



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

Processo n° 13603.723437/2010-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.321 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2017
Matéria Lucro Arbitrado - Outras Receitas
Recorrente Ampla Alimentos do Brasil e outros
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO DA APRESENTAÇÃO. A apresentação de provas documentais deve ser feita com a impugnação. A apresentação posterior é situação excepcional tratada pelo relator do processo no momento em que ocorrer, nos termos do § 4º do artigo 16 do Dec. 70.235, de 1972.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não constitui cerceamento do direito de defesa a não intimação dos coobrigados (responsáveis tributários) para acompanharem o procedimento fiscal, uma vez que este é inquisitório e visa formar a convicção do Auditor Fiscal atuante.

PERÍCIA. REQUISITOS DO PEDIDO. O pedido de perícia deve apontar o nome e qualificação do perito e formular os quesitos que pretende ver respondidos, sob pena de ser considerado não formulado.

PERÍCIA. JUÍZO DE NECESSIDADE. Cabe à autoridade julgadora indeferir os pedidos de perícia quando considerá-los prescindíveis.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO-CONFISCO. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. Os princípios constitucionais do não-confisco e do respeito à capacidade contributiva são dirigidos ao legislador, sendo defeso ao Conselheiro do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. LICITUDE DAS PROVAS. São lícitas as provas obtidas com a quebra do sigilo bancário fundamentada na Lei Complementar nº 105, de 2001.

COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COM ORDEM JUDICIAL. São lícitas as provas obtidas por compartilhamento de processo protegido por sigilo judicial, por ordem do juiz competente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. FRAUDE. Nos casos em que há dolo, fraude ou simulação o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. LANÇAMENTO. A identificação do sujeito passivo - contribuinte(s) e responsável(is) - integra a atividade vinculada de constituição do crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS. A não apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais por contribuinte regularmente intimado implica arbitramento do lucro, que não é afastado por sua apresentação ou disponibilização posterior.

OMISSÃO DE RECEITA. A diferença entre os valores declarados ao Fisco Estadual e ao Fisco Federal constitui omissão de receitas. O fato de a movimentação financeira confirmar os valores omitidos consubstancia verdadeiro exaurimento.

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RECEITAS. A apresentação reiterada (4 anos) de declarações com valores ínfimos de receita bruta se comparados com o declarado ao Fisco Estadual, além da apresentação de declaração zerada constitui sonegação, justificando a qualificação da multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA. A utilização de interposta pessoa como sócio de direito para ocultar a condição de administrador do sócio de fato, visando a afastar a responsabilidade solidária constitui sonegação e fraude, justificando a qualificação da multa de ofício.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado. Também o são os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em rejeitar as preliminares de nulidade, ilegitimidade passiva e decadência e, no mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários interpostos pelo contribuinte e responsáveis solidários, para afastar o agravamento da multa de ofício, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ester Marques Lins de Sousa, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Versa o processo sobre Recursos Voluntários apresentados pela contribuinte, AMPLA Alimentos do Brasil Ltda. e pelos responsáveis tributários Antônio Aparecido Alves, Pink Alimentos do Brasil Ltda. e Marcelo Pereira Cardoso, contra o Acórdão nº 0233.681 da 3ª Turma da DRJ/BHE.

Intimados do resultado do julgamento de primeira instância, deixaram de recorrer a este Colegiado os responsáveis Argos Cardoso Mundim, Luis Cláudio Cardoso Rodrigues e Produtiva Nutrição e Moagem de Cereais Ltda.

Reproduzo, pela minuciosa descrição dos fatos narrados pela fiscalização, o relatório do acórdão da DRJ:

Os autos de infração a folhas 3 a 67 exigem o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 79.508.143,44, assim discriminado:

(TABELA, fl. 3.386)

Descrição das infrações imputadas

Auto de infração de IRPJ

O autuante, fazendo remissão ao termo de verificação fiscal a folhas 68 a 85, atribui à atuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese. Antes, porém, afirma que foi arbitrado o lucro da atuada relativo aos seguintes períodos de apuração: 4º trimestre de 2004 e todos os quatro trimestres de 2005, 2006 e 2007. A justificativa dada para o arbitramento é a falta de atendimento de intimação para apresentar os livros e documentos da escrituração. Enquadramento legal do arbitramento: artigo 530, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda 1999 – RIR 1999. RECEITA OPERACIONAL – REVENDA DE MERCADORIAS – Para efeito de determinar a base de cálculo do arbitramento, foi adotada a receita bruta conhecida que se apurou com base nos valores declarados pela própria contribuinte para o fisco do Estado de Minas Gerais, conforme extratos do sistema “Sicaf – Consulta Dapisef – débito/crédito”, nos quais são obtidos os valores de vendas e devoluções. Datas do fato gerador: 31.12.2004, 31.03.2005, 30.06.2005, 30.09.2005, 31.12.2005, 31.03.2006, 30.06.2006, 30.09.2006, 31.12.2006, 31.03.2007, 30.06.2007, 30.09.2007, 31.12.2007. Enquadramento legal: artigos 532 do RIR 1999.

Auto de infração de contribuição para o PIS

O autuante, fazendo remissão ao termo de verificação fiscal já referido e afirmando que o lançamento decorre de fiscalização do IRPJ, atribui à atuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS – Para efeito de determinar a base de cálculo do arbitramento, foi adotada a receita bruta conhecida que se apurou com base nos valores declarados pela própria contribuinte para o fisco do Estado de Minas Gerais, conforme extratos do sistema “Sicaf – Consulta Dapisef – débito/crédito”, nos quais são obtidos os valores de vendas e devoluções. Dos valores lançados já estão deduzidas as importâncias declaradas em DCTF. Períodos de apuração: dezembro de 2004 e todos os doze meses de 2005, 2006 e 2007. Enquadramento legal: artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 1970; artigo 2º, inciso I, alínea “a”, parágrafo único, e artigos 3º, 10, 22 e 51, todos do Decreto nº 4.524, de 2002.

Auto de infração de Cofins

O autuante, fazendo remissão ao termo de verificação fiscal já referido e afirmando que o lançamento decorre de fiscalização do IRPJ, atribui à atuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS – Para efeito de determinar a base de cálculo do arbitramento, foi adotada a receita bruta conhecida que se apurou com base nos valores declarados pela própria contribuinte para o fisco do Estado de Minas Gerais, conforme extratos do sistema “Sicaf – Consulta Dapisef – débito/crédito”, nos quais são obtidos os valores de vendas e devoluções. Dos valores lançados já estão deduzidas as importâncias declaradas em DCTF. Períodos de apuração: dezembro de 2004 e todos os doze meses de 2005, 2006 e 2007. Enquadramento legal: artigo 2º, inciso II, parágrafo único, e artigos 3º, 10, 22 e 51, todos do Decreto nº 4.524, de 2002.

Auto de infração de CSLL

O autuante, fazendo remissão ao termo de verificação fiscal já referido e afirmando que o lançamento decorre de fiscalização do IRPJ, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO – Para efeito de determinar a base de cálculo do arbitramento, foi adotada a receita bruta conhecida que se apurou com base nos valores declarados pela própria contribuinte para o fisco do Estado de Minas Gerais, conforme extratos

do sistema “Sicaf – Consulta Dapisef – débito/crédito”, nos quais são obtidos os valores de vendas e devoluções. Datas do fato gerador: 31.12.2004, 31.03.2005, 30.06.2005, 30.09.2005, 31.12.2005, 31.03.2006, 30.06.2006, 30.09.2006, 31.12.2006, 31.03.2007, 30.06.2007, 30.09.2007, 31.12.2007. Enquadramento legal: artigo 2º, inciso II, parágrafo único, e artigos 3º, 10, 22 e 51, todos do Decreto nº 4.524, de 2002. Enquadramento legal: artigo 2º, e seus parágrafos, da Lei nº 7.689, de 1988; artigo 20 da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 29 da Lei nº 9.430, de 1996; artigo 37 da Lei nº 10.637, de 2002.

Termo de Verificação Fiscal

No termo de verificação fiscal a folhas 68 a 85 o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

Introdução

- A ação fiscal iniciou-se em 14.09.2009 com o comparecimento no endereço do sujeito passivo, mas no local foi encontrada outra empresa, a Produtiva Nutrição e Moagem Ltda, conforme termo de constatação fiscal e declaração do sócio Frederico de Deus Abritta (fls. 95).

A ciência do termo de início de ação fiscal seu deu por meio de edital, afixado em 17.09.2009.

- O objeto social da Ampla é o comércio atacadista de cereais, farinhas, amidos, féculas, produtos agrícolas e outros produtos alimentícios, com atividade de fracionamento e acondicionamento associada por conta própria e de terceiros, comércio atacadista de sementes, atividades de beneficiamento, envasamento e empacotamento por conta própria e de terceiros, depósito para armazenamento de mercadorias próprias e de terceiros.

- A contribuinte é pertencente ao grupo Discípulos e possuía consórcios de licitações e interesses comuns com o grupo Pink, encabeçado pela Pink Alimentos do Brasil Ltda.

- O sujeito passivo apresentou DIPJ nos anos-calendários de 2004 a 2007, optando pelo regime do lucro presumido. Nos anos-calendários de 2004 a 2006 os valores foram declarados em DCTF. Embora tenha feito opção pelo lucro presumido no ano-calendário de 2007, a DIPJ respectiva foi apresentada com os campos zerados. Nas DCTF de 2007 não houve declaração de nenhum débito de IRPJ, CSLL, PIS nem Cofins. Não houve nenhum recolhimento de IRPJ para o ano-calendário de 2007.

- A fiscalização teve como origem os documentos apreendidos durante a Operação Castelhana, e que compõem os autos de processo judicial. Não

obstante os documentos se encontrarem sob sigredo de justiça, a Justiça Federal determinou a extensão da quebra de sigilo à Receita Federal, ressalvando que só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal os dados usados na constituição de crédito tributário, cujo sigilo deve ser preservado.

O intuito de fraude e a simulação de eventos societários com o uso de interpostas pessoas

- No período fiscalizado a empresa sofreu várias alterações no seu quadro societário, que culminaram na sua total transferência dos verdadeiros sócios para pessoas sem capacidade econômica para eventual responsabilização por dívidas, deixando-se deliberadamente um passivo tributário a descoberto.
- O passivo tributário foi construído mediante declarações, para o fisco federal, sempre a menor. A sua constância é prova de ação reiterada com o intuito de sonegação.
- Pelo confronto dos valores de receita declarados em DIPJ com os informados à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (ver fls. 1.258), constatou-se que foram ocultadas receitas nos anos-calendários de 2004 a 2007.
- Os valores informados ao fisco estadual são compatíveis com os valores da movimentação financeira informada pelos bancos. Houve, portanto, a intenção de ocultar a ocorrência do fato gerador e se incorreu nos casos de intuito de fraude, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Os sócios de fato

- Conforme envelope timbrado arrecadado no procedimento policial de busca e apreensão (fls. 730), a Ampla pertencia ao grupo Discípulos e era responsável pelos produtos da marca Rialto. No *site* do grupo Discípulos há a relação de produtos comercializados e coincidem com os produtos constantes das notas fiscais apreendidas (fls. 123 e 731). Portanto, comprova que a empresa pertence ao grupo em causa, o qual é igualmente composto pela Agroindustrial Discípulos (fls. 128, 129). Nas páginas da Internet do grupo encontra-se como diretor responsável Argos Cardoso Mundim. O telefone do sr. Argos no *site* é o mesmo impresso no envelope timbrado.
- Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues é seu irmão e aparece como sócio da Ampla, conforme 2ª alteração contratual de 01.12.2003 (fls. 1345). Apesar de o sr. Argos nunca ter composto oficialmente o quadro social, ele aparece citado como contato da Ampla na ficha cadastral do Banco do Brasil, juntamente com o irmão Cláudio (fls. 210).
- O sr. Luiz Cláudio se retira formalmente da sociedade em 22.04.2004, retorna em 01.12.2005 para logo se retirar novamente em 12.01.2006.
- Toda vez que entrava e saía da sociedade, o sr. Luiz Cláudio reveza com Antônio Aparecido Alves. As saídas das sociedades eram apenas formais, pois em todo o período fiscalizado os cheques emitidos e a movimentação no Bradesco eram por conta do sr. Luiz Cláudio (fls. 200 – cheques emitidos a fls. 328).
- A Futura Negócios, Mercados e Serviços Ltda, outra empresa na qual o sr. Luiz Cláudio figura como sócio, tem como responsável Argos Cardoso Mundim

e teve em seus quadros, entre 26.01.2006 e 07.11.2006, igualmente o sr. Antônio Aparecido.

- Portanto, fica evidenciada a estreita vinculação societária dos três, o *animus societatis*, na condução do grupo Discípulos e na direção da Ampla.
- Até 2006, ou sr. Luiz Cláudio ou o Sr. Antônio Aparecido eram os responsáveis pela empresa, junto com um sócio minoritário qualquer, de pouca capacidade econômica para compor uma sociedade que faturou naquele ano mais de 146 milhões de reais. Primeiramente integrou a sociedade Vânia Lopes de Almeida, a qual foi funcionária da própria Ampla, conforme extrato do CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, registrada no CBO (Classificação Brasileira de Ocupações) 4110 – agentes, assistentes e auxiliares administrativos. Posteriormente, foi substituída por Tiago Ramalho Pimenta. Este ficou como sócio minoritário entre 18.06.2004 e 03.03.2006. Conforme extrato do CNIS, trabalhava antes como CBO 5134 (garçons, *barmen*, copeiros e *sommeliers*).
- A partir da 12ª alteração contratual, de 02.01.2007, começa a transferência formal da sociedade para interpostas pessoas, com os srs. Luiz Cláudio e Antônio Aparecido deixando de figurar no quadro. As cotas majoritárias foram transferidas graciosamente para Delfin Carneiro Junior e posteriormente para Fabio Alan Mota.
- Este último trabalhou anteriormente para Indústria e Comércio de Temperos Sacy Ltda, como apontador de produção até 2003. Em suas declarações de IRPF não consta sua participação na Ampla (fls. 425).
- A operação de transferência das cotas para interpostas pessoas coincide com o período em que nem sequer foi preenchida a DIPJ e não houve nenhum recolhimento nem declaração de débito tributário. A empresa, porém, continuava a comercializar os mesmos produtos Rialto e teve movimentação bancária operada pelos sócios de fato, com um faturamento de R\$116.949.765,41, conforme declarado à SEF/MG.
- Finalmente, em 12.12.2007, pela 15ª alteração (fls. 1.413), as cotas majoritárias são direcionadas para Evandro Rodrigues Mundim, que é pai do sr. Luiz Cláudio e tem endereço idêntico ao do sr. Argos, conforme cadastro na SRF.
- O sr. Evandro até pouco tempo era casado com Maria Francisca Cardoso Mundim, mãe dos sócios de fato Argos e Luiz Cláudio e, nesta data, aos 78 anos de idade, apresenta-se como divorciado e sem bens declarados na DIRPF (ver escritura a fls. 506 e DIRPF a fls. 491).
- Tal simulação de eventos societários, conforme quadro resumo a fls. 515, está nitidamente relacionada com os fatos geradores que lhes são contemporâneos e justifica a qualificação da multa de ofício. Com isso, os verdadeiros sócios tentam impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária ou o crédito tributário, em especial sua garantia, o que corresponde ao evidente intuito de fraude definido no artigo 71, inciso II, e no artigo 73, ambos da Lei nº 4.502, de 1964.

As responsabilidades solidárias

- Nos termos do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, foi emitida uma solicitação de emissão de requisição de informação sobre movimentação financeira (RMF), com o fim de obter informações cadastrais e eventuais procurações perante os bancos. Também foi solicitada aos cartórios de Belo Horizonte e Contagem informação sobre procurações e outros documentos lavrados para identificação de potenciais sócios de fato. Dos documentos recebidos e daqueles apreendidos verificou-se o que se segue no tocante à responsabilidade civil.

Pink Alimentos do Brasil Ltda e seu sócio de fato Marcelo Pereira Cardoso

- A Pink Alimentos do Brasil tinha interesses comuns com a Ampla, principalmente por meio de seu diretor de fato, Marcelo Pereira Cardoso. A participação deste na diretoria da Pink ficou comprovada pelo “Relatório Reservado” de maio de 2006 (fls. 723 a 727). Conforme contrato de empréstimo registrado em cartório, o sr. Marcelo apresenta-se como fiador da Ampla perante o Banco do Nordeste.
- Os documentos apreendidos durante a Operação Castelhana estavam no estabelecimento da Pink, sede do grupo, conforme Termos de Deslacração, Exame de Documentos, Constatação e Lacração nº 46. 47 e 48, de 18.09.2008, em decorrência de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal.
- A constatação de que vasta documentação contábil e financeira da Ampla estava na posse do grupo Pink é prova robusta da ligação entre as empresas. As cópias desses documentos se encontram anexadas, a fls. 723 a 1.219, enquanto os exemplares autenticados serão anexados ao processo de representação penal.
- Esses documentos, analisados em conjunto, comprovam que a Ampla possuía uma parceria com a Pink alimentos a ponto de notas fiscais daquela servirem para acobertar saídas de pedidos efetuados pela Pink como se fossem da Ampla. E não pode ser considerado coincidência o fato de que um dos diretores da Pink figura como fiador de empréstimo bancário.
- Portanto, fica evidenciada a parceria e o interesse comum entre as duas empresas. Suas operações se confundem e devem ser responsabilizados nos termos do artigo 124, inciso I, e do artigo 135, do CTN, a Pink Alimentos do Brasil Ltda e Marcelo Pereira Cardoso.

A responsabilidade dos sócios de fato da Ampla

- Igualmente devem ser responsabilizados os sócios de fato da Ampla, nos termos do artigo 124, inciso I, e do artigo 135 do CTN, a saber: Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues, Argos Cardoso Mundim, Antônio Aparecido Alves.

A responsabilidade solidária por sucessão

- No estabelecimento da Ampla foi encontrada outra empresa: a Produtiva Nutrição e Moagem Ltda, conforme termo de constatação fiscal (fls. 95) e contratos sociais (fls. 1.219 a 1.241).

- A Produtiva sucedeu a Ampla no estabelecimento, mantendo o mesmo ramo de negócio. A responsável pela Produtiva é Fernanda Massena Abritta Mundim, a qual possui o mesmo endereço residencial do sr. Argos (fls. 1246 e 1237), o que indica serem casados e sócia dos sócios da Ampla na empresa Futura Negócios, Mercados e Serviços Ltda.
- Responsabiliza-se a Produtiva nos termos do artigo 133 do CTN.

O arbitramento do lucro

- A fiscalização tentou dar ciência pessoalmente do termo de início de fiscalização, comparecendo no endereço cadastrado na SRF, mas no local foi encontrada outra empresa, a Produtiva Nutrição e Moagem Ltda. A ciência do termo de início se deu, conseqüentemente, por meio de edital.
- Vencido o prazo, o contribuinte não atendeu à intimação. Foram, então, emitidos vários termos solicitando novamente os documentos (fls. 97 a 122).
- Constatou-se, analisando-se as informações prestadas pela Jucemg, que Evandro Rodrigues Mundim se tornou o quotista majoritário em virtude da 15ª e última alteração societária, não comunicada à SRF. Dessa forma, tentou-se a intimação desse sócio de direito, enviando-se-lhe, por via postal, os termos datados de 10.08.2010 e 22.10.2010 (AR a fls. 116 a 121). O seu endereço é o mesmo do endereço do sr. Argos, sócio de fato (r. Xingu, 320, Santa Lúcia, Belo Horizonte).
- Conforme o Decreto nº 70.235, de 1972, a intimação por via postal deve ser encaminhada para o endereço do domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, o que se demonstrou impossível, pois no local funciona outra empresa.
- Apesar de intimados, o contribuinte, bem como seus sócios, não apresentaram os livros diário e razão. Não restou outra opção senão arbitrar o lucro nos termos do artigo 530, inciso III, do RIR 1999.

A receita bruta conhecida

- Para efeito de arbitramento, adotou-se a receita bruta conhecida, apurada com base nos valores declarados pelo contribuinte ao fisco do Estado de Minas Gerais, conforme extratos do sistema Sicafe (extratos a fls. 1.258, e planilha a fls. 1.321). Não foram utilizados os valores de notas fiscais originais, pois não foi arrecadada a totalidade dessas (relatório de NF apreendidas a fls. 1.325).
- Os valores da receita bruta declarados ao fisco estadual estão condizentes com os valores de movimentação financeira informados pelos bancos.

Lançamento de ofício e reflexos

- Sobre as receitas operacionais conhecidas foi aplicado o coeficiente de 9,6%. Em decorrência da infração do IRPJ, lavrou-se também o lançamento de CSLL.

- Considerando que dependem dos mesmos elementos de prova, os lançamentos de CSLL, Cofins e PIS devem compor o mesmo processo.
- Os valores declarados ou pagos serão aproveitados na apuração final dos montantes lançados.

A multa de ofício qualificada e majorada

- Constatou-se a simulação de eventos societários mediante compra e venda fictícia de participações e a utilização de interposta pessoa, os quais estão nitidamente relacionados com os fatos geradores. Com isso, os verdadeiros sócios tentam impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário, em especial sua garantia, o que corresponde ao evidente intuito de fraude definido no artigo 71, inciso II, e no artigo 73, ambos da Lei nº 4.502, de 1964 e justifica a qualificação da multa em 150%.
- Pelo confronto das receitas declaradas em DIPJ com os valores declarados ao fisco estadual, constatou-se que foram ocultadas receitas nos anos-calendários de 2004 a 2007.
- Conclui-se que houve a intenção de ocultar a ocorrência do fato gerador, incorrendo-se nos casos de intuito de fraude definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.
- Considerando que o contribuinte e os sócios foram intimados e reintimados repetidas vezes sem que fossem apresentadas quaisquer informações ou documentos, a multa deve sofrer o agravamento de 50%, como disposto no inciso II, § 2º, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Termos de sujeição passiva solidária

Constam ainda no processo, a folhas 1.488 a 1.499, seis termos de sujeição passiva solidária. Neles figuram como sujeito passivo solidário as seguintes pessoas: Pink Alimentos do Brasil Ltda, Marcelo Pereira Cardoso, Argos Cardoso Mundim, Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues, Antônio Aparecido Alves e Produtiva Nutrição e Moagem de Cereais Ltda. Todos os termos têm o mesmo teor. De sua motivação, extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

- Constatou-se que, conforme descrito nos itens 3 e 8 do termo de verificação fiscal lavrado em 07.12.2010, ficou evidenciada a responsabilidade de terceiros e a pluralidade de sujeitos passivos (Portaria RFB nº 2.284, de 29.11.2010). Portanto, as pessoas mencionadas no parágrafo anterior devem ser responsabilizadas nos termos do artigo 124, inciso I, e do artigo 135, ambos do CTN.

Houve formalização de representação fiscal para fins penais por meio do processo administrativo nº 15504.020791/201071.

Foram apresentadas impugnações pela contribuinte, AMPLA Alimentos do Brasil e pelos responsáveis tributários: Argos Cardoso Mundim, Produtiva Nutrição e Moagem de Cereais Ltda., Antônio Aparecido Alves, Luis Cláudio Cardoso Rodrigues, Marcelo Pereira Cardoso e Pink Alimentos do Brasil Ltda.

Em apertada síntese, uma vez que serão enfrentados os argumentos dos recursos voluntários, foram manifestadas as seguintes contestações à decisão recorrida, às quais já acrescento a posição da Turma da DRJ sobre a alegação:

- pedido de produção posterior de provas e de perícia.

Ambos os pedidos são indeferidos. A produção de provas está regulada pelo artigo 16 do Decreto 70.235 e seu § 4 prevê a preclusão do direito de apresentá-las após a impugnação, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Quanto à perícia, a requerente deve expor os motivos que a justifiquem, formular os quesitos a serem respondidos, bem como indicar o nome o endereço e a qualificação profissional do perito, a teor do inciso IV do artigo 16 do decreto citado. Nenhum desses quesitos foi atendido pelas impugnantes.

- pedido de envio de correspondência para endereço diverso do domicílio eleito pelo sujeito passivo.

Indeferido, pois a previsão legal é o envio das intimações para o domicílio eleito pelo contribuinte.

- arguição de nulidade por falta de intimação para acompanhar o trabalho fiscal;

Não dá razão à nulidade o não acompanhamento do procedimento fiscal, haja vista que este é feito no interesse da fiscalização, para obter os elementos constitutivos do crédito tributário. Prova disto é que nos casos de o fiscal já ter todos os dados do crédito tributário, a primeira intimação será para noticiar sua constituição, sem a necessidade um procedimento anterior. O direito à ampla defesa e ao contraditório são conferidos aos acusados em geral e aos litigantes, situação que só se configura após o término do procedimento de fiscalização. Esses direitos fundamentais são exercidos no processo administrativo fiscal, instaurado com a apresentação da impugnação pelo sujeito passivo.

- arguição de ilicitude de obtenção das provas usadas pelo fisco;

A arguição de que as provas usadas seriam ilícitas funda-se, em essência, no equivocado argumento de que a Justiça Federal somente teria autorizado a extensão à Receita Federal da quebra de sigilo dos dados e documentos colhidos durante a Operação Castelhana em relação às pessoas contra quem a mesma Justiça Federal aceitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Uma simples leitura da parte da decisão judicial que trata do assunto basta para concluir que a extensão da quebra de sigilo não se limitou às pessoas em relação às quais a denúncia foi aceita (transcreve fl. 566).

Pelo contrário, a própria argumentação da decisão judicial de extensão da quebra do sigilo à Receita Federal deixa claro que a atitude é imprescindível à persecução dos crimes de natureza tributária, que dependem da constituição do crédito tributário para poderem ser caracterizados. É o que se lê na Súmula Vinculante STF nº 24, de 2009: ; "Não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

A tese dos impugnantes segundo a qual não se admite a prova emprestada para constituir o crédito tributário também não se sustenta.

Rigorosamente prova emprestada é aquela que consiste no traslado para outro do resultado da instrução probatória, isto é, das provas produzidas em juízo, que se dão sob a condução do magistrado e com participação das partes. Exemplos típicos são o depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas. As restrições que segundo alguns doutrinadores devem se impor ao empréstimo desse tipo de prova decorrem do princípio da oralidade, do juiz natural, e do livre convencimento. A idéia é que a força de convencimento dessa prova está associada ao juiz que participou do processo de sua coleta. Há também considerações que dizem respeito à necessidade de contraditório. Nesse sentido, não se considera empréstimo de prova o emprego em mais de um processo de prova dita pré-constituída, isto é, aquela que existe antes de ser produzida em juízo, a exemplo das provas documentais, periciais etc.

Ora, no presente caso, todas as provas questionadas pelos impugnantes são pré-constituídas. Não resultam da fase de instrução probatória dum processo judicial em curso, mas foram obtidas durante a realização de uma operação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Não se pode nem sequer falar em traslado de peças processuais, uma vez que se trata somente de cópias de documentos que fazem parte do conjunto de itens apreendidos na execução dum mandado judicial de busca e apreensão e que se achavam acondicionados em malotes lacrados, mantidos sob a guarda da Justiça Federal. Essa circunstância é comprovada pelos termos de deslacrção, exame de documentos, constatação e lacração que fazem parte do anexo V destes autos.

- arguição de nulidade do arbitramento e do auto de infração por falta de intimação dos coobrigados.

A legislação obriga a fiscalização a intimar o contribuinte no domicílio tributário por ele eleito e, em nenhum momento obriga à intimação de seus sócios. Essa mesma legislação diz que cabe ao contribuinte informar a mudança de endereço no prazo de trinta dias, o que não foi providenciado neste caso.

O procedimento fiscal iniciou-se com o comparecimento do Auditor Fiscal no domicílio eleito. Ainda houve o envio da intimação por via postal para o endereço do sócio majoritário, correspondência que foi recebida, mas não houve manifestação dentro do prazo fixado.

Frustradas essas tentativas, foi feita a intimação por edital, nos termos legais.

Como não houve apresentação dos livros e escrituração, a despeito da intimação fiscal válida, está mais do que demonstrada a necessidade de arbitrar o lucro do contribuinte.

Na impugnação subscrita pelo representante da Ampla tenta-se justificar de maneira descontraída a falta de apresentação dos elementos solicitados pela fiscalização. Num primeiro momento, afirma-se que estariam retidos pelo fisco estadual. Já no final da argumentação, contraditoriamente, diz-se que a documentação se encontra sob custódia do contabilista da empresa. Não obstante, nenhuma prova de uma ou de outra circunstância foi trazida aos autos. E de qualquer forma, caso houvesse algum impedimento para apresentar os documentos e livros solicitados, o sujeito passivo devia ter se manifestado ainda durante a fiscalização. Depois de efetuado o arbitramento do lucro por falta de apresentação não justificada da escrituração, não se admite que ele seja revisto com o atendimento extemporâneo da intimação fiscal.

Cumpre, pois, rejeitar a arguição de nulidade.

- arguição de nulidade do arbitramento pelo fisco conhecer as informações contábeis do contribuinte:

Segundo alguns dos impugnantes, apesar de a Ampla não ter atendido às intimações para apresentar sua escrituração, o fisco detinha todas as informações financeiras e contábeis que serviam de suporte para o cálculo do tributo. Daí inferem que o arbitramento deve ser declarado nulo.

Contudo, a fiscalização só possuía os valores das receitas de vendas de mercadorias declaradas ao fisco estadual e a movimentação financeira fornecida por instituições bancárias. Por óbvio essas informações não são suficientes para apurar o lucro real. Além disso as empresas optantes pelo lucro presumido têm que manter escrituração mercantil ou manterem livro caixa com escrituração de toda a movimentação financeira (527 do RIR/99). Rejeita-se, portanto, a arguição de nulidade.

- arguição de ilegitimidade passiva de Luis Cláudio Cardoso Rodrigues

Argui que foi sócio da AMPLA apenas nos períodos em que tal fato constava no contrato social e que não era sócio gerente ou administrador;

Alegação que não se sustenta, pois embora formalmente ele constasse como sócio somente nos períodos até 22.04.2004, retornando entre 01.12.2005 e 12.01.2006, documentos juntados aos autos, tais como cheques assinados pelo Sr. Luis Cláudio no período entre 2004 e 2007 (fls. 328 a 416) e cartão de autógrafos do Banco do Nordeste, com a assinatura do Sr. Luis Cláudio e, ainda, um empréstimo na modalidade crédito rotativo em que ele aparece como procurador da Empresa.

Além da situação de sócio de fato, o Sr. Luis Cláudio busca, de toda maneira, esconder esta condição, o que caracteriza as situações previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, 1964.

Em consequência, cumpre rejeitar a arguição de ilegitimidade passiva e manter Luís Cláudio Cardoso Rodrigues arrolado entre os sujeitos passivos solidários.

- arguição de ilegitimidade passiva de Argos Cardoso Mundim;

Apesar de não figurar formalmente no quadro de sócios da Ampla, há provas de que o Sr. Argos atuava como um dos verdadeiros proprietários e administradores da Empresa.

As folhas 123 a 130 apresentam o *website* do grupo Discípulos, aparecendo como diretor o Sr. Argos. Além da Ampla, as páginas impressas revelam que integrava o grupo outra empresa chamada Agroindustrial Discípulo, e o Sr Argos apresenta-se como presidente e diretor financeiro do grupo, fornecendo como telefone para contato o mesmo número do documento de fl. 729, mesmo telefone da Ampla.

Na ficha de cadastro da Ampla no Banco do Brasil (fl. 210) o sr, Argos é identificado como um dos contatos da Ampla, ao lado de um certo Cláudio, provável referência a seu irmão Luis Cláudio Cardoso Rodrigues.

Embora o sr. Argos e o grupo Discípulos inegavelmente se apresentem como proprietários e administradores da Ampla, nem ele nem nenhuma empresa controlada por ele figura no quadro de sócios ostensivos da Ampla. Isso significa que houve ocultação, de maneira fraudulenta, da condição de responsável pela Ampla, o que caracteriza, em tese, um dos crimes tributários previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Houve ainda violação e tentativa de fraude das leis societárias, uma vez que se ocultou a verdadeira composição societária da Ampla. Fazer constar nos atos constitutivos da sociedade a verdadeira composição de seus sócios e administradores constituir dever dessas pessoas. Logo, houve violação intencional de lei e de contrato social, o que configura a ilicitude a que se refere o artigo 135, III, do CTN e leva a considerar os infratores responsáveis solidários pelo crédito tributário devido pela Ampla.

O impugnante arguiu sua ilegitimidade passiva contestando o valor probante e as conclusões que a fiscalização tirou dos documentos mencionados nos parágrafos precedentes. Alega que seria não mais que um representante comercial e vendedor dos produtos fabricados e comercializados pela Ampla. Sua versão dos fatos, contudo, não é plausível. Nenhuma empresa realmente independente permitiria que um mero representante comercial se apresentasse como seu diretor financeiro, e ainda fornecesse como seu número de telefone o mesmo que lhe pertence. Além disso, o sr. Argos alega mas não comprova sua condição de representante ou simples vendedor da Ampla, o que poderia ser feito mediante a apresentação de papéis tais como contratos, comprovantes de prestação de serviços e do pagamento por esses serviços.

Da mesma forma, não é verossímil a alegação de que o grupo Discípulos não existe e que se trata de um artifício, por assim dizer, publicitário. Um determinado conjunto de empresas podem atuar como um grupo sem que esse tenha existência formal ou que as unidades que o compoñam sejam pertencentes a uma sociedade holding. Para tanto, basta que os seus sócios ou acionistas controladores administrem essas empresas de maneira coordenada e com vistas a interesses empresariais comuns. Caso a Ampla não pertencesse ao grupo Discípulos, certamente não permitiria passivamente que o sr. Argos anunciasse a sua existência e o papel proeminente por ele desempenhado no grupo.

Não se sustenta a tese do impugnante segundo o qual a atribuição de responsabilidade ora discutida infringe o disposto no artigo 121 do CTN. Segundo esse artigo, o sujeito passivo da obrigação de pagar o tributo ou as penalidades pecuniárias classifica-se como contribuinte ou responsável. O contribuinte é definido como aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Já o responsável é aquele cuja obrigação decorre de disposição expressa de lei, embora não revista a condição de contribuinte. Portanto, a sujeição passiva do responsável não está, necessariamente, condicionada a que pratique o fato gerador em nome do contribuinte. Tampouco a condição de pessoa física impede que alguém venha a ser enquadrado como responsável por crédito tributário devido por pessoa jurídica. Em verdade, as hipóteses de responsabilização de terceiros pelo crédito tributário devido pelo contribuinte acham-se previstas no próprio CTN, além de outras normas avulsas, particularmente nos seus artigos 124 e 128 a 136. E foi precisamente invocando duas das hipóteses legais do CTN que o autuante atribui responsabilidade solidária ao impugnante, a saber os seus artigos 124 e 135.

Igualmente infundado é argumento do impugnante baseado na teoria da descaracterização da personalidade jurídica. O artigo 142 do CTN, ao regulamentar o lançamento tributário, estabelece que ele é de competência privativa da autoridade administrativa e que esse ato compreende, entre outros aspectos, identificar o sujeito passivo. O CTN confere, portanto, de maneira expressa, competência aos auditores fiscais para identificar o sujeito passivo. Este, por sua vez, de acordo com o artigo 121 do mesmo código, classifica-se

em duas categorias: a) contribuinte, definido como aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador do tributo; b) responsável, definido como aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, se torna obrigado em decorrência de disposição expressa de lei. E é o próprio CTN que, em diversos de seus artigos estabelece as hipóteses em que pessoas físicas ou jurídicas deverão ser chamadas para responder pelo crédito tributário ainda que não revistam a condição de contribuinte. Realmente, conforme já dito, as normas de atribuição de responsabilidade tributária acham-se enunciadas nos artigos 124 e 128 a 138 do CTN. Conseqüentemente, a tese do impugnante segundo a qual a fiscalização não tem competência para atribuir responsabilidade a terceiros não só é desprovida de respaldo legal como também vai de encontro a disposição expressa do CTN. Tampouco é necessário, em virtude das mesmas disposições do CTN, que o fisco descaracterize a personalidade jurídica para imputar sujeição passiva a pessoas diferentes do contribuinte. A descaracterização da personalidade jurídica implica que, para os efeitos do ato praticado pela autoridade administrativa, a pessoa jurídica deixa de existir de maneira separada e independente de seus sócios. No presente caso, contudo, trata-se apenas de designar, com base na faculdade conferida pelo artigo 142 do CTN, quem não os sujeitos passivos do crédito tributário.

Enfim, os fatos descritos no termo de verificação fiscal, comprovados pela documentação juntada aos autos, fornecem a base material para a aplicação do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, ambos do CTN para atribuir responsabilidade passiva solidária pelo crédito tributário constituído. Essa atribuição de responsabilidade, diferentemente do alegado pelo impugnante, é baseada em provas e elementos concretos, não em meros indícios ou presunções sem fundamento.

Em conseqüência, cumpre rejeitar a arguição de ilegitimidade passiva e manter Argos Cardoso Mundim arrolado entre os sujeitos passivos solidários.

- arguição de ilegitimidade passiva de Antônio Aparecido Alves;

Junta declarações de outros integrantes do grupo societário da Ampla, visando à comprovar que não tinha poder nenhum na sociedade, pois o administrador era Luis Cláudio Cardoso Rodrigues; que não obteve nenhum rendimento a título de remuneração pelo capital investido ou pelo trabalho. Diz que tem patrimônio modesto, incompatível com a condição de sócio da Ampla, que movimentava milhões de reais.

Contudo, em que pese os argumentos do impugnante e as declarações juntadas a sua impugnação, as provas presentes nos autos refutam a sua tese e demonstram que, embora formal e ostensivamente ele não tenha integrado o quadro de sócios ou gestores da Ampla durante todos os períodos de apuração alcançados pelo lançamento, em verdade ele mantinha estreitos vínculos com a empresa e nunca deixou de atuar como um dos seus proprietários e administradores. E mais ainda, procurou ocultar esses vínculos, o que enquadra seus atos, em tese, nos tipos penais previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. E dessa mesma ilicitude resulta ainda a sua responsabilidade solidária passiva pelo crédito tributário constituído, em face do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, do CTN.

As provas que levaram o autuante a atribuir ao impugnante a condição de sujeito passivo solidário foram fornecidas por cartórios e instituições financeiras e consistem em escrituras de compra e venda de imóveis, contratos de financiamentos e fichas cadastrais de contas bancárias. Elas se acham distribuídas entre as folhas 131 a 514 dos autos. Nos parágrafos seguintes são salientados as informações e dados presentes nesses documentos que, sem sombra de dúvida, comprovam que o sr. Antônio Aparecido, a despeito de suas constantes ingressos e saídas do quadro societário da Ampla, em verdade sempre atuou como seu

administrador e sócio durante todo o intervalo de tempo que correspondem aos fatos geradores abrangidos pelo lançamento de ofício.

Nas fichas de assinaturas e identificação dos responsáveis pelas contas mantidas no Banco BCN (depois incorporado pelo Bradesco) a fls. 140, 143, 169, e 172, o sr. Antônio Aparecido Alves é identificado ora como representante legal ora como sócio gerente ou administrador da Ampla e a ele são conferidos amplos poderes para movimentar a conta bancária. O mesmo se observa nas fichas de assinaturas e identificação dos responsáveis fornecidas pelo Banco do Brasil a folhas 214, e do Banco do Nordeste a folhas 202. Embora outras pessoas também sejam eventualmente identificadas como representante da Ampla nessas fichas, a única figura constante é o impugnante.

Segundo o termo de verificação fiscal a folhas 68 a 85, a partir da 12ª alteração contratual, datada de 02.01.2007, o sr. Antônio Aparecido retira-se definitivamente da sociedade. No entanto, os documentos bancários obtidos pelo fisco demonstram que ele continuou a realizar operações e assumir o papel de administrador e representante da Ampla muito tempo depois dessa data. Há inúmeros exemplos nos autos. Na ficha fornecida pelo Banco Bradesco, a folhas 172, impressa em 10.08.2010, ele aparece como representante da empresa. O mesmo se observa na ficha fornecida pelo Banco do Nordeste, em que a assinatura do sr. Antônio Aparecido aparece ao lado da data 16.02.2007.

Mais significativos ainda a esse respeito são os contratos de financiamento bancário contraídos pela Ampla. Às folhas 174 a 181 encontra-se um contrato de desconto de títulos assinado com o Banco do Nordeste, em 09.02.2007, com validade de um ano, o qual sr. Antônio Aparecido assina em dois lugares, assumindo simultaneamente o papel de fiador e de representante da Ampla. Já às folhas 216 a 222 vê-se um contrato de arrendamento mercantil firmado em 12.03.2007 com o Banco do Brasil no qual o sr. Antônio Aparecido assume novamente o duplo papel de representante da Ampla e cedente de fiança pessoal. Já à folhas 230 e 231 acham-se dois comunicados datados de 31.05.2007 e subscritos pelo sr. Antônio Aparecido, pelos quais se autoriza o Banco do Brasil a efetuar débitos na conta da Ampla dos encargos relativos a empréstimos concedidos por essa instituição, assim como a considerar vencidas antecipadamente dívidas da empresa na hipótese de haver alteração do seu contrato social sem a anuência prévia do credor. Portanto, é certo que o impugnante continuou interferindo diretamente nos negócios da empresa mesmo após o seu desligamento formal dela.

O impugnante alega que ele apenas emprestava seu nome ao sr. Luís Cláudio, o qual, afirma, seria o único verdadeiro sócio e administrador da Ampla. Contudo, se isso fosse verdade, o sr. Aparecido apenas assinaria os documentos mencionados no parágrafo precedente (assim como inúmeros outros contratos de financiamento presentes nos autos) na condição de representante legal da Ampla. Ele, porém, amiúde, os assina também como fiador, o que significa que deu seu patrimônio pessoal em garantia da dívida. Daí se segue também que tinha interesse pessoal nos negócios da empresa, o que não se coaduna com a sua alegação de que não passava de alguém manipulado pelos sócios de fato da Ampla.

O impugnante alega que tem patrimônio e rendimentos incompatíveis com a qualidade de sócio e administrador de uma empresa cuja movimentação financeira chegou à casa de milhões de reais. Acrescenta que não recebeu nenhuma vantagem econômica ou financeira da Ampla. Contudo, as fichas de identificação e cadastro fornecidos pelas instituições financeiras, bem como informações dos cartórios, permitem traçar um panorama bem diverso. A folhas 158 encontra-se uma cópia, fornecida pelo Bradesco, da ficha cadastral de Vânia Lopes de Almeida, uma das pessoas que segundo a fiscalização realmente foi usada como presta-nomes pelos verdadeiros sócios da Ampla. Aí se informa que a sra. Vânia residia numa casa alugada em bairro modesto do município de Contagem, e que seus rendimentos eram de R\$ 1.800,00 mensais. Confrontando-se essa ficha com a equivalente do sr. Antônio Aparecido, presente a folhas 146 e sobretudo a folhas 309, verifica-se que sua situação é bem diferente. Ele reside em apartamento próprio, já quitado, avaliado em R\$ 250.000,00, e situado no bairro Belvedere de Belo Horizonte, considerado um dos mais nobres da capital mineira.

Informa-se também que seus rendimentos mensais montam a 8.000 reais. É verdade que na declaração de rendimentos entregue à Receita Federal não consta a propriedade desse imóvel.

Contudo, a folhas 292 encontra-se uma minuta de escritura pública de compra e venda, datada de 29.10.2002 e assinado pelo representante legal de Alicerce Empreendimentos Ltda, na qual se declara que houve a aquisição do bem em questão pelo impugnante e que o preço já fora pago. Esse último documento foi fornecido pelo Banco BCN, o qual, presumivelmente, o obtivera do próprio sr. Aparecido, quando este lá providenciara a abertura da conta da Ampla.

Confirma ainda mais a capacidade econômico-financeira do impugnante o documento a folhas 505 a 508. Trata-se de escritura pública de compra e venda de outro imóvel residencial pelo sr. Antônio Aparecido, realizada em 14.03.2006. Segundo a escritura, o preço do bem foi de R\$ 400.000,00 e esse já havia sido pago previamente, em moeda corrente nacional.

Por essas razões, não cabe acatar a postulação de que o impugnante seja tratado como os demais sócios formais e ostensivos da Ampla, que não foram autuados na condição de sujeito passivo solidário. Em primeiro lugar, note-se que eles deixaram de ser autuados não porque apenas emprestavam seus nomes aos verdadeiros sócios e assim foram instrumentos desses no sua tentativa de burlar o fisco. Essa circunstância não pode ser alegada em seu favor, visto que seu comportamento também é ilícito, a não ser que demonstrassem que foram constrangidos de maneira irresistível a assumir esse papel, ou que nem sequer tivessem conhecimento de que seu nome pelos autuados. Esse, certamente, não é o caso do sr. Aparecido Alves, visto que, em inúmeras ocasiões, ele subscreveu fichas cadastrais de abertura de contas bancárias, contratos de financiamento, e admitiu ser fiador da Ampla.

Em segundo lugar, o fisco assim procedeu justamente por ter encontrado provas incontestáveis de que os indivíduos não arrolados como sujeitos passivos atuavam como presta-nomes, interpostas pessoas, e que sua função era apenas ocultar os verdadeiros proprietários e administradores da empresa. Além disso, seria inócuo autuá-los, pois seu patrimônio pessoal não era capaz de suportar o ônus do crédito tributário constituído. O artigo 990 do Código Civil estabelece que, em se tratando de sociedade de fato (chamada de sociedade em comum por esse diploma normativo), todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no seu artigo 1.024. E sendo a sujeição passiva solidária, a lei assegura ao fisco o direito de exigir a obrigação por inteiro de apenas um ou de alguns dos devedores, sem necessidade de acionar todos eles em conjunto.

Em conseqüência, cumpre rejeitar a arguição de ilegitimidade passiva e manter Antônio Aparecido Alves arrolado entre os sujeitos passivos solidários.

- arguição de ilegitimidade passiva de Pink Alimentos o Brasil Ltda.:

No âmbito da Operação Castelhana, conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, foram apreendidos na sede da Pink, durante a execução de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal, diversos documentos pertencentes à Ampla que levaram o autuante à conclusão de que o vínculo entre as duas empresas ia muito além do que a relação entre fornecedor e cliente. A cópia desses documentos encontra-se anexada a folhas 730 a 1.217. Eles consistem em dezenas de notas fiscais emitidas pela Ampla e pedidos de mercadorias a ela dirigidos durante vários meses de 2006, cópia de alteração de contrato social, além de memorandos da Pink que fazem referências à Ampla e que dão a entender que a saída de mercadorias promovida por aquela foi acobertada por notas fiscais emitidas por esta. A presença desses documentos na sede da Pink, em tal volume e com

tal abrangência, demonstra claramente que a Pink, a exemplo das pessoas físicas já mencionadas, atuava como verdadeiro sócio oculto da Ampla.

Em sua impugnação a Pink procura justificar a apreensão desses documentos em sua sede, alegando que o fato seria normal e decorreria das relações comerciais existentes entre ela e a Ampla, pelas quais esta revenderia produtos com sua marca própria mas que eram fabricados pela Pink. Acrescenta que as notas fiscais da Ampla eram freqüentemente preenchidas em seu estabelecimento, pois a mercadoria era daí diretamente remetida aos clientes da Ampla, o que economizaria uma viagem desnecessária ao estabelecimento desta para só então prosseguir ao seu destino final.

O argumento da impugnante, porém, não se sustenta. Se a mercadoria que a Ampla vendia a seus clientes era produzida e fornecida pela Pink, esta deveria emitir notas fiscais destinadas à Ampla que correspondessem em quantidade, data e itens aos descritos nas notas apreendidas em seu estabelecimento. Contudo, a impugnante não trouxe aos autos nenhum documento fiscal que comprove tal operação.

Além disso e mais importante ainda, se fosse verdadeira a versão dos fatos relatada pela impugnante, as notas fiscais apreendidas em seu estabelecimento deveriam cobrir um curto período de tempo, apenas o necessário para que houvesse o carregamento e a remessa da mercadoria. Uma vez finalizada essa operação, os documentos deviam ser enviados à sede da Ampla, pois, sendo ela uma empresa realmente independente, com contabilidade e administração própria, é em suas instalações que os documentos deviam ser arquivados e efetuada a respectiva contabilização da operação em sua escrituração comercial e fiscal. No entanto, conforme relação a folhas 1.324 a 1.326 dos autos, foram encontrados documentos emitidos entre 10.04.2006 a 20.11.2006. Isso demonstra que os documentos fiscais da Ampla ficavam sob a guarda da Pink por um período indefinido, o que não se coaduna com a tese de que uma empresa era mera fornecedora de mercadorias comercializadas pela outra.

Note-se também que, em se tratando de empresas realmente independentes, embora uma seja cliente da outra e elas realizem entre si operações comerciais vantajosas para ambas, há um certo conflito de interesses, visto que quanto maior for a margem de lucro de uma com cada negócio realizado tanto menor será a margem da outra. Nesse aspecto, elas situam-se em pólos diametralmente opostos, pois a lucratividade da Pink requeria que cobrasse o preço mais alto possível pelos produtos fornecidos à Ampla, mas esta obviamente desejaria pagar o menor preço possível. Assim, a Ampla deveria resguardar as informações relativas as negociações que fazia com os adquirentes dos produtos por ela comercializados e que eram fornecidos pela Pink. No entanto, foram apreendidos não só notas fiscais como também pedidos e memorandos que dizem respeito à fase anterior à efetivação dos produtos. Isto é, os documentos revelam que a Pink tinha conhecimento dos termos pelos quais a Ampla negociava com os seus clientes. Daí se pode inferir que a Ampla e a Pink operavam como se fossem uma só empresa, com interesses absolutamente coincidentes. Deve-se mencionar ainda que até uma alteração do contrato social da Ampla foi apreendida na operação Castelhana, circunstância que de modo algum é condizente com a tese da impugnante e demonstra que a Pink interferia até mesmo na organização societária da Ampla.

Está, portanto, demonstrado o vínculo que permite responsabilizar a Pink pelas obrigações tributárias da Ampla. Segue-se daí também que não se devem acatar as alegações da impugnante segundo as quais a imputação de responsabilidade solidária pelo fisco se assentaria sobre simples presunções sem substância.

Diferentemente do que argumenta a impugnante, não é sinal de contradição nem de debilidade do trabalho fiscal o fato de outras pessoas terem sido apontadas como proprietárias e administradoras da Ampla, ao lado da Pink. Uma vez que se trata de situação de fato, a responsabilidade que surge é de natureza solidária e o vínculo obrigacional de um não exclui o dos demais. O autuante pode não ter sido cuidadoso com a nomenclatura, pois ao empregar o termo subsidiária integral, pareceu sugerir que a Pink era de fato proprietária de 100% do capital da Ampla. Não obstante, o conjunto dos fatos narrados por ele claramente

afasta tal interpretação, pois se fosse essa sua intenção, não teria apontado outras pessoas como proprietários e responsáveis de fato pela Ampla. Em verdade, o contexto de sua narrativa leva a concluir, sem nenhuma dúvida, que a Pink compartilhava a propriedade e a administração da Ampla com as demais pessoas apontadas como responsáveis solidários.

Uma vez que o termo de verificação fiscal e as provas recolhidas pelo fisco demonstram que tanto a Pink como os srs. Luís Cláudio, Argos Mundim e Antônio Aparecido atuavam como verdadeiros sócios e administradores de fato da Ampla, não há nenhuma necessidade, para efeito de caracterizar a responsabilidade solidária para com os débitos tributários desta, de comprovar que entre a Pink e aqueles senhores houvesse algum vínculo e muito menos que eles interferiam nas atividades da Pink, além da participação societária de fato em comum. Duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, podem perfeitamente ser sócias de uma sociedade sem que estabeleçam vínculos outros entre si.

A falta de menção do nome da Ampla no documento intitulado “Relatório Reservado” (folhas 722 a 728 dos autos) não é prova de que a Pink não tivesse participação naquela, pois pode decorrer de uma mera omissão, ou simplesmente de a Ampla não ser considerada, aos olhos do grupo, uma coligada tal como a Alibra, a Progresso, a Invicta e a Alnutri. Apesar de o fisco ter usado o documento em causa como prova da relação societária entre a Pink e as demais empresas nele mencionadas, que não constava formalmente nos contratos sociais respectivos, nada impede que a administração tributária recorra a outros meios para demonstrar a existência de semelhantes vínculos com sociedades diversas. De acordo com o artigo 987 do atual Código Civil, em se tratando de sociedade de fato (por ele denominada sociedade em comum), os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

A impugnante argumenta que as notas fiscais apreendidas corresponderiam a apenas 1% dos negócios da Ampla, o que seria irrisório e não justificaria a sua inclusão como responsável ao mesmo tempo em que outros clientes que teriam negócios mais volumosos com aquela empresa não foram arrolados como sujeito passivo solidário. O argumento, porém, é infundado. A impugnante não foi autuada na condição de responsável em virtude do volume dos negócios realizados com a Ampla, mas sim em consequência de terem sido encontrados em sua sede documentos que demonstram ter ela atuado como sua administradora e proprietária de fato. Não se tem notícia de que documentos fiscais, contábeis e administrativos da Ampla tenham sido apreendidos na sede de qualquer outro de seus parceiros comerciais.

O argumento da impugnante também é desarrazoado porque, embora as notas fiscais apreendidas em sua sede respondem por apenas uma fração do total emitido pela Ampla, elas são os únicos documentos que contêm a identificação dos seus adquirentes de mercadorias. Uma vez que a Ampla não atendeu a nenhuma intimação fiscal para apresentar seus documentos, não se conhecem quais foram os clientes que contribuíram para a maior parte do seu faturamento. Nem tampouco, por essa mesma razão, se pode precisar se a Pink participou dessas operações e em que proporção.

Finalmente, o relator transcreve os artigos 275, 282, 283, 284 e 285 do Código Civil de 2002, para afirmar que a Impugnante, caso tenha se sentido prejudicada por ter o fisco deixado de intimar e qualificar algum devedor solidário, deve ela própria promover ação contra estes, na hipótese de vir a pagar efetivamente parcela da obrigação tributária superior ao quinhão que lhe couber.

Em consequência, cumpre rejeitar a arguição de ilegitimidade passiva e manter a Pink Alimentos do Brasil arrolada entre os sujeitos passivos solidários.

- arguição de ilegitimidade passiva de Marcelo Pereira Cardoso;

O impugnante argüi sua ilegitimidade passiva alegando não possuir nenhuma relação com a Ampla. Afirma também que nunca integrou o seu quadro de sócios e que, na época dos fatos geradores abrangidos pelos lançamentos já deixara de ser sócio da Pink, pessoa jurídica também arrolada pelo fisco como responsável pelo crédito tributário constituído. Afirma ainda que nesta última empresa nunca exercera funções administrativas. Por fim, justifica o papel de fiador que assumiu em contrato de empréstimo bancário firmado pela Ampla alegando relação de parentesco e amizade com um dos sócios da empresa. No intuito de provar suas alegações, apresentou os documentos juntados a folhas 3.115 a 3.277.

Contudo, em que pese aos argumentos do impugnante e aos papéis por ele juntados aos autos, as provas e elementos presentes nos autos refutam a sua tese e demonstram que, embora formal e ostensivamente já tivesse deixado a Pink e jamais pertencera ao quadro de sócios ou gestores da Ampla, em verdade ele mantinha estreitos vínculos com as duas empresas. E mais ainda, procurou ocultar esses vínculos, o que enquadra seus atos, em tese, nos tipos penais previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. E dessa mesma ilicitude resulta ainda a sua responsabilidade solidária passiva pelo crédito tributário constituído, em face do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, do CTN.

Em subseção antecedente deste voto, ao se apreciar a argüição de ilegitimidade passiva da Pink Alimentos do Brasil Ltda, decide-se pela rejeição da postulação da impugnante, para a manter sua responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído. Há provas nos autos que demonstram a existência de uma ligação entre a Ampla e a Pink Alimentos do Brasil Ltda tal que transforma uma empresa em coligada ou controlada da outra, embora essa circunstância não esteja registrada no contrato social nem nos registros contábeis de nenhuma dessas empresas. Realmente, no âmbito da Operação Castelhana, conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, foram apreendidos na sede da Pink, durante a execução de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal, diversos documentos que levam à conclusão de que o vínculo entre elas ia muito além do que uma relação entre fornecedor e cliente, como pretende fazer crer a impugnação. A cópia desses documentos encontra-se anexada a folhas 730 a 1.217. Eles consistem em dezenas de notas fiscais e pedidos de mercadorias emitidos em nome da Ampla durante vários meses de 2006, cópia de alteração de contrato social, além de memorandos da Pink que fazem referências à Ampla e que dão a entender que as saídas de mercadorias promovida por aquela foram acobertadas por notas fiscais emitidas por esta. A presença desses documentos na sede da Pink, em tal volume e com tal abrangência, demonstra claramente que a Pink, a exemplo das pessoas físicas já mencionadas, atuava como verdadeiro sócio oculto da Ampla.

Não há dúvida, portanto, de que a Ampla era uma sociedade de fato controlada e administrada, de maneira clandestina, pela Pink. Em face dos meios ilícitos usados pela Pink para ocultar seus reais vínculos com a Ampla, as pessoas responsáveis por sua administração devem ser igualmente responsabilizadas pelas obrigações tributárias constituídas em nome da Ampla.

Apesar de Marcelo Pereira Cardoso já não constar ostensivamente no quadro de administrador nem de sócio da Pink durante os períodos de apuração alcançados pelos lançamentos fiscais, há nos autos prova categórica de que ele esteve à frente da empresa, atuando como um dos seus administradores, ao lado de outros membros da família Cardoso. Essa prova acha-se a folhas 722 a 728 e é o documento intitulado Relatório Reservado, um dos itens apreendidos na sede da Pink durante a Operação Castelhana. Nele nomeiam-se os integrantes do conselho de administração do grupo. Paulo Victor Cardoso encabeça a lista, fazendo companhia a Adalberto Cardoso e a Marcelo Pereira Cardoso. O impugnante nega validade e força probante a esse Relatório Reservado, mas suas alegações são insubsistentes, pois ele foi encontrado na sede da Pink e racionalmente não se pode cogitar de nenhuma razão para que não retrate a realidade ou para que tenha sido elaborado por pessoas alheias aos interesses do grupo Pink.

A alegação de que não há prova suficiente de que a Ampla era controlada e administrada de fato pela Pink é analisada e refutada na subseção deste voto em que se aprecia e rejeita a arguição de ilegitimidade passiva da Pink. O mesmo vale para a alegação de que o trabalho fiscal, nesse aspecto, é obscuro e contraditório. Por sinal, quanto a tais matérias, o impugnante reitera os argumentos e objeções que já se encontram na impugnação apresentada pela Pink.

A falta de menção do nome da Ampla no documento intitulado “Relatório Reservado” (folhas 722 a 728 dos autos) não é prova de que a Pink não tivesse participação naquela, pois pode decorrer de uma mera omissão, ou simplesmente de a Ampla não ser considerada, aos olhos do grupo, uma coligada tal como a Alibra, a Progresso, a Invicta e a Alnutri. Apesar de o fisco ter usado o documento em causa como prova da relação societária entre a Pink e as demais empresas nele mencionadas, que não constava formalmente nos contratos sociais respectivos, nada impede que a administração tributária recorra a outros meios para demonstrar a existência de semelhantes vínculos com sociedades diversas. De acordo com o artigo 987 do atual Código Civil, em se tratando de sociedade de fato (por ele denominada sociedade em comum), os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Sendo a Pink controladora e administradora de fato da Ampla, e estando comprovado que Marcelo Pereira Cardoso atuava como dirigente da Pink, daí se segue estar ele também vinculado à Ampla, firma que se encontrava indiretamente subordinada a ele. Isso, por si só, justifica sua responsabilização passiva nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN. E como é obrigação dos sócios e administradores fazer constar seus nomes nos contratos e documentos constitutivos da sociedade a que pertencem, houve a violação de lei, contrato social ou estatuto a que se refere o artigo 135, inciso III, do CTN. Há, portanto, dois fundamentos legais para a responsabilização solidária do sr. Marcelo.

A circunstância de ter sido homologado por sentença judicial transitada em julgado o acordo que fixou os termos do suposto desligamento de sócios do quadro societário da Pink, não impede que as autoridades judiciais ou administrativas viessem futuramente a investigar a verdadeira participação de Marcelo Pereira Cardoso e ao cabo chegar a conclusão de que ele se mantinha ligado à sociedade. Com efeito, o artigo 472 do Código de Processo Civil em vigor estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Uma vez que a Fazenda Pública não fez parte do processo instaurado para homologar o acordo em causa, a coisa julgada eventualmente dele resultante não lhe pode ser oposta. E o artigo 469 do mesmo diploma legal estabelece que não fazem coisa julgada: I os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Ou seja, ainda que da sentença haja resultado a homologação da transação, em decorrência dela não se tornam verdade incontestável os fatos expostos ao juízo como justificativa para o pedido do provimento jurisdicional. Recorde-se, por oportuno, que, na época em que houve a prolação da sentença em causa, ainda não tinha sido realizada a Operação Castelhana e ainda não eram conhecidos os fatos por ela revelados.

O impugnante alega que era menor de idade quando ingressou na sociedade e por isso não poderia exercer funções de comando. A circunstância, porém, é irrelevante. O ingresso sucedeu, segundo ele mesmo relata, em 1990, quando tinha 13 anos de idade. Logo, já em 1999, pelo menos, ele atingiu a maioridade e se tornou habilitado à prática de todos os atos da vida civil, nos termos tanto do antigo como do atual Código Civil.

A continuidade da exploração da atividade pelo alienante, nos termos do artigo 133 do CTN, é fator que interfere na responsabilidade do adquirente da sociedade nos casos em que a atribuição de responsabilidade decorrer de algum evento sucessório, o que não

é o caso do impugnante, qualificado como sujeito passivo solidário na condição de sócio ou administrador de fato de empresa que era controladora da Ampla.

Ainda que se admita que a fiança dada pelo sr. Marcelo no contrato celebrado entre a Ampla e o Banco do Nordeste foi motivada unicamente na relação de parentesco e amizade entre ele e o sr. Luís Cláudio, nem assim se tornaria ilegítimo sua atuação na condição de sujeito passivo solidário dos créditos tributários devidos pela Ampla. Basta para que seja responsabilizado o fato de ele ser diretor e sócio de fato da Pink e de esta controlar e administrar de maneira clandestina a Ampla, conforme já demonstrado nos parágrafos precedentes.

Não se sustenta tampouco a objeção fundada na circunstância de não terem sido incluídos como coobrigados os sócios nominais da Ampla, pelos mesmos motivos apresentados na mesma alegação dos outros impugnantes.

Cumprido, pois, rejeitar a arguição de nulidade do termo de sujeição passiva solidária e do auto de infração com base nas objeções discutidas nesta subseção e manter Marcelo Pereira Cardoso na condição de responsável solidário pelo crédito tributário constituído.

- arguição de ilegitimidade passiva de Produtiva Nutrição e Moagens de Cereais Ltda.:

A motivação para a Produtiva ter sido autuada na condição de sujeito passivo solidário pode ser assim resumida: a) no endereço indicado como domicílio fiscal da Ampla, diligência fiscal encontrou em funcionamento a Produtiva; b) a Produtiva manteve o mesmo ramo de negócio da Ampla; c) a pessoa responsável pela Produtiva é Fernanda Massena Abritta Mundim, cujo endereço residencial é o mesmo de Argos Cardoso Mundim, um dos sócios de fato da Ampla; d) a sra. Fernanda integra, formalmente, o quadro societário de outra empresa, a Futura Negócios, Mercado e Serviços Ltda, da qual também são sócios outras pessoas apontadas pela fiscalização como sócias de fato da Ampla, a saber: o próprio sr. Argos, Luís Cláudio Cardoso Rodrigues e Antônio Aparecido Alves. No termo de constatação fiscal a folhas 89 ainda se relata que, comparecendo pela segunda vez no endereço cadastral da Ampla e onde se estabeleceu Produtiva, a fiscalização verificou que no saguão do prédio havia um tapete com o símbolo do grupo Discípulos (do qual foram tiradas fotografias), o que levou à conclusão de que a Produtiva era pertencente àquele grupo e de que isso reforçava sua condição de sucessora da Ampla.

A fiscalização expressamente afirma que a responsabilização da Produtiva decorre de sucessão e invoca como seu fundamento legal o artigo 133 do CTN, o qual dispõe, textualmente:

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

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

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

A impugnante, em primeiro lugar, contra-argumenta que a Produtiva não continuou exercendo a mesma atividade que a Ampla, alegando como prova que nos dados cadastrais de uma e outra constam códigos diferentes de CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica). Embora o CNAE da Ampla e o da Produtiva sejam efetivamente

diferentes, mais importante é comparar o objeto social consignado nos respectivos contratos sociais, pois enquanto a indicação de CNAE tem caráter meramente informativo e pode não corresponder à realidade dos negócios da empresa, o objeto social é vinculante para a sociedade e somente com a sua alteração se permite que outras atividades sejam desenvolvidas.

Na cláusula segunda do contrato social da Produtiva seu objeto social é descrito nos seguintes termos (fls. 1.221):

“O objetivo social da sociedade será o Comércio de cereais, beneficiamento, moagem de produtos alimentícios e transformação de grãos em fubá para ração animal, e mistura de ração para animais e alimentos em geral para animais.”

No caso da Ampla, é a cláusula III do seu contrato social consolidado após a 15ª alteração contratual, datada de 12.12.2007, que descreve o objeto da sociedade, a qual apresenta os seguintes dizeres (vide fls. 1.416):

A Sociedade tem por objetivo social principal a INDÚSTRIA DE PRODUTOS LÁCTEOS, INDÚSTRIA E MOAGEM DE GRÃOS, TAIS COMO: MILHO, SOJA, SORGO, ETC, PARA CONSUMO ANIMAL OU HUMANO, tendo como objetivo social suplementar, o COMÉRCIO ATACADISTA DE CEREAIS, FARINHAS, AMIDOS, FÉCULAS, PRODUTOS AGRÍCOLAS E OUTROS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, COM ATIVIDADE DE FRACIONAMENTO E ACONDICIONAMENTO ASSOCIADA, POR CONTA PRÓPRIA E DE TERCEIROS, LEITE E PRODUTOS DO LEITE, CARNES E PRODUTOS DA CARNE, BEBIDAS EM GERAL, PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PARA ANIMAIS EM GERAL, ARTIGOS DE ARMARINHO, MATERIAL DE ESCRITÓRIO, PAPELARIA, COSMÉTICOS, PRODUTOS DE PERFUMARIA, HIGIENE PESSOAL, LIMPEZA E CONSERVAÇÃO, COMÉRCIO ATACADISTA DE SEMENTES, ATIVIDADES AGROPASTORIS, ATIVIDADES DE BENEFICIAMENTO, ENVASAMENTO E EMPACOTAMENTO POR CONTA PRÓPRIA E DE TERCEIROS, DEPÓSITO PARA ARMAZENAMENTO DE MERCADORIAS PRÓPRIAS E DE TERCEIROS, TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE MERCADORIAS EM GERAL, MUNICIPAL, INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL, BEM COMO A LOCAÇÃO DE VEÍCULOS.

Comparando-se o objeto social de uma e de outra sociedade verifica-se que o da Ampla difere do da Produtiva apenas por ser mais extenso e diversificado, mas que o desta está inteiramente contido no daquela. Enquanto a Produtiva se propõe a comercializar, beneficiar e realizar a moagem de produtos alimentícios e a produzir ração e alimentos em geral para animais, a Ampla, segundo seu contrato social, dedicar-se-á, principalmente, à industrialização de produtos lácteos e à moagem de grãos pra consumo animal ou humano (o que equivale a produzir rações) e em caráter secundário a inúmeras outras atividades, entre as quais a comercialização e o acondicionamento de produtos alimentícios destinados ao consumo animal ou humano. Ou seja, julgando-se pelos respectivos objetos sociais, conclui-se que a Produtiva prosseguiu, sim, com a mesma atividade da sua antecessora, embora num âmbito mais restrito.

A impugnação da Produtiva fez-se acompanhar da cópia de centenas de notas fiscais, cujo propósito seria comprovar a espécie de mercadorias produzidas e comercializadas por ela desde que iniciou suas atividades e até o momento em que apresentou a presente impugnação. Contudo, desses documentos não se pode tirar nenhuma conclusão categórica, pois não é possível confrontá-los com as notas fiscais presumivelmente emitidas pela Ampla

nos seus últimos meses de atividade, pouco antes que no mesmo local se estabelecesse a Produtiva, visto que, apesar de intimada, aquela empresa jamais apresentou seus documentos fiscais à autoridade tributária. As únicas notas fiscais emitidas pela Ampla presentes nos autos são cópias daquelas apreendidas durante a operação Castelhana na sede da Pink, mas estas, por terem sido emitidas durante o ano-calendário de 2006 e por corresponderem apenas a cerca de 1% do faturamento obtido nesse ano, não podem ser tomadas como indicativo da atividade desenvolvida pela Ampla pouco antes de seu estabelecimento ser assumido pela Produtiva.

Em segundo lugar, a impugnante procura diminuir a importância do papel desempenhado na Produtiva pela sócia Fernanda Massena Abritta Mundim, objetando que ela era proprietária de apenas 1% das quotas da sociedade e que nela não tinha poderes de mando nem administrativos. Todavia, refutam as afirmações da impugnante tanto o contrato social de constituição da Produtiva como a subsequente alteração dele. Conforme o contrato de constituição, que se acha a folhas 1.221 e seguintes, firmado em 26.05.2009, embora a sra. Fernanda seja destinado 1% das quotas, sua cláusula oitava dispõe que a administração da sociedade compete a ambos os cotistas e que estes a podem exercê-la em conjunto ou separadamente. Já graças à segunda alteração contratual, presente a folhas 1.230 e seguintes, datada de 23 de novembro de 2009 (cinco meses depois do contrato de constituição), o até então sócio majoritário, Frederico de Deus Abritta, retira-se da sociedade e transfere a maior parte de suas quotas para a sra. Fernanda, que se torna sócia majoritária com 60 % do capital. E segundo a cláusula quarta dessa alteração, é à sra. Fernanda que se atribui, com exclusividade, a função de administrar a sociedade.

A impugnante sustenta que o sr. Argos, esposo da sra. Fernanda e sócio dela na Futura, juntamente com outros sócios de fato da Ampla, jamais fora sócio e proprietário desta. Tal afirmação, porém, só é verdadeira, se levados em conta apenas os atos formais de constituição da Ampla. Conforme demonstrado mais adiante na subseção deste voto em que se analisa a arguição de decadência, a fiscalização reuniu elementos, juntados aos autos, que provam que o sr. Argos, assim como seu irmão Luís Cláudio, e o sr. Antônio Aparecido, atuavam como verdadeiros sócios e administradores de fato da Ampla. É desnecessário reiterar aqui essa demonstração. Ao contrário do que argumenta a impugnante, portanto, estão solidamente demonstrados os vínculos entre a Ampla e os sócios da sra. Fernanda na empresa Futura.

Por outro lado, a impugnante não oferece nenhuma explicação para o fato de a fiscalização ter encontrado ostensivo símbolo do grupo Discípulos no estabelecimento da Produtiva. Diante dessas circunstâncias, diferentemente do que sustenta a impugnante, conclui-se que os vínculos entre a Produtiva, a Ampla e o grupo Discípulos estão categoricamente demonstrados nos autos.

Por fim, a impugnante alega que não houve a aquisição do fundo de comércio da Ampla pela Produtiva, mas que esta apenas se estabeleceu no ponto comercial daquela. Contudo, a alegação da impugnante é implausível. Uma empresa não surge do nada, ainda mais uma dedicada à moagem de grãos com o objetivo de produzir rações, atividade que exige instalação e equipamentos especializados. Embora negue a aquisição do estabelecimento da antecessora, a impugnante não demonstra de onde nem como a atual ocupante do domicílio fiscal da Ampla veio a adquirir as instalações e equipamentos necessários ao desempenho de suas atividades. Considerando essa lacuna na argumentação da impugnante e considerando ainda os vínculos já demonstrados nos parágrafos precedentes entre a Produtiva, a Ampla e o grupo Discípulos, assim como a semelhança de objeto social conforme consignado nos seus respectivos contratos sociais, chega-se à mesma conclusão do fiscal autuante, isto é, que a Produtiva adquiriu o fundo de comércio da Ampla. Segue-se também que foram satisfeitas as condições do artigo 133 do CTN para que a Produtiva seja considerada sucessora da Ampla e seja responsabilizada pelos seus débitos tributários.

Cumpra, pois, rejeitar a arguição de nulidade do termo de sujeição passiva solidária e do auto de infração com base nas objeções discutidas nesta subseção e manter a

Produtiva Nutrição e Moagens de Cereais Ltda na condição de responsável solidária pelo crédito tributário constituído.

- arguição de nulidade de apuração do lucro arbitrado:

Segundo a impugnação apresentada pela Ampla, o arbitramento seria nulo em virtude de se ter baseado em presunções.

Contudo a impugnante não aponta especificamente nenhuma presunção à qual teria recorrido o autor do lançamento.

E, na realidade, conforme já discutido em subseção precedente deste voto, o arbitramento foi motivado pela falta de apresentação da escrituração do contribuinte. Trata-se de fato diretamente comprovado pelos elementos dos autos, e de nenhuma presunção. A base de cálculo adotada para o arbitramento foi a receita bruta da Ampla, a qual se reconstitui de acordo com os montantes de vendas fornecidas por ela ao fisco estadual. Também aí não houve presunção alguma.

Alguns dos impugnantes alegam que o arbitramento seria nulo em virtude de o fisco ter adotado como base de cálculo as informações prestadas ao fisco estadual, sob o argumento de que essas dizem respeito ao ICMS, cuja base de cálculo é diferente da base de cálculo dos tributos exigidos por meio dos lançamentos ora em discussão. A nulidade, prossegue o argumento dos impugnantes, também decorreria de não ter sido dada oportunidade pelo fisco para que os interessados comprovassem se houve custos, despesas, devoluções, transferências, vendas canceladas e outros fatos que interferem diretamente na apuração do IRPJ.

O argumento, porém, não se sustenta. Já está demonstrado nesse voto que o fisco adotou corretamente o arbitramento do lucro para apurar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL em virtude da falta de apresentação da documentação e da escrituração do contribuinte. Em se tratando de lucro arbitrado, cujo critério de apuração foi a receita bruta conhecida, não há falar em custos e despesas, pois esses não entram no cálculo da receita bruta. Já também está demonstrado também que o fisco não cometeu nenhum vício formal ao intimar a Ampla por meio de edital depois de frustradas as tentativas de intimação pessoal. Recorde-se que houve também a intimação por correspondência do sócio majoritário da Ampla de acordo com a última alteração contratual. Também se acha demonstrado que não era necessário nem de acordo com a legislação, para conferir validade ao procedimento fiscal, que fossem intimadas as pessoas físicas e jurídicas autuadas na condição de responsável solidário pelo crédito tributário constituído.

Uma vez que o fisco intimou de maneira válida e eficaz o contribuinte a apresentar sua escrituração e a respectiva documentação, nessa intimação está implícita a necessidade de demonstrar a composição da receita bruta da empresa, assim como os elementos que dela devem ser subtraídos, a exemplo de devoluções e vendas canceladas. Logo, não há falar em falta de intimação para que tais informações fossem prestadas.

Mais importante ainda é que, diferentemente do alegado pelos impugnantes, ao levantar a receita bruta da Ampla, o fisco efetivamente apenas levou em conta os valores das vendas líquidas da Ampla, já subtraídas de eventuais devoluções, transferências e outras operações que não se classificam como receita bruta. A folhas 1.257 a 1.319 acha-se a reprodução dos extratos fornecidos pelos bancos de dados do fisco estadual que contêm os dados do faturamento da Ampla. Observa-se que neles são discriminados separadamente os valores das vendas (para dentro e para fora do Estado), das devoluções e de outras operações que não se classificam como faturamento. Já a folhas 1.320 a 1.323 encontra-se a planilha na qual o fisco demonstra a apuração dos valores mensais da receita bruta. Nela fica claro que

foram computados como tal apenas os números correspondentes às vendas e ainda que dessas foram subtraídos os montantes correspondentes às devoluções.

De resto, o impugnante Antônio Aparecido Alves, argui a nulidade ou a improcedência do arbitramento em virtude de ter havido quebra do sigilo bancário sem ordem judicial, o que seria vedado segundo decisão do STF. A arguição, contudo, é de todo equivocada e sem fundamento, visto que o fisco não se valeu de dados fornecidos por instituições financeiras nem para motivar nem para determinar o valor do lucro arbitrado. A motivação dada pelo autuante, recorde-se, é a falta de apresentação da escrituração e da documentação fiscal do contribuinte. Já para a base de cálculo do arbitramento o fisco adotou a receita bruta conhecida, a qual, por sua vez, foi levantada com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte ao fisco estadual.

Não tem, portanto, nenhum fundamento as arguições examinadas nesta subseção. Segue-se também que devem ser rejeitadas.

- arguição de que o fisco descumpriu seu dever de prova;

"Os impugnantes alegam que houve violação do princípio da verdade material, o que, aparentemente e segundo seu entendimento, prejudicaria o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Os impugnantes, porém, não apontam nenhuma circunstância ou medida específica de responsabilidade da autoridade lançadora, nem muito menos alguma característica do lançamento, de que resultaria na alegada violação do princípio da verdade material, limitando-se a fazer alegações genéricas. Sem que os impugnantes apontem ações concretas ou omissões específicas da autoridade, não é possível nem sequer analisar sua alegação, e muito menos considerar demonstrada alguma violação do seu direito de defesa."

Contudo, a objeção dos impugnantes é totalmente infundada e somente poderia ser feita por quem não leu ou não compreendeu o Termo de Verificação Fiscal e não examinou os documentos aos quais ele se refere. Pode-se não concordar com as conclusões do auditor fiscal, ou até mesmo demonstrar que elas estão erradas, ou que as provas em que se baseiam são insuficientes ou inválidas. Mas é inegável que sua exposição é clara, coerente e muito bem minuciosa. investigativas. Por outro lado o artigo 16 do Decreto nº 70.235 requisitos formais e limites materiais para a produção de provas.

"Os impugnantes objetam que o fisco escusou-se cumprir seu dever de prova e fundamentação do lançamento, estipulados pelo artigo 142 do CTN, e limitou-se a juntar um emaranhado de documentos apreendidos na empresa autuada, sem efetuar nenhuma análise conclusiva e objetiva. Acrescentam que não teria havido tratamento dos documentos juntados, uma vez que o relatório fiscal não é decorrência lógica das provas dos autos.

Contudo, a objeção dos impugnantes é totalmente infundada e somente poderia ser feita por quem não leu ou não compreendeu o Termo de Verificação Fiscal e não examinou os documentos aos quais ele se refere. Pode-se não concordar com as conclusões do auditor fiscal, ou até mesmo demonstrar que elas estão erradas, ou que as provas em que se baseiam são insuficientes ou inválidas. Mas é inegável que sua exposição é clara, coerente e muito bem minuciosa."

"Mais importante ainda é que, ao contrário do alegado pela impugnante, suas afirmações e argumentos são amparados pela documentação probatória juntada aos autos, à qual faz constante referência, indicando a folha e o volume em que se encontra. Não há, portanto, falar em amontoado aleatório de documentos.

Diante do texto fundamentado do termo de verificação fiscal, seja pela exposição lógica e minuciosa, seja pela confirmação proporcionada pelo amplo conjunto de provas, torna-se incompreensível a arguição dos impugnantes de que as exigências fiscais seriam baseadas em presunções infundadas ou meros indícios."

"Não corresponde à realidade demonstrada pelos autos a afirmação dos impugnantes de que a fiscalização teve acesso a todos os documentos contábeis dos períodos

de apuração alcançados pelos lançamentos e que teria optado pelo arbitramento por ser a alternativa menos complexa. Em verdade, o fisco fez várias tentativas de intimar a Ampla no seu endereço cadastral ou no endereço de seu sócio majoritário identificado em sua última alteração contratual registrada. Todas se frustraram, porque o contribuinte não foi encontrado nesses lugares e nem se manifestou no tempo fixado.

Portanto, seja por não haver sido demonstrado prejuízo efetivo para o exercício do direito de defesa, seja por não haver amparo legal para a sua fundamentação, cumpre rejeitar a arguição de que trata esta subseção."

- arguição de afronta ao dever de prova e à capacidade contributiva da Empresa:

"Esta arguição está relacionada e decorre da arguição analisada na subseção precedente. Os impugnantes argumentam que, se a autoridade lançadora imputar ao contribuinte exigência fiscal desprovida de provas objetivas ou baseadas em meros indícios ou presunções, será violado o princípio da capacidade contributiva e ainda haverá atividade confiscatória por parte do Estado.

Todavia, o argumento dos impugnantes não se sustenta. O princípio da capacidade contributiva e a proibição de confisco derivam-se de normas constitucionais dirigidas ao legislador, e não à administração tributária. Compete à autoridade fiscal cumprir e fazer cumprir as normas vigentes na época do fato gerador, e não questionar sua validade a pretexto de que seriam incompatíveis com a Constituição ou com outro diploma legal de hierarquia superior.

Ademais, na subseção subsequente ficou demonstrado cabalmente que, ao contrário do que alega os impugnantes, as circunstâncias e as dimensões materiais e temporais do fato gerador estão comprovadas por meios robustos nos autos, assim como as exigências fiscais respectivas contam com amparo legal. Assim, a premissa do argumento dos impugnantes acha-se inteiramente refutada. Conseqüentemente, não se pode acatar sua conclusão. Segue-se daí também a rejeição da arguição discutida nesta subseção."

- arguição de decadência;

O fato de as circunstâncias em que se deram os fatos envolverem dolo e fraude afastam a decadência pela incidência do § 4º do arti 150 do CTN, prevalecendo a contagem decadencial prevista no artigo 173 do mesmo Código.

"Quanto à CSLL e ao IRPJ, em que a apuração é trimestral, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é o quarto trimestre do ano-calendário de 2004. O encerramento desse período se dá em 31.12.2004. Quanto à Cofins e à Contribuição para o PIS, em que a apuração é mensal, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é dezembro de 2004. O encerramento desse período também se dá em 31.12.2004. O fisco tem de aguardar que se encerre o período de apuração antes de rever ou averiguar o procedimento adotado pelo contribuinte. Portanto, em relação a todos os tributos lançados, o lançamento de ofício somente poderia ter sido feito a partir de 02.01.2005. O primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados é 02.01.2006. Contados desta data, os cinco anos dados ao fisco para efetuar o lançamento encerrar-se-iam em 02.01.2011. Uma vez que os sujeitos passivos foram cientificados antes dessa data, é improcedente a arguição de decadência, a qual, por isso mesmo, é rejeitada."

- arguição de inoccorrência do fato gerador;

"Alguns impugnantes argumentam que o lançamento seria improcedente em virtude de não ter sido comprovado que as pessoas físicas e jurídicas autuadas efetivamente receberam o rendimento correspondente à omissão de receita apurada pelo fisco.

O argumento, contudo, além de equivocado, é desprovido de amparo legal.

É equivocado porque, substantivamente, se sustenta invocando precedentes de decisões administrativas de segunda instância que se aplicam a situações distintas da que ora se encontra em discussão. Trata-se do julgamento de recursos em que se contesta a cobrança de imposto de renda da pessoa física incidente sobre o lucro arbitrado da pessoa jurídica presumivelmente distribuído aos seus sócios. No presente caso, o que está em jogo é o IRPJ e a CSLL, além de contribuição para o PIS e Cofins, devidos pela própria pessoa jurídica em virtude dos rendimentos e operações próprias. Por sinal, desde 1996 no Brasil já não se tributa o lucro ou o dividendo distribuído aos sócios, acionistas e titulares das firmas individuais, salvo se procedente do exterior. E ainda que esses precedentes digam respeito a casos semelhantes ao do presente processo, o conteúdo e os fundamentos da decisão não vinculam os demais órgãos da Administração Pública e valem apenas para os próprios processos em que foram proferidas.

Mais importante ainda é que, em se tratando de IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS e Cofins, a legislação instituidoras dessas exações não condicionam a exigibilidade do respectivo crédito tributário ao enriquecimento ou acréscimo patrimonial dos sujeitos passivos autuados. Em verdade, basta ao fisco demonstrar a ocorrência do fato gerador do tributo e assim estará legitimado o lançamento.

No presente caso, está cabalmente comprovado que houve a omissão de receita, em virtude de o contribuinte ter informado em declarações de rendimento entregues à Receita Federal valores de faturamento bem inferiores aos fornecidos ao fisco estadual. Isso é suficiente para configurar o fato gerador da Cofins e da contribuição para o PIS. Da mesma forma, a falta de apresentação da escrituração e da documentação fiscal justifica o arbitramento do lucro, em cuja base de cálculo deve ser computada a receita omitida. Havendo o contribuinte apurado e declarado IRPJ e CSLL em valores inferiores aos que seriam devidos em virtude do arbitramento do lucro, o fisco deve ter como comprovada a ocorrência de omissão de rendimentos e do recolhimento dessas duas últimas exações. Em consequência, deverá efetuar o consentâneo lançamento de ofício.

Cumprido rejeitar, por conseguinte, a arguição discutida nesta subseção."

- contestação da qualificação da multa para 150% e de seu agravamento em 50%;

"Todos os impugnantes contestam a aplicação da multa de ofício no percentual de 150%, além do seu agravamento em 50%. Até 15 de junho de 2007, a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que comina as multas para o caso de lançamento de ofício de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal era o seguinte:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no mercado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007))

a) prestar esclarecimentos; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38. (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

A redação vigente atualmente do mesmo artigo é a estabelecida pela Lei nº 11.488, de 2007, que entrou em vigor 15.06.2007, mas sua substância não sofreu alterações."

"De acordo com a norma supra, sendo lançadas de ofício diferenças de tributo ou contribuição não pagas, deverá ser aplicada em princípio a multa de 75%. Na hipótese de o fato ser, em tese, enquadrado num dos crimes tributários tipificados pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, a infração é qualificada e o percentual da multa sobe para 150%.

Os impugnantes, em essência, objetam que a exigência fiscal é improcedente, porque a multa qualificada somente pode ser imposta havendo conduta dolosa ou fraude, mas o autuante não teria comprovado que tais circunstâncias ocorreram.

Contudo, a argumentação dos impugnantes não se sustenta. Na motivação da qualificação da multa, o termo de verificação fiscal aponta duas causas principais.

A primeira é o emprego de meio fraudulento para ocultar a obtenção de parte das receitas tributadas pelo lançamento de ofício. Trata-se de, sistematicamente, declarar ao fisco federal valores de receitas inferiores aos efetivamente obtidos e que foram informados ao fisco estadual. A veracidade dos dados informados ao fisco é confirmada pela circunstância de serem bem próximos da movimentação bancária do contribuinte, por sua vez fornecida ao fisco pelas instituições financeiras onde a Ampla mantinha conta corrente. A infração, cabalmente comprovada nos autos, conforme explanado na subseção deste voto em que se examina a arguição de que o fisco teria descumprido seu dever de prova, se enquadra, em tese, como o crime de sonegação e o de fraude previstos, respectivamente, no artigo 71, inciso I, e no artigo 72, ambos da Lei nº 4.502, de 1964. Deixar de contabilizar ou tributar receitas, ou até de pagar os tributos incidentes sobre a venda de mercadorias, podem até ocorrer de maneira não intencional. Contudo, o procedimento foi adotado ao longo dos anos-calendários de 2004 a 2007. A proporção entre a receita declarada e a emitida era significativa, visto que a segunda era dezenas de vezes superior à primeira. Em termos absolutos, dezenas de milhões de reais de faturamento foram omitidos. E no caso ano-calendário de 2007, o intuito doloso é ainda mais evidente, visto que, enquanto ao fisco estadual foi informado montante de vendas superior a cem milhões de reais, na declaração de rendimentos entregue à Receita Federal consta que não teria havido receita alguma. Assim, estão demonstrados tanto o evidente intuito de fraude, como a prática, em tese, dos crimes de natureza tributária tipificados pela Lei nº 4.502, de 1964. Essa circunstância, por si só, justifica a imposição da multa qualificada em 150%.

Já a segunda causa de qualificação apontada no lançamento alcança também todo o lançamento, pois por meio dela se procurou ocultar as reais circunstâncias dos fatos geradores do crédito tributário constituído, especialmente no seu aspecto pessoal. Conforme ficou demonstrado na subseção deste voto em que se aprecia a arguição de decadência, os documentos e provas reunidas pelo fisco demonstram que atuavam como verdadeiros sócios e administradores da Ampla pessoas diferentes das que constavam no contrato de constituição da sociedade Ampla e em suas subseqüentes alterações. Em conseqüência, todas as infrações praticadas em nome da Ampla e que deram origem ao crédito constituído enquadram-se, em tese, na hipótese de crime de sonegação. Da mesma forma, fica caracterizado o evidente intuito de fraude.

Com efeito, segundo o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o percentual da multa pelo lançamento de ofício será duplicado nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 1964. Estes últimos artigos definem os crimes de sonegação, fraude e conluio nos seguintes termos:

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.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

De acordo com o texto supra, caracteriza sonegação toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente. Conluio, por sua vez, é o ajuste doloso, entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Viu-se que todos os fatos geradores do crédito tributário exigido pelos lançamentos de ofício ocorreram em anos-calendários nos quais, comprovadamente, foi ocultada a verdadeira identidade dos proprietários, administradores, gerentes e representantes da Ampla. Esse artifício tende a impedir o conhecimento por parte das autoridades fazendárias das condições pessoais dos contribuintes e, em conseqüência, dificultar ou tornar vã a cobrança e execução do crédito tributário.

Ao contrário do que argumentam os impugnantes, o autuante não presumiu que houve dolo, fraude ou conluio. As circunstâncias que legitimam e determinam a aplicação da multa qualificada estão, em verdade, materialmente comprovadas.

É infundada a tese de que o percentual da multa aplicada, por seus supostos efeitos confiscatórios, contraria princípio constitucional. Apesar de o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 vedar o uso de tributo com efeito de confisco, nela não há limite expresso às sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias, nem muito menos vedação do confisco de bens como meio punitivo. Ao contrário, o artigo 5º, inciso XLVI, da mesma

Constituição Federal até arrola entre as penas permitidas a perda de bens. Ademais, ainda que uma exegese ampliadora do texto constitucional pudesse levar a tal conclusão, ela entraria em conflito com disposição expressa de lei, uma vez que o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, prescreve taxativamente os percentuais da multa ora em discussão. Logo, acatar a tese dos impugnantes implicaria deixar de dar aplicação a norma em vigor na época dos fatos, a pretexto de que seria incompatível com outra norma de hierarquia superior. Contudo, não compete à autoridade administrativa reconhecer tal incompatibilidade, mas sim tão somente cumprir fielmente a legislação tributária em vigor na época dos fatos, sob pena de violação de dever funcional.

Não há mister de comprovar que as pessoas envolvidas auferiram alguma vantagem material direta com a prática da infração para que a multa seja qualificada, visto que a norma legal não faz nenhuma referência a essa circunstância. O locupletamento pessoal a que se referem os impugnantes tampouco constitui requisito para o enquadramento da conduta como um dos crimes de natureza tributária previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, pois tal circunstância igualmente não consta da descrição dos respectivos tipos penais. Diferentemente do que afirmam os impugnantes, o agravamento em 50% da multa está bem justificado nos autos. A autuada não atendeu a nenhuma das sucessivas intimações para apresentar documentos e para prestar esclarecimentos. Recorde-se que foi tentada a intimação pessoal, mas essa não pôde ser realizada em virtude de o estabelecimento matriz da Ampla já não funcionar no seu endereço cadastral. Fez-se, então, validamente, a intimação por meio de edital, além de por via postal, mediante envio de correspondência para o endereço de seu sócio majoritário na época da realização da auditoria fiscal. Não obstante, ao contrário do que se afirma na impugnação da Ampla, nenhuma manifestação houve da parte dos intimados, muito menos a entrega de livros e documentos. Além disso, a Ampla e as pessoas por ela responsáveis dificultaram os trabalhos da fiscalização ao não cumprir o dever de manter os seus dados cadastrais atualizados, especialmente no que concerne ao seu domicílio fiscal. Esse dever é prescrito pelo artigo 195 do Decreto-lei nº 5.844, de 1943, ao qual corresponde o artigo 213 do RIR 1999.

Não invalida nem impede o agravamento da multa em 50% a falta de intimação, durante a fase de fiscalização, dos impugnantes que se tornaram sujeitos passivos na condição de responsáveis solidários. A intimação, nos termos do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, pode ser pessoal, por via postal, telegráfica ou por meio eletrônico, ou se falhando qualquer destes, por meio de edital. Exceto a intimação por edital, todos os outros meios requerem a colaboração do sujeito passivo. No caso de intimação pessoal, ele deverá comparecer pessoalmente perante a autoridade fiscal. No caso de intimação por meio eletrônico, ele deverá fornecer endereço eletrônico ao qual a intimação possa ser enviada ou estabelecer conexão eletrônica com os equipamentos mantidos com esse fim pela Receita Federal. Por fim, no caso de intimação por via postal ou afim, a correspondência ou mensagem deve ser enviada ao domicílio fiscal eleito pelo próprio sujeito passivo. A Ampla, porém, não ofereceu nenhuma colaboração, pois, conforme relatado no termo de verificação fiscal, e comprovado nos autos, não funcionava no domicílio fiscal informado em seu cadastro. Não se admite que uma omissão do contribuinte seja alegada em seu favor.

Os impugnantes autuados na condição de responsável, por sua vez, procuraram manter oculta a sua condição sócio ou administrador da Ampla, visto que não figuravam nominalmente no seu quadro de sócios nem de dirigentes. Não podem agora, em face de semelhante circunstância, alegar que não foram intimados para apresentar documentos nem esclarecimentos, nem se eximir do agravamento da multa sob tal pretexto. Atuando na condução dos negócios e da administração da Ampla, eram também sua responsabilidade manter atualizados (e em conformidade com a realidade) os dados cadastrais da empresa perante o fisco, assim como providenciar para que ela atendesse às intimações do fisco. E se

não se apresentavam ao fisco assumindo abertamente a sua verdadeira condição, não podem queixar-se de que não foram pessoalmente intimados a prestar informações e esclarecimentos.

De resto, na impugnação apresentada pela Ampla alega-se que os débitos fiscais da empresa foram incluídos no programa Refis de parcelamento, perante o qual se encontraria regular. Tal alegação é despropositada. O programa referido foi instituído pela Lei nº 9.964, de 10.04.2000 e, nos termos do seu artigo 1º, abrange débitos vencidos até 29.02.2000. Ora, o presente lançamento diz respeito a débitos cujo período de apuração mais remoto é o quarto trimestre de 2004, inteiramente fora do âmbito de abrangência do Refis. Além disso, consulta aos bancos de dados eletrônicos da Receita Federal informam que a Ampla não aderiu ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941, de 27.05.2009.

Cumprido manter, por conseguinte, tanto a qualificação das multas de ofício, quanto o seu agravamento em 50%, o que eleva o seu percentual a 225%."

- arguição de ilegalidade do uso da taxa Selic na fixação dos juros de mora;

"No concernente a esse assunto, a impugnante não contesta os fatos narrados pela autuante, nem argúi erro nos cálculos dos montantes lançados. Suas objeções resumem-se aos aspectos jurídicos, mas ainda assim não aponta nenhum erro de aplicação da legislação tributária pela autuante no que diz respeito quer seja à interpretação, quer seja ao enquadramento legal. Em verdade, sua argumentação constrói-se atacando a própria legislação tributária que serve de fundamento jurídico para o lançamento. Sustenta, em resumo, que são ilegais e contrárias à Constituição Federal e ao CTN as disposições legais que estabelecem o emprego da taxa Selic para o cálculo dos juros de mora.

Contudo, as arguições da impugnante não vingam nesta instância de julgamento e constituem questões que deveriam ser enfrentadas pelo legislador ordinário, e não pelos agentes do fisco.

O artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, estipula expressamente a taxa Selic como parâmetro para fixação dos juros de moratórios. Essa norma, vigente na época dos fatos geradores abrangidos pelo lançamento, aplicou-a estritamente o autuante. Logo, acatar a impugnação apresentada implicaria negar aplicação à legislação vigente. Não obstante, à autoridade administrativa é vedado negar aplicação a qualquer norma em vigor, a pretexto de que seria incompatível com outras normas de escalão superior. Tal faculdade confere-se apenas aos órgãos do Poder Judiciário.

Ressalve-se que a impugnante não alega nem demonstra que a autuada seja parte de alguma ação em que tenha sido proferida decisão judicial com a força de lhe eximir de cumprir as leis tributárias cuja validade contesta. Nem se tem notícia, tampouco, de que o Supremo Tribunal Federal, apreciando tais questões, tenha proferido decisão com eficácia erga omnes (em ação direta, e não apreciando recurso extraordinário) que determine a exclusão das normas em causa do ordenamento jurídico. Não havendo decisão do STF a esse respeito, tampouco haverá lugar para o Senado Federal editar resolução que suspenda a aplicação da norma em questão, nos termos do artigo 52, inciso X, da CF 1988.

A propósito de estar a autoridade administrativa impedida de deixar de aplicar a lei a pretexto de que esta seria inconstitucional ou ilegal, vale a pena lembrar que o artigo 26A do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, dispõe que, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

O mesmo se pode dizer no que toca à autoridade julgadora administrativa de primeira instância. A Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, que disciplina a constituição e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ, em seu artigo 7º dispõe que o julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da SRF expresso em atos normativos. Por sua vez, adição referida

da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que entre os deveres do servidor está o de observar as normas legais e regulamentares.

A propósito, por meio da edição da Súmula nº 4, o Carf consolidou o entendimento de que, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Rejeita-se, por conseguinte, a arguição da impugnante aqui discutida nesta subseção e mantêm-se os juros de mora tal como lançados."

Nesses termos decidiu a Turma por:

- indeferir os pedidos de produção de prova pericial, de apresentação posterior de provas e de encaminhamento de intimação para o endereço de advogado do impugnante;
- rejeitar as arguições de ilegitimidade passiva apresentadas por Argos Cardoso Mundim, Luís Cláudio Cardoso Rodrigues, Antônio Aparecido Alves, Pink Alimentos do Brasil Ltda, Marcelo Pereira Cardoso e Produtiva Nutrição e Moagem de Cereais Ltda, mantendo-os assim na condição de sujeito passivo solidário do crédito tributário constituído;
- manter integralmente as exigências de IRPJ, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS, assim como a multa de ofício e os juros de mora respectivos.

Cientificadas da decisão de primeira instância foram apresentados os recursos voluntários que passo a resumir.

Recurso Voluntário de AMPLA Alimentos do Brasil Ltda. (fls. 3626/3657)

- o acórdão da DRJ não foi devidamente fundamentado;
- o agente fiscal ao comparar receitas declaradas na DAPISEF e usá-las como parâmetro na apuração para a Receita Federal, furtou-se à sua obrigação de investigação o fito de buscar, a todo o momento a verdade material dos fatos, não comprovando as premissas que fundamentaram a exigência fiscal ora impugnada;
- a fiscalização usou de presunção legal, desconsiderando totalmente as despesas e a análise do conteúdo dos documentos contábeis, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo contribuinte, eis que não se tem nada que indique por que as informações prestadas pelos livros contábeis são falsas, não havendo decorrência lógica objetiva entre o auto de infração e a obrigação cobrada;
- o fisco concluiu, sem investigação dos documentos contábeis e lançados na DIPJ, de forma presumida, que as despesas não tenham ocorrido, o que constitui falsa premissa, posto que não foram apresentados porque, os livros, estão em poder da Administração Fazendária Estadual;
- a mera inércia do contribuinte não pode servir como fundamento da autuação, conforme entendimento de Ives Gandra Martins, que transcreve;

- a Empresa não poderia receber a intimação, pois estava bloqueada por mando da SEF e que esta poderia ser feita no escritório contábil da Empresa ou no endereço residencial de seus sócios;

- a fiscalização inverte o ônus da prova, o que é incabível e inaceitável, pois esta inversão deve obedecer o princípio da legalidade e motivação, sendo procedimento vinculado;

- não foram esgotados os meios para a intimação do contribuinte, o que poderia ser feito no escritório contábil ou no endereço residencial dos responsáveis pela empresa, ditos como coobrigados nos presentes autos;

- assim, o lançamento deve ser anulado para se aguardar a liberação dos documentos retidos pelo fisco estadual;

- nulidade do auto de infração e nulidade do arbitramento do lucro por falta de intimação dos coobrigados. O fisco considerou que os sócios de fato da Empresa eram os Srs. Argos Cardoso Mundim, Luis Cláudio Cardoso Rodrigues e Antônio Aparecido Alves, motivo pelo qual eles deveriam ter sido intimados para apresentarem os documentos da Empresa e a escrituração contábil. Assim não agindo, violou os princípios do contraditório e da ampla defesa. Afirma que houve desconsideração da personalidade jurídica da Ampla e que o arbitramento é nulo por não ter sido intimado o terceiro, coobrigado, não tendo sido esgotados os recursos para aferir a base de cálculo pelo lucro real;

- nulidade da apuração do lucro arbitrado. Cita que o arbitramento ocorre quando a escrituração apresenta-se imprópria para a apuração pelo lucro real ou presumido, transcrevendo a lei. Diz que o lançamento é presuntivo, o que é impedido pelos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Fala do princípio da oficialidade e da verdade material;

- da multa de ofício qualificada e agravada. A Empresa sempre agiu de boa fé e cumpriu todas as intimações, não tendo sido provado nenhum dolo de sua parte, essencial à qualificação da multa. Diz que jamais recusou-se a apresentar a documentação fiscal solicitada, mas que ela, a Ampla, não foi intimada, motivo por que deve ser retirado o agravamento. Transcreve acórdãos do Conselho de Contribuintes. A falta de apresentação de documentos já enseja o arbitramento do lucro, mas não pode conduzir ao agravamento da multa. O fisco afirma que houve fraude por utilização de interposta pessoa, mas a mórbida acusação de que as pessoas constantes dos atos constitutivos não são sócios em nada interferiu ou impediu a ocorrência do fato gerador, não há que se falar em fraude fiscal. Por outro lado a simples falta de recolhimento de tributo não é fraude. Reproduz doutrina. O fisco deveria ter provado o proveito das pessoas envolvidas sobre a dita omissão de receitas. Fala da natureza confiscatória da multa aplicada e da violação de princípios constitucionais.

- ilegalidade da taxa Selic. Diz que taxa tem caráter remuneratório e não pode ser aplicada ao caso. Requer perícia contábil para apuração do que o fisco necessitar, pois sua contabilidade está a disposição no escritório contábil.

Pedidos:

a) tomar conhecimento do recurso voluntário;

b) apreciar as razões de mérito, se não acolhidas as preliminares, declarando a improcedência da apuração e a extinção do crédito tributário, com o arquivamento do processo, ou, caso entendam, a redução de seu valor;

c) desqualifique as multas aplicadas, para reduzi-las ao percentual de 75%.

Recurso Voluntário de Antônio Aparecido Alves

- nunca foi dono da Ampla ou real sócio da fato da Empresa. Seu nome apenas constava formalmente no Contrato Social, sendo sócio o Sr, Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues. Sua inclusão como responsável tributário foi feita por mera presunção, sem motivação. Sua inclusão com fulcro nos artigos 124, I e 135 do CTN não merece prosperar, pois nunca praticou nenhum ato na sociedade que implique responsabilização, sendo o auto de infração nulo em relação ao recorrente;

- houve decadência do lançamento em relação aos fatos ocorridos entre janeiro e novembro de 2005, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN;

- o arbitramento se deu com quebra do sigilo bancário sem ordem judicial, o que é vedado;

- a multa agravada e qualificada não se amolda na conduta do recorrente, devendo ser julgadas improcedentes.

Ilegitimidade passiva

Afirma que a própria fiscalização reconhece que os cheques eram assinados por Luis Cláudio. Ele entrava e saía da sociedade, revezando a permanência formal como Recorrente, mas sempre a direção do negócio era dele. Do relato da fiscalização se extrai que os sócios eram o Sr. Luis Cláudio e o Sr. Argos.

A fiança e o aval são exigidos pelo banco do sócio da empresa, ainda que apenas formal, não sendo resultado da realidade fática. O Recorrente tem que ter o mesmo tratamento dos demais sócios formais, que não foram responsabilizados pela fiscalização. Fala do seu baixo patrimônio para demonstrar que não era sócio real.

A decisão recorrida afirma que o Recorrente possui um apartamento adquirido com recursos relativos à sociedade, mas, na verdade, o apartamento foi adquirido em 2001, com recursos de sua esposa, motivo pelo qual não está em sua declaração de rendimentos, e a Ampla somente começou a operar em 2003. O outro imóvel citado, que teria sido adquirido em 2006, em verdade foi mais uma vez em que o Recorrente emprestou o nome ao Sr. Luiz Cláudio, que, inicialmente, transferiu para o nome de seus pais e, depois, para o nome de ANTÔNIO Aparecido. O apartamento foi vendido logo em seguida e o Recorrente nada ganhou sobre a venda, tendo repassado tudo para o Sr. Luiz.

Portanto o patrimônio do Recorrente é o que está declarado.

A despeito de sua retirada da sociedade, nunca se manteve como mandatário da Empresa, nem agiu em seu interesse com participação financeira. Todas as informações ligam a Empresa ao Sr. Luiz Cláudio, nunca ao Recorrente.

Também não tinha o Recorrente nenhuma relação com o grupo Discípulos e nunca recebeu qualquer numerário a título de lucros ou prolabore da empresa Ampla.

Afirma que a Ampla continuou suas atividades após sua saída formal e que, por isso não pode ser responsabilizado, transcrevendo jurisprudência a respeito.

Discorre sobre a presunção aplicada pela decisão recorrida à sua responsabilidade tributária.

Requer o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Ausência de conduta concorrente à supressão de tributos pelo Recorrente

Analisando o artigo 135 do CTN afirma que o simples fato de ser sócio formal da Ampla não permite que ele seja responsabilizado, pois o artigo exige a qualidade de administrador, o que jamais foi, e sua atuação dolosa na supressão do tributo.

Cita as declarações dos sócios formais Vânia Lopes de Almeida, Fábio Alan da Mota e Delfim Carneiro Júnior de que o Recorrente não tinha nenhum tipo de controle na gestão da Ampla. Que em verdade estava na mesma situação dos demais sócios formais que não foram responsabilizados.

Dois requisitos são necessários para a responsabilização pelo art. 135, inciso III do CTN: a) que se demonstre que houve administração efetiva na época da ocorrência do fato jurídico tributário; e, b) que a obrigação decorra de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Assim, o fato de constar no contrato social como sócio não é suficiente, sendo necessária a prova de sua administração e da prática dos atos lesivos, o que o fisco não faz em nenhum momento.

Afirma que o artigo 135 prevê a responsabilidade substitutiva, quando o sócio administrador assume o papel de contribuinte, invocando para si o adimplemento da exação.

Resta ainda não demonstrado o dolo, que é a intenção de atuar com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, sabendo que a atitude é ilícita ou assumindo riscos que tal atuação envolve.

Uma vez que o Recorrente nunca praticou atos de gestão, nunca administrou a empresa Ampla, não pode ter praticado atos contrários à lei, ao estatuto ou ao contrato social, nem culposo e tampouco doloso e, portanto, não pode ser responsabilizado pessoalmente pelos créditos tributários lançados.

Mérito da exigência tributária

- Decadência

Houve a decadência do lançamento relativo ao período de janeiro de 2004 a novembro de 2005, em função do previsto no § 4º do artigo 150 do CTN. Os tributos de 2004 e de janeiro a novembro de 2005 tiveram o termo inicial da decadência iniciado em 01.01.2004 e o termo final em 01.12.2009. Os auditores lançaram esse período, mas a impugnante somente teve ciência do lançamento após 15.12.2010, mais de cinco anos da data do fato gerador.

- Quebra do sigilo bancário sem autorização - provas ilícitas

Cita jurisprudência para afirmar que a quebra do sigilo bancário serviu de fundamento para a atuação e que não houve autorização judicial, dando causa à nulidade por utilização de prova ilícita.

Nulidade do arbitramento

Como a fiscalização considerou que o Recorrente, o Sr. Luis Cláudio e o Sr. Argos eram os sócios administradores da Empresa, para realizar o lançamento pelo lucro arbitrado deveria ter intimado, então, esses responsáveis para que apresentassem os livros contábeis, documentos etc, o que permitiria a tributação pelo lucro real

Assim não agindo, feriu os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Transcreve a legislação relativa ao arbitramento para concluir que para que a autoridade arbitre o lucro deverá, antes, averiguar a escrituração fiscal, investigando elementos concretos que permitam a apuração do lucro real.

Agindo como agiu a autoridade fiscal violou o regulamento do imposto de renda e a legislação federal.

Por outro lado há hipóteses em que o ICMS é devido sem que se configure hipótese de incidência do imposto de renda. O agentes fiscais utilizaram como base de cálculo simplesmente os valores informados em DAPI, arbitrando o lucro sem conceder nenhuma oportunidade de se comprovar e fornecer as informações pertinentes ao imposto de renda, como custos, despesas, devoluções, transferências, vedas canceladas e etc.

Pede a nulidade do auto de infração, pois, como ato totalmente vinculado deve estrita obediência a legislação tributária.

Inocorrência do fato gerador

Empreende um raciocínio segundo o qual não pode ser responsabilizado por não ter adquirido a disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Assim, se a Empresa omitir renda, conseqüentemente alguém deve receber a distribuição deste lucro. O fisco deve demonstrar que o terceiro auferiu renda, para ser considerado coobrigado. Repise-se, se houve omissão de receita que ensejou o arbitramento do lucro, tais disponibilidades pertenciam efetivamente à Empresa autuada, pelo que não constituíam nem disponibilidade econômica, nem jurídica desta renda, em favor do Recorrente.

Após transcrever acórdãos do CARF, conclui que para que alguém tenha contra si lavrado auto de infração pelo lucro arbitrado, deve haver a prova da renda auferida ou consumida e o fisco não se desincumbiu desta prova.

Impossibilidade de agravamento e qualificação da multa

O fisco não comprovou o dolo, a má fé do Recorrente. Assim, a incidência da multa qualificada em virtude de pretensa fraude não tem cabimento, além de configurar verdadeiro confisco.

Por outro lado o Recorrente não deixou de entregar nenhum documento solicitado, aliás, sequer foi-lhe solicitado qualquer documento da empresa. Sequer foi chamado a acompanhar a fiscalização. Neste sentido, não há que se falar no agravamento da multa pelo não atendimento às intimações fiscais, quando os terceiros coobrigados não foram intimados para apresentar documentação da Empresa. Além disso, a ausência de escrituração dá ensejo, quando dentro dos limites da lei, ao arbitramento e não ao agravamento da multa.

Pede o afastamento da multa qualificada e agravada.

Pedido:

- fiscal e;
- pede a reforma da decisão recorrida para julgar improcedente o lançamento
 - determinar a nulidade do lançamento em face das irregularidades apontadas;
 - determinar a retirada dos autos das provas obtidas ilicitamente;
 - seja excluída a responsabilidade pessoal do Recorrente, considerando sua ilegitimidade passiva.
 - seja julgado improcedente o lançamento fiscal tendo em vista a nulidade do arbitramento, a inocorrência do fato gerador, bem como as demais razões de mérito apontadas neste recurso;
 - sucessivamente, seja expurgada a multa qualificada e agravada aplicada.

Recurso Voluntário de Pink Alimentos do Brasil Ltda.

A Empresa apresentou os argumentos que passo a transcrever.

Da ilegitimidade passiva da Recorrente - da impossibilidade de coobrigação - da inexistência de responsabilidade solidária da Recorrente - da impossibilidade da imputação da responsabilidade pela fiscalização - competência exclusiva da PGFN em sede de execução fiscal

Afirma que a Ampla tinha uma relação comercial com a Pink, com o único e exclusivo objetivo de fornecimento de produtos para que a Empresa atuada os comercializasse. A produção era da empresa Pink e a comercialização da empresa Ampla. Normal que dentro da sede da Pink, no momento da apreensão de documentos, fossem encontrados documentos relativos à comercialização dos produtos, tais como: comprovantes de recebimentos; comprovantes de entrega de mercadorias; notas fiscais; controle de vendas; etc.

A Ampla recebia os pedidos e solicitava a fabricação pela Pink. Neste ínterim a Ampla emitia nota fiscal, enviava para a Pink, local em que o carregamento era realizado por um "motoboy" ou por meio do próprio responsável pelo transporte de carga.

Diante do carregamento da mercadoria e de posse das notas fiscais correspondentes à entrega, dando, assim, a legalidade necessária ao trânsito da mercadoria, o responsável simplesmente realizava a referida entrega no destino, ou seja, na sede dos clientes da Ampla. Toda essa logística tinha apenas um objetivo, evitar custos, ou seja, evitava um carregamento da empresa Pink para Ampla e desta para seus clientes.

Após tal etapa (entrega da mercadoria), no momento em que os clientes realizavam os pagamentos à Ampla, esta realizava, na mesma medida, o respectivo pagamento à empresa Pink. Tal relação comercial é totalmente plausível e permitida em nosso ordenamento jurídico.

Todas as vias das notas fiscais da Ampla encontradas na sede da Pink são as necessárias ao transporte e entrega de mercadorias. Não foram encontrados, por exemplo,

blocos de notas fiscais da Ampla, somente as vias necessárias ao regular transporte. Isso não foi frisado pelo fisco em nenhum momento.

Em nenhum momento o fisco circularizou os clientes mencionados nas notas fiscais emitidas pela Ampla para comprovar pedidos, pagamentos, entrada de mercadorias, etc. O trabalho fiscal foi tendencioso, pois não esmiuçou os fatos ligados à relação comercial das Empresas, simplesmente porque concluiria que realmente havia uma simples relação comercial.

A parcialidade do fisco é tamanha que na pag. 10/18, item 3.1.11 assim descreve: "Carimbo da AMPLA ALIMENTOS DO BRASIL" (Termo 47/2008: fls. 2.194); e em seguida faz o seguinte comentário afirmativo/conclusivo: "COMENTÁRIO: se o carimbo da AMPLA estava nas dependências da PINK, então alguém ali assinava por ela".

Tal conclusão é absurda, se não tendenciosa. A logística das operações comerciais justificam o fato, pois na sede da Pink era feita a preparação dos documentos relativos às operações comerciais das empresas, documentos de controle dos negócios, etc, já iam carimbados para, no momento oportuno, serem assinados pelo representante da empresa Ampla, o que acontecia ora na sede da Pink, ora na sede da Ampla. Qual a ilegalidade disso? Que prova carreada aos autos demonstra algo diferente disso?

Assim, a Pink foi incluída na condição de responsável pelo crédito tributário sob a argumentação de que "ficou evidenciada a parceria e interesse comum da Ampla Alimentos e da Pink". Pelos documentos anexos verifica-se que se tratam de duas pessoas jurídicas distintas, com uma simples relação comercial.

A ligação entre as duas empresas não contempla qualquer hipótese de responsabilidade tributária. A "vasta documentação contábil e financeira" a que se referem os auditores consiste maciçamente de notas fiscais e boletos emitidos pela Ampla e pedidos de clientes da Ampla de mercadorias fornecidas e a serem entregues pela Pink.

Lado outro, no que se refere ao efetivo controle das atividades da Ampla, o trabalho fiscal é contraditório e incongruente. Em um primeiro momento afirma que os verdadeiros sócios são os Srs. Luiz Cláudio Rodrigues, Argos Mundim e Antônio Aparecido Alves, alegando a ocultação de suas responsabilidades por meio da transferência das participações societárias formais a terceiros.

Justificam com documentos obtidos junto a instituições financeiras, órgãos públicos e sítios eletrônicos da internet.

Em um segundo momento, em absoluta contradição, passa a afirmar que a Ampla seria um "subsidiária" da Pink, ora Recorrente, que a controlava por meio de seus sócios de fato. Ocorre que em nenhum momento se comprovou a ligação entre e Recorrente e os supostos sócios de fato da Ampla, razão pela qual as duas teses veiculadas pelo fisco são conflitantes.

Não há sequer em uma linha dos autos, indício de participação de Cláudio, Argos e Antônio nas atividades da Pink, não havendo como sustentar a assertiva de controle da Ampla simultaneamente pela Pink e por essas pessoas.

À folha 77 afirmou-se que nos relatórios denominados "Contas a pagar SIMPLES", da Pink alimentos, consta a informação de pagamentos a serem realizados ao responsável pela Ampla, Sr. Cláudio. Tal assertiva converge com o restante da apuração que atribuiu ao mesmo Sr. Cláudio controle da Ampla.

Dessa forma, se os auditores imputam o controle da fiscalizada ao Sr. Cláudio, mencionam que nos documentos encontrados a Pink existem referências a pagamentos a serem efetivados para ele, na qualidade de responsável pela Ampla, e em nenhum momento se alegou que o Sr. Cláudio estaria vinculado à Pink, qual o fundamento para justificar a alegação de controle da ampla pela Pink?

Nesse sentido, as provas colhidas pelos próprios agentes fiscais conduzem à conclusão de que outras pessoas, não ligadas à Pink, eram os responsáveis pelo controle da Ampla.

Quanto ao "Relatório Reservado" (fls 723 a 727) utilizado pelos auditores para imputar à Recorrente participação direta na Ampla. Nele são feitas menções às supostas coligadas da Pink, mas em nenhum momento cita-se como coligada a Ampla.

Ademais, não é crível a responsabilização da empresa Pink por toda a autuação tendo em vista que detinha com a autuada um volume de negócios irrisório perante a totalidade de negócios realizados pela Ampla (em torno de 1%). Por que as outras empresas que comercializavam com o Ampla também não são responsabilizadas?

O fisco utiliza a presunção para responsabilizar a Pink, sem nenhuma cautela, sem alcançar um convencimento seguro que não comporte dúvida razoável.

Além de todo o exposto, a fiscalização não tem competência para atribuição de responsabilidade de terceiros, sendo a execução fiscal o meio processual adequado para tal atividade. Assim, o CARF já consolidou entendimento nesse sentido (transcreve acórdão prolatado no processo 13603.002968/2003-84).

Requer a nulidade do auto de infração em face da Recorrente.

Do Devido Processo Legal - Da Falta de Intimação da Recorrente - do Cerceamento de Defesa - Da Nulidade Absoluta

Apesar de a fiscalização ter tido início em setembro de 2009, a Recorrente só tomou conhecimento do inteiro teor do trabalho fiscal em 17 de dezembro de 2010, o que é uma violação do direito a ampla defesa e do contraditório.

Reconhece o caráter inquisitório do procedimento fiscal, mas afirma que não pode ser negado o acesso a todos os documentos e provas colhidas na investigação, seja dele ou de terceiros, como se a estrutura do processo pudesse ser formulada à revelia das exigências do devido processo legal. Ao contrário, a administração deve agir com transparência e boa fé, assegurando ao contribuinte a não surpresa na ação administrativa.

A administração deve agir em consonância com o Estado Democrático de direito e ações desse tipo devem ser precedidas de autorização judicial e obedecer o rito da legalidade previsto na Lei nº 9.430/96. Assim, o trabalho fiscal violou a Lei nº 9.784/99, que determina o direito do administrado a ter ciência da tramitação dos Processos Administrativos em que tenha, no ítimo, a condição de interessado.

O que causa estranheza é que o fisco relata que através de uma operação da Polícia Federal, encontrou documentos da empresa Ampla na sede da Pink e que restou "evidenciada a parceria e interesse comum entre as empresas". De posse de todas essas informações, nunca, jamais, em tempo algum, se dignou a intimar a recorrente a apresentar quaisquer esclarecimentos. Fica evidente a parcialidade do fisco.

A Recorrente faz referência aos princípios constitucionais aplicáveis aos processos administrativos, citando doutrina, sempre no intuito de demonstrar que o direito ao contraditório e à ampla defesa também devem ser obedecidos na fase inquisitória, do procedimento fiscal.

Com este fundamento, requer a nulidade do auto de infração em relação à Recorrente.

Da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas - Nulidade Absoluta

Trata de conceituar a prova ilícita, e afirma que o trabalho fiscal se conjectura sobre a "Operação Castelhana", realizada pela Polícia Federal, autos nº 2008.38.00.03850-0. Consta ainda que o Ministério Público ofereceu denúncia junto ao juízo da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte, especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem e Ocultação de Bens, Direitos e Valores, autuado sob nº 2007.38.00.032208-7.

O estranho é que no trabalho fiscal os ilustres auditores fiscais mencionam que o esmo juízo criminal citado determinou nos autos o compartilhamento de provas com a Receita Federal de Minas Gerais, devido ao segredo de justiça, juntando uma decisão no processo nº 2007.38.00.032208-70.

No entanto, a referida decisão incluiu como acusados os advogados, contadores, "laranjas" e uruguaiois, e determinou o seguinte:

"Delimitação da lide a conveniência da instrução e a racionalização dos trabalhos justificam a delimitação da lide e o desmembramento do feito proposta pelo Ministério Público Federal quanto aos "clientes" dos indiciados. Desse modo, determino a expedição de requisição Pa Polícia Federal para que instaure inquéritos policiais, no prazo de 30 dias, destinados a investigar a conduta dos responsáveis pelos grupos empresariais Kanechom, Pink, Moretto, Pif Paf, JM, Samoney e Kicaldo, a partir das cópias descritas no item 6 da cota ministerial localizada às fls. 61/62 (Volume V)"

"Extensão da quebra do sigilo à Receita Federal...."

Ademais, só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal aqueles dados pertinentes à administração tributária, isto é, pertinentes à fiscalização para efeito de constituição de crédito tributário, sendo certo que, por dever de ofício, a autoridade administrativa está obrigada a preservar o sigilo os dados a que tenha acesso, configurando infração penal a eventual divulgação que venha a ser feita.

Desse modo, determino a intimação do Superintendente da Receita Federal e Minas Gerais, a fim de que designe equipe

para analisar os autos relativos às quebras de sigilo telefônico, bancário, informático e telemático, bem como os malotes derivados das apreensões realizadas nestes autos e acautelados nesta secretaria, a fim de subsidiar eventual instauração de ações fiscais ou ainda instruir ações já instauradas.

Autorizo, desde já, a carga dos malotes pela Secretaria da Receita Federal pelo prazo de 60 dias quando então deverão ser devolvidos à secretaria, com termo nos autos"

Como se vislumbra, a empresa autuada Ampla, em nenhum momento fez parte de qualquer ordem judicial de quebra de sigilo ou de compartilhamento de informações sigilosas. A empresa Ampla não é mencionada em ordem judicial, nunca teve contra si qualquer procedimento investigatório aberto. Nem mesmo a empresa Pink, ora recorrente, teve contra si um procedimento investigatório aberto até o momento.

Resta evidente, cristalino, que os documentos e o compartilhamento apreendido estão delimitados às investigações aos acusados no processo criminal autuado sob nº 2007.38.00.032208-70, cuja decisão de recebimento de denúncia se encontra nos autos dessa fiscalização.

Ou seja, não pode ser considerada a ordem de compartilhamento de dados e documentos da denominada "Operação Castelhana" em face da autuada, mas tão somente em face dos denunciados que constam no corpo de tal decisão.

Como se não bastasse, antes de instaurado o processo que deu origem à festejada operação Castelhana, houve uma medida cautelar de quebra de sigilo (fiscal, telemático, telefônico, etc.). Resta saber em face de quem essa ordem foi expedida? Qual o conteúdo dessa ordem? Em que termos ela foi expedida? A Empresa autuada tivera em seu desfavor tal ordem? Em que lugar no trabalho fiscal ela se encontra? Cadê a cópia da inicial que requereu tal ordem, bem como a decisão judicial que determina a quebra do sigilo fiscal, telefônico, telemático, etc.?

Como será possível verificar se os documentos utilizados pelo fisco foram autorizados pelo juízo competente em face da Empresa autuada?

Não havendo meio de a Recorrente aferir a indagação acima, resta nulo o procedimento. Neste norte, resta totalmente ilegal a utilização dos documentos, e-mails, correspondências e outros acostados ao presente processo para fins de fundamentar o respectivo lançamento em face da Empresa autuada Ampla, posto que tiveram seu compartilhamento deferido em face dos réus daquela ação penal, e não em ralação à autuada.

Até mesmo o festejado "Relatório Reservado" citado tanto pelo fisco, em nenhum momento cita a Empresa autuada (Ampla). Ele não serve para embasar a presente autuação. Totalmente imprestável tal relatório.

Ademais, por amor ao debate, sabe-se que a prova colhida em processo em processo que tramita em segredo de justiça, somente se admite sua importação para outro processo ou procedimento que tramita entre as mesmas partes, a fim de manter a salvaguarda do interesse protegido na demanda original. Aliás, alguém que seja terceiro ao processo que tramita em segredo de justiça sequer poderia saber quais foram os atos processuais que ocorreram em seu bojo, podendo haver, nesse caso, a incidência do tipo penal da quebra do sigilo da justiça.

É o que ocorre de fato. A autuada (Ampla) não teve instaurado contra si qualquer processo judicial, em decorrência da referida "Operação Castelhana".

Ora, portanto inadmissível, sob o manto do Estado Democrático de Direito, a aceitação de qualquer prova utilizada no processo criminal em que a Autuada e nem a Recorrente nem mesmo figuram como parte, para justificar qualquer autuação no presente processo administrativo.

A doutrina majoritária opõe certas restrições à admissibilidade da prova emprestada, devendo ser observados alguns requisitos para sua eficácia em outro processo, a saber:

- a) a parte contra quem a prova é produzida deverá ter participado do contraditório na construção da prova;
- b) existência de identidade entre os fatos do processo anterior com os fatos a serem provados; e
- c) que seja impossível ou difícil a reprodução da prova emprestada no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de certa alegação.

No presente caso não existe respeito a qualquer dos três tópicos.

É inaceitável a existência de uma autuação fiscal sem qualquer participação da Recorrente, baseado em provas que foram retiradas de um processo criminal sigiloso, do qual a autuada não fez parte, e sem a devida demonstração de existência de ordem para tal fim. Este procedimento fere de morte os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, chegando as raias do absurdo, nos moldes vistos em épocas ditatoriais.

Ademais, o juízo criminal tem competência para utilizar as provas para apurar a ocorrência de crime, ou seja, verificar, dentre outras coisas, a materialidade e a autoria de crime. No entanto, tais provas, sem apreciação e determinação de um juízo cível, poderiam ser utilizadas em um processo administrativo tributário?

Qualquer tipo de prova decorrente do processo judicial citado anteriormente, utilizada por empréstimo neste trabalho fiscal, sem qualquer comprovação da autorização judicial para tanto, em face da empresa autuada e da Recorrente, fica totalmente impugnado e sem qualquer valor legal, sendo medida da mais lúdima justiça o reconhecimento da sua nulidade e o seu desentranhamento, devido à proibição de utilização de qualquer meio de prova ilícita em qualquer procedimento, o que desde já se requer.

Da Decadência

Ocorreu a decadência do lançamento dos tributos relativos aos anos de 2004 até novembro de 2005, em função do previsto no § 4º do artigo 150 do CTN.

Dever de Prova do Fisco Quanto aos Fatos que Culminaram no Lançamento

Após excursão sobre o princípio da verdade material, afirma que no caso não houve preocupação em buscar a verdade dos fatos, limitando-se a fiscalização em juntar um

emaranhado de documentos apreendidos na empresa Recorrente, "jogá-los" no procedimento administrativo fiscal em comento, sem qualquer análise conclusiva e objetiva, culminando, irrazoavelmente, no auto de infração em face da Recorrente.

Destaque-se que a fiscalização teve acesso a todos os documentos contábeis do período apurado, pelo que poderia ter desenvolvido trabalho minucioso para a purar qual seria a base tributável, preferindo, no entanto, bater pelo arbitramento do lucro, o que será tratado em tópico posterior.

Aplica o código civil de forma subsidiária para dizer que cabe ao fisco provar o seu direito, o que, no caso do lançamento tributário, constitui provar que houve entrada de renda não oferecida à tributação. Assim não fazendo a tributação se fundamenta em presunção.

Assim, (i) como nos autos não pôde ser comprovado inequivocamente a pretendida omissão de receitas indicadas pela fiscalização; (ii) deixando esta última de fazer a busca pela verdade material dos fatos e cumprir o dever objetivo de prova e investigação das premissas fáticas que dariam ensejo à autuação, (iii) sendo a presunção realizada pelo fisco insuficiente para conferir ao crédito tributário a certeza e a liquidez necessárias, deve a presente impugnação ser provida para cancelar o auto de infração ora combatido.

Autuação e Afronta ao Dever de Prova - Consideração de Indícios e Presunções - Afronta à Capacidade Contributiva da Empresa Autuada

A exigência tributária deve observar a capacidade econômica do contribuinte, de tal forma que não seja subtraído do patrimônio particular parcela superior à possibilidade do sujeito passivo. Isso para garantir eficácia aos princípios da igualdade e também da não-confiscatoriedade (transcreve o artigo 145 § 1º da Constituição Federal).

Caso a autoridade fiscal impute ao contribuinte autuação despida de qualquer prova objetiva que identifique a ocorrência do fato gerador, na forma como previamente determinada pela lei, considerando apenas indício e presunções, a exigência fiscal não estará pautada pelo princípio da capacidade contributiva, resultando em atividade confiscatória por parte do Estado (reproduz doutrina).

Da Impossibilidade do Arbitramento do Lucro - Do Conhecimento pelo Fisco da Documentação Contábil da Autuada

O fisco declara que:

"para os meses de outubro de 2004 a dezembro de 2007 a receita bruta conhecida para efeitos de arbitramento foram utilizados os valores declarados pela própria contribuinte para o Fisco do Estado de Minas Gerais..." "Os valores da Receita Bruta Conhecida tomando como base as informações das Declarações ao Fisco Estadual estão condizentes com os valores informados pelos bancos relativo à movimentação financeira".

Portanto, o fisco detinha todas as informações contábeis e financeiras que serviam de suporte para um cálculo de tributo, sem a necessidade de um arbitramento, que é procedimento de exceção utilizado somente no caso de impossibilidade de determinar por outro modo o lucro real (transcreve acórdão do Conselho de Contribuintes).

Ademais, já que o fisco entendia desde o início que a Recorrente seria responsável pelo crédito da empresa autuada - Ampla - qual o motivo de não intimá-la a apresentar os documentos que pudesse basear uma autuação ou apurar o tributo?

REquer a nulidade do lançamento pelo lucro arbitrado.

Da Multa de Ofício Qualificada - 150% e 222%

A fiscalização presume a fraude, sem nexos causal, sem elementos formais e documentais e sem provas da intenção do agente em fraudar o Erário. Apenas faz considerações quanto aos procedimentos adotados pela empresa Ampla, vinculando, sem nenhuma prova contundente, numa atitude desesperada, a Recorrente.

A prova de que a Recorrente agiu com dolo deve ser produzida pelos agentes fiscais, o que não foi feito. Sendo o dolo elemento essencial da infração tributária, não se pode presumi-lo. Assim, a incidência de multa agravada em virtude de pretensa fraude não tem cabimento na espécie, além de configurar verdadeiro confisco por seu montante excessivo e despropositado.

Transcreve a súmula nº 14 do CARF e acórdãos no sentido de que a constatação de omissão de receitas por si só não autoriza a qualificação da multa, sendo necessária a comprovação do intuito de fraude.

A suposta inclusão de pessoas de reconhecida incapacidade econômico-financeira no quadro societário de pessoa jurídica, em substituição aos verdadeiros sócios, não é suficiente, tão-somente, para caracterizar a intenção de sonegar. Tal expediente pode configurar tentativa de frustrar eventual execução fiscal, não punível com multa qualificada. A sonegação se consuma no esforço de encobrir o fato gerador, segundo o artigo 71 da Lei nº 4.502/64, e não na tentativa de frustrar a cobrança do crédito tributário.

Como se não bastasse, o fisco ainda, assim se manifestou no Termo de Verificação Fiscal:

"Considerando que o contribuinte fora devidamente intimado e re-intimado repetidas vezes sem que fossem apresentados quaisquer informações ou documentos, a multa deverá sofrer o agravamento em 50% como disposto no inciso II e § 2º do art. 44 da lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996."

Como dito acima, os agentes fiscais em nenhum momento se dignaram de intimar a recorrente para ter conhecimento de todo o procedimento fiscal, nem tampouco para que apresentasse suas explicações, antes do lançamento tributário, acerca de todo o acervo de indícios carreados nos autos contra si.

Ora, se a Recorrente não participou de qualquer ato na presente fiscalização, nunca foi intimado, como poderia interferir/retardar os trabalhos fiscais sem, ao menos, ter sido notificada para apresentar qualquer explicação?

Pelo exposto a multa deve ser reduzida para o patamar de 75%.

Do Pedido

- a) tomar conhecimento deste Recurso Voluntário, por tempestivo e regular;
- b) considerar as preliminares, tornando nulo o lançamento;

c) considerar a prejudicial de mérito, reconhecendo a decadência ocorrida;

d) apreciar as razões de mérito, senão acolhidas as preliminares, declarando a improcedência da ação fiscal com o consequente arquivamento do processo, ou caso entendam, a redução de seu valor;

e) desqualifique as multas aplicadas reduzindo-se ao percentual de 75%;

Recurso Voluntário de Marcelo Pereira Cardoso

Inicia o Recorrente fazendo longo excursus sobre o ato administrativo, em especial quanto ao motivo, afirmando que para a análise da legalidade do ato é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar: a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei, aí não se confundindo o motivo do ato administrativo com a "motivação", que é requisito formalístico do ato.

Na motivação, continua, transparece aquilo que se apresenta como "causa" do ato administrativo. Assim, entende-se que causar "é uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto", como indica André Gonçalves Pereira, cumpre salientar que se apresenta como o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato.

Então, a falta de causa, na acepção adotada, invalida o ato administrativo, isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou, este estará viciado.

No âmbito da causa, portanto, que se examinam dois elementos fundamentais da validade do ato administrativo, a saber: (i) sua razoabilidade e (ii) sua proporcionalidade. Aliás, em rigor, a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se almeja verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para a tender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa do que o necessários. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.

Do Resumo Fático do Auto de Infração

Com base na comparação entre os valores oferecidos à tributação federal e os declarados ao Fisco do Estado de Minas Gerais, a fiscalização constituiu crédito tributário tendo como contribuinte a empresa Ampla, lançamento em que foi aplicada a multa qualificada e agravada e que chegou a uma exigência no montante superior a setenta e nove milhões de reais.

Ademais, fora indicado que a contribuinte possuía negócios e interesses comuns com o "Grupo Pink", encabeçado pela sociedade Pink Alimentos do Brasil Ltda., que ocasionou a responsabilidade solidária no entender dos auditores encarregados da lavratura do auto de infração.

Outrossim, aduziram que o impugnante seria diretor de fato da Pink, e, nesta condição teria contribuído para a suposta ligação entre o "Grupo Pink" e Ampla, pelo simples fato de ter sido fiador desta junto ao Banco do Nordeste.

Assim, autuaram o impugnante Marcelo Pereira Cardoso como coobrigado da dívida, malgrado nunca ter feito parte do quadro societário da sociedade autuada (Ampla) e ter sido retirado do quadro societário da Pink em data muito anterior ao período do fato gerador

dos tributos cobrados, sendo simplesmente um terceiro sem nenhum vínculo jurídico capaz de ensejar responsabilização por débitos fiscais.

Do Claro Ferimento ao Devido Processo Legal em Matéria Tributária

Destaca que em nenhum momento foram observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, com estrito acompanhamento pelo impetrante, que, aliás, desconhecia a própria existência do processo administrativo-fiscal.

Ao administrado não pode ser negado o direito de acesso a todos os documentos e provas colhidas no procedimento, tampouco de formular defesa e trazer informações e elementos fáticos. Ao contrário, a administração deve agir com transparência e de boa fé, assegurando ao contribuinte a não surpresa na ação administrativa. Assim, violou a Lei nº 9.784/99, que determina o direito do administrado a ter ciência da tramitação dos Processos Administrativos em que tenha, no mínimo, a condição de interessado.

Desta forma afirma que o procedimento é nulo, em especial por desobediência aos princípios constitucionais descritos no artigo 5º, incisos XXXIV, LIV e LV da Lei Maior.

Transcreve o artigo 26 da Lei nº 9.784/99 e diz que nunca foi intimado em desobediência ao seu teor:

"Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências."

Pede a nulidade do lançamento com fulcro no artigo 59, inciso II da Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Da Ilegitimidade Passiva do Impugnante

Diz que para ser responsável tributário deve haver previsão legal e que esta não ocorre.

Reproduz o artigo 124 do CTN:

Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Afirma que nenhuma das situações previstas na norma ocorreu. A interpretação correta da norma diz que, sempre que houve mais de uma pessoa na condição de contribuinte, cada uma delas será obrigada pelo pagamento integral da dívida, perfazendo-se o

instituto da solidariedade passiva pelo interesse comum, o que se confirma com julgado do STJ, que transcreve.

Assim, seriam enquadradas no 124, inciso I, os casados em comunhão de bens, em relação aos bens comuns, os condôminos para fins de ITR ou IPTU, por exemplo.

Quanto ao inciso II do art. 124, a disposição, que prescreve a solidariedade as "pessoas expressamente designadas por lei", pressupõe que a lei poderá determinar a existência de solidariedade entre pessoas que possam não ter interesse comum na situação que constitua o fato gerador, pois é incabível previsão legal no sentido de estipular em qual ou quais situações há o interesse comum.

Não há que se admitir que na criação de um tributo através da competência conferida pela Constituição Federal, ao ser firmada disposição sobre o fato gerador do tributo, seja estabelecida como devedor solidário pessoa que não tenha participado ou concorrido para a realização do fato jurígeno, uma vez que o legislador ordinário, por força do texto constitucional, não poderá fazer incidir a carga tributária sobre pessoa estranha ao fato previsto na norma como gerador da obrigação.

O comando desse dispositivo deve apontar para obrigações de caráter sancionatório, advindas do descumprimento de deveres, permitindo-se a identificação dos devedores solidários tão-somente para este fim, visto que nessa situação não participam da realização do fato gerador.

Contudo, o impugnante não é, nem nunca foi, sócio da empresa fiscalizada, única contribuinte dos tributos em comento. Não há, pois, qualquer amparo legal que dê guarida à nomeação do Impugnante como coobrigado de um crédito tributário, pois não figura, nem nunca figurou, no quadro societário da empresa AMPLA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA.

Ainda, apenas para indicação dos fatos, o impugnante foi, por motivo de sucessão hereditária, sócio da empresa PINK, tendo se desligado da mesma a quase uma década. Conforme se observa pela documentação anexa (CONTRATO SOCIAL E TODAS AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS) da empresa Pink Alimentos, especificamente a 27ª-Alteração Contratual, o Impugnante recebeu a referida empresa por herança dos pais, em setembro de 1990, ou seja, aos (13 treze anos de idade), momento em que foi representado por sua avó (Lídia Rocha Cardoso). Desde então, até a 40ª (quadragésima) alteração, através da qual o Impugnante se retirou da sociedade Pink Alimentos - setembro de 2003 - o Impugnante nunca figurou como administrador da empresa PINK ALIMENTOS, que não é a contribuinte dos tributos referidos nesta autuação.

Ainda que a ligação existente entre a Ampla e a Pink ensejasse responsabilização tributária de uma com os débitos de outra, pela formação de um pretense grupo econômico, o impugnante, ainda assim, em virtude do não exercício de administração, jamais poderia ser responsabilizado pelos débitos inadimplidos da sociedade Pink Alimentos.

Primeiro, não é o caso do art. 134, VII:

Art. 134 - Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

(...)

A Empresa autuada é uma sociedade de pessoas, mas não se encontra em fase de liquidação, por ter suas atividades comerciais regulares.

Por conseguinte devemos avaliar a responsabilidade pessoal de terceiros, que não integram a relação fisco contribuinte (art. 128 do CTN), tal como o impugnante, que é estabelecida no art. 135 do CTN, que assim estatui:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II- Os mandatários, prepostos e empregados;

III - Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Há, pois, dois critérios para a responsabilidade tributária para este artigo: primeiramente, é necessário que ocorra infração a lei, contrato social ou estatuto, e depois, devem ser responsabilizados os sócios, diretores, gerentes ou representantes da sociedade.

Como se vê do comando legal acima transcrito, para serem responsabilizadas pelo crédito tributário subsidiariamente, é necessário que as pessoas indicadas no art. 135 do CTN tenham praticado diretamente ou tolerado a prática do ato abusivo e ilegal. Assim, a lei imputa a responsabilidade pessoal daquele que conduz a sociedade, mediante exercício de cargo de gerência, direção ou representação da pessoa jurídica é que é relevante. Isto posto, somente aos sócios administradores, que se encontram à frente da sociedade, durante a prática do fato gerador, podem ser objeto da responsabilidade tributária.

Serão responsabilizados, então, aqueles que exerceram atos, em nome da pessoa jurídica que configurem gestão fraudulenta, ou seja, aqueles praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto social.

O IMPUGNANTE, ALÉM DE NUNCA TER ESTADO À FRENTE DOS NEGÓCIOS DO GRUPO PINK, JAMAIS PRATICOU QUALQUER ATO JURÍDICO EM NOME DA EMPRESA AUTUADA (grifo do Recorrente).

Transcreve jurisprudência de alguns Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do artigo 134 do CTN.

Como demonstrado em todos os documentos colacionados pela fiscalização, não há sequer um documento, seja de que espécie for, que conste a assinatura do impugnante que implique na atribuição de prática de qualquer ato gerencial, o que toma absolutamente nula a sua condição de responsável solidário.

Da Regular Saída do Impugnante do Quadro Societário da Pink Alimentos e seu Afastamento de Qualquer Atividade de Gestão

Ademais, a saída do Recorrente da sociedade se deu de forma regular, tendo sido submetida, apreciada e homologada pelo TJMG, quando da dissolução parcial por quebra de affectio societatis, nos autos do processo nº 002403055745-8, já transitado em julgado.

Diz que o único documento que levou a fiscalização a tirar conclusões quanto à sua responsabilização foi o Relatório Reservado, documento apócrifo e não datado, carente de manuscrito por qualquer dos envolvidos. Não há segurança para se afirmar que o esmo foi lavrado pelos integrantes da direção da Pink. Aliás, não se sabe nem mesmo quem o produziu, muito menos o contexto ou finalidade para a qual foi produzido, não podendo constituir um elemento de prova inequívoca do exercício de gestão da sociedade PINK ALIMENTOS pelo impugnante, mero sócio cotista da pessoa jurídica, que nunca assinou contratos, acordos, participou de reuniões, figurou em processos judiciais : isto porque ele nunca exerceu qualquer atividade de gestão ou direção na sociedade. Em apertada síntese, o documento somente cita o nome do impugnante como beneficiário de eventuais de despesas a serem pagas pela sociedade, sem indicar o motivo.

Pelo que se observa do documento, não há qualquer despesas do impugnante perante a sociedade, sendo que os campos reservados para preenchimento de valores encontram-se zerados, o que evidencia que no período apontado, ou seja, em 2006, não houve qualquer despesa da sociedade com o impugnante.

Da Descrição dos Fatos Descaracterizadores da Existência de Ato Infrativo — Mera Relação Comercial entre a Autuada e a Pink Alimentos

Repete os argumentos do recurso apresentado pela Pink para afirmar confusão da fiscalização na determinação do efetivo controle administrativo da Ampla, em um momento apontando os Srs Cláudio, Argos e José; em outro afirmando que a Ampla era subsidiária da Pink e por ela controlada, concluindo:

"Dessa forma, se os auditores imputam o controle da fiscalizada ao Sr. Cláudio, mencionam que nos documentos encontrados na PINK existem referências a pagamentos a serem efetivados para o mesmo, na qualidade de responsável pela AMPLA, e em nenhum momento foi alegado que o Sr. Cláudio estaria vinculado PINK, qual o fundamento para justificar a alegação de controle da AMPLA pela PINK.

NESTE SENTIDO, AS PROVAS COLHIDAS PELOS PRÓPRIOS AGENTES FISCAIS CONDUZEM A CONCLUSÃO DE QUE OUTRAS PESSOAS, NÃO LIGADAS A PINK, ERAM OS RESPONSÁVEIS PELO CONTROLE DA AMPLA, RESTANDO NÃO COMPROVADAS AS PRESUNÇÕES DE CONTROLE DESTA PELA PINK.

Ademais, o indigitado "Relatório Reservado" menciona supostas coligadas da PINK, quais sejam : Alibra, Invicta e Progresso, mas em nenhum momento cita-se como "coligada" AMPLA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA, o que configura um forte indicio a invalidar a tese de controle da desta pela PINK."

Conforme exposto, não existe qualquer ligação entre o impugnante e o controle diretivo da PINK, tampouco ligação entre o impugnante e a mesma com a AMPLA, capaz e suficiente para atribuir-lhe responsabilidade tributária pelos débitos desta.

Também é insuficiente para indicar a responsabilidade o fato de o impugnante ter prestado fiança em contrato bancário. A realidade dos fatos é simples : na

época, prestou um favor, como o fazem quase todos os fiadores no Brasil, ao seu primo Cláudio, motivado tão somente pela relação familiar e de amizade entre ambos.

O Impugnante é primo de primeiro grau do Sr. Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues, já que o falecido Sr. Maurício Rocha Cardoso, pai do impugnante era irmão da Sra. Maria Francisca Cardoso Mundim, mãe do Recorrente, conforme os documentos anexos à manifestação de inconformidade.

Posto isso, a garantia fidejussória prestada pelo Impugnante é um fato absolutamente desconexo com a matéria apurada na fiscalização, e não foi prestada levando-se em conta qualquer relação existente entre as organizações, mas sim na relação de parentesco e amizade entre impugnante e o Sr. Luis Cláudio Cardoso Rodrigues, razão pela qual não subsistem as assertivas dos fiscais em tal sentido.

Noutro giro, pelo que consta da vasta documentação colacionada aos presentes autos, que dispõem de farta descrição da vida bancária da empresa AMPLA, o contrato com o Banco do Nordeste foi o único liame onde o impugnante prestou garantia fidejussória, NÃO LHE PODENDO SER ATRIBUÍDA ADMINISTRAÇÃO DE FATO DA EMPRESA PELO SIMPLES FATO DE FIGURAR COMO FIADOR EM UM ÚNICO CONTRATO BANCÁRIO.

Até o lapso temporal do contrato corrobora com esta afirmação. O instrumento assinado em fevereiro de 2007, com prazo de duração determinado de apenas 12(doze) meses, é o único documento que baseia a alegação fiscal. A conclusão de que o impugnante seria sócio de fato da AMPLA ou da PINK apenas por que figurou como fiador de um contrato bancário é absolutamente parcial e tendenciosa. Não há como se sustentar acusação de ser sócio de fato de uma sociedade por lhe ter prestado fiança em apenas um contrato.

Da Inexistência de Interposição Fraudulenta de Pessoas Inexistência de Benefício do Impugnante.

Na Interposição Fraudulenta a parte lesada é o fisco. O fato inicial e premeditado é acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com o objetivo delituoso. Mas o caso em tela, não há relação entre as partes AMPLA e Impugnado.

Mais uma vez nos reportando ao famigerado "Relatório Reservado", tem-se que além de o mesmo não mencionar como coligada a AMPLA ALIMENTOS, em tese atribui a "direção" da PINK a outras pessoas, as quais, pelas disposições da legislação tributária deveriam responder por débitos oriundos da sociedade.

Ora, para que se justifique o uso de sociedade constituída por interpostas pessoas, eximindo-se os verdadeiros sócios de suas responsabilidades tributárias, obtendo vantagens indevidas da atividade empresarial, como narram os agentes fiscais, é pressuposto, para tanto, ganho financeiro e patrimonial com a atividade.

Nesta esteira, a condição *sine qua non* para que o Fisco comprove a alegação de atuação fraudulenta por parte de pessoas físicas na gestão de sociedades empresárias é a auferição de receitas, pelas ditas pessoas, decorrentes da atividade das pessoas jurídicas das quais alegam o controle pelos ditos "laranjas".

Neste tocante, o Impugnante jamais recebeu qualquer pagamento ou transferência bancária ou cheque das organizações em tela, notadamente da AMPLA, conforme faz prova a extensa documentação acostada aos autos.

Logo, a ligação do impugnante com as atividades das empresas AMPLA e PINK não passa de suposição do auditor fiscal, que, em nenhum momento se valeu de diligências investigativas para checar tal fato, não trazendo aos autos prova de transferências patrimoniais entre sociedade e impugnante, comprovando o alegado.

Em suma, não há prova de locupletamento ou ganho patrimonial do impugnante com as atividades da sociedade, o que faz cair por terra os presuntivos argumentos da autoridade fiscal de controle indireto.

Da Impossibilidade de Responsabilidade em Sede de Autuação Fiscal — Procedimento Exclusivo de PGFN em Execução Fiscal

Repete os argumentos do Recurso da empresa Pink, concluindo pela incompetência da fiscalização para atribuir responsabilidade.

Da Ilegalidade de Multa Qualificada - Impossibilidade de Responsabilidade do Impugnante

Enfim, sem qualquer consistência probatória, baseando-se meras ilações, atribuiu ao impugnante prática de fraude, aplicando multa qualificada de 150% ao crédito tributário, narrando o auditor fiscal ter constatado a simulação de eventos societários, o que consistiria em fraude, e os envolvidos na fiscalização não apresentaram os documentos quando intimados pelo órgão fazendário.

A par de todo o exposto alhures, donde se concluirá incontestavelmente a inexistência das fraudes perpetradas por parte do impugnante, na questão específica da aplicabilidade da multa, não há provas do intuito do dolo, do intuito de fraude, pelo que não pode prosperar o percentual de multa sobre o crédito tributário nos moldes que foi aplicada.

A Auditora Fiscal presume novamente a fraude, sem nexo causal, sem elementos formais e documentais e sem provas da intenção do agente em fraudar o Erário, a partir de uma presunção de controle societário pelo impugnante da sociedade, o que configura absurdo. Não se pode inferir para esta presunção legal e que tenha ocorrido a figura do dolo ou da fraude do Impugnante, que ensejasse o agravamento abrupto da multa. A prova de que o Impugnante agiu com dolo, deve ser produzida pelos agentes fiscais, o que não foi feita. Em matéria fiscal, o dolo específico ou próprio, é o elemento subjetivo necessário à configuração do delito, isto 6, na modalidade dolosa específica.

Sendo o dolo um elemento essencial da infração tributária, onde se ocorre essa modalidade, não se pode presumi-lo, torna-se necessária a prova da vontade consciente e espontânea do agente.

Assim, a incidência de multa agravada em virtude de pretensa fraude não tem cabimento na espécie, além de configurar um verdadeiro confisco por seu montante excessivo e despropositado. Em razão da natureza do delito ou infração tributária, além de não ser permitida pela constituição, é afastada pela própria diretriz da capacidade contributiva que obsta a imposição de penas que exorbitem a capacidade econômica dos indivíduos.

Saliente-se que a fraude, no conceito deste art. 72, exige a conduta dolosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador. Portanto, embora inverídicas as afirmações

constantes do termo de verificação fiscal e que culminou com a responsabilização de terceiros, a invocada coobrigação não impediu nem retardou o fato gerador.

Importa ressaltar que a fraude fiscal deve ser comprovada mediante documentos. Isto porque tratando-se de fatos econômicos, os ligados à sonegação, devem eles ser efetivamente apontados pela fiscalização como capazes de gerar uma riqueza tributável que não foi tributada e que ficou à margem das declarações apresentadas ao fisco.

Na situação vertente, em nenhum momento a fiscalização demonstrou que a suposta sonegação imputada à empresa autuada tenha gerado, para o impugnante, alguma receita clandestina ou patrimônio oculto. Nenhuma vantagem patrimonial às pessoas envolvidas ocorreu, e assim, não foram produzidas provas ou evidências desse pretense locupletamento, até porque nem sequer foi alegado o enriquecimento pelo Fisco (Transcreve jurisprudência).

Alega que a utilização de interposta pessoa para esconder os reais administradores, caso que diz não ter ocorrido na presente autuação, frustra a execução fiscal, mas não diz caracteriza obstáculo ao conhecimento da ocorrência do fato gerador, condição necessária para a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II da Lei nº 9.430, 1996.

Ainda, a autoridade fazendária se manifestou do Termo de Verificação Fiscal à fl. 85:

"Considerando que o contribuinte fora devidamente intimado e, reintimado repetidas vezes sem que fossem apresentados quaisquer informações ou documentos, a multa deverá sofrer o agravamento em 50% como disposto nos incisos II e §2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996".

Todavia, em nenhum momento foi o impugnante intimado para tomar ciência do malfadado procedimento fiscal, tampouco para apresentar documentos, ou explicações sobre a sua conduta, antes do lançamento tributário.

Se a impugnante não participou de qualquer ato na presente fiscalização, se nunca foi intimado a apresentar quaisquer esclarecimentos, é inadmissível que incorra nas severas sanções previstas no artigo 44, § 2º, inciso II da Lei 9.430/96.

Por tudo alegado e comprovado, o excesso e a abusividade na aplicação das sanções deve ser revisto, para se afastar, assim, a multa no patamar de 150% agravado para 225%, por não haver provas no dolo dos agentes.

Assim, por tudo quanto exposto na precedência resta inquestionável que todos o Auto de Infração resta maculado, seja de sofismas insustentáveis do ponto de vista da juridicidade, seja de erros materiais ou conceituais, razão porque tenha-se por pedido e requerido a V. EXA. QUE DECLARE NULO O AUTO INFRACIONAL, POIS:

I - *Primus*, ante a total falta de respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, que torna nulo o ato administrativo in totum;

II - *Secundus*, a declaração da ilegitimidade passiva do impugnante, excluindo o impugnante como coobrigado da relação jurídica tributária, por falta de suporte normativo para tal responsabilidade tributária;

III- *Tertius*, declare a improcedência da apuração fiscal, desqualificando as multas agravadas no importe de 150% e 225%; pela ausência de fraude.

Requer a produção de todas as provas admitidas em direito.

Em função da extinção de uma turma do CARF, o processo foi sorteado para a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que prolatou Despacho de Saneamento com a seguinte conclusão:

Assim sendo, e tendo em conta o disposto no art. 17, inciso VII, do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, encaminho os autos do presente processo à DRF/Contagem para que adote as providências acima relatadas acerca: 1) da regularização da representação processual do responsável tributário Pink Alimentos do Brasil Ltda; 2) da ciência da decisão de 1ª instância aos responsáveis tributários Produtiva Nutrição e Moagem de Cereais Ltda e Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues; e 3) da prova do domicílio tributário do responsável Argos Cardoso Mundim à época da intimação que lhe foi dirigida por via postal. Concluídas as providências e expirado o prazo para apresentação de defesa, os autos devem ser restituídos a este Conselho para relatoria dos recursos por esta Conselheira.

Retornados os autos devidamente saneados, estes foram a mim distribuídos mediante sorteio, em função do término do mandato da Conselheira Edeli.

Apensado ao presente processo está o de nº 13603.723599/2010-96, que trata do arrolamento de bens dos Srs Marcelo Pereira Cardoso, Argos Cardoso Mundim, Luiz Cláudio Cardoso Rodrigues e Antônio Aparecido Alves.

Conforme registrado a folhas 1.509, foi formalizada representação fiscal para fins penais por meio do processo administrativo nº 15504.020791/201071.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Cesar Candal Moreira Filho

Os Recursos Voluntários apresentados por Ampla Alimentos do Brasil Ltda., Antônio Aparecido Alves, Pink Alimentos do Brasil Ltda. e Marcelo Pereira Cardoso são tempestivos e regulares, motivo pelo qual deles conheço.

Alguns argumentos dos Recorrentes são apresentados de forma repetida, motivo pelo qual, sempre que possível, serão tratados conjuntamente, respeitado o cerne da fundamentação apresentada por cada Defendente.

Por outro lado não há muitos argumentos novos em relação às impugnações apresentadas em primeira instância, motivo pelo qual farei uso das próprias palavras do D.

Relator da DRJ de Belo Horizonte, quando estiverem conformes ao meu entendimento sobre o tema.

Apresentação de Provas Posteriormente à Impugnação e perícia

Os Recorrentes apresentam, de forma genérica, o pedido para a apresentação de todas as provas admitidas em direito em momento posterior à Impugnação.

Nesse sentido, é descabida a concessão ou negação de autorização para a apresentação de provas documentais, na medida em que o artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, em seus parágrafos 4º, 5º e 6º estabelece:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

Em que pese o pedido ter sido formulado a este Relator, não o foi no sentido de apresentar prova específica, mas, sim, no de obter uma autorização geral para, em qualquer momento futuro, apresentá-la.

A este pedido genérico a resposta só pode ser negativa, a teor da norma acima transcrita. Contudo, isto não significa que os Recorrentes estão impedidos de apresentar tais provas. Poderão fazê-lo nas circunstâncias descritas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 4º acima e seguindo a prescrição do parágrafo 5º do mesmo artigo.

Nesse sentido existe uma pequena divergência entre o aqui decidido e o decidido pela DRJ de Belo Horizonte. Em verdade as Recorrentes não estão impedidas de apresentar prova documental a qualquer tempo antes do trânsito em julgado administrativo da decisão, apenas devem ser respeitadas circunstâncias que autorizam esta apresentação, exatamente as descritas nas alíneas do parágrafo 4º, e que devem ser analisadas pela autoridade julgadora no momento da apresentação das referidas provas.

O que se decide assim é pela não autorização genérica e prévia de apresentação de prova documentais, sem, contudo proibir antecipadamente a apresentação dessas provas com respaldo do artigo 16 do referido decreto.

Quanto à perícia requerida, indefiro, por falta de indicação de perito e de formulação dos quesito, nos termos legais, além de considerá-la absolutamente desnecessária à formação de minha convicção.

-Arguição de nulidade do auto de infração e do arbitramento por falta de intimação dos coobrigados para acompanhar o trabalho fiscal - Obrigação do fisco de provar os fatos e buscar a verdade material;

O que as Recorrentes alegam, basicamente, é que deveriam, na condição de responsáveis tributários, ter participado do procedimento fiscal desde o seu início, até mesmo podendo apresentar os livros fiscais e contábeis, falta que ensejou o lançamento na forma arbitrada. Dizem que a falta de intimação para tanto ocasiona a nulidade da constituição do crédito fiscal, pois agride aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Estes argumentos não resistem a uma interpretação natural das normas que regem o processo administrativo tributário.

A começar, o princípio da ampla defesa é dedicado aos litigantes e acusados em geral, como se vê do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

A ninguém é dado intitular-se litigante em processo administrativo fiscal sem que se estabeleça o litígio, e este tem início com a impugnação da exigência, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 1972, *in verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Tampouco pode qualquer contribuinte intitular-se acusado antes de sê-lo. Quero dizer com isso que os Recorrentes só passaram a ser acusados, uma vez que a eles são imputadas ações ou omissões que os elevam à condição de sujeitos passivos na situação de responsáveis, a partir do momento do lançamento e, neste caso, com a emissão do Termo de Sujeição Passiva, hoje não mais necessário.

É exatamente a partir da existência do litígio, ou da existência de acusação de que agiram de forma a se tornarem responsáveis tributários é que se pode falar em direito de defesa e contraditório. E todos exerceram este direito em primeira instância, ao apresentarem

suas impugnações, sete no total, argumentando e fundamentando suas alegações conforme sua compreensão dos fatos e do direito.

E quatro ainda continuam exercendo seu direito fundamental, ao apresentarem seus Recursos Voluntários, ora em julgamento.

Há que se observar que a discussão travada em torno dos princípios da ampla defesa e do contraditório não tratam de sua aplicação a partir da Constituição Federal, e sua incidência sobre tratado, lei ou decreto, o que é vedado aos Conselheiros do CARF (artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Ricarf, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015), mas a partir de legislação tributária.

Assim, quando se fala que são nulas as decisões tomadas com preterição do direito de defesa (artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235, 1972), fundamento também invocado pelas Recorrentes, estamos tratando do processo administrativo fiscal e não do procedimento de fiscalização, este última de caráter inquisitório.

Sim, o procedimento é regrado pelo Decreto nº 70.235, de 1972 (recepcionado como lei) e, subsidiariamente, pela Lei nº 9.784, de 1999 e pelo Código de Processo Civil, todavia somente com a instauração da fase litigiosa passa a ser emoldurado pelo princípio da ampla defesa e do contraditório.

Tanto que a participação do contribuinte e dos responsáveis no procedimento é totalmente dispensada no caso de o Fiscal deter provas suficientes à comprovação da ocorrência do fato gerador, ocasião em que o crédito tributário será constituído e o primeiro contato com o sujeito passivo será para comunicar-lhe dessa constituição para que pague ou apresente sua impugnação para, então, instaurar o litígio.

O que se deve ter em mente é que a administração tributária solicita informações aos contribuintes para formar a própria convicção sobre a existência ou não de fato gerador e não para permitir que haja manifestação ou acompanhamento do procedimento fiscal em obediência aos princípios invocados.

É de se observar que a própria contribuinte, a Ampla, alega a nulidade por falta de intimação dos coobrigados, o que se torna algo sem sentido, pois estaríamos aceitando um possível benefício em função da utilização da própria torpeza. É um verdadeiro paradoxo recursal.

Ora, se a contribuinte reconhece a existência dos coobrigados e diz que, então, eles é que teriam que ser intimados para apresentar os documentos que não apresentou, e que ensejaram o arbitramento, sob pena de nulidade, estaria ela querendo subtrair de si a responsabilidade, deslocando-a para os administradores ocultos, beneficiando-se então desta situação para extinguir o crédito e, por consequência, afastando a responsabilidade, também, dos sócios ocultos?

É o mesmo paradoxo que encontramos quando os apontados como responsáveis tributários alegam que deveriam ter sido intimados durante o procedimento fiscal, requerendo a nulidade do auto de infração e do arbitramento, nos mesmos termos do contribuinte, e, mais adiante, alegam e buscam provar que não são responsáveis tributários.

Esses aparente paradoxos, contudo, são reflexos da interpretação equivocada dos Recorrentes de que existe litígio e acusados na fase procedimental e serve de corolário do entendimento contrário.

Os contribuinte e os responsáveis, a partir da ciência do procedimento fiscal passam a ser acusados e podem apresentar sua Impugnação instaurando o litígio. Antes disso, durante o procedimento, nada mais são do que investigados ou fiscalizados (na fala do D. Relator do acórdão recorrido), e este procedimento é inquisitório e dele pode resultar lançamento ou a constatação de regularidade fiscal.

Entendendo-se desta forma, que é a correta na minha ótica, não são criados os apontados paradoxos, uma vez que as impugnações e os recursos apresentarão as razões visando a contradizer o fato e o direito como vistos pelo Auditor Fiscal, e não a requerer a participação durante o procedimento em si.

O que se tem, em verdade, é a tentativa de imputar ao Fisco um equívoco procedimental que não existe, isto por interpretação equivocada do momento de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à falta de intimação dos coobrigados para a apresentação dos livros e documentos fiscais, falta essa que deu azo ao arbitramento, buscam os Recorrentes a nulidade da utilização desta modalidade de apuração da base de cálculo e, conseqüentemente, a nulidade de todo o lançamento.

Retornamos então à questão: os responsáveis têm que ser intimados no procedimento ou somente são responsáveis com o trânsito em julgado administrativo do procedimento de lançamento?

Concluindo, como fizemos, que o procedimento é inquisitório, a resposta está no trânsito em julgado. Até sua ocorrência e depois do lançamento serão acusados e terão direito à ampla defesa e contraditório.

O que se deve buscar para verificar a correção da apuração da base de cálculo pelo arbitramento é se houve a correta intimação do contribuinte. A intimação, por sua vez deve ser feita no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte. Caso não localizado, ou seja, caso infrutífera a intimação em seu domicílio fiscal presencialmente ou pelo correio, ainda não deve ser considerado intimado. Neste caso, deve-se socorrer da intimação por edital. Só com o transcurso de quinze dias após a postagem do edital é que podemos considerar o contribuinte intimado.

Vejamos a norma presente no Decreto nº 70.235:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;

(...)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (grifei)

No caso presente, houve a tentativa de intimação pessoal da Ampla pela autoridade fiscal, que constatou a existência de outra empresa no endereço eleito pela Ampla como seu domicílio fiscal. Foi lavrado então, o termo de constatação (fls. 88 a 91) e obtida a declaração do sócio da Produtiva Nutrição e Moagem Ltda., empresa encontrada no local, Sr. Frederico de Deus Abritta (fl. 95).

Improficua a intimação pessoal, foi feita a intimação por edital, como se vê no documento de fl. 96, edital que foi afixado no andar térreo da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte/MG, no período de 17/09/2009 a 05/10/2009, para ciência do Termo de Início de Fiscalização.

Houve vários editais, para ciência do Termo de Re-intimação Fiscal (Edital 78/2009), e outros, conforme conta do Termo de Verificação Fiscal (fl. 80).

A fiscalização constatou, pela 15ª alteração do Contrato Social, que as cotas majoritárias foram direcionadas para o Sr. Evandro Rodrigues Mundim, alteração societária não comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), pelo que tentou igualmente a intimação do sócio de direito, sendo os Termos enviados ao endereço do Sr. Evandro, que é o mesmo endereço do sócio de fato Sr. Argos.

Constata-se, portanto, que apesar de a Empresa ter sido intimada regularmente e, ainda, mesmo que sem previsão legal, ter sido intimado o sócio da Ampla, não foram apresentados os livros contábeis e fiscais requeridos. Desta forma, foi utilizada a receita declarada para o Fisco Estadual como receita conhecida para fins de base de cálculo.

O artigo 47 da Lei nº 8.981, tem a seguinte redação:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

(...)

Ora, o contribuinte, regularmente intimado, deixou de apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, então, o caminho do arbitramento está correto. E não há arbitramento condicional, conforme jurisprudência sumulada deste Conselho Administrativo. Uma vez regularmente intimada e não apresentados os livros, prevalece o arbitramento, mesmo que haja apresentação posterior:

Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

Sobre a regularidade ou não do arbitramento, resta analisar a base de cálculo. A Ampla, embora não mantivesse suas declarações à RFB corretas, mantinha as declarações ao Fisco Estadual apresentando montantes bem mais elevados e que tinham correspondência com sua movimentação financeira. Este não é um expediente raro, pelo contrário, muitas empresas que buscam fugir da tributação federal agem desta forma, haja vista que o Fisco Estadual é bem mais presente do que o Federal.

Isso levou a fiscalização a considerar os valores declarados ao Fisco Estadual como a receita bruta conhecida para fins de obter a base de cálculo do arbitramento. Nada há a obstar em relação a este procedimento fiscal. Já seria suficiente a consideração dos valores declarados ao Fisco Estadual, ao que se soma o fato de os montantes serem compatíveis com a movimentação financeira da Ampla, constituindo verdadeiro exaurimento, no sentido criminal do termo.

Há argumentos que dizem de presunção do fisco, ou utilização de indícios sem busca da verdade material, com transcrição de vasta doutrina, aos quais só se pode atribuir total desconhecimento da legislação tributária.

O procedimento foi linear, simples, inequívoco. Arbitramento é forma regular de obtenção do lucro de empresa quando não se pode alcançar o lucro real ou presumido por vários motivos, dentre os quais a não apresentação dos livros contábeis e fiscais, ou livro caixa, no caso de optante pelo lucro presumido, aplicado à situação presente.

Então, uma vez caracterizada a não apresentação dos livros ante regular intimação, não há que se falar em presunção ou indício. A forma de se contrapor ao arbitramento é apontar alguma irregularidade da intimação ou da apuração em si, o que não houve, como já falado.

Não há o que presumir: intimação regular - não apresentação - arbitramento.

Da mesma forma não tem guarida a invocação do princípio da verdade material, como tratado pelos Recorrentes. Dizem que a fiscalização não buscou a verdade com

a análise dos fatos contábeis registrados na escrita da Empresa. Ora, o fisco não teve acesso à escrita da Empresa, não havia como buscar a dita verdade.

A Ampla, em seu recurso beira o desrespeito quando transcreve o artigo 47 da Lei 8.981, de 1995, apenas com seu inciso II, que trata da escrita considerada adulterada ou imprestável como fundamento para o arbitramento, concluindo que:

Presume-se que para que a autoridade fiscal arbitre o lucro, deverá antes averiguar a escrituração fiscal, investigando elementos concretos que permitam a apuração do lucro real.

Ora, estamos clara e meridianamente tratando de um caso de arbitramento por falta de apresentação de livros, cujo fundamento é o inciso III do mesmo artigo que foi omitido na transcrição. Resta indagar o que pretende a defesa com este argumento. Absolutamente inaplicável ao caso.

Com isso concluímos pela regularidade do arbitramento.

Violação dos Princípios Constitucionais da Capacidade Contributiva e do não confisco

O julgamento administrativo trata da aplicação da legislação tributária como apresentada no sistema jurídico. Assim, a norma válida e eficaz, assim entendida a promulgada e publicada, dotada de presunção de correção formal e material, não pode ser desconsiderada pelo julgador.

Tal matéria é expressamente tratada no Ricarf vigente:

ANEXO II

*DA COMPETÊNCIA, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS
COLEGIADOS DO CARF*

TÍTULO II

DO PROCEDIMENTO

CAPÍTULO II

DO JULGAMENTO

(...)

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

Como se vê, o Regimento preserva a competência constitucional do Poder Judiciário, não permitindo ao julgamento administrativo avaliar a validade e eficácia do sistema jurídico ante a Constituição.

Assim, todos os argumentos que dizem da inaplicabilidade da legislação por afrontarem à Lei Maior não são conhecidas deste colegiado, por absoluta incompetência e proibição expressa, devendo ser levadas ao Órgão competente do Poder Judiciário.

Os princípios invocados, em especial os da capacidade contributiva e do não-confisco dizem respeito ao legislador, quando do processo legislativo.

De qualquer sorte, não conheço dos argumentos referidos.

Da utilização de Provas ilícitas pelo Fisco

A ilicitude invocada abrange de um lado a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e, de outro lado, provas obtidas em processo com sigilo judicial sem autorização para tanto ou com cerceamento do direito de defesa.

Sobre a quebra de sigilo bancário vê-se no processo que houve a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira para os banco em que a Ampla movimentava contas (fls. 696 a 721), nos termos determinados pela Lei Complementar nº 105 e sua regulamentação.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, com trânsito em julgado em 29 de outubro de 2016, nos seguintes termos (excerto do inteiro teor do acórdão):

1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.

(...)

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação

fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

(...)

Como se vê, portanto, não há, conforme a decisão, quebra do sigilo bancário com a aplicação do prescrito na Lei Complementar, mas verdadeira transferência dos dados sigilosos para a RFB, que manterá os dados sob sigilo fiscal.

Além de tudo o já falado, destaco que as informações financeiras regularmente obtidas pela fiscalização apenas serviram para corroborar os valores declarados ao Fisco Estadual, estes sim, que serviram para apuração da receita bruta conhecida.

Tendo em conta o efeito *erga omnis* e vinculante da decisão em ADI, sem razão os recursos, mantendo-se imaculado o lançamento.

Quanto à segunda alegação é invocado o inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

(...)

Sobre o assunto há extensa digressão, apontando, ao final, como ilícitas as provas obtidas através de violação de domicílio, de sigilo da correspondência ou das comunicações telefônicas ou, até mesmo, as provas emprestadas sem a devida ordem judicial.

Prosseguem dizendo que o trabalho fiscal teve origem na "Operação Castelhana", realizada pela Polícia Federal, autos nº 2008.38.00.03850-0. Consta ainda que o Ministério Público ofereceu denúncia junto ao juízo da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte, especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direito e valores, autuado sob nº 2007.38.00.032208-7.

Alegam os Auditores Fiscais que o mesmo juízo citado determinou nos autos o compartilhamento de provas com a receita federal de Minas Gerais, devido ao segredo de justiça, juntando uma decisão no processo nº 2007.38.00.032208-70. A referida decisão, no entanto, incluiu como acusados os advogados, contadores, "laranjas" e uruguaios. Além disso determina o seguinte:

"Delimitação da lide

A conveniência da instrução e a racionalização dos trabalhos justificam a delimitação da lide e o desmembramento do feito proposto pelo Ministério Público }Federal quanto aos "clientes" dos indiciados. Desse modo, determino a expedição de requisição à Polícia Federal para que instaure inquéritos policiais, no prazo de 30 dias, destinados a investigar a conduta dos responsáveis pelos grupos empresariais KANECHOMN, PINK, MORETTO, PIF PAF, JM, SAMONEY E KICALDO, a partir das cópias descritas no item 6 da cota Ministerial localizada às fls. 61/62 (Volume V)"

"Extensão da quebra de sigilo à Receita Federal..."

Ademais, só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal aqueles dados pertinentes à administração tributária, isto é, pertinentes a fiscalização para efeito de constituição de crédito tributário, sendo certo que, por dever de ofício, a autoridade administrativa está obrigada a preservar o sigilo dos dados que tenha acesso, configurando infração penal a eventual divulgação que venha a ser feita.

Desse modo, determino a intimação do Superintendente da Receita Federal em Minas Gerais, a fim que designe equipe para analisar os autos relativos às quebras de sigilo telefônico, bancário, informático e telemático, bem como os malotes derivados das apreensões realizadas nesses autos e acautelados nesta Secretaria, a fim de subsidiar eventual instauração de ações fiscais ou ainda instruir ações já instauradas.

Autorizo, desde já, a carga dos malotes pela Receita Federal pelo prazo de 60 dias quando então deverão ser devolvidos à Secretaria, com termo nos autos."

Com base neste excerto afirma a Recorrente Pink que a Ampla em nenhum momento faz parte de qualquer medida judicial; em nenhum momento teve contra si qualquer ordem de quebra de sigilo ou de compartilhamento de informações sigilosas; não é mencionada na ordem judicial; nunca teve contra si qualquer procedimento investigatório aberto.

Nem mesmo a empresa Pink teve contra si um procedimento investigatório aberto.

Alega que não pode ser considerada a ordem de compartilhamento de dados e documentos da "Operação Castelhana" em face da autuada, mas tão somente em face dos denunciados que constam no corpo de tal decisão.

Afirma que todo o procedimento é nulo, pois deve ter havido uma medida cautelar de quebra dos sigilos (fiscal, telemático, telefônico, etc.) e há cerceamento do direito de defesa à medida em que não pode ser apurada em face de quem a ordem foi expedida; qual seu conteúdo; em que termos ela foi expedida; se houve essa ordem, em que lugar do trabalho fiscal ela se encontra; onde está a cópia da inicial que requereu tal ordem. Como se poderá verificar se os documentos utilizados pelo fisco foram autorizados pelo juízo competente?

Ademais, completa, sabe-se que a importação de prova colhida em processo que tramita em segredo de justiça só é admitida para outro processo ou procedimento que tramita entre as mesma partes, a fim de manter o interesse protegido na demanda original.

Entendo que a defesa ultrapassa os limites do razoável e não tem nenhum fundamento em suas alegações.

Em primeiro lugar, não cabe à Receita Federal perquirir qualquer juízo nos termos pretendidos pela Recorrente. Pretende ela que, ao ter oportunidade de compartilhar todos os documentos e provas para fins de verificação da eventual ocorrência de algum fato gerador oculto, a Receita verifique todos os procedimentos determinados pelo juiz competente, para emitir um juízo de valor sobre sua legalidade e correção. Não cabe ao fisco procurar e juntar ao processo fiscal eventual medida cautelar, anterior ao processo em que é determinado o compartilhamento das provas e que lhe deu suporte, medida esta que determinou as quebras de sigilo.

Isso ultrapassa o limite do bom senso. O fisco teve autorização judicial expressa para compartilhar as provas e isso se deve ao simples fato, exaurido pelo acórdão recorrido, de que a ação penal nos crimes contra a ordem tributário só tem existência ante um crédito tributário definitivamente constituído.

A Recorrente Pink Alimentos alega que a Ampla não é citada na autorização de compartilhamento, mas esquece de que na peça o juiz afirma: " destinados a investigar a conduta dos responsáveis pelos grupos empresariais KANECHOMN, PINK, ..." e existe, comprovadamente nos autos, um agrupamento delituoso entre a PINK, a Ampla, e o grupo "Discipulos", uma verdadeira promiscuidade cujo resultado foi omissão de receitas à tributação federal. Mas isto será melhor tratado adiante, quando da análise das sujeições passivas solidárias.

A alegação de que o compartilhamento de prova colhida em processo que tramita em segredo de justiça só pode ser feito para processo ou procedimento com as mesmas partes deveria, em verdade, ser endereçada ao juiz que autorizou o dito compartilhamento ou objeto de medida judicial contrária. A Receita Federal não tem interesse jurídico ou mesmo competência para se contrapor a esta ordem judicial.

Sobre a admissibilidade de prova emprestada, vê-se que o fisco tratou de produzir as próprias provas, usando somente as que dizem respeito da vinculação delituosa entre as partes.

Ademais, faço meus os argumentos apresentados no acórdão recorrido, que transcrevo:

A tese dos impugnantes segundo a qual não se admite a prova emprestada para constituir o crédito tributário também não se sustenta.

Rigorosamente prova emprestada é aquela que consiste no traslado para outro do resultado da instrução probatória, isto é, das provas produzidas em juízo, que se dão sob a condução do magistrado e com participação das partes. Exemplos típicos são o depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas. As restrições que segundo alguns doutrinadores devem se impor ao empréstimo desse tipo de prova decorrem do princípio da oralidade, do juiz natural, e do livre convencimento. A idéia é que a força de convencimento dessa prova está associada ao juiz que participou do processo de sua coleta. Há também considerações que dizem respeito à necessidade de contraditório. Nesse sentido, não se considera empréstimo de prova o emprego em mais de um processo de prova dita pré-constituída, isto é, aquela que existe antes de ser produzida em juízo, a exemplo das provas documentais, periciais etc.

Ora, no presente caso, todas as provas questionadas pelos impugnantes são pré-constituídas. Não resultam da fase de instrução probatória dum processo judicial em curso, mas foram obtidas durante a realização de uma operação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Não se pode nem sequer falar em traslado de peças processuais, uma vez que se trata somente de cópias de documentos que fazem parte do conjunto de itens apreendidos na execução dum mandado judicial de busca e apreensão e que se achavam acondicionados em malotes lacrados, mantidos sob a guarda da Justiça Federal. Essa circunstância é comprovada pelos termos de deslacrção, exame de documentos, constatação e lacração que fazem parte do anexo V destes autos.

Da ilegitimidade passiva de Antônio Aparecido Alves

Alega o Recorrente que nunca administrou a Ampla, atribuindo esta função ao Sr. Luiz Cláudio. Para tanto junta declarações de sócios formais da Empresa. A alegação, contudo, não corresponde aos fatos comprovados nos autos.

Em alguns momentos atuou como sócio administrador de direito e, em outros, como sócio administrador de fato.

Sobre o tema consta no acórdão recorrido o seguinte:

Contudo, em que pese aos argumentos do impugnante e as declarações juntadas a sua impugnação, as provas presentes nos autos refutam a sua tese e demonstram que, embora formal e ostensivamente ele não tenha integrado o quadro de sócios ou gestores da Ampla durante todos os períodos de apuração

alcançados pelo lançamento, em verdade ele mantinha estreitos vínculos com a empresa e nunca deixou de atuar como um dos seus proprietários e administradores. E mais ainda, procurou ocultar esses vínculos, o que enquadra seus atos, em tese, nos tipos penais previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. E dessa mesma ilicitude resulta ainda a sua responsabilidade solidária passiva pelo crédito tributário constituído, em face do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, do CTN.

As provas que levaram o autuante a atribuir ao impugnante a condição de sujeito passivo solidário foram fornecidas por cartórios e instituições financeiras e consistem em escrituras de compra e venda de imóveis, contratos de financiamentos e fichas cadastrais de contas bancárias. Elas se acham distribuídas entre as folhas 131 a 514 dos autos. Nos parágrafos seguintes são salientados as informações e dados presentes nesses documentos que, sem sombra de dúvida, comprovam que o sr. Antônio Aparecido, a despeito de suas constantes ingressos e saídas do quadro societário da Ampla, em verdade sempre atuou como seu administrador e sócio durante todo o intervalo de tempo que correspondem aos fatos geradores abrangidos pelo lançamento de ofício.

Nas fichas de assinaturas e identificação dos responsáveis pelas contas mantidas no Banco BCN (depois incorporado pelo Bradesco) a fls. 140, 143, 169, e 172, o sr. Antônio Aparecido Alves é identificado ora como representante legal ora como sócio gerente ou administrador da Ampla e a ele são conferidos amplos poderes para movimentar a conta bancária. O mesmo se observa nas fichas de assinaturas e identificação dos responsáveis fornecidas pelo Banco do Brasil a folhas 214, e do Banco do Nordeste a folhas 202. Embora outras pessoas também sejam eventualmente identificadas como representante da Ampla nessas fichas, a única figura constante é o impugnante.

Segundo o termo de verificação fiscal a folhas 68 a 85, a partir da 12ª alteração contratual, datada de 02.01.2007, o sr. Antônio Aparecido retira-se definitivamente da sociedade. No entanto, os documentos bancários obtidos pelo fisco demonstram que ele continuou a realizar operações e assumir o papel de administrador e representante da Ampla muito tempo depois dessa data. Há inúmeros exemplos nos autos. Na ficha fornecida pelo Banco Bradesco, a folhas 172, impressa em 10.08.2010, ele aparece como representante da empresa. O mesmo se observa na ficha fornecida pelo Banco do Nordeste, em que a assinatura do sr. Antônio Aparecido aparece ao lado da data 16.02.2007.

Mais significativos ainda a esse respeito são os contratos de financiamento bancário contraídos pela Ampla. A folhas 174 a 181 encontra-se um contrato de desconto de títulos assinado com o Banco do Nordeste, em 09.02.2007, com validade de um ano, o qual sr. Antônio Aparecido assina em dois lugares, assumindo simultaneamente o papel de fiador e de representante da Ampla. Já a folhas 216 a 222 vê-se um contrato de arrendamento

mercantil firmado em 12.03.2007 com o Banco do Brasil no qual o sr. Antônio Aparecido assume novamente o duplo papel de representante da Ampla e cedente de fiança pessoal. Já a folhas 230 e 231 acham-se dois comunicados datados de 31.05.2007 e subscritos pelo sr. Antônio Aparecido, pelos quais se autoriza o Banco do Brasil a efetuar débitos na conta da Ampla dos encargos relativos a empréstimos concedidos por essa instituição, assim como a considerar vencidas antecipadamente dívidas da empresa na hipótese de haver alteração do seu contrato social sem a anuência prévia do credor. Portanto, é certo que o impugnante continuou interferindo diretamente nos negócios da empresa mesmo após o seu desligamento formal dela.

Acato a análise probatória e as conclusões do D Relator do acórdão atacado. Não há como não reconhecer a participação efetiva do Sr Antônio na administração da Ampla e também o intuito de esquivar-se desta condição, saindo formalmente da sociedade, embora continuasse atuando como gerente.

Sobre os bens que possui, diz que o apartamento foi adquirido em 2001, antes, portanto, dos fatos narrados e que o foi com recursos de sua esposa. Alega que apenas emprestou o nome para a negociação do apartamento adquirido em 2006, sob o mando do Sr. Luiz Cláudio, e que ele, o apartamento, foi vendido imediatamente, sem que o Recorrente tenha recebido nada em função do negócio. Assim, seus bens seriam incompatíveis com a função de administrador de um empresa que movimentava milhões de reais.

Reconheço que a sujeição passiva na condição de responsável tem o fito de atribuir garantia ao crédito tributário, o que só se confirma com a existência de bens em nome dos submetidos a esta responsabilização. Todavia, o fato de o responsável não possuir bens acumulados compatíveis pode ser um indício de ausência de poderes a ser comparado com as demais provas constantes dos autos, que reputo conclusivas. Deve-se levar em conta, também, a possibilidade de serem apontados bens ocultos durante a própria execução fiscal. Assim, não vejo como suficiente para sustentar a retirada de uma responsabilidade tributária comprovada documentalmente nos autos pelo simples indício de que o responsável não possui bens, tantas são as formas de ocultá-los ou blindá-los hodiernamente.

Seria como a aplicação análoga do princípio da insignificância: o agente seria responsável, mas teria essa condição afastada por não possuir bens a oferecer em eventual execução.

Diz o defendente que não pode ser responsabilizado pela artigo 135 do CTN, pois este requer que se demonstre que houve administração efetiva na época da ocorrência do fato gerador e que a obrigação decorra de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Está fartamente demonstrado que houve atos de gestão no período entre 2004 e 2007, do mesmo modo, que a atuação dos administradores se deram em infração à lei.

De início é de se notar que o artigo 135 não requer dolo, mas é aplicável, também ao ato culposo. O simples fato de ser administrador em um período em que se informava à Receita Federal uma receita bruta infinitamente inferior à real, denota ou omissão, decisão pessoal ou condescendência pelo responsável pela gerência.

E não se trata de equívoco, erro de informação, haja vista os montantes envolvidos, como se vê no quadro elaborado pela fiscalização:

Ano-calendário	Receita Bruta Declarada RFB	Receita Bruta* Declarada SEF/MG	Ocultação de Receitas
2004	984.030,22	31.159.492,43	-30.175.462,21
2005	1.125.818,56	43.653.458,35	-42.527.639,79
2006	1.367.440,74	141.349.747,84	-139.982.307,10
2007	0,00	115.969.933,13	-115.969.933,13

Por outro lado, a própria tentativa de esquivar-se da condição de administrador, buscando ocultar a condição de responsável tributário de forma dolosa, afastando-se formalmente da sociedade mas continuando a gerenciá-la, é atuação contrária a lei e consubstancia sonegação e fraude, como descritas na Lei nº 4.502, de 1964:

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.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.(grifei)

Sobre ser ou não substitutiva a responsabilidade atribuída pelo artigo 135 em nada interfere na subsunção ou não do fato à norma, tratando-se da forma como será cobrado o tributo lançado.

Ademais, poucos doutrinadores defendem o efeito substitutivo da norma inserida no referido artigo e , também, além de ser a interpretação adotada pela administração tributária, várias são as decisões judiciais que atribuem solidariedade à responsabilidade consagrada na norma:

TRF-1 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL EDAC 200238030011940 MG 2002.38.03.001194-0 (TRF-1)

4. A responsabilidade solidária só pode ser verificada se presentes os requisitos do art. 135 , III, do Código Tributário Nacional .

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 26704 MG 2004.38.00.026704-5 (TRF-1)

Ementa:PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 135, III, DO CTN.

Finalmente deve-se fazer referência à súmula nº 435 do STJ, com o seguinte teor:

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Como vimos alhures, está mais do que provado que o Sr. Antônio Aparecido Alves atuou durante os anos de 2004 a 2007 e assim permaneceu até período posterior, como pode-se ver no documento de folha 172, pois foi impresso em 10 de agosto de 2010, como sócio administrador da Ampla, e esta simplesmente deixou de funcionar em seu domicílio fiscal, o que foi constatado pela fiscalização ao final de 2009, sem comunicação à administração tributária, aplicando-se integralmente a citada súmula.

Ora, se é legitimado o redirecionamento da execução fiscal, muito mais a sua inclusão no processo fiscal como responsável e em decorrente certidão de dívida ativa, pois quando da dissolução irregular estava na situação de sócio gerente, podendo assinar isoladamente, como consta da ficha bancária.

Rejeito a arguição e mantenho o Sr. Antônio Aparecido Alves como sujeito passivo solidário, negando provimento ao recurso do sujeito passivo neste aspecto.

Da ilegitimidade passiva da Pink Alimentos do Brasil Ltda. - da impossibilidade de coobrigação - da inexistência de responsabilidade solidária da Recorrente - da impossibilidade da imputação da responsabilidade pela fiscalização - competência exclusiva da PGFN em sede de execução fiscal

A Recorrente justifica os documentos encontrados em seu estabelecimento por ocasião da busca e apreensão na "Operação Castelhana" afirmando que a Ampla tinha uma relação comercial com a Pink, e que a produção era da empresa Pink e a comercialização da empresa Ampla.

Não é verossímil a justificativa.

Existem duas formas normais de atuar para empresas independentes: ou como representante comercial ou adquirindo a mercadoria e revendendo.

No primeiro caso, a empresa comercial atua como intermediária entre a detentora das mercadorias e o comprador, emitindo pedidos, podendo ou não ser responsável pela entrega, o que depende do contrato de representação e recebe pelo serviço de venda da empresa cujas vendas representa sob forma de comissão. A nota fiscal que a representante emite é a de prestação de serviços, das comissões recebidas, sobre as quais responderá tributariamente, e as emite para a empresa representada. A nota fiscal das mercadorias é da empresa representada, jamais do representante comercial.

No segundo caso, a empresa compra da produtora, internaliza as mercadorias compradas (estoque) e as revende. As notas fiscais das mercadorias são emitidas: da produtora para a empresa revendedora e da revendedora para o comprador final. São duas notas fiscais de venda de mercadorias.

Contudo, o que se vê dos documentos apreendidos era a emissão de notas fiscais pela Ampla diretamente aos compradores finais, relativas a mercadorias pertencentes à

Pink, que só ficava encarregada da cobrança (fls. 1022 a 1060). Como pode um empresa emitir notas fiscais de venda de mercadorias que não lhe pertencem?

Não é uma operação normal como pretende demonstrar a Defendente. Denota, sim, promiscuidade entre as empresas, o que fica corroborado com os outros indícios, tais como a permanência de carimbos da Ampla na sede da Pink. Será que era assim que se dava com outras relações comerciais da Ampla?

Diz a recorrente que após a entrega das mercadorias, os clientes realizavam o pagamento a empresa Ampla e esta realizava, na mesma medida, o pagamento a empresa Pink. Pagamento realizado contra o que? Contra um pedido? Com a emissão da nota fiscal de venda pela Ampla, pressupõe-se que a mercadoria era dela, então ela paga a Pink sem documento algum? A que título?

Argumento frágil e inaceitável.

O que se tem é uma real confusão entre as empresas, nada normal e não autorizada pela legislação pátria, contrariamente ao aduzido pela Pink.

No "Relatório Reservado"(fls. 722 a 727), que a Recorrente tenta desmerecer por ser apócrifo, o Sr. Marcelo Pereira Cardoso aparece como integrante do Conselho de Administração, ao tempo em que presta fiança para a Ampla junto ao Banco do Nordeste. Trata-se, o relatório, de documento regularmente apreendido na sede da Pink e tratado como mais um indício, o que é absolutamente aceitável.

Sobre a confusão entre as empresas, retrato as palavras do Relator do acórdão recorrido:

Note-se também que, em se tratando de empresas realmente independentes, embora uma seja cliente da outra e elas realizem entre si operações comerciais vantajosas para ambas, há um certo conflito de interesses, visto que quanto maior for a margem de lucro de uma com cada negócio realizado tanto menor será a margem da outra. Nesse aspecto, elas situam-se em pólos diametralmente opostos, pois a lucratividade da Pink requeria que cobrasse o preço mais alto possível pelos produtos fornecidos à Ampla, mas esta obviamente desejaria pagar o menor preço possível. Assim, a Ampla deveria resguardar as informações relativas as negociações que fazia com os adquirentes dos produtos por ela comercializados e que eram fornecidos pela Pink. No entanto, foram apreendidos não só notas fiscais como também pedidos e memorandos que dizem respeito à fase anterior à efetivação da venda dos produtos. Isto é, os documentos revelam que a Pink tinha conhecimento dos termos pelos quais a Ampla negociava com os seus clientes. Daí se pode inferir que a Ampla e a Pink operavam como se fossem uma só empresa, com interesses absolutamente coincidentes. Deve-se mencionar ainda que até uma alteração do contrato social da Ampla foi apreendida na operação Castelhana, circunstância que de modo algum é condizente com a tese da impugnante e demonstra que a Pink interferia até mesmo na organização societária da Ampla.

O fato de haver outros responsáveis solidários não afasta a responsabilidade da Pink e não representa contradição. Tantos serão os responsáveis solidários quanto forem provadas as suas ligações com a administração da Empresa autuada.

Sendo idênticos os argumentos aos da Impugnação, não há muito o que acrescentar em relação às conclusões do acórdão recorrido, pelo que transcrevo excertos:

Diferentemente do que argumenta a impugnante, não é sinal de contradição nem de debilidade do trabalho fiscal o fato de outras pessoas terem sido apontadas como proprietárias e administradoras da Ampla, ao lado da Pink. Uma vez que se trata de situação de fato, a responsabilidade que surge é de natureza solidária e o vínculo obrigacional de um não exclui o dos demais. O autuante pode não ter sido cuidadoso com a nomenclatura, pois ao empregar o termo subsidiária integral, pareceu sugerir que a Pink era de fato proprietária de 100% do capital da Ampla. Não obstante, o conjunto dos fatos narrados por ele claramente afasta tal interpretação, pois se fosse essa sua intenção, não teria apontado outras pessoas como proprietários e responsáveis de fato pela Ampla. Em verdade, o contexto de sua narrativa leva a concluir, sem nenhuma dúvida, que a Pink compartilhava a propriedade e a administração da Ampla com as demais pessoas apontadas como responsáveis solidários.

Uma vez que o termo de verificação fiscal e as provas recolhidas pelo fisco demonstram que tanto a Pink como os srs. Luís Cláudio, Argos Mundim e Antônio Aparecido atuavam como verdadeiros sócios e administradores de fato da Ampla, não há nenhuma necessidade, para efeito de caracterizar a responsabilidade solidária para com os débitos tributários desta, de comprovar que entre a Pink e aqueles senhores houvesse algum vínculo e muito menos que eles interferiam nas atividades da Pink, além da participação societária de fato em comum. Duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, podem perfeitamente ser sócias de uma sociedade sem que estabeleçam vínculos outros entre si.

(...)

A impugnante argumenta que as notas fiscais apreendidas corresponderiam a apenas 1% dos negócios da Ampla, o que seria irrisório e não justificaria a sua inclusão como responsável ao mesmo tempo em que outros clientes que teriam negócios mais volumosos com aquela empresa não foram arrolados como sujeito passivo solidário. O argumento, porém, é infundado. A impugnante não foi autuada na condição de responsável em virtude do volume dos negócios realizados com a Ampla, mas sim em consequência de terem sido encontrados em sua sede documentos que demonstram ter ela atuado como sua administradora e proprietária de fato. Não se tem notícia de que documentos fiscais, contábeis e administrativos da Ampla tenham sido apreendidos na sede de qualquer outro de seus parceiros comerciais.

O argumento da impugnante também é desarrazoado porque, embora as notas fiscais apreendidas em sua sede respondem por

apenas uma fração do total emitido pela Ampla, elas são os únicos documentos que contêm a identificação dos seus adquirentes de mercadorias. Uma vez que a Ampla não atendeu a nenhuma intimação fiscal para apresentar seus documentos, não se conhecem quais foram os clientes que contribuíram para a maior parte do seu faturamento. Nem tampouco, por essa mesma razão, se pode precisar se a Pink participou dessas operações e em que proporção.

(...)

Formal e ostensivamente, a Pink e Ampla não têm nenhum vínculo jurídico de natureza societária, apesar de as provas presentes nos autos demonstrarem que aquela atuava como proprietária e sócia de fato da outra. Isso evidencia que a Pink ocultou, de maneira fraudulenta, sua condição de responsável pela Ampla, o que caracteriza, em tese, um dos crimes tributários previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Houve ainda violação e tentativa de fraude das leis societárias, uma vez que se ocultou a verdadeira composição societária da Ampla.

Essas infrações de lei, assim como os vínculos entre a Pink e a Ampla categoricamente demonstrados, fornecem a base material para a aplicação do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, ambos do CTN para atribuir à Pink Alimentos do Brasil a responsabilidade passiva solidária pelo crédito tributário constituído.

O artigo 142 do CTN, ao regulamentar o lançamento tributário, estabelece que ele é de competência privativa da autoridade administrativa e que esse ato compreende, entre outros aspectos, identificar o sujeito passivo. O CTN confere, portanto, de maneira expressa, competência aos auditores fiscais para identificar o sujeito passivo. Este, por sua vez, de acordo com o artigo 121 do mesmo código, classifica-se em duas categorias: a) contribuinte, definido como aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador do tributo; b) responsável, definido como aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, se torna obrigado em decorrência de disposição expressa de lei. E é o próprio CTN que, em diversos de seus artigos estabelece as hipóteses em que pessoas físicas ou jurídicas deverão ser chamadas para responder pelo crédito tributário ainda que não revistam a condição de contribuinte. Realmente, as normas de atribuição de responsabilidade tributária acham-se enunciadas nos artigos 124 e 128 a 138 do CTN. Conseqüentemente, a tese da impugnante segundo a qual a fiscalização não tem competência para atribuir responsabilidade a terceiros não só é desprovida de respaldo legal como também vai de encontro a disposição expressa do CTN.

Com esses fundamentos mantenho a sujeição passiva de Pink Alimentos do Brasil. Ltda.

Da ilegitimidade passiva de Marcelo Pereira Cardoso

Não há o que retocar nos argumentos apresentados pelo acórdão recorrido, pelo que os acato:

O impugnante argüi sua ilegitimidade passiva alegando não possuir nenhuma relação com a Ampla. Afirma também que nunca integrou o seu quadro de sócios e que, na época dos fatos geradores abrangidos pelos lançamentos já deixara de ser sócio da Pink, pessoa jurídica também arrolada pelo fisco como responsável pelo crédito tributário constituído. Afirma ainda que nesta última empresa nunca exercera funções administrativas.

Por fim, justifica o papel de fiador que assumiu em contrato de empréstimo bancário firmado pela Ampla alegando relação de parentesco e amizade com um dos sócios da empresa. No intuito de provar suas alegações, apresentou os documentos juntados a folhas 3.115 a 3.277.

Contudo, em que pese aos argumentos do impugnante e aos papéis por ele juntados aos autos, as provas e elementos presentes nos autos refutam a sua tese e demonstram que, embora formal e ostensivamente já tivesse deixado a Pink e jamais pertencera ao quadro de sócios ou gestores da Ampla, em verdade ele mantinha estreitos vínculos com as duas empresas. E mais ainda, procurou ocultar esses vínculos, o que enquadra seus atos, em tese, nos tipos penais previstos nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. E dessa mesma ilicitude resulta ainda a sua responsabilidade solidária passiva pelo crédito tributário constituído, em face do disposto no artigo 124, inciso I, e no artigo 135, inciso III, do CTN.

(...)

A análise da alegação de ilegitimidade passiva da Pink Alimentos do Brasil Ltda. nos levou à conclusão de haver verdadeira confusão nos negócios empreendidos pelas duas empresas - Pink e Ampla - o que é corroborado pela quantidade de documentos da Ampla apreendidos na sede da Pink e a forma como se davam as negociações. No "Relatório Reservado" de fls. 722 a 727 o Recorrente aparece como integrante do Conselho de Administração da Pink, o que mostra que já da administração da Pink o Sr. Marcelo buscava ocultar-se. E certamente, na confusão dos negócios entre as duas empresas era ele que estava a frente das decisões, também de modo furtivo.

Como já comentado anteriormente, somente o fato de tentar se manter oculto na administração da Pink e, conseqüentemente, da Ampla, dá azo à infração da lei a que se refere o artigo 135, III do CTN, fato que se subsume às previsões dos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, que conceituam a sonegação e a fraude tributárias.

E continua o acórdão:

A alegação de que não há prova suficiente de que a Ampla era controlada e administrada de fato pela Pink é analisada e refutada na subseção deste voto em que se aprecia e rejeita a argüição de ilegitimidade passiva da Pink. O mesmo vale para a alegação de que o trabalho fiscal, nesse aspecto, é obscuro e contraditório. Por sinal, quanto a tais matérias, o impugnante reitera os argumentos e objeções que já se encontram na impugnação apresentada pela Pink.

A falta de menção do nome da Ampla no documento intitulado “Relatório Reservado” (folhas 722 a 728 dos autos) não é prova de que a Pink não tivesse participação naquela, pois pode decorrer de uma mera omissão, ou simplesmente de a Ampla não ser considerada, aos olhos do grupo, uma coligada tal como a Alibra, a Progresso, a Invicta e a Alnutri. Apesar de o fisco ter usado o documento em causa como prova da relação societária entre a Pink e as demais empresas nele mencionadas, que não constava formalmente nos contratos sociais respectivos, nada impede que a administração tributária recorra a outros meios para demonstrar a existência de semelhantes vínculos com sociedades diversas. De acordo com o artigo 987 do atual Código Civil, em se tratando de sociedade de fato (por ele denominada sociedade em comum), os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Sendo a Pink controladora e administradora de fato da Ampla, e estando comprovado que Marcelo Pereira Cardoso atuava como dirigente da Pink, daí se segue estar ele também vinculado à Ampla, firma que se encontrava indiretamente subordinada a ele. Isso, por si só, justifica sua responsabilização passiva nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN. E como é obrigação dos sócios e administradores fazer constar seus nomes nos contratos e documentos constitutivos da sociedade a que pertencem, houve a violação de lei, contrato social ou estatuto a que se refere o artigo 135, inciso III, do CTN. Há, portanto, dois fundamentos legais para a responsabilização solidária do sr. Marcelo.

A circunstância de ter sido homologado por sentença judicial transitada em julgado o acordo que fixou os termos do suposto desligamento de sócios do quadro societário da Pink, não impede que as autoridades judiciais ou administrativas viessem futuramente a investigar a verdadeira participação de Marcelo Pereira Cardoso e ao cabo chegar a conclusão de que ele se mantinha ligado à sociedade. Com efeito, o artigo 472 do Código de Processo Civil em vigor estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Uma vez que a Fazenda Pública não fez parte do processo instaurado para homologar o acordo em causa, a coisa julgada eventualmente dele resultante não lhe pode ser oposta. E o artigo 469 do mesmo diploma legal estabelece que não fazem coisa julgada: I os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Ou seja, ainda que da sentença haja resultado a homologação da transação, em decorrência dela não se tornam verdade incontestável os fatos expostos ao juízo como justificativa para o pedido do provimento jurisdicional. Recorde-se, por oportuno, que, na época em que houve a prolação da sentença em causa, ainda não tinha sido realizada a Operação Castelhana e ainda não eram conhecidos os fatos por ela revelados.

O impugnante alega que era menor de idade quando ingressou na sociedade e por isso não poderia exercer funções de comando. A circunstância, porém, é irrelevante. O ingresso sucedeu, segundo ele mesmo relata, em 1990, quando tinha 13 anos de idade. Logo, já em 1999, pelo menos, ele atingiu a maioridade e se tornou habilitado à prática de todos os atos da vida civil, nos termos tanto do antigo como do atual Código Civil.

A continuidade da exploração da atividade pelo alienante, nos termos do artigo 133 do CTN, é fator que interfere na responsabilidade do adquirente da sociedade nos casos em que a atribuição de responsabilidade decorrer de algum evento sucessório, o que não é o caso do impugnante, qualificado como sujeito passivo solidário na condição de sócio ou administrador de fato de empresa que era controladora da Ampla.

Ainda que se admita que a fiança dada pelo sr. Marcelo no contrato celebrado entre a Ampla e o Banco do Nordeste foi motivada unicamente na relação de parentesco e amizade entre ele e o sr. Luís Cláudio, nem assim se tornaria ilegítimo sua atuação na condição de sujeito passivo solidário dos créditos tributários devidos pela Ampla. Basta para que seja responsabilizado o fato de ele ser diretor e sócio de fato da Pink e de esta controlar e administrar de maneira clandestina a Ampla, conforme já demonstrado nos parágrafos precedentes.

Não se sustenta tampouco a objeção fundada na circunstância de não terem sido incluídos como coobrigados os sócios nominais da Ampla, pelos mesmos motivos apresentados na mesma alegação dos outros impugnantes.

Assim, não havendo argumentos novos, refuto as alegações e mantenho a sujeição passiva do Sr. Marcelo Pereira Cardoso, nego provimento.

Da impossibilidade da multa de ofício qualificada

Ampla Alimentos do Brasil Ltda.

A Empresa atuada deixou de informar à administração tributária federal, de forma reiterada, a totalidade de sua receita bruta, sendo tributada pelo lucro presumido. E não foram valores irrisórios, como demonstra o quadro elaborado pela fiscalização e já mostrado nestas decisão, quando faz a comparação dos valores declarados ao fisco Estadual e os declarados à RFB. Portanto, omitiu receita deliberadamente.

Deixou de operar no endereço fornecido à RFB e, conseqüentemente, eleito como domicílio fiscal, sem nenhuma comunicação ao Órgão, existindo no local, quando da visita da fiscalização, outra empresa, a Produtiva Nutrição e Moagem Ltda., que a sucedeu.

Seus sócios utilizaram de interpostas pessoas para fugir à condição de administradores da Empresa, tentando, com dissimulação, atribuir a responsabilidade a "laranjas",

Ainda assim alega que agiu de boa fé e que a multa não deve ser qualificada.

Peço vênica para discordar. O artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, diz:

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.

Quem comete um equívoco o comete uma vez, até duas, mas a Ampla informou valores irrisórios de receita bruta por quatro anos de apuração trimestral. Foram 12 declarações, que representaram grave omissão de receitas e claramente visavam *impedir, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Atuou como sonegadora, a toda prova.*

Por outro lado, o artigo 72 da mesma lei afirma:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Quando informava valores inferiores de receita bruta, modificava as características essenciais do fato gerador, reduzindo o montante do tributo devido. Fraudadora do Fisco Federal então, a Ampla.

Não bastasse tudo isso, no ano-calendário de 2007 declarou todos os valores zerados, não pagando absolutamente nada de tributos federais, em que pese ter faturado mais de 115 milhões de reais.

Essa Empresa, certamente e sem resquício de dúvidas, não é uma séria e que age de boa fé, ao contrário, tem agir delituoso e requer atenção redobrada no trato de suas questões tributárias.

Fica mantida a multa qualificada em relação à Ampla Alimentos.

Pink Alimentos do Brasil Ltda. e Marcelo Pereira Cardoso

A Empresa alega que não foi provado o seu locupletamento pela eventual omissão de receitas de Ampla, que afirma não ter sido comprovada.

De outro lado, transcreve a súmula nº 14 do CARF, com o seguinte teor:

Súmula CARF nº 14: 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.

Assim, diz que não há prova de que tenha atuado com dolo para fins de sonegação como descrito no artigo 71 da Lei nº 4.502, 1964. Nesse sentido transcreve várias ementas de acórdão do CARF e da Câmara Superior de REcursos Fiscais (CSRF).

Um dos acórdãos que transcreve assinala que a inclusão de pessoas de reconhecida incapacidade econômico-financeira no quadro societário de pessoa jurídica, em substituição aos verdadeiros sócios, não é suficiente, tão-somente, para caracterizar a intenção de sonegar. Tal expediente, prossegue, pode configurar tentativa de frustrar eventual execução fiscal, não punível com multa qualificada. A sonegação se consuma no esforço de encobrir o fato gerador, segundo o tipo penal descrito no artigo 71 da Lei nº 4.502/64 e não na tentativa de frustrar a cobrança do crédito tributário, conclui.

Até o ano de 2006, o inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, assim se lia:

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

(...)

*II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de **evidente intuito de fraude**, definido 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.*(grifei)

O texto atual relativo à qualificação tem redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007. e tem o seguinte teor:

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

(...)

§ 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.

Como se vê, o "evidente intuito de fraude" ficou no passado, bastando que a situação se enquadre nos casos dos artigos 71,72 e 73 da citada lei, o que se mostra bem menos vago e traduz segurança aos contribuintes.

Assim, a súmula nº 14 do CARF requer uma pequena revisão para substituir a expressão "evidente intuito de fraude" pela subsunção dos fatos à previsão dos artigos já mencionados.

De qualquer sorte, já restou demonstrado quando da análise da sujeição passiva, que a Pink operava em verdadeira confusão com a Ampla, e que seu administrador de fato tinha poder decisório também na autuada.

Ante o fato de utilização de interposta pessoa a Pink pretende transferir a questão para fraude à execução, que não ensejaria a qualificação da multa, com o que absolutamente não concordo.

A identificação dos sujeitos passivos da obrigação tributária, tanto na qualidade de contribuintes, como na de responsáveis, é atribuição inerente à constituição do crédito tributário, inscrita no artigo 142 do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*(grifei)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Caso o sujeito passivo pretenda, por artifício, ardil, substituir responsável tributário por interposta pessoa realiza sim o objeto da sonegação e da fraude. A primeira ao furto do conhecimento da autoridade tributária *das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente*. Quanto à fraude, também, pois se reveste de ação dolosa tendente a evitar o pagamento do imposto devido.

Ficou provado por conta do "Relatório Reservado" (fls. 722 a 727) e da fiança prestada para a Ampla, que o Sr. Marcelo era administrador da Pink e da Ampla, embora tentasse ocultar esta condição.

Com isso incorreu em sonegação e fraude, conforme já explicado.

Assim, mantenho a qualificação da multa.

Antônio Aparecido Alves

Afirma o Recorrente que a multa não pode ser qualificada por ser necessária a prova do dolo por parte do fisco, o que não foi feito.

Aduz que a fraude fiscal deve ser comprovada mediante documentos, isto porque tratando-se de fatos econômicos ligados à sonegação devem eles ser efetivamente apontados pela fiscalização como capazes de gerar uma riqueza tributável que não foi tributada e que ficou à margem das declarações apresentadas ao fisco. A geração de riqueza ou patrimônio oculto por parte dos coobrigados não ficou provada pelo fisco.

Quando da análise da sujeição passiva solidária do Sr. Antônio ficou comprovado que ele participava ocultamente da administração da Autuada. Como administrador à época do fato gerador é responsável pela omissão de receitas consistente na declaração ao fisco federal de receita bruta infinitamente menor do que a declarada ao fisco estadual, como já amplamente comentado.

Além disso, o simples fato de obstaculizar o conhecimento por parte da fiscalização de sua condição de administrador, utilizando-se de interposta pessoa para esse fim, já constitui infração inserta no conceito de sonegação e fraude, como já tratado no último tópico (argumentos da Pink quanto à multa qualificada).

Desta forma, mantenho a qualificação da multa para o Senhor Antônio Aparecido Alves.

Do agravamento da multa de ofício

Além da qualificação da multa de ofício, entendeu a fiscalização e o acórdão recorrido que esta deveria ser agravada pelo fato de o Contribuinte não ter respondido às intimações, várias, feita por edital no decorrer da fiscalização e entre os meses de novembro de 2009 e novembro de 2010.

Nas justificativas apresentadas no acórdão atacado o que se extrai é que a Ampla, embora regularmente intimada deixou de apresentar os documentos e livros solicitados e este fato foi o ensejador do lançamento pelo lucro arbitrado.

Assim sendo, o caso se enquadra na súmula CARF nº 96, de seguinte teor:

Súmula CARF nº 96 A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Por conseguinte, afasto o agravamento imposto no lançamento tributário.

Da decadência

A alegação é de que, como se trata de tributos lançados por homologação, incide o §4º do artigo 150 do CTN, que determina que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é a data da ocorrência do fato gerador.

Tendo ocorrido o fato gerador do IRPJ e das contribuições sociais à medida que foram ocorrendo os creditamentos, os tributos de 2004 e de janeiro a novembro de 2005 tiveram o termo inicial da decadência iniciado em 01.01.2004 e o termo final em 01.12.2009.

Os auditores lançaram esse período, mas a impugnante somente teve ciência do lançamento após 15.12.2010, mais de cinco anos da data do fato gerador. Assim, não há dúvida de que decaiu o direito de exigir o suposto crédito tributário.

Não têm razão os Recorrentes. A súmula CARF nº 72 diz o seguinte:

Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Como o caso deste processo envolve a sonegação e a fraude fiscais, o termo inicial passa a ser, então, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do artigo 173 do CTN.

Para o IRPJ e a CSLL o primeiro trimestre lançado foi o 4º trimestre de 2004, findo em 31 de dezembro de 2004. Para o Pis e a Cofins, tributos mensais, o primeiro mês lançado foi dezembro de 2004. Em ambos os casos o lançamento a eles relativo poderia ser realizado no ano de 2005 e o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado é 1º de janeiro de 2006, que foi um domingo, então o prazo iniciou-se no dia 2 de janeiro de 2006, encerrando-se em 2 de janeiro de 2011.

O edital de ciência dos autos de infração foi afixado em 7 de dezembro de 2010 e a autuada considerada cientificada em 22 de dezembro do mesmo ano. Assim, não houve decadência dos tributos lançados.

Nulidade para aguardar a liberação dos documentos da Empresa pelo Fisco Estadual

Não existe arbitramento condicional, matéria incontroversa e já sumulada por este CARF (súmula CARF 59). Assim, se a Empresa regularmente intimada não apresentou os livros e documentos contábeis, tampouco justificou ou requereu prazo para fazê-lo, prevalece o arbitramento e não há que se falar em nulidade.

Da ilegalidade da taxa SELIC

O § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, estabelece que os juros aplicáveis são os equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. Estamos tratando, portanto de expressa determinação legal.

Por outro lado a matéria é objeto da súmula CARF nº 4, que transcrevo:

Súmula CARF nº 4 A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Lembro, por fim, que o artigo 62 do Anexo II do Ricarf impede a não aplicação de lei por inconstitucionalidade.

Desta forma está correta a aplicação dos juros da taxa SELIC.

Desconsideração da personalidade jurídica da Ampla

Em nenhum momento houve a desconsideração da personalidade jurídica da Autuada. A responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas é decorrente da aplicação dos artigos 124, I e 135, III do CTN.

Conclusão

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade, ilegitimidade passiva e decadência e, no mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários interpostos pelo Contribuinte e Responsáveis Solidários para afastar o agravamento as multa de ofício, nos termos do voto proferido.

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filhos - Relator

