



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

Processo nº 13603.720094/2008-55
Recurso nº
Resolução nº 1103-00.046 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 10 de abril de 2011
Assunto 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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

documento assinado digitalmente

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

documento assinado digitalmente

JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Hugo Correia Sotero, José Sérgio Gomes, Cristiane Silva Costa, Mário Sérgio Fernandes Barroso e Marcos Shigueo Takata.

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 tratar 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, cuja contabilização encontra-se a crédito na conta CAIXA nº 1.1.01.01.0001, serem considerados sem causa ou a beneficiário não identificado.

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, a relevação 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 inexistia obrigatoriedade legal para a cobrança de juros. Ainda, que a assunção de aval em empréstimo tomado 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.

É o relatório, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro José Sérgio Gomes, Relator

Observo a petição de defesa, 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, em princípio, fora do prazo legal.

Quanto à co-responsável Ivagro Agropecuária Ltda., sediada em zona rural, de bem ver que a ciência do Acórdão nº 02-18.824 operou-se em 15 de setembro daquele ano, do que se extrai que seu recurso foi apresentado no trintídio legal, portanto, passível de conhecimento.

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.

Assim, VOTO pelo retorno dos autos à origem (DRF/Contagem) a fim de que se intime a Recorrente para, querendo, apresente o aviso de recebimento, bem assim, para que a digna autoridade preparadora preste as informações ventiladas.

documento assinado digitalmente
José Sérgio Gomes