



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

Processo nº 13502.721261/2015-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-005.061 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de agosto de 2018
Matéria Insuficiência de recolhimentos de PIS e COFINS
Recorrente CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011

CRÉDITOS. COMPROVAÇÃO

Não há que se acatar créditos, se o contribuinte não indicou a natureza das despesas e sua participação no processo de produção de serviços ou bens, as contas contábeis em que foram registradas e tampouco carreou aos autos amostra das notas fiscais correspondentes.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO

A multa de ofício deve ser qualificada, quando resta comprovado que o contribuinte omitiu do Fisco os elementos que comprovariam a ocorrência do fato gerador, por meio da apresentação de informativos fiscais e declarações contendo informações inexatas ou em branco.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CABIMENTO

Não é plausível admitir que o sócio-administrador da empresa não tivesse conhecimento de que assinou, como representante legal, livros contábeis e fiscais, bem como informativos e declarações dirigidas ao Fisco, incompletas ou em branco, com omissão de receitas de prestação de serviços, cujas notas fiscais, todavia, haviam sido emitidas.

Isto posto, há que confirmar a atribuição da responsabilidade solidária.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. CONTROVÉRSIAS

De acordo com as Súmula CARF nº 28, este colegiado não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011

CRÉDITOS. COMPROVAÇÃO

Não há que se acatar créditos, se o contribuinte não indicou a natureza das despesas e sua participação no processo de produção de serviços ou bens, as contas contábeis em que foram registradas e tampouco carreou aos autos amostra das notas fiscais correspondentes.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO

A multa de ofício deve ser qualificada, quando resta comprovado que o contribuinte omitiu do Fisco os elementos que comprovariam a ocorrência do fato gerador, por meio da apresentação de informativos fiscais e declarações contendo informações inexatas ou em branco.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CABIMENTO

Não é plausível admitir que o sócio-administrador da empresa não tivesse conhecimento de que assinou, como representante legal, livros contábeis e fiscais, bem como informativos e declarações dirigidas ao Fisco, incompletas ou em branco, com omissão de receitas de prestação de serviços, cujas notas fiscais, todavia, haviam sido emitidas.

Isto posto, há que confirmar a atribuição da responsabilidade solidária.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. CONTROVÉRSIAS

De acordo com as Súmula CARF nº 28, este colegiado não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

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 Moraes 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 Moraes Pereira (Presidente).

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

"1. CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI – EPP (Contrate), empresa acima identificada, foi objeto de auditoria fiscal. Ao final dos trabalhos a auditora-fiscal da RFB constatou algumas irregularidades que foram narradas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 30/36 que passo a sintetizar:

a- O contribuinte no ano calendário de 2011 apresentou a DIPJ, DCTF e DAFON com valores zerados, porém, conforme as DIRF (Declarações de Impostos Retidos na Fonte) de terceiros (clientes) auferiu receitas no ano-calendário de 2011 de cerca de R\$10.900.000,00;

b- Com base no Livro Razão (fls. 3.776/3.790) a auditora-fiscal apurou o montante devido de PIS/COFINS;

c- A autoridade fiscal constatou que as notas fiscais de fls. 43/45, emitidas pelo contribuinte, não haviam sido contabilizadas, os respectivos montantes foram considerados receitas omitidas;

d- Houve a qualificação da multa de ofício, nos termos do artigo 71 da Lei nº 4.502/1965;

e- Os Srs. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO, CPF 232.168.245-00 e LUIZ CLÁUDIO SANTOS, CPF 198.337.175-00, sócios administradores da empresa autuada no decorrer do ano de 2011, foram arrolados como responsáveis solidários.

2. Em face das irregularidades apuradas foram lavrados os seguinte autos de infração, cientificados à Pessoa Jurídica em 03/11/2015 (fls. 56/57)

a- Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social- COFINS (fls. 02/03): Valor do crédito tributário de R\$ 1.306.025,43, que inclui o tributo, a multa e os juros de mora calculados até 10/2015, fundamento legal citado nas fls. 05/06;

b- Auto de Infração da Contribuição para o PIS/PASEP (fls. 14/15): Valor do crédito tributário de R\$ 283.789,82, que inclui o tributo, a multa e os juros de mora calculados até 10/2015, fundamento legal citado nas fls. 17/18.

3. Nestes autos de infração foram considerados Sujeitos Passivos solidários os Srs. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO, CPF 232.168.245-00 e LUIZ CLÁUDIO SANTOS, CPF 198.337.175-00, nos termos dos artigos 124, I e 135 do CTN.

4. O Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO foi cientificado dos autos de infração em 05/11/2015 (fl. 26), ao passo que o Sr. LUIZ CLÁUDIO SANTOS foi cientificado em 09/11/2015 (fl. 27). Ambos não apresentaram impugnação.

5. A empresa CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI – EPP apresentou em 03/12/2015, impugnação de fls. 3.744/3.760 nos seguintes termos:

a- O lançamento de ofício deixou de reconhecer créditos não cumulativos descritos no Doc. 02. “Todas as despesas serem deduzidas da receita bruta para efeitos de composição da base de cálculo do PIS e do COFINS, encontram-se devidamente escriturados nos Livros Diário e Razão”;

b- A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude deste contribuinte, as inconsistências encontradas significam, tão somente, que não foram prestadas da forma ideal;

c- Para se atribuir a responsabilidade tributária é necessária a prova de que houve atos praticados com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme determina a Portaria nº 180 da PGFN;

d- A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, uma vez que há autonomia dos patrimônios da empresa e de seus sócios;

e- A aplicação do artigo 135 do CTN deve se dar mediante a comprovação de conduta dolosa dos sócios;

f- A representação fiscal para fins penais é calcada em mera presunção, não há prova da ocorrência de conduta dolosa;

g- As multas aplicadas têm caráter confiscatório e ofendem o princípio da proporcionalidade e da capacidade contributiva, devendo ser aplicada penalidade equivalente a 20/30% do tributo devido;

h- A aplicação do artigo 71 da Lei nº 4.502/1964 exige a comprovação da existência de ação dolosa;

i- Requer sejam considerados improcedentes os autos de infração em comento.

6. É o relatório"

A DRJ em São Paulo (SP) julgou a impugnação improcedente e o Acórdão nº16-75.619 foi assim ementado:

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

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. Receitas contabilizadas e não oferecidas à tributação devem ser objeto de lançamento de ofício.

CRÉDITO NÃO CUMULATIVO. Cabe ao contribuinte discriminar e comprovar os gastos que originariam os créditos não cumulativos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. Receitas contabilizadas e não oferecidas à tributação devem ser objeto de lançamento de ofício.

CRÉDITO NÃO CUMULATIVO. Cabe ao contribuinte discriminar e comprovar os gastos que originariam os créditos não cumulativos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

Irresignado, a foi atribuída responsabilidade tributária interpôs recurso voluntário, em que, basicamente, repisou os argumentos consignados na impugnação.

Os responsáveis solidários não apresentaram impugnação ou recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Marcelo Costa Marques d'Oliveira

O recurso voluntário apresentado pela CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI – EPP preenche os requisitos legais de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Os responsáveis solidários, Srs. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO, CPF 232.168.245-00 e LUIZ CLÁUDIO SANTOS, CPF 198.337.175-00, sócios-administradores da empresa autuada no decorrer do ano de 2011, não apresentaram impugnação ou recurso voluntário em seus próprios nomes

Não obstante, a impugnação foi assinada pelo próprio Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO, em conjunto com procurador e representante legal por ele devidamente constituídos.

O recurso voluntário, por sua vez, foi assinado digitalmente por um outro representante legal. Contudo, naquela data, o sujeito passivo principal já havia alterado sua personalidade jurídica de sociedade por quotas de responsabilidade limitada para empresa individual. E o Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO era o único sócio e administrador da empresa e, por conseguinte, que tinha poderes para nomear procuradores.

Em ambas as peças de defesa, foi combatida a atribuição da responsabilidade solidária.

A DRJ considerou que os responsáveis tributários não haviam apresentado impugnação. Contudo, mesmo assim, enfrentou os argumentos de defesa.

Em outro processo de minha relatoria, o responsável solidário havia comparecido aos autos tão somente no recurso voluntário. Contudo, na sessão de julgamento, decidimos conhecer do recurso e, por conseguinte, dos argumentos contrários à responsabilização tributária de terceiros, em razão de o próprio responsável solidário ter nomeado o representante legal que assinou a impugnação.

Confirmo o teor daquela decisão e, no caso presente, voto por considerar o recurso voluntário juntado aos autos como tendo sido apresentado em conjunto pelo sujeito passivo principal, CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI – EPP, e pelo Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO e, por conseguinte, por conhecer dos alegações que contestam a atribuição a este último da responsabilidade solidária.

No tocante ao outro responsável solidário, Sr. LUIZ CLÁUDIO SANTOS, não se pode considerar que tenha comparecido aos autos. Assim, permanecerá nesta condição, caso, caso esta turma decida pela manutenção do lançamento.

Mérito

Trata-se de autos de infração de PIS e COFINS, lavrados em razão de a fiscalização ter identificado receitas contabilizadas, porém não computadas nas bases tributáveis. E outras, não contabilizadas e não tributadas. No primeiro caso, acresceram multa de ofício de 75%. No segundo, de 150%, com lavratura de Representação Fiscal para Fins Penais.

O procedimento fiscal foi ratificado pela DRJ.

No recurso voluntário, o contribuinte apresentou seus argumentos em quatro tópicos, a saber:

"3 – DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – DA AUSÊNCIA DA DEDUÇÃO DAS DESPESAS E DOS CRÉDITOS SOBRE A RECEITA BRUTA

4 - DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA / 4.1 Da Inteligência do Art. 135/CTN para fins de Responsabilidade Pessoal.

5- DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

6 - DA APLICAÇÃO DAS MULTAS – DO EXCESSO"

Para que o voto apresente uma sequência lógica, apreciarei os tópicos na seguinte ordem: 3, 6, 4 e 5.

"3 – DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – DA AUSÊNCIA DA DEDUÇÃO DAS DESPESAS E DOS CRÉDITOS SOBRE A RECEITA BRUTA

A recorrente alega que a escrituração contábil foi entregue à fiscalização e que nela foram lançadas despesas sobre as quais a fiscalização poderia ter calculado créditos de PIS e COFINS, nos termos das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03. E que tais créditos poderiam ter sido deduzidos dos créditos tributários lançados.

Tanto na impugnação quanto no recurso, apresenta a seguinte tabela:

CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL LTDA EPP			
CNPJ: 10.956.539/0001-72			
MÊS	DESPESA	CREDITO PIS	CREDITO COFINS
		1,65%	7,60%
jan/11	R\$ 75.482,92	R\$ 1.245,47	R\$ 5.736,70
fev/11	R\$ 95.887,63	R\$ 1.582,15	R\$ 7.287,46
mar/11	R\$ 107.732,44	R\$ 1.777,59	R\$ 8.187,67
abr/11	R\$ 51.905,04	R\$ 856,43	R\$ 3.944,78
mai/11	R\$ 102.869,39	R\$ 1.697,34	R\$ 7.818,07
jun/11	R\$ 161.613,91	R\$ 2.666,63	R\$ 12.282,66
jul/11	R\$ 233.140,75	R\$ 3.846,82	R\$ 17.718,70
ago/11	R\$ 205.274,16	R\$ 3.387,02	R\$ 15.600,84
set/11	R\$ 221.690,87	R\$ 3.657,90	R\$ 16.848,51
out/11	R\$ 171.841,18	R\$ 2.835,38	R\$ 13.059,93
nov/11	R\$ 98.517,39	R\$ 1.625,54	R\$ 7.487,32
dez/11	R\$ 209.605,86	R\$ 3.458,50	R\$ 15.930,05
TOTAL	R\$ 1.735.561,54	R\$ 28.636,77	R\$ 131.902,68

A DRJ refutou o argumento, por evidente falta de prova de que o contribuinte detinha tal direito.

E, pelo mesmo motivo, também nego provimento aos argumentos. O ônus de comprovar a existência do crédito é de quem alega detê-lo (art. 333 do antigo Código de Processo Civil - CPC, em vigor na data da autuação, cujo teor foi reproduzido no art. 373 do novo CPC). E a recorrente não indicou a natureza das despesas e sua participação no processo de produção de serviços ou bens, as contas contábeis em que foram registradas e tampouco carrou aos autos amostra das notas fiscais correspondentes.

"6 - DA APLICAÇÃO DAS MULTAS – DO EXCESSO"

A multa de 75% foi adicionada ao PIS e à COFINS incorretamente calculados. E a de 150%, às contribuições incidentes sobre as receitas de serviços não escrituradas e que não foram informadas no DACON e tampouco declaradas em DCTF.

A multa de ofício foi qualificada, sob os seguintes argumentos (TVF, fl. 34 e 35):

" 4 Da Qualificação da Multa e Representação Fiscal para Fins Penais

Como já relatado anteriormente, o contribuinte deixou de escriturar receita da prestação de serviços nos livros contábeis e fiscais de 2011, em um montante anual

de R\$ 1.449.968,25. Ao mesmo tempo, apresentou a DIPJ2012, ano-calendário 2011, sem valores, ou seja, completamente zerada; as DCTF de 2011 sem débitos ou com valores insignificantes somente do PIS; e apresentou DACON apenas nos meses de janeiro, fevereiro, março e setembro com apuração indevida pelo regime cumulativo cujas alíquotas são menores do que as alíquotas devidas pelo contribuinte (apuração não-cumulativa) e nos meses de novembro e dezembro pela apuração não-cumulativa, porém, completamente zeradas.

O contribuinte deixou de escriturar receitas em seus livros contábeis e fiscais e também apresentou as citadas declarações sem débitos ou com valores insignificantes, com o intuito de que a autoridade tributária não tivesse conhecimento dos valores dos tributos a pagar, incorrendo, em tese, em crime contra ordem tributária, previsto nos arts. 1º, inciso I e II, e 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90; e art. 71, da Lei nº 4.502/64.

Será feita Representação Fiscal para Fins Penais com base nos citados artigos, abaixo parcialmente transcritos. Nesta condição, a multa será qualificada para 150%, de acordo com o previsto no art. 44, Inciso I, parágrafo 1º da Lei nº 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/2007, combinado com o art. 71 da Lei nº 4.502/64, também parcialmente transcritos abaixo:

Lei 8.137/90

'Art. 10 Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (negrito)

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal (negrito);

...

Art. 20 Constitui crime da mesma natureza:

I- fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; (negrito)

...'

Lei 4.502/64

'Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.'

Lei nº 9.430/96

'Art. 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; (grifado)

...

§ 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.(grifado)

..."

A DRJ ratificou o auto de infração.

A recorrente contestou as multas de ofício, por meio das seguintes alegações:

- As multas são excessivas e desproporcionais, notadamente a de 150%, que ultrapassa em muito o valor do próprio tributo, tendo caráter confiscatório, transgredindo o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal. Neste sentido, cita as decisões do TRF da 5ª Região (AC: 308009 CE 0022196691999405810001) e do STF (RE 523.471 - AgR/MG, AI - 482.281 - AgR, RE 644.939/RN, RE 583.516/PB, RE 589.370/SP, REExt 754.554/GO e ADI 551, AgRg no REExt 833.106/GO) que considerou a multa de 75% confiscatória.

- Afrontam o princípio constitucional da capacidade econômica do contribuinte, esculpido pelo § 1º do art. 145 da CF. Neste sentido, cita a decisão do STF no RE 82.510/SP.

- *"Com efeito, o elemento subjetivo do tipo, encontra-se subjugado aos "CASOS DE EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE". Por sua vez, o Art. 71 da Lei nº 4.502/64, também exige "ação ou omissão DOLOSA", para configurar o ilícito fiscal. Obviamente, trata-se de um ônus de prova da autoridade fiscal, provar o dolo o contribuinte, no caso em análise é facilmente afastada a hipótese do animus fraudandi, por parte do contribuinte, pois, INEXISTIU A CRIAÇÃO DE QUALQUER OBSTÁCULO OU SUBTERFÚGIO UTILIZAR PARA OMITIR OU MANIPULAR SUAS INFORMAÇÕES FINANCEIRAS, COLABORANDO COM A AUTUAÇÃO FISCAL. Demonstra-se assim, que inexistente a tipificação dolosa e sim a ocorrência de "declaração inexata", errônea que, inclusive, foi retificada." (trecho do recurso voluntário, fl. 3.829).*

- Menciona a Súmula CARF nº 14 que dispõe que *"A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo."*

Este colegiado não é competente para apreciar alegações de inconstitucionalidade, (Súmula CARF nº 2), pelo que nego provimento às acima sumariadas.

O lançamento da multa de ofício de 75% baseou-se no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, que determina que seja cobrada exatamente nos casos acima relatados, quais sejam, de falta de pagamento, de falta de declaração e de inexatidão em declaração. Assim, ratifico o lançamento da multa de 75%.

Também não merece reparos a qualificação da multa de ofício.

O contribuinte emitiu notas fiscais de serviços e não as escriturou nos livros contábeis e fiscais. Este fato não é contestado pela recorrente, que, em sua peça recursal, o classifica como *"erros técnicos contábeis de escrituração"*.

As receitas e as contribuições incidentes também não foram informadas nos DACON e declaradas nas DCTF. E a DIPJ do ano-base de 2011 foi entregue completamente em branco.

A fiscalização tão somente tomou conhecimento do auferimento de tais rendas, por intermédio da inspeção das Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) apresentadas pelos clientes da recorrente. E complementou o trabalho, obtendo a confirmação das empresas tomadoras dos serviços.

Os fatos anteriormente narrados subsomem-se nitidamente aos artigos 10 e 20 da Lei nº 8.137/90 e 71 da lei nº 4.502/64. Os atos de não escriturar e informar no DACON e não declarar as contribuições devidas em DCTF impediram que a autoridade delas tomasse conhecimento da ocorrência dos fatos geradores. Correta, portanto, a qualificação da multa de ofício.

Em suma, nego provimento aos argumentos que contestaram a cobrança das multas de ofício de 75% e 150%.

"4 - DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA / 4.1 Da Inteligência do Art. 135/CTN para fins de Responsabilidade Pessoal.

Reproduzo trecho do TVF (fl. 35), confirmado pela DRJ:

"5 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Tendo em vista todo o exposto acima (**O ITEM 4 DO TVF FOI ACIMA REPRODUZIDO E TRATA DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO**), os sócios administradores no ano-calendário 2011, a seguir relacionados, eram responsáveis pela administração da empresa, conforme as alterações contratuais, anexas. Tinham conhecimento, portanto, de débitos tributários com a Receita Federal em valores bastante significativos, uma vez que foi omitido receita no montante de R\$ 1.449.968,25, e faturamento anual no ano-calendário 2011 de R\$ 10.852.414,88, mas mesmo assim, apresentaram as DACTON e DCTF de 2011 sem débitos de tributos ou com valores insignificantes; e a DIPJ 2012, ano-calendário 2011 completamente zerada.

Além da responsabilidade da pessoa jurídica, aplica-se aos sócios administradores da empresa no ano-calendário fiscalizado, abaixo relacionados, a responsabilidade solidária prevista no artigo 135, inciso III, da Lei 5.172/66 do CTN - Código Tributário Nacional:

1- JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO, CPF 232.168.245-00: Sócio administrador no ano-calendário 2011, conforme as alterações contratuais anexas, e assina os documentos encaminhados à presente ação fiscal, os livros contábeis e fiscais, bem como consta como representante e responsável da empresa na DIPJ2012, ano-calendário2011, DACTON 2011 e DCTF de 2011. Endereço no Cadastro CPF: Rua Jorge Goes Mascarenhas, 98, Bomfim, Salvador/BA, CEP 40415-115;

2- LUIZ CLÁUDIO SANTOS, CPF 198.337.175-00: Sócio administrador no ano-calendário 2011, conforme as alterações contratuais anexas. Endereço no Cadastro CPF: Rua Otavio Ariani Machado, 64 B, Casa, Caixa D'Agua, Salvador, CEP 40320-475." (inserção em negrito n.)

No início do voto, apresentei meu voto no sentido de considerar que o recurso voluntário foi apresentado em conjunto pela pessoa jurídica e pelo Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO e que o Sr. LUIZ CLÁUDIO SANTOS não compareceu aos autos em momento processual algum.

Isto posto, foram apresentados os seguintes argumentos para combater a atribuição da responsabilidade solidária ao Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO - os trechos do recurso voluntário abaixo reproduzidos foram extraídos das fls. 3.818 a 3.822:

- *"O Acórdão proferido, ora Recorrido, considerou que '... houve a falta de escrituração de diversas receitas, conforme anteriormente abordado, este fato, em tese, se subsume ao disposto no artigo 1º da Lei n. 8.137/1990' (fls. 10 do Acórdão), o que seria o mesmo que considerar como prova do dolo a confusão contábil do contribuinte. Nesse sentido, os ilustres julgadores apegam-se a PRESUNÇÃO em detrimento da PROVA do ato doloso contribuinte de acordo com o Art. 24, §2º, da Lei n.º 9.249/95."*

- *"Portanto, antes de tudo, devem ser demonstradas as condições acima expostas. Ou seja, para a atribuição da responsabilidade tributária a terceiros, necessária, é, a ocorrência de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, ao contrato social ou estatuto para permitir a responsabilidade pessoal daqueles elencados no inciso VII do Art. 134, bem como mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."*

- *"No caso em questão, em que pesem as pressuposições, não há, até o momento, prova de que qualquer sócio, ex-sócio ou administrados tenha se utilizado da empresa como meio para o abuso de direito, o desvio de finalidade ou eventual fraude."*

- *"(. . .) a Portaria nº 180, de 20/10/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, só permite a inclusão como responsável solidário na Certidão de dívida ativa mediante declaração fundamentada da autoridade competente da RFB ou da PGFN acerca da existência de uma das quatro situações já citadas: excesso de poderes, infração de lei, infração ao contrato social ou estatuto e dissolução irregular da pessoa jurídica; (. . .)"*

- No sentido do que sustenta, cita decisão do STJ em REsp 100.739/SP e doutrina.

- *"Como facilmente pode-se constatar no processo administrativo fiscal, em nenhum momento carrou prova suficiente à caracterização do caráter doloso de uma conduta individualizada dos sócios, detendo-se à simples presunção das suas respectivas culpabilidades dos sócios, capitulando comandos legais que, conforme restou comprovado, não se servem à finalidade de perseguir seus créditos tributários havidos em face dos contribuintes, às custas dos bens pessoais dos sócios."*

Não comprovada as hipóteses previstas no art. 135, III, CTN, não há que se falar em inclusão dos sócios-gerentes como sujeitos passivos tributários sem incorrer em excesso de poder ou ilegalidade. A condição de sócio, por si só, não implica em

responsabilidade tributária, a hipótese de aplicação deste comando legal pressupõe, sobretudo, a ocorrência de conduta dolosa – o que não restou caracterizado no caso concreto."

Mais uma vez, concordo com a fiscalização.

Assim como a recorrente, entendo que, para a responsabilização pessoal dos administradores, com fulcro no art. 135 do CTN, há que se comprovar dolo e participação direta dos eleitos na prática dos atos delitivos.

Contudo, diferentemente do consignado na peça recursal, tal participação restou mais do que comprovada, em ambas as infrações detectadas.

Na primeira infração, ao longo de todo o ano de 2011, houve contabilização de receitas de serviços. Todavia, não foram informadas no DACON e na DIPJ. E, nas DCTF, o PIS e a COFINS incidentes ou foram declarados em valores insignificantes ou não foram declarados. Vale mencionar que, apesar de possuir elementos para tanto, neste caso, decidiu a fiscalização não qualificar a multa de ofício.

Na segunda infração, houve prestação de serviços, com emissão de notas fiscais, e cujas receitas não foram escrituradas nos livros contábeis. Adicionalmente, não foram informadas no DACON e as contribuições incidentes não foram declaradas na DCTF.

Naquele período, o Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO era um dos sócios-administradores e assinou, como responsável, as escriturações contábil e fiscais, bem como o DACON, a DIPJ e as DCTF, as quais continham graves omissões e inexatidões.

Não se trata de presunção de culpa. Primeiro, porque uma vez que assinou o documento, não pode alegar que ignorava seu conteúdo. e, em segundo, porque é simplesmente implausível supor que tenha, por exemplo, assinado a DIPJ de 2012/ano-base 2011(fl. 825 a 896), cujo formulário encontrava-se completamente em branco, e que, todavia, ignorava que estava deixando de informar ao Fisco o auferimento de quase R\$ 11 milhões em receitas de serviços.

Portanto, nego provimento aos argumentos que pretendiam afastar a atribuição de responsabilidade solidária ao Sr. JOSÉ ELIAS SOUZA BARRETO.

"5 - DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA"

Alega que a "Representação Fiscal Para Fins Penais" (RFPFP) não se aplica ao caso, pois não há nos autos prova de que cometeu as infrações capituladas nos art. 1º da Lei nº 8.137/90. E sua lavratura foi precipitada, posto que antes de o contribuinte ter oportunidade de rebater a acusação fiscal.

Nos itens 4 e 6, consignei que considero os elementos carreados aos autos pela fiscalização comprovam o cometimento das infrações previstas no citado dispositivo legal e, portanto, justificam a qualificação da multa de ofício e a atribuição de responsabilidade solidária.

Quanto ao cabimento da lavratura da RFPFP, a Súmula CARF nº 28 dispõe que *"O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais."*

Isto posto, nego provimento aos argumentos contidos neste tópico.

Conclusão

Nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira