



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

Processo nº 13603.720094/2008-55
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-000.822 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2012
Matéria IRPJ e CSLL - Glosa de despesas
Recorrente CEMA CENTRAL MINEIRA ATACADISTA, MARCIO VILEFORT MARTINS, VIRGÍLIO VILEFORT MARTINS, ANTONIO VILEFORT MARTINS, IVAGRO AGROPECUÁRIA LTDA. e VAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

RECURSO AVIADO APÓS O TRINTÍDIO LEGAL. PEREMPÇÃO.

Revela-se perempto o recurso aviado após trinta dias da data do recebimento da decisão de primeira instância, cujo envio se deu por via postal. Excetua-se no condizente ao co-obrigado Ivagro Agropecuária Ltda, manifestamente tempestivo.

ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

A não contestação expressa da imputação fiscal e os fatos apontados na autuação pressupõe a concordância da co-obrigada quando de sua impugnação e indica sua indiscutibilidade no âmbito do processo administrativo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Afasta-se a responsabilidade tributária de terceiros não integrantes do quadro societário do sujeito passivo quando não restar suficientemente comprovado o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer o recurso interposto por Cema – Central Mineira Atacadista Ltda, VAM Empreendimentos e Participações Ltda, Antonio Vilefort Martins, Márcio Vilefort Martins e Virgílio Vilefort Martins, em razão da intempestividade do recurso. Quanto ao recurso da empresa Ivagro Agropecuária Ltda, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade, afastar a responsabilidade solidária do 124, I, do CTN, e não conhecer das demais razões de mérito, em razão de preclusão.

documento assinado digitalmente

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - Presidente.

documento assinado digitalmente

JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes, Marcos Vinicius Barros Ottoni e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Em foco recurso voluntário visando à reforma da decisão da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte-MG que julgou procedentes os lançamentos efetuados em 03/06/2008 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem-MG com vistas a exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Imposto de Renda na Fonte (IRFON), acrescidos de multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros moratórios calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

As exigências do IRPJ e CSLL, operadas pelo regime do lucro real anual, afetas aos anos-calendário de 2003 e 2004, decorrem da glosa de custos representados pela contabilização de 507 (quinhentas e sete) notas fiscais de aquisição de mercadorias para revenda cuja imputação fiscal encontra-se no sentido de se tratarem de documentos inidôneos em vista dos emitentes serem inexistentes de fato ou de fachada ou, quando verdadeiramente existentes, terem negado relações comerciais com a autuada, aliado ao fato dos pagamentos, nos casos em que localizada a escrituração, terem sido efetuados em espécie ou por dação em pagamento com Títulos da Dívida Pública já prescritos.

Já a exigência do IRFON decorre da imputação fiscal dos pagamentos efetuados em espécie serem considerados sem causa ou a beneficiário não identificado, cuja contabilização encontra-se a crédito na conta CAIXA nº 1.1.01.01.0001.

O Fisco também lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome de Márcia Vilefort Martins e VAM Empreendimentos e Participações Ltda., sócios da autuada, ao

entendimento de terem interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores tributários, na forma do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), bem assim, em nome de Márcio Vilefort Martins, Antonio Vilefort Martins e Virgílio Vilefort Martins por serem quotistas da sócia majoritária (VAM Empreendimentos) e também por serem os efetivos administradores da autuada, incursos, dessa forma, na responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do CTN. Finalmente, também foi imputada a solidariedade passiva a Ivagro Agropecuária Ltda., gerenciada e administrada por Virgílio e Antonio, ao fundamento de que a comunhão de recursos financeiros entre as empresas e a assunção de avais em empréstimos tomados pela autuada no mercado financeiro e ainda a cessão de seus imóveis para a contribuinte exercer atividades mercantis caracterizam o interesse comum preconizado pelo artigo 124, I, do CTN.

Também foi consignado que a multa de ofício fora qualificada para 150% (cento e cinquenta por cento) com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ante a caracterização de conduta dolosa adotada pelo sujeito passivo que visava impedir ou retardar a ocorrência e o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, dos fatos geradores das obrigações principais, inclusive natureza e circunstâncias materiais, enquadrando-se, o contribuinte, nas hipóteses previstas nos artigos 71, inciso I, e 72, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Impugnando os lançamentos a contribuinte suscitou preliminar de decadência do direito fiscal no lançamento dos tributos cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro a maio de 2003 em vista do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos contados na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, tendo em vista a ciência do auto de infração em junho de 2008.

Quanto ao mérito, aduziu serem fantasiosas as imputações fiscais na medida em que os Atos Declaratórios de não habilitação fiscal baixados pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais são posteriores à realização das compras e vendas firmadas com seus fornecedores, enquanto as diligências do fisco federal foram realizadas recentemente, por volta de cinco anos após a ocorrência das operações comerciais e sem efetiva comprovação de que não existiu a efetiva entrada (e pagamento) das mercadorias em seu estabelecimento.

Pugnou pela recomposição da receita tributável nos períodos posteriores, pois, se o fisco entendeu que não houve a entrada da mercadoria caberia então indagar como pode ser exigido IRPJ, CSLL e IRFON referentemente à receita apurada com a saída dessas mercadorias nas operações futuras.

Ressaltou que é prática corriqueira no mercado o pagamento de fornecedores diretamente através do caixa, com cheques de terceiros ou mesmo borderôs bancários.

Ainda, que é impossível a convivência simultânea de duas exações que, no contexto em que são exigidas, são reciprocamente excludentes. Dessa forma, ou os custos existem e não podem ser glosados para efeitos de recomposição dos lucros (IRPJ/CSLL); ou não existem e não há falar em lançamento do IRFON por entendimento de pagamento a beneficiário não identificado.

Argumentou, ainda, que a multa de 150% seria imprópria e confiscatória, inexistindo provas inequívocas que pudessem ensejar o entendimento da prática de conduta fraudulenta exigida pelos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Também, que se houvesse o dolo não teria escriturado as receitas em sua contabilidade ou prontamente apresentado à Fiscalização os diversos documentos por ela solicitados.

Após discorrer sobre a ilegalidade da cobrança de juros à taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) requereu, alternativamente, o relevamento da multa e a redução dos juros ao patamar de 1% ao mês, a incidirem, ainda, tão somente sobre o principal e não sobre a pena pecuniária.

Os arrolados sujeitos passivos solidários também aviaram impugnações, **individualmente, discutindo tão somente a declaração fiscal de solidariedade, isto é, não adentrarem ao mérito das exigências.**

O Sr. Márcio Vilefort Martins argumentou que não é, e nunca foi, sócio da autuada, muito menos tem ou teve poderes de gerência sobre ela, enquanto a Sra. Márcia Vilefort Martins e VAM Empreendimentos e Participações Ltda. argüiram que, embora sejam sócios jamais possuíram poderes de gerência e nunca receberam qualquer quantia da empresa. Todos asseveraram ser inaplicável o artigo 124, I, do CTN na medida em que este dispositivo não visa instituir uma nova espécie de responsabilidade indireta e mesmo que assim não se entenda ele não pode ser aplicado à hipótese porque a expressão “interesse comum” exige a prática em conjunto nos negócios jurídicos ensejadores do fato gerador, a par desta expressão não poder ser confundida com interesse econômico.

Os Srs. Virgílio e Antonio Vilefort Martins também pugnaram pela inaplicabilidade do artigo 124, I, do CTN, com as mesmas razões expendidas pelos solidários anteriores, e argumentaram que o critério para atribuir a responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III do Código não se resume ao simples fato de gestão da sociedade, sendo preciso estar presente a culpa subjetiva, bem assim, que a Fiscalização se eximiu de comprovar os atos, de forma individual, que pudessem justificar a inclusão no pólo passivo.

Por sua vez, o apontado sujeito passivo solidário Ivagro Agropecuária Ltda. também argumentou idênticas razões de inaplicabilidade do artigo 124, I, do CTN, e acrescentou que seu caso é ainda mais grave do que os demais supostos coobrigados porque, além de não possuir poderes de gerência, sequer possui ligação societária com a autuada. Argüiu, também, que o fato de ter emprestado a quantia de R\$ 1.210.000,00 à autuada e de lhe ter cobrado juros de R\$ 83.250,00 não poderiam causar tanta estranheza, bastando compulsar os faturamentos das duas empresas para se concluir que não se trata de caixa único, sem contar que inexistente obrigatoriedade legal para a cobrança de juros. Ainda, que a assunção de aval em empréstimo tomado pela autuada junto a instituição bancária de fomento se justifica em razão da identidade de sócios controladores

Aquela 2ª Turma de Julgamento admitiu as impugnações, refutou a preliminar de decadência e entendeu procedente o lançamento de IRFON e parcialmente procedente os lançamentos de IRPJ e CSLL, como também, procedentes as declarações fiscais de sujeição passiva solidária, exceto em relação à Sra. Márcia Vilefort Martins em razão de não ter gerenciado ou administrado a autuada no período.

O Acórdão nº 02-18.824, tomado por unanimidade de votos, assim se expressou:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003, 2004

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

DECADÊNCIA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Comprovado o evidente intuito de fraude, o prazo de decadência será de 5 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO

No lançamento por homologação, o prazo de decadência será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício será qualificada no percentual de 150 %, conforme estabelece a lei, sempre que houver o intuito de fraude, devidamente caracterizado em procedimento fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC

É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

CUSTOS INDEDUTÍVEIS.

A legislação fiscal exige que a determinação do lucro real não pode prescindir de documentação hábil e idônea que confira ao registro contábil a garantia mínima dos seus efeitos tributários.

Os custos ou despesas operacionais somente serão dedutíveis na apuração do lucro real, desde que efetivos e se atendidas as condições gerais de dedutibilidade estabelecidas em lei, como necessidade, normalidade e comprovação por documentação hábil e idônea.

Não são dedutíveis na apuração do lucro real os custos contabilizados, cujos correspondentes documentos fiscais foram declarados inidôneos.

DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS Emitidas as correspondentes notas fiscais de devoluções de mercadorias,

ainda que referentes a supostas operações mercantis, é cabível o acerto do lançamento pautado em glosas de custos.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL Por decorrência, o mesmo procedimento adotado em relação ao lançamento principal estende-se aos reflexos.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Ano-calendário: 2003, 2004

PAGAMENTO SEM IDENTIFICAÇÃO DE BENEFICIÁRIO E RESPECTIVA CAUSA DA OPERAÇÃO.

É cabível a tributação exclusiva de fonte, à alíquota de 35%, para alcançar todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou sem causa.”

Cientes do decisório em 09 e 15 de setembro de 2008, fls. 1.409v/1.410, os interessados (exceto a Sra. Márcia Vilefort Martins) aviaram em 13 do mês seguinte o recurso de fls. 1.413/1.472, desta vez em petição conjunta, no qual suscitam a nulidade do Acórdão recorrido em vista da violação do direito de defesa caracterizado pelo fato de ter se omitido quanto a uma das teses fundamentais apresentadas pela defesa e consubstanciada no laudo anexado na impugnação, o qual comprova definitivamente a tributação da saída das mercadorias cujas notas de entradas foram glosadas.

Reafirmam a incidência do fenômeno decadencial quanto aos fatos geradores ocorridos entre janeiro a maio de 2003 e reprisam as razões de impugnação.

Ao final, requerem o provimento do recurso para que se dê o cancelamento dos autos de infração e a exclusão dos co-obrigados, bem assim, em caráter alternativo, a exclusão da multa ou sua redução para o menor patamar legalmente possível e ainda a substituição dos juros à taxa Selic para o percentual de 1% (um por cento) ao mês previstos no CTN, incidentes apenas sobre o principal dos tributos.

O processo foi incluído na pauta de julgamento da Terceira Turma Ordinária desta Câmara no dia 14 de março de 2012, em vista deste relator integrar aquele colegiado à época, ocasião na qual suscitei a perempção do recurso, exceto no que condiz com a co-responsável Ivagro Agropecuária Ltda, isso porque os demais peticionários, inclusive a autuada, foram cientificados da decisão de primeira instância em 09 de setembro de 2008 e somente em 13 de outubro seguinte a peça recursal fora protocolizada na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem-MG, consoante carimbo de protocolo apostado em sua página de rosto, fl. 1.413.

Houve a suspensão do julgamento diante da arguição do ilustre patrono que procedeu a sustentação oral, Dr. Henrique Machado Rodrigues de Azevedo (OAB/MG 89.368), no sentido de que averiguaria a possibilidade do recurso ter sido encaminhado por via postal.

Seguiu-se petição dos Recorrentes apresentando um documento denominado “comprovante do cliente”, emitido às 20:55 horas do dia 09/10/2008 pela Agência dos Correios do BH SHOPPING, bairro Belvedere, em Belo Horizonte-MG, que descreve o objeto SEDEX nº S0163285810BR endereçado para o código de endereçamento postal (CEP) nº 32310-210 e

um outro denominado “CORREIOS S0163285810BR - Histórico do Objeto” reprisando data, hora e local já citados e ainda a situação “postado”.

Na sessão seguinte, havida em 10 de abril de 2012, aquele Colegiado decidiu por converter o julgamento em diligência. Por força da Resolução nº 1103-00.046 foi determinado o retorno dos autos à origem para que os Recorrentes fossem intimados à apresentação de cópia ou original do “aviso de recebimento – AR”, bem assim, para que a autoridade preparadora prestasse informações suplementares.

Desse decisório, colho os seguintes excertos:

“Ao longo dos debates travados na Sessão de Julgamento articulou o digno patrono dessas partes, Dr. Henrique Machado Rodrigues de Azevedo, que o recurso dos primeiros seria tempestivo, ocasião em que juntou a petição e documentos de fls. 1.474/1.477, ao pressuposto que o mesmo fora postado em agência de correios no dia 09 de outubro.

Ocorre que referidos documentos apenas dizem que em 09/10/2008 fora postada uma correspondência, objeto nº S0163285810BR, para o CEP 32310-210, é dizer, não identificam a unidade da Receita Federal como sendo o órgão endereçado, nem tampouco o conteúdo (número do processo).

Embora conste dessa documentação que o destinatário (não identificado) se encontra no Código de Endereçamento Postal (CEP) nº 32310-210, que se refere ao logradouro Avenida José Faria Rocha do nº 2.402 ao fim, no município de Contagem-MG, e no qual se situa a unidade administrativa da Receita Federal, fato é que nele também se encontram outras repartições públicas como, por exemplo, a Subseção da Justiça Federal e a projeção da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG). Portanto, referidos documentos revestem-se de meros indícios.

Assim, desatendidos os preceitos insertos nas alíneas “a” e “b” do Ato Declaratório Normativo CST nº 19, de 26 de maio de 1997, que estatuem:

“a) será considerada como data da entrega, no exame da tempestividade do pedido, a data da respectiva postagem constante do aviso de recebimento, devendo ser igualmente indicados neste último, nessa hipótese, o destinatário da remessa e o número de protocolo referente ao processo, caso existente;

b) o órgão destinatário da impugnação anexará cópia do referido aviso de recebimento ao competente processo;

c) na impossibilidade de se obter cópia do aviso de recebimento, será considerada como data da entrega a data constante do carimbo aposto pelos Correios no envelope, quando da postagem da correspondência, cuidando o órgão destinatário de anexar este último ao processo nesse caso”

Não consta dos autos qualquer envelope postal, de sorte que os ditames da alínea "c" transcrita não socorrem a tese de tempestividade recursal.

Levantaram-se, então, duas hipóteses no sentido do aprofundamento da matéria:

1) a intimação da Recorrente para que apresentasse o original ou cópia "aviso de recebimento - AR" e 2) que a repartição preparadora informasse acerca da eventual existência de controle de correspondências recebidas e, caso positivo, se existem registros de entrada da petição em comento."

Regularmente intimados, mediante entrega de cópia da Resolução em comento, os interessados aviaram petição pela qual deduzem que interpelaram a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, vindo resposta no sentido de que o objeto S0163285810BR foi postado no dia 09/10/2008 e entregue no CEP 32310-210 em 10/10/2008. Ao final, assim arrematam:

"Finalmente, caso todas as informações e documentos não bastassem para comprovar inequivocamente a tempestividade do Recurso Voluntário em questão, os Recorrentes ressaltam que não podem ser prejudicados em decorrência de um equívoco que também foi realizado, data venia, pela própria instância preparadora. Isso porque o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 19/1997, que regulamenta a remessa postal no âmbito do processo administrativo fiscal, é claro em determinar que o órgão destinatário anexará cópia do aviso de recebimento (AR) aos autos, sendo que na impossibilidade de obtenção da cópia desse AR, a tempestividade será aferida pelo carimbo aposto pelos Correios no envelope, de forma que é responsabilidade do órgão destinatário a juntada desse documento aos autos, o que não foi realizado no presente caso."

A autoridade preparadora, por sua vez, registrou que cientificou os interessados da Resolução e facultou-lhes a apresentação do aviso de recebimento (AR), sendo passados 30 (trinta) dias sem que tenha ocorrido. Ainda, consignou que inexistente na repartição qualquer envelope ou outro instrumento dando conta de recebimento postal.

É o relatório, na síntese que foi possível.

Voto

Conselheiro José Sérgio Gomes, Relator

Observo a legitimidade processual.

Contudo, a peça recursal apresentada, no que toca à autuada e aos co-obrigados Márcio Vilefort Martins, Virgílio Vilefort Martins, Antonio Vilefort Martins e VAM Empreendimentos e Participações Ltda, **não** atende ao requisito de admissibilidade no que tange à regularidade temporal, assim prevista no Processo Administrativo Fiscal (PAF), aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

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

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

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.”

Com efeito, referidos interessados foram cientificados da decisão de primeira instância em 09 de setembro de 2008, uma terça-feira, iniciando-se a contagem no primeiro dia útil seguinte, quarta-feira dia 10, de sorte que o lapso de trinta dias findou em 09 de outubro daquele ano, uma quinta-feira.

Conforme protocolo inserto na página de rosto da petição de fl. 1.413 somente em 13 de outubro a resistência foi apresentada, portanto, fora do prazo legal.

De tudo quanto se discutiu acerca da alegação dos interessados no sentido da utilização da via postal para remessa da petição recursal, remanesce incólume e inafastável a seguinte realidade: a cópia ou original do “aviso de recebimento – AR” não veio aos autos.

A documentação juntada pelos interessados, seja o “comprovante do cliente” ou o “histórico do objeto” não lhe fazem as vezes, não porque denominados diferentemente, mas sim por absoluta inexistência de correlação e/ou identificação quanto àquilo que fora postado.

Cumpre ter em mente que a prova da apresentação de documentos em **meio físico** à Administração tributária opera-se, a rigor, no protocolo efetuado nas repartições mediante carimbo mecânico ou manual aposto na peça originária e na cópia mostrada pela contribuinte, ou documento que o valha.

Querendo, o contribuinte não precisa dirigir-se à repartição de seu domicílio fiscal, sendo-lhe facultada a apresentação em qualquer unidade da Receita Federal.

Tendo em vista que nem todos os municípios brasileiros possuem representações do órgão fiscal, aliás a maioria não possuem, cuidou o legislador administrativo, com a edição do Ato Declaratório Normativo CST nº 19, de 26 de maio de 1997, em regulamentar a opção postal que, uma vez exercida, requisito do contribuinte, necessariamente, fazê-la com a utilização do instrumento denominado “aviso de recebimento – AR”, no qual deverá constar o órgão ou a autoridade administrativa destinatária da remessa e também o número do processo administrativo, se já existente.

O endereçado, por sua vez, deverá intimar o remetente para que apresente cópia ou original desse “aviso de recebimento – AR” e encartá-lo aos autos, facultada ao agente público a substituição deste procedimento com a mera juntada do envelope que trouxe a documentação, desde que neste conste e seja visível o carimbo aposto pelos correios mostrando em que data se deu a postagem.

Cumprindo a ordem enunciada pela Resolução nº 1103-00.046 da Terceira Turma Ordinária, a autoridade preparadora realizou o procedimento de intimação dos interessados para a apresentação do “aviso de recebimento – AR”, sem resposta até o presente momento.

Portanto, a arguição dos interessados no sentido de que houve falha da repartição ao não juntar um alegado envelope não se sustenta pelo óbvio motivo de que sua existência, a exemplo do “aviso de recebimento – AR”, encontra-se na seara da presunção.

Além disso, eis os expressos termos consignados pela autoridade preparadora: *inexiste, nesta DRF/Contagem, qualquer envelope ou outro instrumento, que possa sugerir ter sido enviado, via correios, o recurso voluntário acima referido.*

Por derradeiro, em sendo a via postal uma opção colocada ao administrado tenho que o ônus da prova da efetiva remessa de todo lhe incumbe. Já o princípio da verdade material que governa o processo administrativo obriga a Administração a trazer aos autos tudo o quanto for do seu conhecimento e conste de seus registros, o que, como se viu, não é o caso dos autos.

Reconheço, pois, a perempção.

Quanto à co-responsável Ivagro Agropecuária Ltda., sediada em zona rural, de bem ver que a ciência do Acórdão nº 02-18.824 da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte-MG operou-se em 15 de setembro daquele ano, do que se extrai que seu recurso foi apresentado no trintídio legal. Assim sendo, dele tomo conhecimento.

Analisando a decisão proferida pelo Colegiado de primeira instância, convenço-me que a mesma não padece do alegado vício de nulidade.

Com efeito, verifico que, a par de proferida por quem detém a competência legal, apresenta todos os elementos formais (relatório, fundamentos, conclusão e ordem de intimação) requisitados pelo artigo 31 do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Igualmente, verifico que o decisório enfrentou, sim, a questão do laudo anexado aos autos. Aliás, é a própria Recorrente quem assim assevera:

“Ora, conforme se verifica através da simples leitura, o v. acórdão não se manifesta sobre o laudo em comento, apenas aduz, de forma, *data venia*, completamente equivocada, que não existe qualquer relação de causa e efeito entre a entrada de mercadorias (e a consideração de seu custo) e sua saída (apuração de receitas). Afirma a Colenda 2ª Turma da DRJ/BHE que a saída de mercadorias se deu em razão da venda de seu estoque, sem, contudo, realizar qualquer comprovação sobre tal alegação. Em outras palavras, o douto Órgão julgador simplesmente “pressupõe” que isso possa ter ocorrido.”

Bem se vê, portanto, que a autoridade julgadora exprimiu juízo de valor e dessa forma a resposta ao Administrado fora regularmente entregue, sendo válida e eficaz, apta a desafiar inconformismo de mérito em segunda instância recursal.

Vale ressaltar que o julgador não está obrigado a acatar as interpretações da defesa, ou a decidir como gostaria a impugnante, mas sim demonstrar sua convicção haurida no contexto dos autos.

Conduzo meu voto, portanto, pela rejeição da preliminar.

Quanto à aplicação da co-responsabilidade, observo do contrato social da autuada que seu quadro societário é composto por VAM Empreendimentos e Participações Ltda (99,999%) e Márcia Vilefort Martins (0,001%) e foi administrada até 27/02/2005 pelos representantes da quotista majoritária, quais sejam, os Srs. Virgílio Vilefort Martins, Antonio Vilefort Martins e Márcio Vilefort Martins, sendo que a partir de 28/02/2005 não mais contava com a presença deste último.

Por sua vez, no período em que se deram os fatos, a apontada co-responsável Ivagro Agropecuária Ltda. pertencia a duas empresas, detendo cada qual metade do capital social, a saber, Vilepart Empreendimentos e Participações Ltda., gerenciada e administrada pelo Sr. Virgílio Vilefort Martins, que detém 51,863% do capital social, e Marpart Empreendimentos e Participações, gerenciada e administrada pelo Sr. Antonio Vilefort Martins, quotista na razão de 52%.

Consta da Cláusula Nona das alterações contratuais de 31/07/2002 e 20/03/2003 que a administração e representação de Ivagro Agropecuária Ltda. encontra-se a cargo dos Srs. Virgílio e Antonio.

Depreende-se, então, que a apontada co-responsável realmente não é sócia de direito da autuada, entrelaçando-se com esta em um mesmo grupo econômico por força da identidade societária, indireta, ao mesmo tempo em que estes sócios indiretos, pessoas físicas, exercem-lhe a administração.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se debruçou quanto a possibilidade da incidência de responsabilidade tributária, nos moldes do artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) ¹, quando envolvido um mesmo grupo empresarial, e sentenciou que o nexo econômico, por si só, não é suficiente à caracterização. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA.

1. Inexiste solidariedade passiva em execução fiscal apenas por pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico, já que tal fato, por si só, não justifica a presença do “interesse comum” previsto no artigo 124 do Código Tributário Nacional. Precedente da Primeira Turma (REsp 859.616/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 15.10.2007).

2. Recurso especial não provido.”

¹ Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Então resta perquirir se, no caso em exame, o nexos se deu tão somente na seara do interesse econômico ou adentrou no interesse comum a que alude o artigo 124 do CTN. Sirvo-me da lição de Kiyoshi Harada²:

“Quando se aborda a questão da solidariedade entre empresas coligadas ou do mesmo grupo econômico é preciso tomar cuidado para não confundir interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador de que cuida o inciso I do art. 124 do CTN, com o interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Uma coisa é as empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade. Outra coisa bem diversa é o fato de as empresas coligadas terem interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, isto é, que participem entre si da mesma situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.”

No mesmo sentido expressou-se a Ministra Denise Arruda, integrante da Colenda Primeira Turma do STJ, quando do julgamento do Resp 843.044/RS:

“Portanto, para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.”

A seu turno, os objetivos sociais da empresa autuada e da apontada co-responsável são díspares. A primeira tem por foco a comercialização no atacado e varejo, importação e exportação de produtos das mais variadas matizes (Cláusula Terceira), neles incluídos os hortifrutigranjeiros, enquanto a segunda é o de exploração da pecuária em geral e agricultura de hortifrutigranjeiros (Cláusula Terceira).

Neste contexto não se faz possível afirmar, segundo a teoria desenvolvida pela doutrina e jurisprudência transcritas, que existe a responsabilidade solidária versada no artigo 124 do CTN, na medida em que o interesse comum, até então, revela-se indiciário, quando muito. Realmente, não se pode atribuir solidariedade a outra empresa só por razões factuais, como, no caso, a existência de dirigentes em comum ou o fato de pertencerem ao mesmo grupo.

A fiscalização, por sua vez, colacionou algumas vertentes com o fito de lastrear seu entendimento da presença do aludido interesse comum. Veja-se os seguintes excertos do relatório do r. acórdão recorrido:

“Destaca-se, inicialmente, que as empresas CEMA e IVAGRO mantêm um fluxo contínuo de transferência direta de recursos mediante contratos de mútuo que celebram.

Nesse sentido, a Fiscalização elaborou um quadro demonstrativo (fls. 88, do TVF), indicando os lançamentos contábeis efetuados

² disponível em <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1610>, acesso em 13/02/2012.

na conta 1.1.02.11.0004 – Empréstimos Concedidos, Ivagro Agropecuária Ltda.

Nesse quadro, constata-se que a CEMA emprestou R\$ 1.210.000,00 para a IVAGRO, entre 10/01/2003 a 01/12/2003, de forma não onerosa, salvo para o empréstimo concedido em 01/12/2003, no qual houve a cobrança de R\$ 83.250,00, a título de juros.

Salienta o Fisco que não é razoável que empresas que não guardam ligações formais e legais firmem contratos de mútuo em vultuosas somas. Menos razoável é que isso ocorra de forma não onerosa, ou seja, sem que aos menos haja cobrança de juros. As folhas dos Livros Razão onde estão contabilizados os lançamentos em referência estão acostados ao processo (fls. 1004/1011).

Há, conforme revelado, senão um caixa único, uma clara comunhão de recursos financeiros entre as empresas IVAGRO e CEMA.

A seguir, relata o Fisco que a CEMA contraiu empréstimo junto ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A – BDMG (Cédula de Crédito Comercial, 127.881/05), comprometendo-se a pagar ao Banco, em 15/11/2004, a importância de R\$ 6.996.436,00. Esse financiamento teve como finalidade específica: "...realização de obras civis e aquisição de equipamentos.". Conforme Anexo que é parte integrante dessa Cédula, o crédito visa proporcionar à CEMA "...recursos destinados exclusivamente à realização do projeto de financiamento destinado ao fomento de comércio atacadista de mercadorias em geral, mediante a realização de obras civis e aquisição de equipamentos..".

Destaca que a empresa IVAGRO comparece como AVALISTA e GARANTIDOR HIPOTECÁRIO nessa operação de crédito concedido à CEMA (a Fiscalização específica os imóveis hipotecados).

Além disso, cita a Fiscalização, no TVF, que outros imóveis da IVAGRO foram hipotecados como garantia de dívidas constituídas pela CEMA.

Diz o Fisco, assim, a IVAGRO onera parte do seu patrimônio por um período aproximado de 14 anos e responsabiliza-se solidariamente por vultuosas dívidas contraídas pela CEMA, por um período de cerca de 10 (dez) anos.

Salientando a cláusula nona e parágrafo segundo da alteração contratual da IVAGRO, firmada em 20/10/2005 (registrada na JUCEMG, em 08/11/2000, sob o número 3425749), relata que a IVAGRO só pode conceder "...aval da Sociedade em operações de exclusivo interesse dela.". Assim, ao conceder aval em operações de empréstimos contraídos pela CEMA, a IVAGRO está demonstrando, de forma cabal, que tem interesse direto nessas transações.

Destaca, ainda, o Fisco, no TVF, que imóveis pertencentes à empresa IVAGRO são utilizados por estabelecimentos da CEMA, no desenvolvimento das suas atividades mercantis.

Do exposto, verifica-se que a IVAGRO tem interesse direto nas atividades comerciais desenvolvidas pela CEMA, pois que a insolvência da CEMA poderá resultar na inadimplência das obrigações contraídas junto ao BDMG e, por consequência, desaguar na execução do patrimônio da IVAGRO. Eis então que, quanto menor o ônus tributário suportado pela CEMA, menores são os riscos suportados pela IVAGRO. Nesse sentido, há, pois, uma conjugação de esforços entre as duas empresas, objetivando um fim comum. A IVAGRO, na realidade, atua em conjunto com a CEMA, comungando dos riscos e benefícios dos negócios praticados por essa última.

Fica claro que essa conjugação de esforços e interesses entre a CEMA e a IVAGRO só é possível e viável porque ambas pertencem ao mesmo grupo econômico e são, no período sob exame, indiretamente pertencentes a administradas pelos irmãos VIRGÍLIO VILEFORT MARTINS e ANTÔNIO VILEFORT MARTINS, conforme já visto.”

Nada obstante o conjunto indiciário trazido, tenho-o por insuficiente para a caracterização do interesse comum exigido pela lei de regência.

O *interesse comum* requisita a presença de fatos de maior envergadura, é dizer, devem refletir determinada realidade segundo a qual as empresas envolvidas apresentem considerável confusão patrimonial, de localização física, de gestão e de negócios.

E quando isso ocorre? Notadamente, quando os estabelecimentos comerciais/industriais, o maquinário, as instalações e a mão-de-obra empregada de uma pessoa jurídica servem, preponderantemente, à outra, quando não os mesmos da outra.

No caso dos autos, enfim, não se faz possível determinar a coresponsabilidade.

Oriento meu voto, pois, pelo provimento do recurso no sentido de afastar a imputação fiscal de solidariedade.

Por fim, no que condiz ao mérito da exigência fiscal propriamente dita – redução indevida de custos e pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados – tenho que as razões trazidas não podem ser conhecidas porque a Recorrente nada deduziu em primeira instância, ocasião em que impugnou tão somente a solidariedade.

Incide, portanto, os ditames do artigo 17 do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que estatui:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”

Processo nº 13603.720094/2008-55
Acórdão n.º **1102-000.822**

S1-C1T2
Fl. 1.527

Com tais razões, VOTO por não tomar conhecimento do recurso ajuizado por Cema – Central Mineira Atacadista Ltda., VAM Empreendimentos e Participações Ltda, Antonio Vilefort Martins, Márcio Vilefort Martins e Virgílio Vilefort Martins e, em relação ao recurso de Ivagro Agropecuária Ltda, pela rejeição da preliminar de nulidade da decisão recorrida e provimento do recurso voluntário na parte afeta à solidariedade, bem assim, para reconhecer a preclusão quanto ao mérito da exigência fiscal nele deduzido.

documento assinado digitalmente
José Sérgio Gomes