



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n° 13502.000952/2005-37
Recurso n° 137.524 Voluntário
Matéria COFINS e PIS
Acórdão n° 204-03.356
Sessão de 05 de agosto de 2008
Recorrente COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.
Recorrida DRJ em SALVADOR/BA

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 11 / 12 / 08
Rubrica 2.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03 / 11 / 08
Maria Luzimar Novais
Mat. Sijaje 91641

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

Falce competência aos órgãos julgadores administrativos para apreciar inconstitucionalidade de normas em plena vigência e eficácia.

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INTERESSE DE AGIR.

Não tem legitimidade e nem interesse de agir empresa que interpõe recurso a favor de terceiro, atraindo o crédito tributário exclusivam ente para si.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

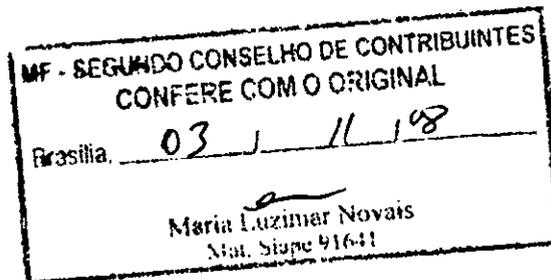
ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

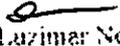
HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

LEONARDO SIADÉ MANZAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente) e Renata Auxiliadora Marcheti (Suplente).

Ausente o Conselheiro Ivan Allegretti (Suplente). //



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 03 / 11 / 08  Maria Lázimar Novais Adv. Susane 21644
--

CC02/C04 Fls. 779 _____

Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, adoto e passo a transcrever o relatório da DRJ em Salvador/BA, *ipsis literis*:

Trata-se de lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), anos calendário de 2001, 2002 e 2003, e da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), anos-calendário de 2001 e 2002, nos valores de R\$ 2.345.994,58 e R\$ 269.295,05, respectivamente, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora.

A Fiscalização relatou, em Termo de Verificação Fiscal (fls. 173/176-Cofins e 339/342-PIS), que a Contribuinte apresentou faturamento no período sob Fiscalização, de 2001 a 2003, porém, além de não declarar, efetuou pagamentos bem abaixo do valor efetivamente devido. Os valores são expostos em Demonstrativos (fls. 177/188).

Assim, foi efetuado o lançamento por insuficiência de recolhimento de Cofins (fls. 169/172 e 189/198) e falta/insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) (fls. 336/338 e 351/356).

Durante os procedimentos de Fiscalização, o Fiscal identificou fatos que o levaram a concluir que houve a utilização de interpostas pessoas na composição societária da empresa, que podem ser assim resumidos:

a) a Good Supermarket Ltda. iniciou suas atividades em julho de 1999 tendo como sócios os Srs. Adonias Marques e Antonieta Ferreira da Cruz Neta (fl. 33). O primeiro não possuía nenhum patrimônio em janeiro de 1999; a segunda, um veículo no valor de R\$ 25.000,00, sendo que, no decorrer do ano de 1999, além da constituição da empresa, adquiriu um imóvel em Dias D'Ávila no valor de R\$ 35.000,00 e um terreno em Salvador no valor de R\$ 25.000,00, preços que, entende, contém indícios de subavaliação. O Sr. Jerônimo Fontes Martins ingressou na sociedade em setembro de 2000, ano em que apresentou declaração de isento. A residência dos atuais sócios localiza-se em bairros considerados populares, conforme endereço informado à SRF;

b) o Sr. Adonias Marques foi funcionário da empresa Sogeral Comércio de Alimentos Ltda. até junho de 1999 (fl. 206) – um mês antes de constituir a Supermarket. A Sogeral tem como sócios Itamar Góis Fontes e Hosanah Góis Fontes, que, por sua vez, é casado com Aldeni Marques Fontes, irmã de Adonias Marques;

c) Antonieta Ferreira da Cruz Neta, sócia da Supermarket até setembro de 1999, é esposa de Itamar Góis fontes.

c) a Supermarket tem sete estabelecimentos, dos quais cinco estão instalados em endereços onde também funcionam lojas da Sogeral;

d) entre 1999 e 2002 houve uma diminuição no faturamento da Sogeral e um concomitante aumento no faturamento da Supermarket, como se vê na tabela abaixo:

