



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

Processo nº 11075.000592/2006-14
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.529 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2016
Matéria IRPJ/Reflexos e IRRF
Recorrente CEREAZZIALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000, 2001

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Descabe a alegação de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais e o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento.

PRAZO DECADENCIAL. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A existência de dolo, fraude ou simulação na conduta do contribuinte impõe que o termo inicial do prazo decadencial de 5 anos para constituição de créditos referentes ao IRPJ, submetido a lançamento por homologação, seja deslocado da ocorrência do fato gerador para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. SÚMULA.

Não há que se falar em prescrição intercorrente no PAF quando sequer iniciou-se a contagem do prazo prescricional cujo início só ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário. A teor da Súmula nº 11, do Primeiro Conselho de Contribuintes, não se reconhece no âmbito do processo administrativo fiscal, o instituto da prescrição intercorrente.

ARROLAMENTO DE BENS. COMPETÊNCIA.

O exame de questões relacionadas ao arrolamento de bens encontra-se fora dos limites de competência do CARF

MATÉRIA PRECLUSA.

Considera-se fora da lide a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo Recorrente.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN.

Respondem solidariamente pelos créditos correspondentes à obrigação tributária da pessoa jurídica, os sócios que, na condição de administradores, praticarem atos com excesso de poderes ou infração à lei.

SUJEIÇÃO PASSIVA POR SUCESSÃO

A sujeição passiva por sucessão ocorre quando ficar demonstrado o encerramento, de fato, das atividades da pessoa jurídica e os mesmos sócios continuarem a exploração do mesmo negócio, no mesmo local, sob nova denominação social.

SUJEIÇÃO PASSIVA PESSOAL

Os sócios-gerentes e procuradores que praticarem atos ilícitos, excesso de poderes ou violação ao contrato social são pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário apurado na pessoa jurídica.

OMISSÃO DE RECEITA. PASSIVO FICTÍCIO

Caracteriza como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE -IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO SEM CAUSA. INCIDÊNCIA

Está sujeito à incidência do Imposto de Renda na Fonte o pagamento efetuado a beneficiário não identificado ou a entrega de recursos a terceiros ou sócios, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

É lícita a imposição de multa de ofício, com agravamento sobre a multa sobre a multa majorada por circunstâncias qualificativas (225%), tendo em vista a falta de atendimento de intimações nos prazos estipulados, alcançando, inclusive, os responsáveis solidários.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS E COFINS.

Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR o pedido de perícia e as preliminares de nulidade, AFASTAR a decadência, AFASTAR a prescrição intercorrente; NÃO CONHECER das razões empresa atinentes à responsabilidade tributárias de terceiros e, no mérito, NEGAR provimento aos recursos, mantendo a responsabilidade tributária da empresa Embrarroz Alimentos Ltda. e do responsável tributário, o Sr. Énio Zarantonello

(assinado digitalmente)

Processo nº 11075.000592/2006-14
Acórdão n.º **1401-001.529**

S1-C4T1
Fl. 69

Antonio Bezerra Neto - Relator e Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas Boas, Ricardo Marozzi Gregorio, Fernando Luiz Gomes de Souza, Aurora Tomazini de Carvalho e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 18-7.440, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS.

Adoto o relatório constante na decisão de primeira instância:

Versa o presente processo sobre exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Imposto de Renda Retido na Fonte, referentes aos fatos geradores dos anos-calendário de 2000 e 2001, conforme Autos de Infração de fls. às fls. 08-109 e Relatório da Atividade Fiscal de fls. 110 a 295.

No Auto de Infração do IRPJ constam as seguintes infrações apuradas:

1 - Omissão de Receitas caracterizada por:

1.1— Emissão fraudulenta de Notas Fiscais referentes às operações de vendas de produtos/mercadorias, uma vez que o contribuinte gerou as 2as vias dos documentos fiscais em valores totais inferiores aos valores reais das operações, escriturando a menor as suas receitas de vendas.

1.2 — Falta de escrituração de Notas Fiscais referentes às operações de vendas de produtos/mercadorias, inclusive mediante a emissão fraudulenta de Notas Fiscais classificadas como operações de saídas por Devolução de Beneficiamento, quando na verdade as reais operações referiam-se a venda de produtos/mercadorias.

2 - Omissão de Receita Financeiras caracterizada pela falta de contabilização de juros auferidos no recebimento de duplicatas, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação.

3 - Omissão de Receitas caracterizada pelo registro e manutenção, no passivo de obrigações cuja exigibilidade não foi comprovada (Passivo Fictício).

Os Autos de Infração do PIS, COFINS e CSLL são decorrentes da fiscalização do IRPJ, na qual foi apurada omissão de receitas, ocasionando, por conseguinte insuficiência na determinação da base de cálculo dessas contribuições.

O Auto de Infração do IRRF, também reflexo da fiscalização da fiscalização do IRPJ, decorre da apuração de pagamentos sem causa ou operação não comprovada a beneficiários não identificados, mediante a emissão de cheques, com as seguintes características:

a) Cheques emitidos para pagamentos escriturados como referentes a

"devoluções de empréstimos". A exigibilidade das obrigações (Passivo Fictício) que dariam causa aos pagamentos (empréstimos obtidos pelo contribuinte junto a

terceiros – conta 2.2.1.01.001 - Empréstimos p/ Pessoas Físicas) não foi comprovada, ao contrário, as referidas obrigações tratam-se na verdade de mecanismo contábil que fornecia suporte ao recebimento de duplicatas correspondentes a Notas Fiscais emitidas de forma fraudulenta.

b) Cheques emitidos para pagamentos, os quais foram escriturados como suporte contábil de lançamentos envolvendo a conta citada de empréstimos nº 2.2.1.01.001 - Empréstimos p/ Pessoa Física. Os referidos cheques não foram utilizados para o pagamento de despesas e/ou obrigações registradas na contabilidade do contribuinte. Desta forma, os cheques foram emitidos para pagamentos sem causa. Além disso, o contribuinte não identificou os beneficiários dos pagamentos, bem como não logrou comprovar as operações que tiveram como objeto os pagamentos efetuados com os cheques mencionados.

As infrações e os valores apurados estão bem detalhados no Relatório da Atividade Fiscal e nos Demonstrativos de Apurações de fls. 296 a 450.

Também foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva, de fls. 615 a 622, que identificam os contribuintes a seguir, como Responsáveis Tributários, nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional:

- Embrarroz Alimentos Ltda., CNPJ nº 04.586.222/0001-99, como Responsável Tributário por Sucessão, de acordo com o art. 133, I, da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN) e art. 208, I do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000, de 26/03/1999 (RIR/99).

- Constâncio Dias Ferreira Filho, CPF nº 374.230.450-04, Enio Zarantonello, CPF nº 437.723.740-34 e José Carlos Penha Portela, CPF nº 534.104.830-04, como Responsáveis Tributários Pessoais, de acordo com os arts. 135, III, e 137, I a III, do CTN e art. 207, V e seu Parágrafo Único, III, e 210, VI, do RIR/99.

Segundo a Fiscalização, a Autuada, de fato, encerrou definitivamente as suas atividades normais relativas a seu objeto social, o qual estava previsto em seus Atos Constitutivos, porém não procedeu a completa liquidação de seu passivo e não deu a baixa de seus registros nos Órgãos competentes (Junta Comercial e Receita Federal), conservando assim plenamente a sua existência jurídica. Concluiu que, no caso, tais fatos consiste em **"Dissolução Irregular de Sociedade"**, o que caracteriza hipótese de infração de lei e contrato social.

Observa, também, que sua sucedânea legal é a Embrarroz Alimentos Ltda., pois se trata de pessoa jurídica que era gerenciada pelos mesmos sócios da Cereazzi Alimentos Ltda., Srs. Constâncio Dias Ferreira Filho e José Carlos Penha Portella, que ajustaram os Atos Constitutivos da primeira com a finalidade de adequá-los a realização do mesmo objeto social da segunda, no mesmo local onde esta até então se estabelecia e fazendo uso dos mesmos ativos empregados por esta na realização de suas atividades.

Registra, ainda, que a responsabilidade pessoal atribuída ao Sr. Enio Zarantonello se refere aos fatos geradores ocorridos de 01/01/2000 a 07/03/2001, período em que, como sócio da autuada, também praticou atos de gestão relacionados a infrações a legislação tributária que resultaram em lançamento de ofício.

Os fatos que caracterizam a Responsabilização Tributária estão bem detalhados no Relatório da Atividade Fiscal (fls. 110 a 146).

À fl. 643, consta o Termo de Juntada dos Anexos a seguir:

- Anexo I: Notas Fiscais - 2ª via - cópias autênticas.
- Anexo II: Documentos obtidos em procedimento de circularização nas PJ destinatárias de vendas.
- Anexo III: Documentos obtidos por RMF.
- Anexo IV: Cópias de Livros Contábeis/Fiscais de Cereazzi Alimentos Ltda.
- Anexo V: Extratos Bancários de Cereazzi Alimentos Ltda.
- Anexo VI: Informações e documentos coletados de terceiros.
- Anexo VII: Declarações de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ) de Cereazzi Alimentos Ltda. (Ac. 2000 a 2004).

À fl. 644, consta o Termo de Apensação do Processo nº 11075.001285/200642, de Representação Fiscal Para Fins Penais.

Às fls. 645 a 653, foram juntados Termos de Recusa de ciência dos Termos de Sujeição Passiva dos responsáveis tributários: Embarroz Alimentos Ltda., Constâncio Dias Ferreira Filho e José Carlos Penha Portela.

Os valores lançados foram os seguintes:

a) IRPJ - R\$ 673.933,86 - Enquadramento legal: arts. 219, 221, 228, 231, 247, 248, 249, inciso II, 250, 251 e parágrafo único, 277, 281, inciso III, 283, 288, 373, 509 e 510 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

b) Contribuição para o PIS - R\$ 28.571,75 - Enquadramento Legal: arts. 1º e 3º, da Lei Complementar nº 07, de 1970; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 1º, 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715, de 1998; arts. 1º, 2º e 3º, da Lei nº 9.718, de 1998 e alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, e pela Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

c) COFINS: R\$ 131.870,02 - Enquadramento Legal: arts. 1º e 2º, da Lei Complementar nº 70, de 1991; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 1º, 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718, de 1998 e alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, e pela Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

d) CSLL: R\$ 259.426,79 - Enquadramento Legal: art. 2º e §§, da Lei nº 7.689, de 1988; art. 58 e 59, da Lei nº 8.981, de 1995; arts. 19 e 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996; arts. 6º e T da Medida Provisória nº 1.858, de 1999 e reedições e arts. 6º e 7º da Medida Provisória nº 1.991-12, de 1999 e reedições.

e) IRRF: R\$ 818.895,97 - Enquadramento Legal: arts. 674, 717, 722, 725 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

Os valores acima estão acrescidos da multa de ofício com o percentual de 225%. Enquadramento legal: art. 44, inciso II e § 2o, da Lei nº 9.430, de 1996.

De acordo com o Relatório de Atividade Fiscal, a multa foi agravada porque a Fiscalizada, no curso da ação fiscal, deixou de atender a diversas intimações lavradas pela Fiscalização nos prazos fixados, as quais solicitavam documentos e esclarecimentos diretamente ligados as infrações apuradas. Além disso, consta aplicação de multa qualificada porque ficou evidenciado nos autos que a impugnante "procedeu deliberadamente com o intuito de fraude, mediante artifícios que enquadram sua conduta nos conceitos de Sonegação e Fraude, definidos pelos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964".

Também foram lançados juros de mora com base no art. 61, § 3o, da Lei nº 9.430, de 1996.

O regime de tributação adotado nos períodos-base autuados foi o lucro real anual (fl. 231).

A Autuada, a pessoa jurídica Embrarroz Alimentos Ltda. e o ex-sócio da Fiscalizada Sr. Enio Zarantonello, este por meio de seu advogado (procuração à fl. 658), tempestivamente, apresentam as impugnações de fls. 671 a 719.

A Autuada alega, em síntese, o que segue:

Em preliminar, pede a reabertura integral do prazo inicial para apresentação de impugnação. Argüi que a fiscalização não lhe forneceu cópia integral do processo a fim de viabilizar sua defesa e que a omissão fere direito constitucional (arts. 5º. 1.1 V. XXXV e IV da Constituição Federal vigente), especialmente, do princípio do contraditório e da ampla defesa. Pede, ainda, a nulidade do auto de infração, pela existência de defeitos insanáveis que prejudicam a caracterização da infração, com prejuízos claros a seus direitos e a sua defesa, pois o Auditor-Fiscal interpretou erroneamente os lançamentos constantes nos documentos fiscais e contábeis.

No mérito, os pontos de discordância estão vinculados ao descrito no Relatório da Atividade Fiscal, que são os seguintes:

a) item 2.1, o Agente fiscalizante cria figura jurídica inexistente ao atribuir a responsabilização tributária.

b) item 2.2, cria uma sucessão legalmente inexistente, sem qualquer direito de defesa das partes, conseqüentemente nula a imputação, primeiro por ter criado uma confusão entre empresas distintas entre si, segundo porque inexistente sucessão, terceiro porque sucessão somente pode ser declarado por sentença judicial transitado em julgado, isto é processo judicial e não administrativo, portanto, inexistente competência ao Agente fiscalizador em declará-la.

c) item 2.3, a responsabilidade pessoal dos sócios atribuída pela fiscalização também está equivocada, pois ela decorre de Lei e dos poderes exercidos por cada parte dentro de uma sociedade, não podendo ser imputada por considerações pessoais, além do que não possui competência, conseqüentemente, incorre em responsabilização pessoal.

d) item 2.4, responsabilidade por infração de sócios - o Auditor-Fiscal atribui inúmeras acusações sobre as quais, a impugnante não sabe como se defender,

pois afirma ter obtido "cópias autênticas de diversas duplicatas e borderôs sem, no entanto, dar vistas das mesmas a impugnante".

e) item 3, identificação do contribuinte - alega impossibilidade de defesa, pelo que protesta que lhe seja facultado a apresentação de suas razões de impugnação de forma detalhada após a obtenção da íntegra do processo.

