, em caso de redirecionamento da execução contra o sócio, tenha a Fazenda o ônus de provar o cometimento de circunstância autorizadora de responsabilidade pessoal, antes que o redirecionamento seja deferido. Ressalte-se que a prova deve ser feita previamente pela Fazenda antes do redirecionamento, sob pena de infração à lei, visto que o art. 135 permite a execução do responsável tributário, e não do sócio. O sócio só se transforma em responsável tributário após a prova de cometimento de ato ilícito, e por isto, a execução só pode ser redirecionada contra ele após a produção desta prova. Ajuizar ação contra o sócio, pura e simplesmente, é infringir o art. 135, visto que este não autoriza execução contra sócio, só autoriza execução contra o responsável tributário.

128. Pertinente a reflexão sobre ser possível ou não o redirecionamento de execução contra sócio cujo nome não conste na Certidão de dívida ativa, visto que o art. 202 do CTN preceitua que o nome dos executados e co-obrigado deve constar da CDA, sob pena de sua nulidade. O melhor entendimento é no sentido da necessidade da Fazenda substituir a CDA para fazer incluir o nome do sócio, após provar a sua responsabilidade tributária, sendo que a substituição é autorizada pela Lei 6830/80, no art. 2º, § 8º, sempre assegurando ao executado o prazo para Embargos.

129. Em relação à propositura de execução fiscal diretamente contra o sócio, em virtude de seu nome já estar na Certidão de dívida Ativa, entendemos que tal só pode ser admitido com importante ressalva: prévia apuração de responsabilidade no processo administrativo.

130. Embora a CDA tenha presunção de veracidade, esta presunção somente subsiste em virtude desta estar apoiada em um prévio processo administrativo. Assim, a responsabilidade tributária deve ficar provada, pela Fazenda Pública, neste processo administrativo, no qual deve ser assegurado o contraditório e ampla defesa ao sócio, que deve ser pessoalmente notificado para apresentar defesa. A responsabilidade tributária não pode ser apoiada em uma presunção, mas somente em provas concretas, cujo ônus é de quem as alega, da Fazenda Pública, seja no processo administrativo ou no processo judicial, mas sempre antes de se proceder a citação do sócio no executivo fiscal.

131. Inquestionável que cabe unicamente à Fazenda Pública o ônus da prova acerca de atos ilegais/irregulares porventura praticados pelo sócio que acarretariam a sua responsabilidade pessoal, pois a inclusão do mesmo no pólo passivo da execução fiscal só deve proceder-se após a apresentação destas provas, que são de incumbência da parte que sustenta a alegação, pois é norma do Direito que a presunção é sempre pela inocência, no caso, pelo correto procedimento do sócio.

132. Ademais, em termos práticos, é inviável a produção de prova, pelo sócio, de que toda a sua gestão foi regular, pois teria que apresentar vastíssima quantidade de documentos, e ainda assim, a prova não seria possível, visto que não há como produzir, em termos gerais, prova de que não se cometeu ato ilícito ou irregularidade.

133. Conclui-se, portanto que, a personalização da sociedade limitada divide o patrimônio jurídico da sociedade do patrimônio dos sócios, ou seja, a regra é a da irresponsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais.

134. A responsabilidade pela integralização do capital seria então o limite da responsabilização dos sócios, que só responderiam pelo valor das quotas com que se comprometem no contrato social, não fossem as exceções que ampliam essa responsabilidade que, dependendo da natureza da obrigação, decorrem de infrações ao contrato, à lei ou de situações que permitem a desconsideração da personalidade jurídica.

135. Sobre as sociedades limitadas, é pacífica a doutrina e a jurisprudência atual em não considerá-las uma sociedade de pessoas, o que ensejaria a incidência do art. 134, VII, do Código Tributário Nacional.

136. A responsabilidade dos administradores prevista no art. 135, III, do CTN, preconiza que estes se põem em tal situação "pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" o que não é o caso dos autos.

137. Ainda assim, desconsiderando para os fins de responsabilização de terceiros que o mero inadimplemento seja uma infração à lei, muitas são as hipóteses ensejadoras da responsabilidade. Mas a matéria, às vezes, torna difícil a comprovação de infrações cometidas por parte dos administradores, e por isso nossos tribunais não têm exigido ação com esse específico propósito, buscando a demonstração dentro da própria execução do tributo, em que os sócios poderão aduzir que não cometeram nenhuma das infrações que oportunizam a responsabilidade dos mesmos.

138. Mas como é dever da Fazenda Pública fazer prova do que alega em cada uma das execuções que promove, e dever do julgador exigir que seja feita essa prova, o entendimento atual do STJ é de que o juiz poderá exigir, antes de ordenar a citação do administrador, a prévia demonstração pela Fazenda Pública que este praticou algum dos atos previstos no art. 135 do CTN.

139. Assim, devendo ser afastada a responsabilidade tributária dos sócios e de seu administrador imediatamente. Pois, não existe nenhuma prova de conluio entre os integrantes da Transportadora Plimor e o advogado tributarista. Além, desses aspectos preliminares, é importante a seguir questionar a validade do ato no aspecto material.

140. Destarte, haja vista não tendo sido demonstrada a ocorrência de inadimplemento doloso de tributos, não há como se responsabilizar sócio ou

administrador de pessoa jurídica por débito desta, por força do disposto no artigo 10, primeira parte, do Decreto n. 3.708/19, que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

141. Sendo os sócios partes ilegítimas ad causam para figurar no polo passivo da ação expropriatória, impõe-se a desconstituição e a exclusão de seus nomes do polo passivo do processo e infração fiscal, devendo permanecer esta apenas contra a empresa Transportadora Plimor Ltda.”

V. Da Nulidade do Auto de Infração

“143. Preliminarmente, ... o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC).

144. E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei.

145. Na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, como veremos, incorre, já que vícios existem. Acarretando, por certo, a nulidade do ato ...

146. Pela conceituação, depreende-se que inexistem documentos se não estiverem presentes todos os elementos indispensáveis, assim não teremos um auto de infração, administrativamente considerado. Este dano é de tal monta que fere de morte a validade do ato administrativo. Impossível à ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem.

147. Será um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante ...

.....

149. No caso em tela o erro na subsunção do fato ao critério pessoal da regra-matriz de incidência do PIS/PASEP e COFINS configura erro de direito é vício material, gera um vício material. E, uma vez ferido o art. 59 do PAF determina serem nulos os atos lavrados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa ...

.....

161. Desse modo, o erro na interpretação da regra-matriz de incidência no que concerne ao sujeito passivo da obrigação tributária (o que inclui tanto o contribuinte como o responsável tributário) gera um lançamento nulo por vício material, não se aplicando a regra especial de contagem do prazo decadencial do art. 173, II, do CTN.

162. No presente caso é evidente que para chegar a suposta apropriação de créditos, a fiscalização desconsiderações um raciocínio basilar de contabilidade, que deverá ser feito para se apurar o real valor do débito, se por hipótese, aceitar-se a idéia de pagamento a menor de PIS/PASEP e COFINS. Senão vejamos:

163. Em fls. 10, a fiscalização coloca que "A título ilustrativo, os lançamentos referentes aos valores da tabela 6 acima, (que geraram os créditos inexistentes) são

feitos com os seguintes lançamentos. Conta de Passivo: PIS a RECOLHER; Conta de Resultado Combustíveis e Lubrificantes.

164. Uma vez que a conta PIS A RECOLHER é uma conta de passivo, esta se reduz com lançamentos a débito, já a conta COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES é uma CONTA DE RESULTADO, despesa no caso, que se reduz com lançamentos crédito.

165. Assim, o entendimento é singelo. Se o fiscal utilizou o raciocínio de que foi feito um lançamento pela compra de Combustíveis e Lubrificantes para gerar um crédito. Esse pagamento de Combustível e Lubrificante saiu do resultado, por óbvio positivo da empresa. Se houve aumento do resultado positivo da empresa, o que acarreta um pagamento a maior de IRPJ e Contribuição Social? Sim, com o raciocínio da fiscalização, deve ser abatido o valor que impugnante pagou à maior de IRPJ e Contribuições Sociais Sobre o Lucro Líquido, no débito hora apresentado.”

VI. Da Perícia Contábil e Econômica

“167. Haja vista os termos da fiscalização em fls. 09 até 13 explicar como contabilmente ocorreram a "criação de créditos de PIS/PASEP e COFINS" é evidente que houve uma criação de conta resultado maior da impugnante, que comportasse o pagamento dos Combustíveis e Lubrificantes. Na criação fictícia da fiscalização esta desconsiderou completamente que se houve o aumento da conta resultado da empresa, houve pagamento a maior de IRPJ e CSLL, que no mínimo deve ser desconsiderado ou aproveitado para fins de compensação com eventual crédito em favor do fisco.

168. Assim, o impugnante deseja que uma perícia técnica para que sejam respondidos os seguintes quesitos:

> Se com a descrição do lançamento feito pelo Fiscal de tributos para apurar os créditos de PIS/PASEP e COFINS, se houve aumento dos resultados positivos da empresa?

> Se a resposta do quesito acima for positiva. Se com o aumento da conta resultado, houve o aumento fictício da base de cálculo de IRPJ e CSLL da empresa no período apurado?

> E, se a resposta acima foi positiva, se houve pagamento a maior de IRPF (sic) e CSLL por parte da Transportadora, com os lançamentos objeto do presente lide?

> E, em caso da resposta ser positiva, compensando-se o valor pago e o valor cobrado, que importância seria encontradas em favor do fisco ou da impugnante?

> Excluindo-se da base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, no período objeto de discussão, o ICMS, qual o valor de PIS/PASEP e COFINS a pagar por parte da Transportadora?

Para tarefa, a impugnante, desde já indica, seus peritos ... (dá todas as qualificações e o endereço dos mesmos).

169. OU, o perito independente ...” (também com qualificação e endereço).

VII. Do Mérito

“172. É inconteste que os lançamentos feitos pela impugnante foram de fato realizados sob a orientação de seu consultor tributário Luiz Adriano Vargas Buchor, proprietário da empresa Economia, Consultoria. Vide as planilhas analisadas para dar suporte ao auto de infração, foram feitas pelo consultor tributário, que orientava a empresa até como fazer os lançamentos na DACON para dar legitimidade aos lançamentos.

173. Ocorre que esses créditos na opinião do tributarista especializado tinham 02 objetivos: a- afastar a base de cálculo do ICMS para apuração do PIS e COFINS; e, inclusão de créditos de combustíveis e lubrificantes não utilizados pela transportadora nos últimos 05 anos anteriores aos lançamentos.

174. A uma, pois é nítido e pacificado que a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) não deve ser feita. E, a duas, pois a questão da prescrição e de decadência de 10 anos, 5+5 ou últimos 5 anos não estava pacificada até poucos anos atrás. E, evidente que o consultor tributarista se utilizava do critério dos 10 anos antes da consolidação da regra.

175. Assim, sabendo-se que o conceito de receita bruta, para efeito de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, já foi exaustivamente debatido nos tribunais, particularmente no Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário responsável pela interpretação das normas constitucionais.

176. Sabe-se que o sistema tributário brasileiro é altamente constitucionalizado: as disposições da Constituição Federal de 1988 relativas ao sistema tributário compõem um texto de dimensão maior do que toda a Constituição norte-americana. E, nesse contexto, encontra-se a previsão para a instituição das contribuições sobre o faturamento ou receita bruta, expressões empregadas no texto constitucional para designar a base de cálculo possível para o PIS e a Cofins.

177. Cada termo utilizado na Constituição para referir-se a possíveis fatos geradores ou bases de cálculos de tributos, concedendo competência ou poder de tributar à União, aos Estados ou aos Municípios, tem um sentido jurídico e técnico específico, que deve ser observado pela lei que regule a cobrança de cada modalidade tributária, sob pena de inconstitucionalidade. Dessa forma, por diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais cobranças tributárias que alcançavam fatos geradores ou bases de cálculo distintas ou mais amplas do que aquelas autorizadas constitucionalmente.

178. Foi assim com o julgamento ... e aqueloutro, bem recente, em que se decretou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo de PIS/Cofins pela Lei nº 9.718/98, de faturamento, para receita bruta.

179. Recentemente, essa questão do respeito aos conceitos constitucionais voltou a ser debatida, precisamente os conceitos de faturamento e receita bruta. Os contribuintes questionam se o ICMS lançado pelas empresas nas notas fiscais de venda de mercadorias, ou prestação de serviços de comunicação ou transportes, corresponde a receita bruta ou faturamento, e se pode ser assim incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins. O conceito de faturamento ou receita bruta, no âmbito do direito comercialista, corresponde à totalidade de ingressos de recursos decorrentes do desempenho do objeto social da pessoa jurídica, e isso já foi declarado diversas vezes pelo STF. Será então que o ICMS pode ser considerado ingresso de recursos ou incremento patrimonial, e assim ser incluído na base de cálculo de PIS/Cofins? Não, o imposto estadual é um ônus, despesa, e não pode, em qualquer hipótese, ser classificado como receita do contribuinte, em nada influido,

nesse sentido, o fato de que o imposto seja destacado na nota fiscal e cobrado no mesmo momento da venda da mercadoria que irá gerar o faturamento da empresa. Vale lembrar que o IPI e o ICMS substituição tributária, incidentes no mesmo momento da venda em que é cobrado o ICMS normal, já não integram a base de cálculo de PIS e Cofins, por determinação legal, e com certeza não é uma concessão ou benefício oferecido pelo Estado, mas sim porque não correspondem a receita bruta ou faturamento.