ANO	SOGERAL	SUPERMARKET
1998	26.792.136,59	0,00
1999	19.189.623,10	460.665,91
2000	1.024.546,55	12.436.412,34
2001	457.925,93	21.979.075,20
2002	295.730,99	28.834.973,23

f) três imóveis onde funciona a Supermarket são alugados junto à Imobiliária Estrela da Manhã Patrimonial Ltda., cujos sócios são: Adonias Marques (28,30%), Antonieta Ferreira da Cruz Neta (8,25%), Roberto Ernesto Góis (37,50%) e Maria Pereira Góis Fontes (25,95%). Esta última é mãe de Itamar Góis Fontes e Hosanah Góis Fontes. Roberto Ernesto de Góis foi funcionário da Sogeral de agosto de 1990 até janeiro de 1999 (fl. 206). A imobiliária funciona no mesmo endereço da empresa Arqitet Construções e empreendimentos Ltda., com inscrição inapta na SRF por estar omissa e não localizada, da qual são sócios Itamar Góis Fontes e Hosanah Góis Fontes;

g) em outros quatro contratos de aluguel da Supermarket o sr. Itamar Góis fontes consta como fiador;

h) o sr. Itamar também aparece como responsável e fiador de em contratos de leasing da Supermarket com o ABN Amro, contratos em que não consta a assinatura dos sócios da empresa;

i) é o sr. Itamar Góis Fontes que assina os cheques da Empresa, conforme demonstram as cópias de cheques juntadas (fls. 218, 223);

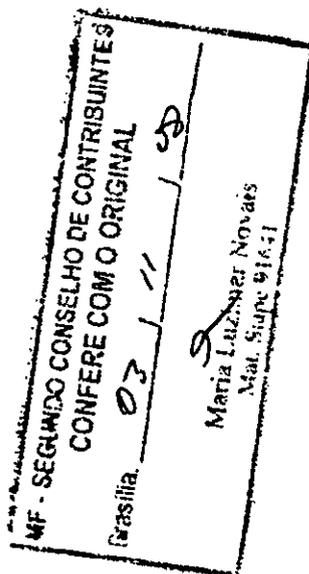
j) intimado o representante legal da empresa a comparecer à repartição, apresentou-se o Sr. Itamar Góis Fontes, sem nenhuma procuração. Colhido seu depoimento, disse que: é gerente administrativo/financeiro da Supermarket; antes da abertura da loja, conhecia pouco o Sr. Adonias Marques e que mantém com ele apenas relações profissionais, e que não sabe informar onde o Sr. Adonias Marques trabalhava antes de abrir a empresa. Em nenhum momento mencionou ser sócio da empresa Sogeral, referindo-se a ela de forma vaga e imprecisa.

Todos esses fatos motivaram a nomeação do Sr. Itamar Góis Fontes como contribuinte solidário, com base no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) (fls. 283/284), conforme Termo de Sujeição Passiva Solidário (fls. 199/200).

Foi lavrado Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, uma vez que o crédito Tributário ultrapassa os R\$ 500.000,00 e é superior a 30% do patrimônio conhecido da empresa.

O Fiscal autuante apresentou Representação Fiscal para fins Penais, apensada ao processo nº 13502.000952/2005-37.

A Supermarket apresentou impugnação (fls.367/396 e 491/520) por intermédio de procurador (fls. 398 e 522), alegando, resumidamente, o seguinte:



Handwritten marks: a large '4' and a circled '2'.

PRELIMINARMENTE

a) *invoca o benefício 'in dubio contra fiscum', amparada no artigo 112 do Código Tributário Nacional (CTN), que diz que em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza e extensão de seus efeitos, a interpretação será sempre a favor do contribuinte. Afirma que os fatos que deram suporte à autuação levam a concluir que podem remanescer dívidas no tocante à capitulação legal do fato e suas circunstâncias materiais, o que induz a aplicação do princípio citado;*

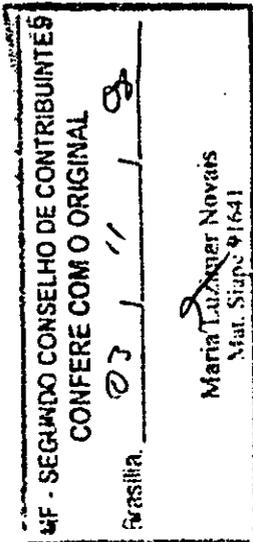
NO MÉRITO

b) *da abusividade na aplicação da multa – afirma que a multa aplicada pelo Fiscal (75%) não se aplica ao caso em tela, uma vez que todas as informações obtidas pelo agente Fiscal originaram-se dos livros da própria impugnante. Dessa forma, verifica-se que foi a própria Impugnante que declarou a diferença de valores, confessando, assim, as divergências apuradas. Neste caso, de tributo autodeclarado, o lançamento se sujeita à multa de mora (0,33% ao dia, até, no máximo, 20%). Cita Rui Barbosa Nogueira, Rildo Medeiros Guedes, José Carlos Graça Wagner, para invocar o princípio da razoabilidade, cujo desrespeito implica inconstitucionalidade. Da mesma forma, traz o princípio da vedação ao confisco, transcrevendo excerto da lavra de Vittorio Cassone;*

c) *da inexistência de solidariedade tributária – os sócios da Impugnante tinham condições financeiras para a sociedade que fundaram. O sócio Adonias Marques participou com 30.000 quotas, integralizando R\$ 15.000,00 na constituição. Em sua declaração do imposto de renda em 1999 consta a aquisição de um imóvel financiado, no valor de R\$ 120.000,00, provando sua capacidade financeira. A sócia Antonieta Ferreira da Cruz Neta participou com 20.000 quotas, integralizando R 410.000,00 na constituição e o restante posteriormente. É perfeitamente cabível uma pessoa com bens no valor de R\$ 85.000,00 constituir uma empresa com R\$ 10.000,00. O sócio Jerônimo Martins, quando ingressou na sociedade também pagou R\$ 20.000,00 à Antonieta, de forma parcelada. Destarte, a legislação pátria não dispõe como requisito para constituição de sociedade a necessidade de seus sócios possuírem bens móveis ou imóveis. Assim, resta amplamente comprovado que a constituição da sociedade Impugnante, repete-se de pequeno porte e com baixo valor de capital social, não detém qualquer irregularidade, bem como foi feita de acordo com a capacidade financeira dos sócios à época;*

d) *sobre a condição do sócio Adonias, de ex-funcionário da Sogeral, não há impedimento legal de a pessoa sair do seu emprego para abrir um negócio próprio;*

e) *a ligação feita pelo autuante, relativa à Sra. Antonieta Ferreira da Cruz Neta ser esposa do Sr. Itamar Góis Fontes, é ardilosa, pois o matrimônio só se deu cinco anos após a constituição da sociedade Impugnante;*



f) quanto à instalação das lojas da Impugnante, tem-se que se deram em função de os pontos comerciais de supermercado já estarem estabelecidos. A Supermarket não tinha como saber que a Sogeral não terminou suas atividades nos locais em que foram estabelecidas as filiais, pois a responsabilidade ante os órgãos competentes é unicamente da empresa referida, a Sogeral;

g) sobre a comparação dos faturamentos, diz que não há nenhuma relação possível, demonstrando que os valores de redução na Sogeral não correspondem aos valores acrescidos ao faturamento da Supermarket;

h) sobre o fato de haver uma locação de imóvel feita em uma imobiliária de propriedade do sócio majoritário da empresa, diz que isso é absolutamente normal. O contrário, locar em outra imobiliária é que seria uma atitude suspeita;

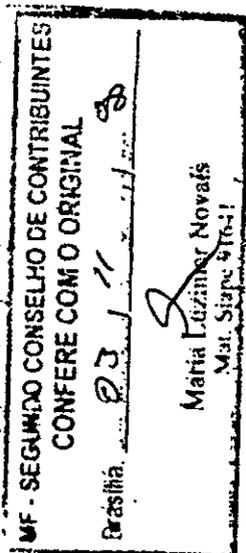
i) o Sr. Itamar Góis Fontes só veio a ser funcionário da Supermarket em 2001, como se verifica nos documentos anexos (fls. 267/404). O fato de ele assinar cheques advém de procuração pública outorgada pelo sócio da Impugnante. Cabe salientar que ele inicialmente exercia a função de consultor financeiro, comercial e administrativo, consoante contrato de prestação de serviços e, no ano de 2004, foi contratado como gerente administrativo. A contratação se deveu à experiência do Sr. Itamar na área de supermercados, pois era proprietário da empresa Sogeral e, por ele se encontrar em situação financeira difícil, procurou emprego na área que detinha conhecimento. Ora, os sócios da Impugnante constituíram a empresa em 1999 com o capital que lhes era permitido, com a empresa estabelecida no mercado abriram filiais em postos comerciais que lhes interessavam, pois teriam sido, antes, supermercados, alugaram alguns imóveis de empresa que o sócio majoritário também era sócio e, posteriormente, contrataram o Sr. Itamar pelo "know-how" que ele detinha. Não existe irregularidade nesses fatos, tampouco solidariedade passiva. Cita Antônio Caldeira Miretti para afirmar que o Fiscal presumiu uma situação totalmente inexistente, visto que o simples fato do Sr. Itamar ser proprietário de uma empresa concorrente não o coloca na posição de solidário. Transcreve ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes;

j) da imparcialidade do julgamento – cita vários autores para defender um julgamento baseado na acusação, defesa e nas provas apresentadas, com imparcialidade;

k) requer a redução da multa de 75% para 20%, em obediência aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco, bem como, o afastamento do Sr. Itamar Góis Fontes como responsável solidário.

Juntei aos autos extratos do Refis e do PAES.

A DRJ em Salvador/BA negou provimento à Impugnação do contribuinte em decisão assim ementada:



ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA.

O julgador em Processo Administrativo Fiscal é incompetente para decidir sobre constitucionalidade de norma legal em vigor.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

SOLIDARIEDADE.

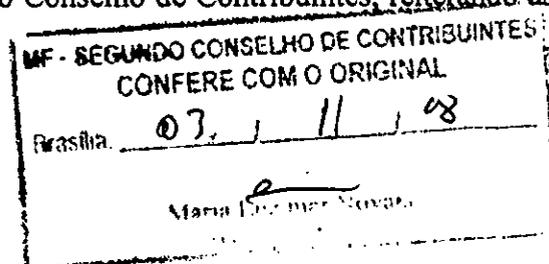
É solidariamente responsável pelo crédito Tributário aquele que tem interesse na ocorrência do fato gerador, utilizando-se de interposta pessoa na constituição de empresa.

Lançamento Procedente

Irresignado com a decisão de Primeira Instância, o contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário a este Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, reiterando as razões de sua peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto



Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Relator

O recurso é tempestivo e merece análise.

De início, imprescindível tecer alguns esclarecimentos antes de adentrar no mérito do litígio posto.

Os presentes autos, consoante relato supra, tratam de lançamento de ofício contra o contribuinte em epígrafe para exigência de PIS e Cofins referentes aos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003.

O contribuinte não rechaçou a exigência das declinadas Contribuições, limitando-se a contestar a multa de ofício de 75% e a responsabilidade solidária por interesse comum do Sr. Itamar Góis Fontes, prevista no art. 124, I, do CTN. Por conseguinte, reputo preclusas as demais matérias constantes dos autos.

Nota-se, ainda, no recurso interposto pelo contribuinte, que foi dirigido equivocadamente ao Primeiro Conselho de Contribuintes, quando o Órgão Julgador correto é este Segundo Conselho de Contribuintes, em razão da matéria tratada. Todavia, entendo que tal incorreção não é suficiente para o não conhecimento do mesmo, pois trata-se de vício formal sanável.

Por último, antes de adentrar no mérito, sugiro à defesa que não altere as ementas administrativas utilizadas para embasar as razões recursais.

Quanto à multa de ofício de 75%

Alega o contribuinte que a multa de ofício de 75% “é totalmente abusiva e irregular, devendo, portanto, ser de plano afastada, verifica-se”. (SIC).

Ressalta que ele próprio declarou a diferença de valores que resultou no crédito apontado e, nesse caso, somente poderia ter sido aplicada a multa de mora, de 20%.

Ato contínuo, assevera que desde a Roma antiga há grande preocupação com o estabelecimento de penas pecuniárias excessivas e que o mesmo aconteceu na Rússia, citando o renomado doutrinador Rui Barbosa Nogueira, o qual relata absurdos ocorridos pela participação de fiscais na arrecadação das multas.

Aduz ser absolutamente inconstitucional a multa imposta, pois fere os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, do Não-Confisco e da Propriedade.

Sem razão o contribuinte neste ponto.

Mister reiterar que falece competência ao julgador administrativo para apreciar questões concernentes à constitucionalidade dos atos legitimamente editados pelo Poder Legislativo.

A multa de ofício de 75% está prevista no art. 44, I, da Lei n.º 9.430/96 e este Tribunal Administrativo não pode afastá-la por inconstitucionalidade, incumbência expressamente reservada pela Constituição Federal de 1988 ao Poder Judiciário.

Aliás, aqui cabe uma importante observação.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a responsabilidade solidária imputada ao Sr. Itamar Góis Fontes decorreu, no entender do Agente Autuante, de atos fraudulentos, razão pela qual foi confeccionado pela fiscalização o Termo de Sujeição Passiva Solidária, fls. 199/200, e também a Representação Fiscal por falsidade ideológica (apensada ao vol. I).

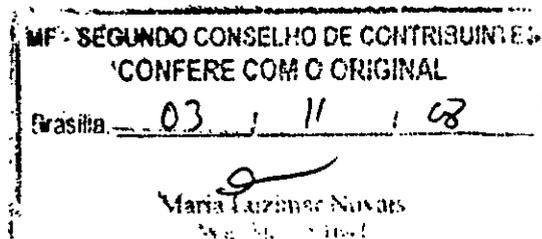
Ora, se o Ilustre Agente do Fisco elaborou a mencionada Representação Fiscal para fins penais, por que não aplicou a multa de 150%, também prevista na Lei n.º 9.430/96, para os casos em que há fraude?

Confesso que não encontrei nos autos resposta a essa indagação.

Quanto à Responsabilidade Solidária por Interesse Comum

Apesar do deslize aludido supra, aproveito o ensejo para parabenizar a fiscalização pelo excelente trabalho realizado.

De fato, está cabalmente comprovada a intenção do Sr. Itamar Góis Fontes de lograr o Fisco. As constatações fiscais, aliadas à vasta prova documental acostada, evidenciam de forma irrepreensível a fraude praticada pelo mesmo.



Todavia, vislumbro um óbice processual intransponível para a análise da matéria. Ocorre que a defesa da contribuinte se baseia fundamentalmente na alegação de que o Sr. Itamar Góis Fontes não é sócio da empresa autuada (a Recorrente). Ora, se ele não é sócio da empresa, por que o recurso desta se limita basicamente em defendê-lo? Muito curioso este fato...

Deste modo, a contribuinte, ao defender o Sr. Itamar Góis Fontes, está produzindo prova contra ela mesma, pois, na tentativa de afastar a responsabilidade solidária daquele, está atraindo o crédito tributário exclusivamente para si.

Compulsando-se os autos, verifica-se que não há procuração do Sr. Itamar Góis Fontes para que a empresa o defenda, razão pela qual fico impedido de me manifestar sobre a matéria. Explico.

Para que o recurso possa ser analisado nesta parte mister reunir todas as condições da ação elencadas no art. 267, VI, do CPC, quais sejam: interesse de agir, legitimação *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido. Nota-se com facilidade que as duas primeiras condições não foram cumpridas no presente caso.

Falta interesse de agir da empresa, pois, consoante já declinado, ao tentar afastar a solidariedade passiva do Sr. Itamar Góis Fontes, estará produzindo prova contra ela mesma. Esta é uma condição indeclinável para a admissibilidade recursal.

O interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável, de cunho econômico ou moral, o que, no presente apelo em análise, não pode ser encontrado. Ausente, por conseguinte, este primeiro requisito.

Quanto à legitimação passiva, esta é entendida como sendo o titular do interesse envolvido e diz respeito à posição do réu em relação a um litígio. Em resumo, pode-se dizer que é aquele em face do qual a pretensão deverá produzir seu efeito. Portanto, como já exposto supra, nota-se que também está ausente este segundo requisito.

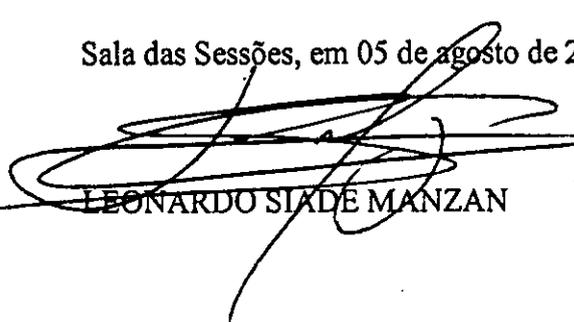
Ora, ausentes duas condições da ação, esta estará impossibilitada de seguir seu curso normal, razão pela qual não merece apreciação, por expressa disposição do Diploma Processual Civil Brasileiro (art. 267, VI, CPC).

Por conseguinte, não conheço do recurso na parte (que, aliás, é principal) em que a empresa faz a defesa do Sr. Itamar Góis Fontes, por absoluta ausência de duas condições fundamentais para o seguimento do apelo.

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao presente Recurso Voluntário, pela razões acima expendidas.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 05 de agosto de 2008.


LEONARDO SIADÉ MANZAN