f) item 4, na questão relativa aos administradores, Procuradores e Representantes da Fiscalizada, mais uma vez equivoca-se o Auditor-Fiscal quanto à aferição dos efetivos administradores, matéria que será objeto de análise detalhada com a cópia integral do processo.

g) item 5, identificação do sujeito passivo - afirma que a Cerreazzi Alimentos é a única responsável tributária, eis que não possui nenhuma relação com a pessoa jurídica Embrarroz, tanto é que exerceu suas atividades até o ano de 2004, sendo que a Embrarroz já existia sob a denominação Via Brasil Transportes e Representações Ltda.

h) item 6, ação fiscal - reitera a nulidade na medida em que não lhe foi fornecida cópia do processo nem dos documentos que o instruem e são objeto de referências e conclusões do Agente fiscalizador.

i) item 7, decadência - é instituto jurídico tipificado em lei que não está sob a competência do Agente fiscalizador, estando em curso sim o prazo decadencial, bem como prescricional que é aplicável em todos os processos fiscais.

j) item 8, escrituração - todos os documentos fiscais e contábeis foram entregues, jamais sonogada qualquer informação, razão porque não cabe aplicação de multa qualificada e agravada.

k) item 9, infrações apuradas — afirma que inexistente receita omitida, sendo indevidos os tributos IRPJ e os decorrentes apurados pela fiscalização. Diz que ocorreu interpretação errônea por parte do Auditor na análise dos fatos referente à apuração da omissão de receitas por passivo fictício, uma vez que eram valores repassados por clientes pela aquisição de arroz em casca de produtores rurais para beneficiamento e posterior devolução de arroz beneficiado aos mesmos, consoante contrato firmado com os clientes, em real operação triangular, prevista na legislação do ICMS, no entanto, a contadora, por interpretação pessoal, registrava estes valores na conta de empréstimos de pessoas físicas.

Descreve, ainda, às fls. 683/684, que nessas operações seu lucro decorria de 10% de arroz quebrados, o restante do rendimento do arroz inteiro não devolvido ao cliente, acrescido do farelo e subprodutos que os comercializava como venda de produtos industrializados, CFOP 5.11 e 611.

Quanto às multas aplicadas (qualificada e agravada), alega que são improcedentes, a ponto de comprometer toda a fiscalização realizada, pois se caracteriza como parcialidade pessoal do Auditor, eis que os próprios autos demonstram que todas as intimações foram atendidas e mais, nenhuma informação foi sonogada. Diz que, em 05/07/03, ao receber a intimação fiscal, encaminhou-a a sua contadora para prestar as informações solicitadas, porém sem qualquer prazo hábil, 06 dias corridos, e que às intimações datadas de 11/07/03, 03/09/03, houve atendimento verbal da contadora da empresa. Quanto à intimação datada de 22/02/2005, houve também resposta, dada pelo novo contador constituído, esclarecendo os fatos solicitados.

Ao final, requer o impugnante:

- a) A improcedência total ou parcial do lançamento.
- b) Seja concedida cópia integral do processo e devolução do prazo para impugnação, bem como seja facultado complementar as razões de impugnação e juntar documentos.
- c) A produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive depoimentos de pessoas, realização de perícias e juntada de documentos, além de facultar a sustentação oral na data do julgamento.

A pessoa jurídica Embrarroz Alimentos Ltda. impugna as exigências, fazendo, em síntese, as seguintes alegações:

Em preliminar

- Que seja reconhecido o prazo decadencial/prescricional de cinco anos e decretar a extinção da exigibilidade de qualquer valor do ano de 2000 e conseqüentemente de todo o processo investigatório fiscal com a conseqüente anulação do auto de infração.
- Que sua defesa foi prejudicada por não ter recebido cópia integral do processo, o que torna nulo o termo de sujeição passiva, bem como nula a cientificação por se encontrar desprovida da instrução documental.
- Que há ilegitimidade passiva, consoante dispõe o Código do Processo Civil, nos artigos 267, 295 e 329. Seu enquadramento como sucessora da pessoa jurídica Cereazzi Alimentos Ltda. não atende os requisitos legais caracterizadores, visto que jamais houve interesse na sucessão, não existiu qualquer contrato, bem como não há prova de que adquiriu patrimônio ou fundo de comércio, nem continuidade do negócio, tanto que a Embrarroz já existia em período concomitante com a autuada que permanece ativa apenas sem movimento. Sobre o assunto, cita pergunta 232 e comenta o que está previsto no CTN, no Capítulo da Responsabilidade Tributária.

No mérito, repete os pontos de discordância referidos na impugnação da autuada e que estão sintetizados acima.

Ao final, requer o impugnante:

- a) A improcedência total ou parcial do lançamento.
- b) que seja reconhecida a insubsistência da acusação de sucessora e da responsabilidade tributária por sucessão.
- c) A decadência do lançamento do crédito tributário referente aos fatos apurados no ano 2000.
- d) O reconhecimento de cerceamento de defesa e que lhe seja concedido cópia integral do processo e devolução do prazo para impugnação, bem como seja facultado complementar as razões de impugnação e juntar documentos.
- e) A produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive depoimentos de pessoas, realização de perícias e juntada de documentos, além de facultar a sustentação oral na data do julgamento.

O impugnante Enio Zarantonello faz, em síntese, as seguintes alegações:

- Que houve equívoco do Auditor-Fiscal na interpretação da norma jurídica, em especial ao indicar injustamente a autoria da prática de atos em excesso de poder e infração a lei / contrato social ao sócio Enio Zarantonello.

- Que se retirou da sociedade no dia 07/03/2001, conforme alteração contratual (fls. 634/636). No entanto, desde 07/01/2000, de fato deixou de praticar qualquer ato de gestão e que mesmo antes desta data seu nome nada mais era do que uma peça figurativa na estrutura da sociedade, tanto que naquela data passou a ser oficialmente e efetivamente administrada pelo Sr. José Carlos Penha Portella, por força de instrumento de mandato, cujos poderes constam reproduzidos no Relatório de Atividade Fiscal (fl. 35), passando, então, o referido administrador, deter "amplos gerais e ilimitados poderes para tratar todos os negócios e assuntos de interesse da empresa", assumindo integralmente a responsabilidade pelos atos da empresa.

- Que jamais participou de qualquer uma das operações bancárias ou mesmo da emissão de notas fiscais "calçadas" ou praticou atos de sonegação fiscal, o que o exclui a conclusão fiscal sob impugnação.

- Que sua participação societária decorre, tão somente de seu trabalho no controle interno da indústria e no trato com os funcionários da empresa. Jamais recebeu qualquer importância ou vantagem advinda da prática dos ilícitos apontados, muito menos participou da "dissolução irregular" da pessoa jurídica Cereazzi Alimentos Ltda., além do que jamais participou da pessoa jurídica dita como "sucessora".

- Que o reconhecimento da responsabilidade tributária, nos termos do art. 135 do CTN, não decorre simplesmente da sua condição de sócio-gerente, ou mesmo da situação de inadimplência, mas da necessária comprovação de que efetivamente agiu de forma irregular (culpa e dolo) e que desse ato obteve alguma vantagem econômica, prejudicando o Fisco. Sobre o assunto, cita ementas de decisões judiciais.

- Que o lançamento do crédito tributário em relação ao período em que lhe foi atribuída responsabilidade, deve ser considerado nulo, visto que o prazo decadencial de cinco já transcorreu antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, tanto para o IRPJ como para as contribuições sociais. Sobre o assunto, cita o arts. 142 e 150 do CTN, além de doutrina, para os casos de "dolo, fraude ou simulação".

- Que o art. 45 da Lei nº 8.212/91 é inconstitucional, conforme entendimento do TRF da 4ª Região e do STJ. Transcreve ementas.

Ao final, requer o impugnante:

a) Que seja afastada a responsabilidade tributária pessoal que lhe foi atribuída, isentando-o da condição de sujeito passivo.

b) A nulidade do lançamento de ofício, em decorrência da decadência.

c) A produção de todos os meios de provas em direito admitidos, em especial, a prova documental, pericial e testemunhal.

d) Que a impugnação seja transladada ao processo de Representação Fiscal para Fins Penais, apenso.

À fl. 720, foi juntado documento da Embrarroz Alimentos Ltda, requerendo cópia integral do presente processo administrativo.

Às fls. 723 a 750, constam documentos da Autuada requerendo a desistência parcial da impugnação, correspondentes aos débitos apurados de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, do período 11/2000 a 12/2001, referentes à omissão de receitas caracterizada como fraude na emissão de notas fiscais no valor total das operações de R\$ 1.214.752,25 (Infração 1), bem como do Pedido de Parcelamento (130 meses) nos termos da Medida Provisória nº 303, de 2006.

O contribuinte ainda esclarece à fl. 749, que sobre os valores dos débitos não impugnados a multa aplicável deve ser de apenas 150%, não cabendo a majoração em 50%, porquanto reafirma ter colocado toda a documentação a disposição da fiscalização.

Os débitos com desistência de impugnação foram transferidos para o processo de cobrança nº 11075.002604/2006-37 (fls. 751 a 755).

A fim de permitir uma visualização dos períodos e valores impugnados e parcelados, a DRF de origem elaborou a planilha de fl.756.

É o relatório.

A DRJ, por unanimidade de votos, MANTEVE os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO

Em questões tributárias, é a partir da constituição do crédito tributário que a lei assegura ao sujeito passivo a acessibilidade aos autos, com todos os elementos que o instruem, motivam o lançamento e o fundamentam. Se o processo permaneceu no órgão local da Secretaria da Receita Federal do domicílio Fiscal do autuado, no prazo legal, disponível para vista e para obtenção de certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, e ainda, aguardando o pagamento dos valores lançados ou a impugnação, que foi apresentada no prazo regulamentar, não ocorre o cerceamento do direito de defesa.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários a sua formalização, estabelecidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e se não forem verificados os casos taxativos enumerados no art. 59 do mesmo decreto, não é nulo o lançamento.

PEDIDO DE PRAZO PARA POSTERIOR JUNTADA DE DOCUMENTOS

Salvo as exceções legalmente previstas, o prazo máximo para apresentação de provas documentais é o da entrega da impugnação.

PERICIA CONTÁBIL

Considerar-se não formulado o pedido de perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**Ano-calendário: 2000, 2001 DECADÊNCIA IRPJ E IRRF**

Uma vez tipificada a conduta fraudulenta prevista no § 4º do art. 150 do CTN ou quando não há pagamento antecipado do tributo, aplica-se a regra do prazo decadencial e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I, do CTN, quando os 05 (cinco) anos tem como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA DO PIS, DA COFINS E DA CSLL

O direito de proceder aos lançamentos dessas contribuições extingue-se após dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os créditos poderiam ter sido constituídos.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Compete exclusivamente ao Poder Judiciário pronunciar-se acerca da ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato legal regularmente editado.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA

Impõe-se o lançamento da multa de ofício agravada, na ocorrência de conduta lesiva ao erário, evidenciada nos autos pela prática de fraude e sonegação fiscal.

MULTA MAJORADA. INTIMAÇÕES. NÃO ATENDIMENTO NO PRAZO MARCADO Comprovado nos autos que o contribuinte não atendeu às intimações para prestar esclarecimentos, nos prazos estabelecidos, cabível é a majoração em 50% da penalidade aplicável às infrações verificadas e cuja apuração foi dificultada pela falta de apresentação de documentos solicitados.

SUJEIÇÃO PASSIVA POR SUCESSÃO

A sujeição passiva por sucessão ocorre quando ficar demonstrado o encerramento, de fato, das atividades da pessoa jurídica e os mesmos sócios continuarem a exploração do mesmo negócio, no mesmo local, sob nova denominação social.

SUJEIÇÃO PASSIVA PESSOAL

Os sócios-gerentes e procuradores que praticarem atos ilícitos, excesso de poderes ou violação ao contrato social são pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário apurado na pessoa jurídica.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**Ano-calendário: 2000, 2001****AUTO DE INFRAÇÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DEFINITIVIDADE**

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a matéria que não foi expressamente impugnada.

OMISSÃO DE RECEITA. PASSIVO FICTÍCIO

Caracteriza como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

LANÇAMENTOS DECORRENTES

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE -IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO SEM CAUSA. INCIDÊNCIA

Está sujeito à incidência do Imposto de Renda na Fonte o pagamento efetuado a beneficiário não identificado ou a entrega de recursos a terceiros ou sócios, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS, CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar decisão diversa.

Irresignados com a decisão de primeira instância, a empresa autuada e os Responsáveis tributários (Sr. Enio Zarantonello e Embrarroz Alimentos Ltda) interpuseram os respectivos recursos voluntários (fls. 815-826, 848-880 e 881-891) a este CARF, repisando os mesmos argumentos já trazidos na fase impugnatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os recurso voluntários apresentados pela Atuada e os Responsáveis tributários (Embrarroz Alimentos Ltda e o Sr. Enio Zarantonello) preenchem os requisitos legais para admissibilidade.

Delimitação da Lide

Os sócios-gerentes, Sr. Constâncio Dias Pereira Filho e José Carlos Penha aos quais foram também imputados a responsabilidade pessoal não se defenderam desde a fase impugnatória, portanto suas responsabilidades tributárias estão definitivamente constituídas nessa instância administrativa.

Outrossim, a primeira infração houve desistência de impugnação (composta da infração 1.1 - omissão de receitas caracterizada por Fraude na emissão de notas fiscais — "nota fiscais calçadas" e da infração "1.2 Falta de escrituração de Notas Fiscais referentes às operações de vendas de produtos/mercadorias, inclusive mediante a emissão fraudulenta de Notas Fiscais classificadas como operações de saídas por Devolução de Beneficiamento, quando na verdade as reais operações referiam-se a venda de produtos/mercadorias").

A segunda infração ("Omissão de receita financeira - juros auferidos no recebimento de duplicatas"), conforme já também colocado pela decisão de piso, não foi expressamente contestada na primeira instância.

Portanto, ambas as infrações acima não fazem parte da lide.

Da mesma forma, a Recorrente abriu mão já na primeira instância de discutir a qualificação da multa, e os responsáveis tributários também não o fizeram em fase recursal. Portanto, a qualificação da multa no patamar de 150% não será aqui discutido, pois está fora da lide. Tanto é assim que existe processo apartado apenas para controlar essa parte da multa. Outrossim, a sua majoração em 50%, elevando-a no todo para 225% será aqui discutida.

Dessa forma, a lide restringe-se às seguintes matérias:

- Preliminares de nulidade;
- Pedido de perícia;
- Decadência;
- Prescrição intercorrente;
- Infração 3- Omissão de Receitas caracterizada pelo registro e manutenção, no passivo de obrigações cuja exigibilidade não foi comprovada (Passivo Fictício);

- O Auto de Infração do IRRF, também reflexo da fiscalização da fiscalização do IRPJ, decorrente da apuração de pagamentos sem causa ou operação não comprovada a beneficiários não identificados;

- Respectivas responsabilidades tributárias imputadas seja aos sócios seja a empresa considerada sucessora da autuada (Embrarroz Alimentos Ltda);

- Majoração da multa em 50% por desatendimento de intimações fiscais.

Também aqui não se irá conhecer das razões da autuada quando pretende adentrar em questões que não lhe diz respeito, como é o caso, da atribuição de responsabilidade tributária. Falta-lhe, no caso, interesse processual, por esse motivo, não conheço de suas razões a esse respeito.

Em relação aos argumentos de defesa que são comuns aos interessados, por economia processual serão apreciados conjuntamente neste voto, sendo de individualizar apenas se necessário.

Preliminares de Nulidade

As Recorrentes alegam cerceamento do direito de defesa pelos motivos que mais adiante se irá destacar.

A teor do art. 59 do Decreto 70235/72, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

.....
III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(....)

Outrossim as questões suscitadas pelos interessados como maculadores do lançamento (existência de erros nos lançamentos e/ou fornecimento de cópia integral do

processo) não prosperam. É que a primeira situação trata-se de matéria meritória e como tal será tratada (como é o caso da imputação de ilegitimidade passiva) e a última situação também não é suficiente para macular o feito.

É que o processo permaneceu no órgão local da Secretaria da Receita Federal do domicílio fiscal do autuado, no prazo regulamentar, disponível para vista e para obtenção de certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram (art. 38. § 2º, da Lei nº 9.250, de 1995 e art. 46 da Lei nº 9.784, de 1999), e ainda, aguardando o pagamento dos valores lançados ou a impugnação, que foi apresentada no prazo regulamentar.

Nessa oportunidade, de acordo com o art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, a impugnação poderia ter sido instruída com todos os documentos que a defesa julgasse necessários para demonstrar a inoccorrência das infrações apuradas.

Nesse sentido, mesmo após ter obtido cópia integral do processo (fls. 720/721); ter sido julgado pela primeira instância e até o presente momento, nenhum documento foi acrescentado aos autos, ou argumento substancial acrescentado no recurso que pudesse caracterizar algum prejuízo à defesa.

Reitere-se, por importante, é claro que a recorrente nunca teve seu direito de defesa preterido, na medida em que foi intimada de todos os atos praticados pela fiscalização, de modo que teve conhecimento de todas as provas juntadas ao processo, dos argumentos invocados pela autoridade fiscal, das medidas adotadas pela fiscalização.

Também em nenhum momento de sua defesa, em apego a um formalismo excessivamente exacerbado demonstra o efeito prejuízo que teve no seu direito de defesa. Há que se ter em conta sempre que o ato processual apesar de ter forma e prazos previstos em lei, devendo ser aplicados, entretanto o princípio da instrumentalidade das formas, o qual preza pelo efeito do ato em detrimento do apego ao formalismo exacerbado, torna o ato válido e eficaz de pleno direito. O ônus de provar o prejuízo é do interessado e ele não o faz, limitando-se a entrar em um argumento circular em que apenas a legalidade pela legalidade é que foi prejudicada.

Ora, bem se vê que tais alegações de nulidades são meramente protelatórias e apelativas, tentando descaracterizar a atuação com situações inexistentes.

Outrossim, em relação aos responsáveis tributários há que frisar que o contraditório, como o ato de refutar uma afirmativa com o intuito de desfazê-la e a ampla defesa, vêm assegurados no processo administrativo fiscal no período que se segue à formalização do crédito tributário. Afinal, é a partir da constituição do crédito tributário que a lei assegura ao sujeito passivo e aos responsáveis tributários, a acessibilidade aos autos, com todos os elementos que o instruem, motivam o lançamento e o fundamentam.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares.

Perícia/Diligência

A contribuinte requer a realização de perícia bem assim se insurge contra a decisão de primeira instância que a considerou prescindível.

Nada obstante, mesmo que o pedido tivesse sido formulado de acordo com a legislação, o que não aconteceu, vez que não indicados o perito e os quesitos, a autoridade julgadora, em conformidade com o disposto no art. 18 do mesmo PAF, os elementos indispensáveis à solução do litígio encontra-se nos autos, motivo pelo qual o pedido de perícia dever ser indeferido nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais., perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal.

Portanto, indefiro o pedido de perícia e diligência.

Reabertura de prazo para juntada de provas

Relativamente ao pedido de juntada de provas, o mesmo encontra-se prejudicado, vez que até o momento a Recorrente não carrou aos autos as provas que pretende sejam examinadas.

Decadência

Quanto a esse tema, sigo à jurisprudência atual e vinculante do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, correto o

acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....

7. Recurso especial não conhecido. (Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando inocorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

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

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o

pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi,

"Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

No caso concreto, como houve prejuízos nos dois anos calendário, não houve pagamentos, portanto, em princípio aplica-se a regra do art. 173, I do CTN.

Além disso, estamos diante da situação de fraude ou dolo que também atrai a regra do art. 173, I, independente de haver ou não pagamentos.

Assim correto o afastamento da decadência feito pela DRJ:

Assim, para o IRPJ, em relação ao fato gerador anual de 31/12/2000, exercício de 2001, o termo inicial para contagem do prazo decadencial é o dia 01 de janeiro de 2002 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) e o termo final 31/12/2007.

Para o IRRF, em relação aos fatos geradores diários lançados no ano de 2000, o termo inicial para contagem do prazo decadencial é o dia 01 de janeiro de 2001 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) e o termo final 31/12/2006.

Como a contribuinte foi cientificada do lançamento em 24/07/2006, (fls. 09 e 64), são descabidas as alegações de decadência do prazo de lançamento.

Dos demais tributos (CSLL, PIS E COFINS)

Ressalte-se que a conclusão supra não prejudica, nesse particular, os lançamentos decorrentes relativamente às contribuições sociais, cujo disciplinamento envolvendo a decadência não mais possui regramento próprio (artigo 45, da Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Dessa forma, aplica-se de igual forma para a CSLL cuja apuração foi também anual, produzindo o mesmo resultado do IRPJ, qual seja, de se afastar a decadência.

Vejamos agora a aplicação da regra para as demais contribuições cuja apuração é mensal (Pis e COFINS). Da mesma forma, aplica-se no caso a regra do art. 173, I do CTN, e produz os mesmos efeitos dos demais tributos.

É que para essas contribuições, em relação aos fatos geradores mensais lançados no ano de 2000 (mais antigos), o termo inicial para contagem do prazo decadencial é o dia 01 de janeiro de 2001 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) e o termo final 31/12/2006, portanto, termo final esse depois da ciência do lançamento (24/07/2006), portanto, afastado também está a decadência para essas contribuições.

Prescrição intercorrente

A arguição da ocorrência de prescrição intercorrente não merece prosperar. É que o Processo Administrativo Fiscal vige a regra de que o início da contagem do prazo prescricional só ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário.

Com efeito, a matéria não admite maiores digressões pois já foi sumulada pelo CARF, conforme abaixo:

***Súmula nº 10:** Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. (Portaria nº 106, de 21 /12 /2009 publicado no DOU na pág,070 em 22 /12 /2009)*

As súmulas editadas no âmbito Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CAR), são de observância obrigatória pelos seus membros, nos termos do § 4º do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, sendo defeso lhe negar cumprimento sob qualquer pretexto ou motivo.

Portanto, afasto a preliminar de existência de prescrição intercorrente.

MÉRITO

Infração 3 - Omissão de Receitas caracterizada pelo registro e manutenção, no passivo de obrigações cuja exigibilidade não foi comprovada (Passivo Fictício)

O dispositivo legal em comento é o art. 281 do RIR/1999:

Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei n- 1.598, de 1977, art. 12, § 2º, e Lei n* 9.430, de 1996, art. 40):

- I - a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;
- II - a falta de escrituração de pagamentos efetuados;
- III - a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

Trata-se, pois, de previsão legal de presunção legal de omissão de receita, onde se inverte o ônus da prova, cabendo ao contribuinte afastar através de documentação hábil e idônea, prova da inveracidade das obrigações já pagas ou com a comprovação da exigibilidade das obrigações.

Com base nas operações de empréstimos escriturados no Passivo Exigível a Longo Prazo -Conta 2.2.1.01.002 - Empréstimos P/ Pessoas Físicas, nos anos de 2000 e 2001, a interessada foi intimada e reintimada a comprovar essas operações, apresentando os respectivos contratos de empréstimo que embasariam o seu passivo. Não obstante, conforme afirmação da autoridade autuante, a respectiva comprovação não teria sido realizada.

Na impugnação, bem assim no recurso apresentado, que é uma cópia da impugnação, a interessada nega a existência do passivo tido como não comprovado. Porém, não juntou aos autos os documentos hábeis a ilidir a exigência. Contenta-se, em fase recursal, em repetir a mesma alegação da fase impugnatória, sem estar fundada em provas, e que foi amplamente rejeitada: que "os valores registrados no passivo eram valores repassados por clientes pela aquisição de arroz em casca de produtores rurais para beneficiamento e posterior devolução de arroz beneficiado aos mesmos "

A esse respeito a DRJ muito bem rechaçou a defesa da Recorrente, nos seguintes termos:

No caso dos autos, verifica-se que, embora tenha sido intimada mais de uma vez (intimações de fls. 453, 476, 504 e 557) a Fiscalizada não prestou os devidos esclarecimentos e não comprovou as operações de empréstimos escriturados no Passivo Exigível a Longo Prazo -Conta 2.2.1.01.002 - Empréstimos P/ Pessoas Físicas, nos anos de 2000 e 2001, nos valores constantes dos demonstrativos denominados "Omissão de Receitas Passivo Fictício 2000" e "Omissão de Receitas Passivo Fictício 2001" (fls. 361 a 376).

Da mesma forma, não comprovou os registros das devoluções dos referidos empréstimos, nem logrou identificar os beneficiários dos respectivos pagamentos realizados.

Observa-se que ficou evidenciado nos autos, inclusive, alguns casos com provas diretas, de que a referida conta efetivamente foi utilizada para encobrir recebimentos ou as próprias omissões de receitas, decorrentes de duplicatas geradas a partir de notas fiscais "calçadas" (infração 1).

Assim, disse bem a fiscalização no Relatório da Atividade Fiscal (fl. 220), quando relata que se trata de passivo fictício, restando claro que a constituição e os registros feitos na referida conta estão eivados de intuítos de fraude e de simulação de operações de obtenção de empréstimos, que, de fato, não ocorreram, ocultando-se assim o recebimento de determinadas duplicatas emitidas pela Fiscalizada.

Por outro lado, a simples alegação do impugnante, sem prova, de que "os valores registrados no passivo eram valores repassados por clientes pela aquisição de arroz em casca de produtores rurais para beneficiamento e posterior devolução de arroz beneficiado aos mesmos ", não é suficiente para afastar a presunção legal de omissão de receita prevista na legislação.

Registra-se que os alegados contratos firmados com clientes ou qualquer outro documento que comprove os referidos repasses dos numerários não foram trazidos aos autos.

Também, para efeito de tributação dos valores omitidos, por falta de previsão legal e de provas, não se pode aceitar o argumento da defesa de que sua margem de lucro do arroz adquirido e beneficiado, é de apenas 10% de quebrado e o restante do rendimento não repassado ao cliente, acrescido do farelo e subprodutos que comercializava. Ocorre que, de acordo com o art. 249 do RIR/1999, na determinação do lucro real, as receitas omitidas de tributação devem ser adicionadas, integralmente, ao lucro líquido do período de apuração.

Além disso, ficou provado nos autos que as notas fiscais classificadas no Livro Registro de Saídas como operações de saídas por Devolução de Beneficiamento, na verdade, são operações de venda de produtos/mercadorias,

conforme apurado na infração 1.2, que, inclusive, foi objeto de desistência de impugnação.

Não é demais registrar que o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o sistema de distribuição do ônus probandi adotado no processo administrativo federal (art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999), que assim dispõe:

(...)

No caso dos autos, a autuada não demonstrou a impossibilidade de sua apresentação por esses motivos. Além disso, até a presente data, não apresentou nenhum documento.

Diante do exposto, mantém-se a exigência conforme o Auto de Infração do IRPJ.

Acrescento, ainda, a desistência da infração “1.2 Falta de escrituração de Notas Fiscais referentes às operações de vendas de produtos/mercadorias, inclusive mediante a emissão fraudulenta de Notas Fiscais classificadas como operações de saídas por Devolução de Beneficiamento, quando na verdade as reais operações referiam-se a venda de produtos/mercadorias” depõe ainda mais contra a sua defesa, uma vez que “quebra” a lógica da construção de toda sua defesa.

Portanto, nego provimento em relação a esse item.

Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF - Pagamentos a beneficiários não identificados e/ou cuja causa e operações não comprovadas

Conforme relatado, foi lavrado o auto de infração do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF)

A princípio cabe salientar que o pressuposto material para caracterização da infração tipificada no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, é a constatação de que tenha ocorrido, como de fato está provado nos autos, pagamento ou entrega de recursos a terceiros ou sócios, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

Lei nº 8.981, de 1995:

“Art. 61. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

1º. § 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º. Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º. O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.”

Como se vê, é cristalino o entendimento de que o art. 61 da lei nº 8.981/95 implica na incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, uma vez constatado pagamentos em que os beneficiários não sejam identificado; ou mesmo que identificados os recursos destinados a eles, que podem ser terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, não houver sido comprovadas as operações ou suas causas.

A efetiva prova de que os pagamentos existiram foi feita pelo fiscal. Comprovação está feita mediante a constatação da emissão de cheques localizados nos seus extratos bancários - demonstrativos elaborados pela fiscalização denominados "Pagamentos sem Causa/Operações não Comprovadas - Devolução de Empréstimos 2000" c "Pagamentos sem Causa/Operações não Comprovadas - Devolução de Empréstimos 2001" (fls. 425 a 426 e 429 a 442).

A lógica do fiscal para essa autuação também é coerente. Ora, se as operações de empréstimos, de fato não existiram, conforme ficou provado na infração 3, por consequência, os pagamentos efetuados com cheque, supostamente a título de "devoluções de empréstimos" não podem ter tido esta causa. E se assim o é, ficam não identificados os beneficiários/causas dos pagamentos, bem como incomprovadas as respectivas operações que foram objeto dos pagamentos citados.

Intimada e reintimada a comprovar com documentação hábil e idônea os beneficiários e/ou a destinação desses cheques, não logrou êxito em fazê-lo, sem inclusive conseguir correlacionar tais pagamentos às respectivas despesas ou obrigações da fiscalizada, que estejam registradas em sua escrituração.

Cabe salientar, é ônus da Recorrente uma vez intimada, fazer a prova de que a determinado pagamento estaria a ele perfeitamente identificado um beneficiário, ou ainda que identificado o beneficiário a causa do pagamento também precisaria ser revelada. Não fez isso nas diversas oportunidade ofertadas pelo autuante; não fez isso na fase impugnatória; nem muito menos fez na fase recursal. Limitou-se a tecer considerações genéricas sem trazer nada de relevante que infirmasse cada um dos eventos que deram azo à autuação.

Por todo o exposto, nego provimento a este item.

Responsabilidade tributária por sucessão -Embrarroz Alimentos Ltda

Eis a legislação correlata constante do Código Tributário Nacional no que diz respeito a sucessão empresarial:

CTN:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual, (grifei)

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; (grifei)

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

A partir do farto conjunto probatório coligido pelo autuante é de concluir sem dúvida alguma que a empresa Embrarroz Alimentos Ltda., cientificada por meio Termo de Sujeição Passiva de fl. 615, é de fato **sucessora por continuação** da autuada para fins de responsabilização tributária.

De se ver agora passo a passo os referidos indícios convergentes e precisos muito bem delineados pela fiscalização no item 2.2 do seu Relatório de Atividade Fiscal e também apontados pela DRJ.

A sucessão por continuação se dá quando os sócios encerram as atividades da pessoa jurídica, que no caso aconteceu por dissolução irregular, e ainda assim continuam na exploração do mesmo negócio, dessa feita com razão social diversa, como foi também o caso.

A situação acima encontra-se bem demonstrada nos autos, seja no sentido da prova de que o quadro societário continuou o mesmo (Anexo VI-fls. 057 a 083), seja no sentido de que também ficou demonstrada a continuidade da exploração da mesma atividade.

A demonstração da continuidade da atividade também consta do TVF e foi muito bem resumida pela DRJ:

Também ficou demonstrada a continuidade da exploração do mesmo negócio pelos fatos a seguir apurados pela fiscalização:

a) Por interesse dos sócios Constâncio Dias Ferreira filho e José Carlos Penha Portella, a Cereazzi Alimentos Ltda., a partir de 2004, encerrou em definitivo as atividades industrial e comercial - Indústria e Comércio de Cereais (conforme declarado às ffs. 607), apenas, conservou ativos os seus registros na Junta Comercial e na Receita Federal, motivando da lavratura dos autos de infração em seu nome;

b) A Embrarroz Alimentos Ltda., também por interesse dos mesmos sócios, deram continuidade dos negócios da Cereazzi Alimentos Ltda., no mesmo local, utilizando-se dos mesmos bens móveis e imóveis, conforme se verifica na alteração contratual (Anexo VI, fl. 73), bem como foi declarado no Termo de Responsabilidade firmado em 09 de dezembro de 2002, perante Prefeitura Municipal de Uruguaiana (Anexo VI - fl. 182);

c) Tanto no requerimento dirigido a FEPAM, para obtenção da licença ambiental, como nos aditivos dos contratos de locação assinados relativos ao prédio onde funciona a pessoa jurídica, há manifestação expressa dos referidos sócios de

que a Embrarroz Alimentos Ltda. é sucedânea legal da Cereazzi Alimentos Ltda (Anexo VI - fls. 092 a 095 e 180/181).

As principais alegações da Embrarroz em sede recursal são as mesmas alegações já postas na fase impugnatória e satisfatoriamente combatidas pela DRJ, sem que em fase recursal tenham sido contraditadas.

Alegou, por exemplo, a Embrarroz Alimentos Ltda. que não seria sucessora porque não adquirira o patrimônio ou fundo de comércio da Cereazzi Alimentos Ltda.

Ora, como a sucessão se deu por continuidade não é necessário que esteja formalmente provado a transmissão de propriedade, uma vez que a continuidade dos negócios ocorrera pelos mesmo sócios proprietários se subsumindo, assim, ao mandamento legal supracitado do art. 132, parágrafo único do CTN.

Correto, portanto, a atribuição de responsabilidade tributária por sucessão à empresa Embrarroz Alimentos Ltda.

Sujeição passiva dos sócios-gerentes

De acordo com o Relatório da Atividade Fiscal, a fiscalização também lavrou os Termos de Sujeição Passiva de fls. 617 a 622, atribuindo responsabilidade tributária pessoal aos sócios-gerentes Constâncio Dias Ferreira Filho, José Carlos Penha Portella e Enio Zarantonello.

A lide circunscreve-se apenas ao então Sócio Enio Zarantonello, pois como já se colocou no tópico “Delimitação da lide”, os demais não se defenderam.

Como foi relatado, o crédito tributário apurado está fundado em condutas fraudulentas (notas fiscais calçadas, dissolução irregular etc), e assim as pessoas que exerceram poderes de administração à época da ocorrência dos fatos caracterizadores das infrações, também agiram com infração de lei e ao contrato social.

Esse é o caso do Sr. Enio Zarantonello, como sócio da fiscalizada, possuía poderes de gerência até 07/03/2001 (data em que se retirou da sociedade), também é responsável pessoal pelo crédito tributário cuja ocorrência dos fatos geradores se deu até aquela data.

Não cabe a argumentação de que houve equívoco da fiscalização na interpretação da legislação tributária, afinal como se viu dos dispositivos acima citados, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, bem como os mandatários, prepostos ou empregados podem ser responsabilizados pessoalmente pelos tributos da pessoa jurídica, quando os atos são praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

É também verdade que o sócio José Carlos Penha Portella, nos anos 2000 e 2001, era procurador da sociedade com amplos, gerais e ilimitados poderes para tratar de todos os negócios e assuntos de interesse da fiscalizada.

Porém, a responsabilização de uma pessoa não retira a responsabilidade de outra, sendo sem fundamento a alegação do Sr. Enio Zarantonello no sentido de afirmar que, desde 07/01/2000, deixou de praticar atos de gestão na fiscalizada, na medida em que assinou a procuração (Anexo III, fls. 122/123), juntamente com o sócio-gerente Constâncio Dias Ferreira filho, outorgando amplos poderes ao Sr. José Carlos Penha Portella.

Ora, outorgou tais poderes para o Sr. José Carlos Penha Portella **também** administrar a sociedade, não lhe isentando de qualquer responsabilidade por essa assunção em conjunto, afinal os atos de gestão praticados pelo Sr. José Carlos Penha Portella feitos como procurador (mandatário) são sempre em benefício dos outorgantes do mandato.

A esse respeito cabe aqui reproduzir o que muito bem colocou a DRJ:

Deve ser lembrando que os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes ou procuradores, e assim é inegável a solidariedade destes em relação às obrigações que contraem em nome daquela, pois a responsabilidade solidária em tal caso é objetiva, presumida, posto que a situação configurada na lei (art. 124 do CTN) é aquela em que todos os envolvidos ganham simultaneamente com o fato econômico (fato gerador).

Por fim, sem razão também o último argumento do Sr. Enio no sentido de lhe atribuir apenas um papel figurativo no quadro societário. Isso porque até 07/03/2001, continuava sócio-gerente e conforme ele mesmo afirmou, exercia as atividades de controle interno da indústria e no trato com os funcionários da empresa.

Portanto, mantenho a atribuição de responsabilidade do Sr. Enio Zarantonello.

Da arguição de improcedência do arrolamento de bens

Acerca do arguido, é de se esclarecer que não está na competência deste CARF o exame de questões relacionadas ao arrolamento de bens. Esse assunto está vinculado a ato da autoridade lançadora, nos termos do art. 64 da Lei nº 9.532, de 1997.

Agravamento da multa em 50% (150% para 225%)

Como já se colocou na delimitação da lide, a qualificação da multa não foi contestada, mas apenas o seu agravamento em 50% pelo reiterado não atendimento das intimações fiscais.

Em relação ao agravamento, no Termo de Verificação Fiscal, assim se posicionou o fiscal para justificar o agravamento da multa:

No caso das Infrações 1 e 2, a fiscalizada foi intimada através dos itens 1:10 e 1.11 do Termo de Intimação Fiscal de 15/04/2005, a apresentar sua Carteira de Títulos a Receber (Duplicatas) emitidos para as operações de Vendas de Mercadorias e/ou Produtos e a relacionar para cada Nota Fiscal de Saída emitida no período de 01/01/2000 a 31/12/2001, correspondente a operação de Vendas de Mercadorias e/ou Produtos, os números dos títulos a receber (duplicatas) emitidos;

a data da liquidação ou a data do desconto dos respectivos títulos; e o valor recebido pelos respectivos títulos, detalhando os montantes do principal e dos respectivos encargos (juros e demais encargos recebidos pela liquidação dos respectivos títulos após as datas de vencimento, ou juros e demais encargos pagos pelo desconto dos respectivos títulos junto a instituições financeiras).

Conforme já citado no relatório, as informações e os documentos requisitados não foram apresentados pela fiscalizada.

No caso da Infração 3, a fiscalizada foi sucessivamente intimada a esclarecer e comprovar os valores registrados a crédito na Conta 2.2.1.01.002 Empréstimos p/Pessoas Físicas, referentes supostamente a obrigações contraídas pela mesma em decorrência da obtenção de empréstimos, conforme a seguir resume-se:

*Termo de Início de Ação Fiscal de 05/07/2003 - item 4: a fiscalizada foi intimada a relativamente aos valores CREDITADOS na conta de PASSIVO 2.2.1.01.002 — EMPRÉSTIMOS P/ PESSOAS FÍSICAS", correspondente aos anos-calendário de 2000 e 2001, apresentar os seguintes documentos e/ou esclarecimentos: apresentar cópia dos contratos de empréstimo/mútuo (...), **nem apresentou qualquer justificativa pelo não atendimento da intimação para prestar os referidos esclarecimentos***

Termo de Intimação Fiscal de 11/07/2003 - item 5: a fiscalizada foi reintimada a esclarecer e comprovar as operações registradas a crédito na referida conta de supostos empréstimos. No referido termo, foi reproduzido o teor do item 4 do Termo de Início. Uma vez mais a fiscalizada deixou de prestar os esclarecimentos solicitados, não apresentando justificativas pela falta de atendimento da intimação.

*Termo de Intimação Fiscal de 03/09/2003 - item 1: a fiscalizada foi intimada, pela terceira vez, a prestar esclarecimentos e comprovar as obrigações referentes aos lançamentos efetuados nos anos 2000/2001, na Conta 2.2.1.01.002 Empréstimos pl Pessoas Físicas. **Novamente não providenciou atendimento a intimação.***

*Termo de Intimação de Fiscal de 22/02/2005 item 1.8: a fiscalizada foi novamente reintimada pela fiscalização, permaneceu **sem prestar quaisquer esclarecimentos e sem efetuar qualquer comprovação dos lançamentos efetuados na Conta 2.2.1.01.002 Empréstimos pl Pessoas Físicas.***

O dispositivo mencionado pela autoridade lançadora estabelece as situações nas quais seria cabível a majoração da multa.

O não atendimento no prazo marcado para prestar esclarecimentos é uma delas. E isso, como se viu, aconteceu de forma reiterada, justificando a aplicação do agravamento.

A intenção do legislador foi mesmo estabelecer um mecanismo de punição nas situações em que o atraso no fornecimento das informações solicitadas possa acarretar prejuízos ao procedimento fiscal, o que de fato aconteceu com a necessidade de reintimações constantes.

Mesmo que se interpreta de forma mais favorável ao contribuinte, no sentido de que a norma se importa mais com o “prestar esclarecimentos”, em detrimento do não “apresentar documentos”. Isso porque a não apresentação de documentos, em determinados casos, implica apenas o seu direito de não desincumbir adequadamente do ônus da prova. Mesmo considerando essa situação, o agravamento deve ser mantido, pois nem os esclarecimentos nos casos apontados pela fiscalização isso ocorreu.

Outrossim, descabida a justificativa da empresa de que não prestou os esclarecimentos por escrito, porque muitas vezes o fazia pessoalmente. É que não passa de mera alegação sem provas nos autos.

Portanto, lícita a imposição de multa de ofício, com agravamento sobre a multa sobre a multa majorada por circunstâncias qualificativas (225%), tendo em vista a falta de atendimento de intimações nos prazos estipulados, alcançando, inclusive, os responsáveis solidários.

Lançamentos decorrentes

Não havendo contestação específica, o decidido quanto à infração do IRPJ, também se aplica aos lançamentos decorrentes naquilo em que for cabível.

Por todo o exposto, rejeito o pedido de perícia e as preliminares de nulidade, afasto a decadência, a prescrição intercorrente; não conheço das razões da autuada no que diz respeito à responsabilidade tributárias de terceiros, e no mérito, nego provimento aos recursos, mantendo também a responsabilidade tributária da empresa Embrarroz Alimentos Ltda e do Sr. Ênio Zarantonello

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Processo nº 11075.000592/2006-14
Acórdão n.º **1401-001.529**

S1-C4T1
Fl. 95

CÓPIA