180. Este precedente iminente do STF tem levado os juízes e tribunais a conceder aos contribuintes a exclusão do ICMS da base de cálculo de PIS e Cofins, o que significa uma redução em média de 17% na base de cálculo destes tributos, como também a restituição dos valores recolhidos a maior, pela inclusão do imposto estadual em suas bases de cálculo nos recolhimentos já efetuados. Trata-se de economia relevante para o contribuinte, em tempos de elevada competitividade entre as empresas e alta carga fiscal. Aqueles que forem contribuintes de PIS, Cofins e ICMS devem, portanto, apressar-se, inclusive para evitar que a fluência do prazo prescricional reduza o montante a restituir.

181. Ocorre que a empresa não tem a espertice de como operacionalizar esse estorno de pagamento de tributos e seguiu a risca a orientação do profissional, consultor, que era altamente remunerado para o serviço e gabaritado. Tanto que atuava perante todos os órgãos de fiscalização e judiciais sem qualquer obstáculo.

182. Se transitava no meio judicial e administrativo com tanta desenvoltura como pessoas com baixo conhecimento jurídico e contábil vão poder discutir e argumentar sobre a prática a ser utilizada? Infelizmente não se tinha como argumentar. Assim, se tal lançamento fiscal for procedente, que se leve em consideração a não inclusão do ICMS em sua base de cálculo.”

VIII. Do Princípio do Não Confisco e Ofensa ao Direito de Propriedade (Multa e Juros)

“184. Verifica-se do auto de infração que a multa imputada é de valor equivalente a 150% (oitenta por cento) do principal, o que revela seu efeito confiscatório, especialmente quando agregada à Taxa Selic como no caso.”

IX. Dos Pedidos

“ANTE O EXPOSTO, REQUER:

A. Seja instaurada a fase litigiosa do procedimento;

B. Seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário;

C. À vista do exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência total, do lançamento, requer que seja acolhida a presente Impugnação; para anular totalmente a exação fiscal; declarando-se a decadência ou prescrição do auto de infração por ultrapassar a razoável duração do processo;

D. Caso, por hipótese, não seja esse o entendimento da Junta de Julgamento, seja dado parcial procedência da impugnação, para:

I. Afastar a responsabilidade tributária dos sócios e de seu administrador da exação fiscal, por sua absoluta ilegitimidade passiva ad causam;

II. Seja abatido no valor do débito a quantia paga a maior pela empresa, correspondente ao IRPJ e CSLL em razão do lançamento que deu origem ao créditos

de PIS/PASEP e COFINS, pois rigorosamente acompanha o lançamento feito pela RFB, isto é se gerou um crédito de PIS/PASEP e COFINS, gerou IRPJ e CSLL à maior que foi pago, a ser apurada nesses autos; e a permissão para compensação ou recálculo PIS/PASEP e COFINS da obrigação tributária, mas com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS que não foi realizada pelo fisco;

III. Seja reduzida a multa arbitrada em 150% para o patamar de 2%, pelas razões exposta, total ausência de dolo de infração tributária, proibição de confisco;

D. (sic) Protesta provar o alegado por produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial as provas documentais, testemunhais, e demais que se fizerem necessárias, em especial, a prova pericial nos termos já destacados;

E. Todos os argumentos apresentados na fiscalização são contestados por vícios formais e materiais, o impugnante, pois não concorda com o auto de infração e a notificação de lançamento, e apresentou as razões de cada item;

F. Ressalte-se que não houve omissão de um único item na impugnação por parte do impugnante, pois não concorda com a autoridade fiscal;

G. Que a RFB anexe aos presentes autos, todos os processos administrativos imputados, desde 2000, contra a Transportadora Plimor LTDA, em especial, aqueles que tramitaram perante o CARF para ficar consolidado que seu procurador era Luis Adriano Vargas Buchor e sua empresa de consultoria Tributária;

H. Seja oficiado para a 2a. Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, para que forneça cópia integral do processo que move contra Luiz Adriano Vargas Buchor, para provar que as planilhas usadas para fundamentar a presente lançamento fiscal é errônea e equivocada; E, ditas planilhas foram utilizadas como argumento para dizer que os supostos créditos frios eram utilizados para pagar comissão ao Tributarista;

I. Seja oficiada a Secretaria de Finanças do Estado do Rio Grande do Sul para que responda se existe algum processo fiscal movido pela fazenda Pública contra a impugnante;

J. Todos os documentos apresentados são fidedignos com os originais, sob pena de responsabilidade nos termos do CCB e CPC;

K. Seja oficiado ao MPRS se possui algum expediente interno processante contra a impugnante, administradores e seus sócios, para provar vínculo entre Luís Adriano Vargas Buchor.”

É o que importa relatar."

A DRJ no Recife (PE) julgou improcedente a impugnação e o Acórdão nº 11-55.199 foi assim ementado.

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE UTILIZADOS PARA ABATIMENTO DO VALOR DEVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA SUA LEGITIMIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO VALOR NÃO RECOLHIDO.

Não tendo sido comprovado, por meio de documentação hábil e idônea, em procedimento de fiscalização, que o contribuinte detinha créditos da não-cumulatividade deduzidos da contribuição devida na apuração do valor a recolher, há que se proceder à sua glosa, lançando de ofício o valor que eventualmente deixou de ser recolhido.

BASE DE CÁLCULO. ICMS PRÓPRIO. INCLUSÃO.

O ICMS próprio (que não seja devido por substituição tributária), compõe a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE UTILIZADOS PARA ABATIMENTO DO VALOR DEVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA SUA LEGITIMIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO VALOR NÃO RECOLHIDO.

Não tendo sido comprovado, por meio de documentação hábil e idônea, em procedimento de fiscalização, que o contribuinte detinha créditos da não-cumulatividade deduzidos da contribuição devida na apuração do valor a recolher, há que se proceder à sua glosa, lançando de ofício o valor que eventualmente deixou de ser recolhido.

BASE DE CÁLCULO. ICMS PRÓPRIO. INCLUSÃO.

O ICMS próprio (que não seja devido por substituição tributária), compõe a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO EM LANÇAMENTO DECORRENTE DE PROCEDIMENTO FISCAL. EXCEPCIONALIDADES. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação de ofício em lançamento decorrente de procedimento fiscal, ainda observadas determinadas condicionantes, atinge somente saldos de créditos da não-cumulatividade não aproveitados (SCI Cosit nº 24/2007) ou pagamentos de alguns tributos da mesma espécie e período de apuração, mas com forma de apuração distinta (SCI Cosit nº 23/2006), não se cogitando da compensação com tributos de espécies diferentes, ainda mais aqueles que eventualmente teriam sido recolhidos a maior como consequência do lançamento.

EVIDENTE CONDUTA DOLOSA, TÍPICA DA FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO, PARA 150 %.

A reiterada dedução de créditos da não-cumulatividade decorrentes de aquisições simplesmente não contabilizadas, não comprovadas ou lastreadas em documentos fiscais inidôneos, com o objetivo consciente de reduzir os valores a pagar das contribuições, por empresa de porte, orientada por uma assessoria que notoriamente agia de má-fé, remunerada proporcionalmente ao valor dos créditos indevidamente aproveitados, configura manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis, evidente ação dolosa tendente a reduzir o pagamento das contribuições devidas, conduta esta típica da fraude, definida no art. 72 da Lei nº 4.502/64 (e explicitada na NBC T 11 - IT - 03), ensejadora da qualificação da multa de ofício de 75 para 150 %, conforme art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

ATOS COMETIDOS COM INFRAÇÃO DE LEI PELOS ADMINISTRADORES DA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei (que não o simples inadimplemento) os gerentes de pessoas jurídicas de direito privado, conforme art. 135, III, do CTN, ainda mais quando caracterizado o dolo espécie, mesmo que não seja condicionante, pois é bastante o dolo gênero, que envolve também a culpa (Parecer PGFN/CRJ/CAT/Nº 55/2009, Item 59).

SÓCIA INVESTIDORA. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Conforme art. 124, I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Se uma empresa é sócia de outra, com o simples objetivo de dela participar, sem outra atividade própria, caracterizada está a intenção de auferir as vantagens desta conjugação de interesses, que é maximizada com a redução da carga tributária.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2012

NULIDADE DO LANÇAMENTO. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PROCESSUAIS. AFASTAMENTO.

Afastam-se as alegações de nulidade do lançamento quando ele foi realizado por autoridade competente e os sujeitos passivos puderam exercer plenamente a sua defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA. DEFERIMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.

Ainda que o pedido de perícia preencha os requisitos previstos na legislação processual, a autoridade julgadora poderá, fundamentadamente, indeferi-lo (art. 16, inciso IV e § 1º, e art. 18, caput, c/c art. 28, caput, in fine, do Decreto nº 70.235/72). Se visa a tão-somente recalcular os valores lançados com base em premissas afastadas no Julgamento, mostra-se descabido.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

Inconformado, o contribuinte e os responsáveis solidários interuseram recursos voluntários, idênticos, em que repetem os argumentos contidos nas impugnações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Marcelo Costa Marques d'Oliveira

Os recursos voluntários dos sujeito passivo principal e responsáveis solidários preenchem os requisitos de admissibilidade e devem ser conhecidos.

A recorrente é empresa de transporte de carga e, em seu desfavor, foram lavrados de autos de infração de PIS e COFINS, resultantes de glosas de créditos calculados sobre gastos com combustíveis e lubrificantes, registrados nos períodos de apuração de dezembro de 2010 a dezembro de 2012.

Foram atribuídas responsabilidades tributárias solidárias aos sócios Plínio Luiz Bortoncello e PB Participações Ltda. e ao administrador Julhiano Bortoncello.

A multa de ofício foi qualificada, pois foram computados nas bases de cálculo dos créditos gastos:

a) relativos ao período de dezembro de 2010 a dezembro de 2011, cujas notas fiscais não foram apresentadas e tampouco contabilizadas (fls. 46 a 53 - "Relatório Fiscal"), constando nos livros contábeis apenas os registros dos créditos de PIS e COFINS;

b) relativos ao período janeiro de 2012 a dezembro de 2012, com compras da empresa "EMPRESA BRASIL DE TECNOLOGIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONVÊNIOS HAAG S/A", que, segundo apurado pela fiscalização, não atuava no ramo de combustíveis e lubrificantes e cujas notas fiscais:

- não foram apresentadas;
- não constam do banco de NF-e da RFB;
- não foram escrituradas no EFD - ICMS/IPI; e
- de acordo com a descrição encontrada no EFD - Contribuições não são de compra de combustíveis e lubrificantes.

c) relativos ao período janeiro de 2012 a dezembro de 2012, em relação aos quais foi identificado o problema citado na letra "a";

d) relativos ao período janeiro de 2012 a dezembro de 2012, cujas notas fiscais não foram apresentadas;

e) relativos ao período janeiro de 2012 a dezembro de 2012, suportados por notas fiscais de entrada emitidas pela própria recorrente, a qual, quando intimada a explicar as operações, limitou-se a declarar que *"não houve impacto algum no PIS e COFINS"* e *"não houve lançamentos contábeis de despesas para deduzir IRPJ e CSLL"*.

Além disto, a fiscalização teve acesso a documentos apreendidos em sede do processo criminal nº 001/2.13.0009568-5, que tramita na 2º Vara Criminal da Comarca do Foro Central de Porto Alegre (RS). O réu em questão e a pessoa jurídica de que é sócio foram acusados de, em conluio com a recorrente e outras pessoas jurídicas, criar, de modo ficto, créditos de PIS e COFINS.

As recorrentes interuseram idênticos recursos voluntários.

De pronto, consigno que os fatos acima relatados foram muito bem instruídos pela fiscalização, que auditou os arquivos digitais das notas fiscais e dos Livros de Entrada e Contábeis, DCTF, DACON, DIPJ e ECF Contribuições.

Porém, não foram diretamente combatidos nas peças de defesa, isto é, não foram trazidas notas fiscais e/ou correspondentes comprovantes de pagamento e/ou lançamentos contábeis das entradas e consumos das mercadorias, bem como explicações para as inconsistências contábeis.

As defendentes combateram o lançamento, primeiramente, apresentando extenso relato de sua atuação no mercado de transportes e da relação profissional que manteve com consultor tributário que, tempos depois, surpreendentemente, passaria a figurar como réu em ação penal. E, uma vez de posse dos arquivos do consultor, a RFB teria arrastado para o bojo da investigação centenas de clientes, sonegadores ou não, que passaram a responder pelas evasões tributárias.

Tais alegações, definitivamente, não têm o condão de afastar sua responsabilidade tributária, notadamente quando apresentadas em esfera administrativa de julgamento.

Em segundo lugar, apontando nulidades, ilegalidades e inconstitucionalidades que, como veremos adiante, não procedem.

E, por fim, alegando ilegitimidade passiva dos sócios, apesar de todas as evidências de fraude apresentadas no "Relatório Fiscal".

Desta forma, cumpre a este relator, desde já, declarar que vota no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Passemos aos argumentos de defesa.

"DA PRELIMINAR"

"Decadência e prescrição"

Aduz que decorreram mais de dois anos entre a data do início da fiscalização e sua conclusão, o que fere o princípio da duração razoável do processo, previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Ademais, tal lapso temporal ainda provocou:

- a ocorrência da "prescrição intercorrente", prevista no inciso I do Antigo CPC, que determina a extinção do processo, sem solução do mérito;

- inobservância do artigo 49 da Lei nº 9.784/99, que determina que, uma vez instruído, o processo administrativo deve ser concluído em trinta dias, prorrogável por igual período, se expressamente motivada;

- inobservância do art. 24 da Lei nº 11.457/97, que dispõe que *"É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."*; e

- colacionou doutrina e decisões administrativas e judiciais.

Ao fim, pleiteia *"a declaração de prescrição e decadência dos débitos"*.

O tempo de duração da fiscalização em comento não contraria as bases legais invocadas ou alguma outra qualquer, pelo que afasto os argumentos.

E tampouco poderia motivar a *"a declaração de prescrição e decadência dos débitos"*, previstas nos artigos 150, 173 e 174 do CTN.

A prescrição é matéria atinente ao processo executivo de cobrança. Portanto, nada há que se comentar.

Quanto à decadência:

- as recorrentes tomaram ciência dos lançamentos referentes ao período de dezembro de 2010 a dezembro de 2012, no curso do mês de outubro de 2016 (fls. 607, 609, 611 e 613); e

- nas fls. 40, 41, 47, 48 e 66 ("Relatório Fiscal") consta que, nos meses de dezembro de 2010 a dezembro de 2012, houve pagamentos de PIS e COFINS.

Como houve recolhimentos, em princípio, o prazo decadencial a ser aplicado seria o do §4º do art. 150 do CTN, isto é, cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador. E, neste caso, já teria decaído o direito de a Fazenda efetuar os lançamentos de PIS e COFINS relativos aos meses de dezembro de 2010 a outubro de 2011.

Contudo, em razão dos fatos citados no início deste voto (letras "a" a "e"), a fiscalização concluiu que a recorrente principal cometeu de fraude, com o intuito de reduzir os valores devidos de PIS e COFINS. E, conforme também já mencionado, as recorrentes não trouxeram provas do contrário.

Nestes casos, a contagem do prazo decadencial não deve ser efetuada nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, porém do inciso I do art. 173 do CTN, por força do disposto no art. 62A do RICARF. c/c a decisão do STJ, no REsp 973.733/SC, sob o regime do art. 543-C do CPC.

Este último dispositivo dispõe que o prazo quinquenal deve ser contado "*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*" Assim, em relação ao primeiro período de apuração autuado, dezembro de 2010, conta-se a partir de janeiro de 2012, posto que a Fazenda somente poderia constituir o crédito a partir do mês de janeiro de 2011.

Isto posto, o lançamento de ofício não foi atingido pela decadência.

Com base no acima exposto, nego provimento às preliminares tratadas neste tópico.

"Da responsabilidade tributária / da ilegitimidade ad causam dos sócios e administrador para a exação tributária"

Inicia, consignando que o art. 13 da Lei nº 8.620/93 foi declarado inconstitucional pelo TRF da 4ª Região. Este dispositivo (já revogado) dispunha que titular de firma individual e sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondiam, solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos com a Previdência Social, enquanto que sócios controladores e administradores, solidária e subsidiariamente.

Prossegue, abordando os artigos 134 e 135 do CTN.

Dispõe que o simples inadimplemento não dá causa à responsabilização tributária solidária.

Para a incidência do art. 135 do CTN, há que se comprovar, não presumir, dolo do administrador, o que não se encontraria nos autos. E que o ato constitua ilícito penal ou que a empresa tivesse sido irregularmente dissolvida.

Impõe ressalva à propositura de execução fiscal contra sócio, em virtude de seu nome figurar na Certidão de Dívida Ativa (CDA): prévia apuração de responsabilidade no processo administrativo.

Com tais argumentos, pleiteia a exclusão dos responsáveis solidários do polo passivo do processo.

Não assiste razão às recorrentes.

Não adentro em discussões concernentes a processo de execução de dívida, por não se encontrarem no escopo da presente.

Consta na 48ª Alteração Contratual (fl. 294) que o quadro societário era composto pelo Sr. Plínio Luiz Bortoncello, que detinha 52,825% das quotas, e a empresa PB Participações Ltda., 47,175%. E que a administração da sociedade competia aos Sr. Plínio Luiz Bortoncello e ao Sr. Julhiano Bortoncello.

Também foi apurado pela fiscalização ("Relatório Fiscal", fl. 76) que a PB Participações tinha como sócios o Sr. Plínio Luiz Bortoncello e o Sr. Julhiano Bortoncello e tinha como objeto social a participação em outras empresas e a locação de bens móveis e imóveis.

O "Relatório Fiscal" foi muito bem fundamentado, com provas cabais (notas fiscais, registros contábeis, EFD, DCTF, DACTON, ECD, ECF, planilhas etc.) de que houve fraude (art. 72 da Lei nº 4.506/64), com o intuito de reduzir os ônus com PIS e COFINS. E, mais uma vez, reporto-me aos fatos identificados pelo agente fiscal e elencados nas letras "a" a "e" acima.

E, uma vez comprovada a fraude, aplica-se o art. 135 do CTN, cabendo, portanto, a atribuição de responsabilidade tributária solidária ao sócio pessoa física (Plínio Luiz Bortoncello) e ao administrador (Julhiano Bortoncello):

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

(. . .)

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

(. . .)

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Também cabe a responsabilização da sócia pessoa jurídica - PB Participações Ltda., pelo nítido interesse comum, uma vez que seus sócios também figuravam como sócio e administrador da recorrente:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(. . .)"

Portanto, nego provimento aos argumentos.

"Da nulidade do auto de infração"

Alegou que não consta do relatório de fiscalização o dispositivo legal em que foram fundamentadas as glosas dos créditos de PIS e COFINS, o que configurar-se-ia como

um vício material, que determina a nulidade do auto de infração. Ademais, alegou que, se realmente houve aproveitamento indevido de créditos de PIS e COFINS, os aumentos que provocaram nas bases de cálculo da CSLL e IRPJ devem ser abatidos do presente lançamento.

Não procedem os argumentos.

Todos fatos foram detalhadamente narrados e apoiados nos registros contábeis e fiscais e em planilhas. E as bases legais às quais se subsumem os fatos foram correta e devidamente apontadas, como segue - as fls. abaixo indicadas referem-se ao "Relatório Fiscal": i) a avaliação acerca da legitimidade dos créditos foi baseada nos incisos II dos artigos 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 (fl. 35); ii) a qualificação da multa de ofício, no § 1º da Lei nº 9.430/96 c/c os artigos 72 ao 73 da Lei nº 4.502/64; e iii) a atribuição da responsabilidade tributária responsabilidade, nos artigos 124 e 135 do CTN, 117 e 245 da Lei nº 6.404/76 e art. 50 do Código Civil.

E é igualmente improcedente o segundo argumento, pois, além de não dizer respeito à possível nulidade do auto de infração, não cabe a este colegiado reconhecer de ofício créditos relativos a tributos eventualmente pagos a maior.

Então, afasto esta preliminar.

"Perícia contábil e econômica"

Pleiteou a realização de perícia contábil e econômica, com o objetivo de apurar os valores de CSLL e IRPJ pagos a maior, em função do registro de créditos indevidos de PIS e COFINS.

Reitero que não se encontra no escopo deste colegiado reconhecer de ofício supostos créditos de tributos pagos a maior.

"DO MÉRITO"

Relatou que os créditos tidos como indevidos tiveram como objetivos os de excluir das bases de cálculo do PIS e da COFINS o ICMS e o reconhecimento de créditos de combustíveis e lubrificantes não aproveitados nos cinco anos anteriores.

No curso da fiscalização, não foram apresentados elementos que comprovassem que os créditos glosados referiam-se aos citados temas, motivo pelo qual rejeito os argumentos, sem adentrar nos respectivos méritos.

"Do princípio do não confisco e ofensa ao direito de propriedade"

Alegou que a multa de ofício calculada à razão de 150% dos tributos não pagos, acrescida de juros Selic, tem caráter confiscatório, além de ferir o direito à propriedade, contrariando os incisos IV e XXII da Constituição Federal.

Como agravante, não teria havido dolo.

Assim, pleiteia a redução da multa de ofício para 2%, patamar estabelecido pelo §1º do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor. E, diante do § 3º do art. 192 da CF, que a taxa de juros de 1% ao mês prevista no CTN prevaleça, pois não é admissível que lei infra constitucional estabeleça percentual maior.

Não aprecio os argumentos de que a multa de ofício de 150% e os juros Selic são inconstitucionais, em razão da Súmula CARF nº 2, "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

Sobre a legalidade da aplicação da taxa selic, reporto-me à Súmula CARF nº 4: "*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*"

Também não cabe a este colegiado sequer tergiversar sobre uma possível redução da multa de ofício para 2%, haja vista que o percentual de 150% está expresso no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, para os casos de fraude, hipótese do art. 72 da Lei nº 4.506/64.

Por fim, reitero que o "Relatório Fiscal" foi muito bem fundamentado, com provas cabais (notas fiscais, registros contábeis, EFD, DCTF, DACON, ECD, ECF, planilhas etc.) de que houve fraude (art. 72 da Lei nº 4.506/64), com o intuito de reduzir os ônus com PIS e COFINS. E, mais uma vez, reporto-me aos fatos identificados pelo agente fiscal e elencados nas letras "a" a "e" acima.

Assim, restou plenamente justificada a qualificação da multa de ofício, pelo que nego provimento aos argumentos.

"Pedido de perícia"

Pleiteia a realização de perícia, para a produção de provas.

Rejeito o pedido, pois considero desnecessária para a conclusão da lide.

CONCLUSÃO

Nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira