



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo n° 13830.001265/2004-36
Recurso n° 147.779 Voluntário
Matéria IRF - Ano(s): 1999 a 2001
Acórdão n° 102-49.257
Sessão de 10 de setembro de 2008
Recorrente SOBAR S/A ÁLCOOL E DERIVADOS
Recorrida 5ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO-SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1999, 2000, 2001

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. - A imputação de responsabilidade solidária por crédito tributário só pode ocorrer nas hipóteses e nos limites fixados na legislação, que a restringe às pessoas expressamente designadas em lei e àquelas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

INTIMAÇÃO POR EDITAL. É válida a intimação por edital, nos termos do artigo 23, inciso III, do Decreto n°. 70.235/72.

MULTA DE OFÍCIO - Nos casos de lançamento de ofício, onde resultou comprovada a insuficiência do recolhimento de imposto, é exigível a multa de ofício no percentual de 75% por expressa determinação legal. O princípio constitucional que veda o confisco refere-se exclusivamente a tributos, não se aplicando às penalidades.

JUROS DE MORA - SELIC - 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 (Súmula 1º CC n°. 4).

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso da atuada e excluir

J.R.
D

do pólo passivo da relação as empresas tidas como responsáveis, nos termos do voto da Relatora.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE
Relatora

FORMALIZADO EM: 14 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura, Eduardo Tadeu Farah e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Relatório

Contra o contribuinte foi lavrado auto de infração de fls. 4/14, que exigiu o montante de R\$ 28.268,66 de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, R\$ 21.201,38 de multa de ofício e R\$ 13.572,92 de juros de mora, totalizando o valor de R\$ 63.042,96 (sessenta e três mil quarenta e dois reais e noventa e seis centavos).

A exigência decorreu da diferença apurada entre o valor escriturado e o valor declarado/pago, conforme consta do Termo de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal e Demonstrativo de Apuração de fls. 06/11.

Além da recorrente também foram autuadas como solidária as seguintes empresas:

- Rural Leasing S.A., Arrendamento Mercantil – CNPJ/MF 60.582.608/0001-01
- Securinvest Holdings S.A., - CNPJ/MF 03.839.026/0001-16
- Turvo Participações S.A., CNPJ/MF 05.013.312/0001-53
- Agro Industrial Espírito Santo do Turvo Ltda., CNPJ/MF 01.864.110/0001-64

Com relação às empresas Rural Leasing S.A Arrendamento Mercantil, Securinvest Holdings S.A, e Turvo Participações S.A., a fiscalização estadual entendeu por aplicar as regras atinentes à responsabilidade solidária em razão da alegada absorção, pelas citadas empresas, de parcela do patrimônio da empresa autuada, caracterizando-se, em seu entendimento, cisão parcial de fato da autuada.

Por sua vez, com relação à empresa Agro Industrial Espírito Santo do Turvo Ltda., alegou a fiscalização estadual que a aquisição, a título de arrendamento mercantil, do estabelecimento da autuada e sua exploração comercial implicaram, também, na responsabilidade solidária da empresa.

Portanto, a responsabilidade solidária das empresas supra citadas baseou-se na aplicação do artigo 124, inciso II, artigo 133, inciso II do Código Tributário Nacional c/c artigo 207, parágrafo único, inciso II do Decreto n°. 3.000/99 – RIR/99.

Regularmente intimado do Auto de Infração o contribuinte Sobar S.A. Álcool e Derivados apresentou impugnação às fls. 667/693, aduzindo em suma que:

- improcedente o lançamento de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) apurado presumidamente, na suposição de que foram pagos salários com valores não contabilizados e declarados, sem a retenção respectiva;
- a multa aplicada apresenta caráter confiscatório;
- é incabível aplicar-se a Taxa Selic como juros de mora.



As empresas tidas como responsáveis solidárias pela presente autuação também foram devidamente intimadas e apresentaram suas respectivas impugnações.

Em análise à impugnação do contribuinte a DRJ de Ribeirão Preto – SP julgou o lançamento procedente tendo as seguintes razões de decidir:

- Da responsabilidade solidária:

Que a linha de defesa das empresas autuadas caminham todas na argumentação de que não podem ser enquadradas como solidárias ou subsidiariamente responsáveis, visto que a operação de “lease back” não se trata de cisão parcial, portanto, não teria como aplicar tal instituto da responsabilidade solidária.

Contudo, de acordo com o artigo 224 da Portaria MF nº. 030, de 25/02/2005, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, a DRJ de Ribeirão Preto se declarou incompetente para julgar este quesito, não podendo se manifestar sobre a matéria atinente à responsabilidade solidária.

- Análise de questão preliminar:

Afastou a alegação do contribuinte de que o lançamento decorreu de arbitramento de lucro levando-se em consideração as DCTF's, ressaltando que o lançamento decorreu do cotejo entre as declarações de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF), de débitos e créditos tributários federais (DCTF) e os recolhimentos efetuados por conta dos respectivos tributos, conforme relatado no termo de fls. 6, em consonância com o demonstrativo de fls. 15, que explica as retenções na fonte, os débitos declarados e os recolhimentos.

No mais, afastou, outrossim, a alegação de cerceamento de defesa, visto que a impugnante manifestou inconformismo com o fato de que a intimação do início da ação fiscal deu-se por edital. Sendo que no que diz respeito ao direito de ampla defesa, que teria sido afrontado, observou que se houvesse qualquer fato ou prova a ser trazida aos autos, a oportunidade materializou-se na ocasião da manifestação de inconformidade, sendo que o direito de defesa não sofreu qualquer mácula.

Com efeito, rejeitou as preliminares argüidas.

- Da alegação de inconstitucionalidade da presunção e do arbitramento:

Afastou igualmente a alegação de presunção e arbitramento visto que a autoridade fiscal encontrou seu substrato na análise das declarações apresentadas pela própria impugnante, não havendo qualquer presunção ou arbitramento.

- Da alegação de multa confiscatória:

Não apreciou a alegação de multa confiscatória alegada pelo contribuinte visto que entendeu que não compete à autoridade administrativa apreciar a argüição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, pois tal competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, art. 102, inciso I.

Ademais, entende que a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, sendo que tal princípio está direcionado para orientar no momento da elaboração da norma, sendo que uma vez positivada a norma é dever de a autoridade fiscal aplicá-la sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos gerados pela norma.

Traz ainda o entendimento de que o dever de observância das normas abrange também os atos da Secretaria da Receita Federal, tal como prevê a Portaria MF nº 258, de 24 de agosto de 2001, art. 7.

Por fim ressalta que a multa de ofício é devida em face da infração à legislação tributária e por não constituir tributo, mas sim penalidade pecuniária estabelecida em lei, é inaplicável o conceito de confisco previsto no citado dispositivo constitucional, visto que são fenômenos jurídicos totalmente distintos.

- Da aplicação da taxa de juros com base na Selic:

Com relação à Taxa Selic a decisão de primeira instância administrativa ressaltou que sua aplicação como juros de mora é decorrente de lei, não havendo qualquer declaração de inconstitucionalidade de sua aplicação por parte do Supremo Tribunal Federal (STF).

Esclarece ainda que à autoridade administrativa cabe cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento jurídico vigente às infrações concretamente constatadas, não sendo de sua competência discutir a constitucionalidade da Taxa Selic.

Conclui que a Taxa Selic possui embasamento legal, mais precisamente na Lei 9.430/96, não sendo, portanto, ilegal a sua cobrança, sendo assim não deve prosperar as alegações do contribuinte contrárias à aplicação da Taxa Selic.

Após a decisão de primeira instância que manteve inalterado o lançamento tributário o contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 807/824, que resumidamente trouxe as seguintes argumentações:

- Da impropriedade da intimação da recorrente:

O contribuinte alega que tomou ciência da decisão de primeira instância por meio de edital publicado em 23 de maio de 2005, sendo que a ciência por meio de edital ocorreu em virtude da recorrente não estar estabelecida no endereço cadastrado junto à Secretaria da Receita Federal, além disso, as intimações enviadas para a residência do sócio (Sr. Herick da Silva) foram devolvidas pelo correio sem identificação dos mesmos.

Para o contribuinte estes não seriam argumentos suficientes para a intimação por meio de edital, sendo que a intimação por edital somente pode ocorrer quando a intimação pessoal o por via postal for insuficiente, ou seja, quando não lograr êxito.

Assim requer o cancelamento do auto de infração por vício de procedimento utilizado para originá-los, já que conduziu o processo sem permitir ampla defesa por parte do contribuinte.

- Da multa confiscatória:

 5

O contribuinte se insurge mais uma vez contra a aplicação da multa de ofício de 75%, alegando que, ao revés do determinado em decisão de primeira instância administrativa, a administração pública pode levar em consideração os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal 1988 quando da aplicação da legislação.

Aduz ainda que o Conselho de Contribuintes já se manifestou acerca da possibilidade da redução da multa, trazendo julgado que trata da multa qualificada, em situações que houve o evidente intuito de fraude com aplicação da multa de 150%.

O contribuinte reforça suas alegações trazendo à colação entendimentos doutrinários, bem como entendimentos jurisprudenciais, sendo que em seu entendimento cabe ao julgador mensurar a aplicabilidade no caso concreto, detendo o poder de reduzir a penalidade imposta a patamares que respeitem a razoabilidade e a proporcionalidade.

Por fim, entende que resta claro o efeito confiscatório da multa exigida em 75%, uma vez que vem expropriar de forma abusiva o patrimônio do contribuinte, devendo ser adequada ao patamar de 20%, a fim de zelar pela razoabilidade.

- Da aplicação abusiva de juros – ilegalidade da utilização da Selic:

De acordo com o contribuinte a aplicação da Taxa Selic fere inúmeros dispositivos e princípios que regem o sistema tributário, notadamente sua natureza remuneratória e não indenizatória.

Na esteira do exposto o contribuinte alega que a Taxa Selic traduz caráter remuneratório, trazendo em seu bojo elementos da inflação, devendo, portanto, ser abolida de nosso sistema normativo.

Ainda o contribuinte entende que quando se trata de crédito a favor do contribuinte a de se aplicar juros moratórios de 1% ao mês, a teor da Súmula 46 do TRF, do artigo 16, § 1º do CTN, atribuindo tratamento distinto e discriminatório entre as partes na aplicação da Selic.

Por fim, pelas razões expostas o contribuinte requer o afastamento da aplicação da Taxa Selic em decorrência de sua inconstitucionalidade.

É o relatório.

 6

Voto

Conselheiro VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE, Relatora

O recurso da autuada foi interposto por parte legítima e está devidamente fundamentado.

Quanto à tempestividade, verifico que o recurso foi interposto no prazo legal, conforme se depreende dos documentos de fls. 802 (Edital nº. ARF/OUR/2005/011), que atesta ter sido o contribuinte cientificado validamente por meio do referido edital, o qual foi afixado em **23/05/2005**.

Desta forma a interposição do recurso em **13/06/2005** foi feita dentro do lapso temporal de 30 (trinta) dias, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972.

Da mesma forma, foram tempestivamente interpostos recursos pela empresas às quais se atribuiu a responsabilidade solidária, inobstante não terem sido analisados os seus argumentos de defesa em razão da DRJ de Ribeirão Preto ter se declarado incompetente para julgar este quesito, não podendo se manifestar sobre a matéria atinente à responsabilidade solidária.

Assim, passo ao exame das questões de mérito atinentes à responsabilidade solidária, e, no tocante ao recurso da autuada, quanto às alegações atinentes a multa e juros SELIC, já que não foram suscitadas questões concernentes à exigência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF).

Da responsabilidade solidária

As empresas autuadas por responsabilidade solidária, basicamente, reiteraram os termos de suas impugnações, no sentido de que não podem ser enquadradas como solidárias ou subsidiariamente responsáveis, na medida em que a operação praticada com a autuada, chamada de operação de "*lease back*" não se trata de cisão parcial. Em preliminar ainda, requereram a nulidade da decisão de 1ª instância administrativa.

O pedido de nulidade da decisão de 1ª. instância está no fato de que esta decidiu por não conhecer das impugnações apresentadas, em conformidade com o artigo 224 da Portaria MF nº. 030, de 25/02/2005, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, e se declarou incompetente para julgar este quesito, não podendo se manifestar sobre a matéria atinente à responsabilidade solidária.

Porém, diversamente, entendo que a matéria deve ser enfrentada nesta esfera administrativa, a fim de se evitar eventuais prejuízos às partes envolvidas.

E nesse sentido, meu entendimento é de que tais empresas não podem ser consideradas como responsáveis solidárias, devendo ser excluídas do polo passivo da presente obrigação tributária.

 7

Vejamos o que dispõe o artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN):

"Art. 121 – Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

...

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

E ainda:

"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.

Parágrafo único. A solidariedade referida nesta artigo não comporta benefício de ordem."

Pois bem. A solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída àqueles que tenham interesse comum na **situação** que constituía o fato gerador da obrigação principal. Assim, não é possível estender a interpretação da "situação de interesse comum, para penalizar aquela pessoa jurídica que realizou operação societária ou comercial com o infrator. É preciso que se comprove cabalmente a efetiva participação ou contribuição da empresa supostamente "solidária" na prática da infração em discussão.

Vejamos na definição do professor Bernardo Ribeiro de Moraes

"... é de se ver que não é qualquer pessoa que pode ser definida como responsável. Somente se justifica a condição de 'responsável', adquirindo uma posição jurídica equivalente à de devedor principal, na hipótese da pessoa ter relações com o próprio devedor ou com o fato gerador da obrigação tributária."(Bernardo Ribeiro de Moraes, 2º volume, 3ª edição, 1995, p. 287).

No presente caso, a infração refere-se a exigência de IRRF decorrente da diferença apurada entre o valor escriturado e o valor declarado/pago. Logo, não há como se afirmar com veemência que as empresas tidas como solidárias participaram de alguma forma direta na referida infração ou possuem algum vínculo com o fato gerador do imposto.

Vale destacar, ainda, decisões proferidas por esta Casa, decidindo neste sentido:

"RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO – A imputação de responsabilidade solidária por crédito tributário somente pode ocorrer nas hipóteses e limites fixados em lei, que a restringe às pessoas expressamente ali designadas e que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação



8

principal." (1o CC - Primeira Câmara - Recurso n. 154.485 - Sessão de 08.11.2007).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. - A imputação de responsabilidade solidária por crédito tributário só pode ocorrer nas hipóteses e nos limites fixados na legislação, que a restringe às pessoas expressamente designadas em lei e àquelas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. A exigência de tributação exclusivamente na fonte, com base no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, é incompatível com a imputação de responsabilidade solidária a terceiros por suas meras participações, como prepostos ou administradores, nos acontecimentos que caracterizaram o pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado. (1º CC – Quarta Câmara - Acórdão 104-22977- Sessão de 23/01/2008)

Logo, não há, que se falar na aplicação do artigo consignado, porque não há razão para suportar a atribuição da responsabilidade solidária prevista no artigo 124, inciso I do CTN, consignada no auto de infração e, também, porque não há nos autos prova suficiente que justifique a aplicação da responsabilidade solidária.

Da impropriedade da intimação da recorrente:

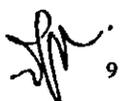
O contribuinte aduz que foi irregularmente intimado por meio de edital, fato este que cerceou o seu direito de defesa. Contudo, verifica-se que o contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância de forma eficaz, ainda que por meio de edital, tanto que apresentou seu Recurso Voluntário dentro do prazo legal, fato que demonstra que o contribuinte não teve qualquer tipo de prejuízo com esta forma de intimação.

No mais, a intimação por meio de edital é absolutamente legal, prevista nos termos do artigo 23, inciso III, do Decreto nº. 70.235/72, alterado pelo art. 6º da Lei nº 9.532/97, sendo que se mostraram ineficazes outros meios de notificação.

Além disso, pode-se verificar que o advogado, representante do contribuinte, teve acesso ao conteúdo integral dos autos, conforme demonstra o documento de fls. 805, sendo que consta certidão de que o Dr. Luciano Albuquerque de Mello – RG 253848659/SP – CPF 253.994.198-23 (substabelecimento às fls. 803), procedeu vista dos autos no dia 23 de maio de 2005 e no dia 09 de julho de 2005, portanto, antes mesmo da interposição do Recurso Voluntário ora analisado.

Assim, o advogado, representante do contribuinte teve pleno acesso aos autos do processo antes da interposição do Recurso Voluntário, tomando conhecimento de todo seu conteúdo, fato este que deve ser considerado, de forma a evidenciar que o contribuinte não teve seu direito de defesa mitigado em momento alguma pelo fato de ter sido intimado por meio de edital.

No mais, mesmo que o contribuinte não tenha demonstrado o efetivo cerceamento de defesa por ter sido intimado por edital, é importante frisar que os documentos acostados às fls. 792/801 demonstram que foram ineficazes as tentativas de intimar o



contribuinte pessoalmente, sendo plenamente aceitável a intimação por edital nestas circunstâncias.

Portanto, afasto a alegação de cerceamento de defesa por intimação por meio de edital, tendo em vista que tal ato foi efetuado em estrita observância das normas aplicáveis ao caso, bem como não ficou demonstrado pelo contribuinte a ocorrência do cerceamento de defesa.

Da multa confiscatória:

Inicialmente cumpre esclarecer que o contribuinte apresentou julgado do Conselho de Contribuintes no qual a decisão no caso concreto se tratava de alteração de multa qualificada, ou seja, quando existe evidente intuito de fraude, dolo ou simulação.

No presente caso não se fala em multa qualificada de 150%, mas sim da multa de ofício, aplicada quando não há pagamento do tributo por parte do contribuinte ou quando a autoridade fiscal promove o lançamento de ofício, aplicando nestes casos a multa de 75%.

Aliás, veja-se que a penalidade aplicada não está ligada a má-fé, fraude e ou dolo, consoante determina o art. 44, inciso I, da Lei nº. 9.430/1996, dispondo:

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

I - de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de tributo, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;"

Com efeito, é evidente que a multa não é tributo, mas sim penalidade, sendo que não existe vedação ao confisco do produto de atividade contrária à lei. Desta forma, a aplicação da multa ao autor do ilícito fiscal, ainda que possa, por hipótese, reduzi-lo à insolvência, é lícita, pois a lei destina-se a proteger a sociedade, não o patrimônio do autor do ilícito.

Assim, nos casos de lançamento de ofício, onde resultou comprovada a insuficiência do recolhimento de imposto, é exigível a multa de ofício no percentual de 75% por expressa determinação legal. O princípio constitucional que veda o confisco refere-se exclusivamente a tributos, não se aplicando às penalidades.

Portanto, é de se desconsiderar as argumentações trazidas pelo contribuinte e manter a multa de ofício aplicada no percentual de 75%.

Da ilegalidade dos juros com base na Taxa SELIC:

Quanto à aplicabilidade da Taxa Selic, é de se verificar 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.

Juros decorrem da mora do devedor e serão calculados de acordo com a lei vigente a cada período em que fluem. Na espécie, assim se fez, os juros de mora com base no art. 84, § 5º, da Lei nº 8.981/95, se aplicam a partir de janeiro de 1995.

Aliás, em relação a esta matéria já restou pacificado tal entendimento perante este Conselho de Contribuintes, inclusive com a edição da Súmula 1º CC nº. 4, *in verbis*:

Súmula 1º CC 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.

Além disso, o contribuinte alega a inconstitucionalidade da Taxa Selic, sendo que a análise da constitucionalidade de lei em matéria tributária não pode ser objeto de análise por parte deste Conselho de Contribuintes, também questão pacificada na Súmula 1º CC nº 2. Vejamos:

Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Com efeito, não há qualquer razão para o acolhimento das razões do Recurso Voluntário e relação à aplicabilidade da Taxa Selic como juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário do autuado e excluo do pólo passivo da presente autuação as empresas tidas como responsáveis solidárias.

Sala das Sessões-DF, em 10 de setembro de 2008.



VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE