



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

Processo nº 13896.002331/2010-79
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.507 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexo existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inciso I do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÕES. MULTA AGRAVADA E QUALIFICADA.

A responsabilidade solidária não se restringe-se aos tributos e contribuições exigidos, abrangendo também as multas imputadas, inclusive a multa de ofício agravada e qualificada, em vista de sua natureza patrimonial e não pessoal.

DECADÊNCIA.CSLL.FRAUDE. PRAZO.

Diante da caracterização de conduta fraudulenta, com a conseqüente qualificação da multa de ofício, a decadência rege-se pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, não se consumando para os fatos geradores em que houve formalização do crédito tributário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

Verificado pelo agente fiscal que o contribuinte incorreu em uma conduta dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, é obrigatória a aplicação da multa qualificada, nos termos da Lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº 13896.002331/2010-79
Acórdão n.º **1401-001.507**

S1-C4T1
Fl. 3

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas-Bôas, Ricardo Marozzi Gregorio, Aurora Tomazini de Carvalho, Fernando Luiz Gomes de Souza , Livia De Carli Germano e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de julgamento de Campinas-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Trata-se de auto de infração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, cientificado à impugnante em 20 de outubro de 2010, conforme documento de fl. 226, no valor total de R\$ 264.528,10, devido às irregularidades assim descritas nos autos de infração:

"001. Falta de Recolhimento da CSLL

Valores da contribuição social sobre o lucro líquido, retidos das empresas contratadas para prestação de serviços, que foram apurados com base na DIRF da fiscalizada, conforme seguem demonstrados em planilhas que passam a fazer parte integrante do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal.

[Demonstrativo com fatos geradores trimestrais, de 31/03/2005 a 31/12/2005]

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei n.º 7.689/88; Art. 28, da Lei n.º 9.430/96; Art. 37, da Lei n.º 10.637/02." I

2. A autoridade fiscal elaborou o Termo de Verificação Fiscal e Encerramento da Fiscalização, fls. 178/193, que se transcreve:

Em cumprimento ao determinado no MPF em epígrafe, iniciamos a ação fiscal relativa ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica do ano-calendário 2005, exercício 2006, junto ao contribuinte acima identificado, tendo em vista que o mesmo, embora apresentasse uma movimentação financeira expressiva no ano-calendário 2005, apresentou a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, onde informa as receitas auferidas no período zeradas.

Iniciamos o procedimento fiscal em 09/05/2008, diligenciando no domicílio fiscal do contribuinte na Av. Andrômeda, 2000, e a empresa não foi localizada, obtendo-se a informação de que a "empresa mudou-se para Alameda Tocantins, 125." Em seguida, comparecemos no referido endereço e na recepção da portaria, fomos informados que no local não se encontra nenhuma empresa com a razão social mencionada.

Deu-se o prosseguimento à ação fiscal, com as providências devidas e aplicáveis na situação de empresa não localizada, conforme a seguir descritos:

1) Em 12/05/08, lavramos o Termo de Constatação Fiscal, para o registro dos fatos que constatamos em relação à localização da empresa e deu-se ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal ao sujeito passivo, por Edital de Intimação SEFIS/DRF/BRE, nº 35, de 12/05/08;

2) Em 26/05/08, através de Ofício DRF/BR/SEFIS nº 008/2008, solicitou-se à Junta Comercial do Estado de São Paulo, as cópias do contrato social, com as alterações posteriores e o breve relato da empresa, que foi atendida em 01/08/2008;

3) Ciência dos Termos de Constatação e de Intimação Fiscal, lavrados em 17/07/09 e 14/05/2010, por meio dos Editais SEFIS nº 54 de 17/07/09 e nº 32 de 14/05/2010. NOTA: Considerando que a fiscalizada não se encontra no endereço constante no cadastro da RFB foi elaborada Representação Fiscal com proposta de Inaptdão do CNPJ, protocolizada sob nº 13896.001808/2010-07.

Em face da não localização da empresa, os sócios atuais do sujeito passivo, ANDRÉ LUIS MOLINA, CPF nº 388.445.768-30 e EDNA APARECIDA SERVIDONE, CPF nº 080.276.744-33, admitidos na sociedade em 02/01/2008, conforme registro na JUCESP 013.810/08-0, foram intimados para comparecerem à Repartição, inicialmente no endereço informado no cadastro CPF, e por não terem sido localizados, enviou-se a correspondência nos endereços informados no documento da JUCESP. Entretanto, também não foram localizados, dando-se ciência do procedimento fiscal pelo Edital, conforme a seguir descrevemos:

ANDRE LUIS MOLINA

a) Correspondência enviada em 14/05/2008, à Rua Diana, 359, Apto. 05, Perdizes/SP, domicílio constante no cadastro CPF. Devolvida com informação do agente postal "ausente"

b) Em 06/05/2009 foi reencaminhada à Rua Mazzini, 447 - Cambuci/SP, domicílio fiscal constante no documento da JUCESP, também devolvido com informação do agente postal "ausente".

c) Ciência no Termo de Intimação Fiscal pelo Edital SEFIS nº 96 de 28/10/2009.

EDNA APARECIDA SERVIDONE

a) Correspondência enviada em 14/05/2008, à Rua João Dias Martins, 110 - apto. 301, Boa Viagem/Recife-PE, domicílio fiscal constante no cadastro CPF. Devolvida com indicação "desconhecida";

b) Em 06/05/2009 foi reencaminhada à Rua Madre Eugénie Villien, nº 32, Pedreira/SP, endereço constante no documento da JUCESP. Devolvida com a informação do agente postal "número inexistente";

c) Em 12/11/2009 foi reencaminhada à Rua Muritinga, 480, apto. 94, Vila Floresta em Santo André/SP, endereço informado na DIRPF/06. Devolvida contendo as informações do agente postal: "desconhecido, informação do porteiro/síndico".

d) Ciência no Termo de Intimação Fiscal pelo Edital SEFIS nº 95 de 28/10/2009.

Cumpre salientar que em sessão de 31/01/2008, JUCESP 026.129/08-5, o endereço da sede da fiscalizada foi alterado passando da Av. Andrômeda 2000, bloco 10, Alphaville Barueri para Rua Mazzini, 447 fundos, Cambuci - São Paulo, que por sinal é o mesmo endereço do sócio André Luis Molina.

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - DILIGÊNCIA

Considerando que tanto a empresa quanto os seus sócios não foram localizados por esta fiscalização, tendo os mesmos sido intimados via Editais, e considerando a ausência de

apresentação de documentos que comprovassem as receitas de atividade da empresa, utilizamos as informações contidas no sistema DIRF para reunir os elementos comprobatórios, solicitando-se às declarantes identificadas nas DIRF's, mediante Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência, dentre outros documentos, cópias de Notas Fiscais emitidas pelo sujeito passivo e da mesma forma às Instituições Financeiras, as informações das movimentações financeiras através de Requisição de Movimentação Financeira - RMF.

Atendendo o Termo de Intimação Fiscal, as empresas diligenciadas enviaram as cópias de notas fiscais de serviços prestados emitidas pela fiscalizada com os respectivos comprovantes de pagamentos, a contabilização desses pagamentos e o contrato firmado para prestação de serviços.

PROBANK S/A - MPF 185/08

- a) Apresentou, em 18/06/2008, cópias das Notas Fiscais de Serviços Prestados;
- b) Comprovante de pagamentos das notas fiscais
- c) Escrituração contábil
- d) Contratos constituídos de proposta para Prestação de Serviços, firmado em 05/09/2005 e Aviso de Cancelamento de Prestação de Serviços, de 04/01/2006.

C & A MODAS LTDA. - MPF 186/08

- a) Apresentou, em 25/06/08, cópias das Notas Fiscais de Serviços Prestados;
- b) Comprovação de pagamentos das notas fiscais e
- c) Escrituração contábil.

EMPRESA PAULISTA DE PLANEJAMENTO METROPOLITANO S/A - MPF 187/08

- a) Apresentou, em 12/06/08, cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovação de pagamentos das notas fiscais;
- c) Comprovantes de rendimentos pagos e de tributos e contribuições retidos
- d) Contrato de prestação de serviços, lavrado em 01/06/05.

JANSSEN-CILAG FARMACÊUTICA LTDA. - MPF 188/08

Tomou ciência, em 04/06/08, do Termo de Intimação Fiscal - Diligência, no entanto não apresentou os elementos solicitados.

PRIMESYS SOLUÇÕES EMPRESARIAIS S/A - MPF 189/2008

- a) Apresentou em 08/07/08 cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovantes de pagamentos e
- c) Demonstrativos individualizados das retenções do IRRF e das contribuições ao PIS, COFINS e CSLL

d) Termo de cessão de Contrato, datado de 09/01/2006, onde a ZERA cede e transfere onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços para a PROBANK S/A CNPJ 42.778.183/0003-82.

CRC CONSULTORIA E ADMINISTRAÇÃO EM SAÚDE LTDA. - MPF 190/08 Não atendeu o Termo de Intimação Fiscal.

UNIDOCK'S ASSESSORIA E LOGÍSTICAS DE MATERIAIS LTDA. - MPF 191/08

a) Apresentou em 03/07/08 relação de notas fiscais emitidas com as respectivas cópias das Notas Fiscais de Prestação de Serviços;

b) Cópias do contrato de prestação de serviços firmado em 01/12/2003 e

c) Escrituração contábil dos documentos.

NexoCS INFORMÁTICA LTDA. - MPF 192/08

a) Apresentou em 19/06/08 cópias das notas fiscais de serviços prestados;

b) Comprovante de pagamento das notas fiscais;

c) Escrituração contábil dos documentos e,

d) Instrumento particular de cessão de Direitos e Obrigações, datado de 07/02/2006, onde a ZERA cede e transfere onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços para a PROBANK S/A CNPJ 42.778.183/0003-82.

ACCENTURE DO BRASIL LTDA. - MPF 193/08

Apresentou parcialmente cópia das Notas Fiscais de Prestação de Serviços, numeradas de 2972 a 3625, e esclarecendo verbalmente a não localização das demais notas, enviou via e-mail, relação de notas fiscais.

BANCO ITAUBANK S/A - MPF 194/08

a) Apresentou em 23/06/08 cópias das notas fiscais, e em 29/07/08 apresentou as notas faltantes;

b) Cópia do contrato de serviço firmado em 24/05/04 e,

c) Relação contendo as informações das notas fiscais, com as deduções do IRRF e das contribuições.

SOTREQ S/A-MPF 195/08

a) Apresentou em 18/06/08 cópias das notas fiscais;

b) Demonstrativo de valores que constaram informados na D1RF;

c) Escrituração contábil e,

d) Contrato de prestação de serviços, firmado em 01/07/05.

ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S/A CASAS PERNAMBUCANAS - MPF 196/08

- a) Apresentou em 14/08/08 cópias das notas fiscais de serviços;
- b) Comprovantes de pagamentos das notas fiscais;
- c) Escrituração contábil e,
- d) Contrato de prestação de serviços firmado em 16/08/04. MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA. MPF 197/08

- a) Apresentou em 20/06/08 cópias das notas fiscais de prestação de serviços;
- b) Comprovantes de depósitos efetuados na c/c bancária da ZERA;
- c) Contrato firmado em 07/02/2006 entre Marisa lojas varejistas e PROBANK S/A CNPJ 42.778.183/0003-82 e;
- d) Escrituração contábil.

HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA. - MPF 198/08

- a) Apresentou em 20/06/2008 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovantes de pagamentos das notas fiscais;
- c) Notas de débitos das despesas reembolsadas com os respectivos comprovantes de pagamentos;
- d) Contrato de prestação de serviços e,
- e) Escrituração contábil.

SSA GLOBAL TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA. - MPF 199/08

Apresentou cópias das notas fiscais com os respectivos comprovantes de pagamentos.

FIDELITY PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. - MPF 200/2008
Apresentou em 07/05/09 os documentos que foram relacionados nos Anexos de I a IV, ou seja: Anexo I - serviços que foram executados pela ZERA, com a discriminação das notas fiscais com os respectivos valores, bem como as deduções dos tributos; Anexo II - contrato de prestação de serviços firmado em 27/05/05; Anexo III - escrituração contábil e no Anexo IV- comprovação dos pagamentos.

IBI PROMOTORA DE VENDAS LTDA. - MPF 201/2008

- a) Apresentou em 16/06/09 as cópias das notas fiscais de serviços prestados e,
- b) Comprovantes de pagamentos de que foram creditados à ZERA no Banco Real

S/A.

DUAS RODAS INDUSTRIAL LTDA. - MPF 202/2008

- a) Apresentou em 13/06/08 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovante de pagamentos/depósitos efetuados através de boleto Itaú;
- c) Escrituração contábil no Livro Razão e
- d) Contrato de prestação de serviços nº CT IT 0005 01 2004, firmado em 05/01/04, e o Termo de Rescisão Contratual, lavrado em 05/10/06.

RHMED CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA. - MPF 203/08

- a) Apresentou em 18/06/08 cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Relação de pagamentos efetuados no período;
- c) Cópia do contrato de prestação de serviços e,
- d) Escrituração contábil.

POLITEC TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A - MPF 204/2008

- a) Apresentou em 25/06/08 cópias de notas fiscais de janeiro a maio de 2005;
- b) Comprovantes de valores líquidos que foram depositados na conta corrente bancária da ZERA e,
- c) Escrituração contábil.

EXCIM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A - MPF 205/08 Empresa não localizada.

AES COMMUNICATIONS RIO DE JANEIRO S/A - MPF 206/08

- a) Apresentou em 17/06/2008 cópias das notas fiscais
- b) Comprovantes de pagamentos
- c) Contrato social
- d) Escrituração contábil
- e) Contrato celebrado entre AES Communications e PROBANK Software e Consultoria S/A, datado de 01/08/2006.;

ZENITH QUALITY SOLUTIONS COMÉRCIO LTDA. - MPF 207/08

Tomou ciência no Termo de Inumação Fiscal - Diligência em 04/06/08 e não apresentou os elementos solicitados.

XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. - MPF 208/08

- a) Apresentou em 28/06/08 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;

- b) Relacionou em planilha os valores pagos no período (mencionou o nº da NF nos casos de documentos não localizados);
- c) Contrato de prestação de serviços firmado em 27/07/05;
- d) Termo Aditivo nº 02 de 30/05/06 ao contrato de prestação de serviços OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO ONS - MPF 209/08
- a) Apresentou em 02/07/2008 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Relatório contendo os valores que compõem a DIRF/06;
- c) Comprovantes de pagamentos das notas fiscais;
- d) Escrituração contábil (livro razão e livro diário) e,
- e) Cópias dos contratos firmados com a ZERA. OPEN CONCEPT SERVIÇOS LTDA. - MPF 210/08

Tomou ciência no Termo de Intimação Fiscal - diligência em 04/06/08 e não apresentou os elementos solicitados.

EPS OUTSOURCING CONSULTORIA LTDA. - MPF 211/08
Correspondência devolvida, por não ter sido localizada a empresa.

CONNECTMED-CRC CONS., ADMIN. E TECNOL EM SAÚDE LTDA. - MPF 212/08

Tomou ciência no Termo de Intimação Fiscal - Diligência em 05/06/08 e em 24/04/09 no Termo de Reintimação Fiscal e não apresentou os elementos solicitados.

CREDI 21 PARTICIPAÇÕES LTDA. - MPF 213/08

- a) Apresentou em 23/06/2008 as notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovantes de pagamentos de serviços prestados;
- c) Instrumento particular de cessão de Direitos e Obrigações, datado de 07/02/2006, onde a ZERA cede e transfere onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços para a PROBANK, CNPJ 42.778.183/0003-82; e) Escrituração contábil.

BANCO IBI S/A - MFP nº 214/2008

- a) Apresentou em 16/06/09 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;
- b) Comprovantes de pagamentos efetuados mediante crédito na conta corrente do Banco Real e,

c) Demonstrativo de valores que foram informados na DIRF, com os valores das deduções do IRRF e das contribuições ao PIS, COFINS e CSLL.

C FISCHER S/C LTDA. - MPF 215/08

Correspondência devolvida com a indicação do agente postal, mudou-se.

C & R CONSULTORIA EM TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO LTDA. - MPF 216/2008 a) Contrato de prestação de serviços nº CT 1T 0009 02 2004, Anexos 001 e 002, firmado em 10/09/2004;

b) cópias das notas fiscais de serviços prestados com os respectivos depósitos bancários.

MAGECORP SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA. - MPF 217/08

Apresentou cópias de notas fiscais de serviços de sua emissão, figurando a ZERA como destinatário dos "Serviços de Consultoria e desenvolvimento de projetos".

A & L INFORMÁTICA - COMERCIO E SERVIÇOS LTDA. ME - MPF - 218/08

Correspondência devolvida com a indicação do agente postal, mudou-se. PETROFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A - MPF 219/2008

a) Apresentou em 15/07/08 as cópias das notas fiscais de serviços prestados;

b) Comprovantes de pagamentos e,

c) Contrato de Prestação de Serviços.

ROCHE DIAGNOSTICA BRASIL LTDA. - MPF 220/08

Em 27/06/08, apresentou a cópia da nota fiscal de serviços, nº 3294, comprovante de pagamento, contrato de prestação de serviços e escrituração contábil.

PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S/A - MPF 221/08

a) Apresentou em 16/06/08 cópias das notas fiscais de prestação de serviços;

b) Comprovantes de pagamentos;

c) Contrato de prestação de serviços e,

d) Escrituração contábil.

LOJAS AMERICANAS S/A - MPF 222/2008

a) Apresentou em 19/06/08 cópias das notas fiscais de prestação de serviços;

b) Comprovantes de pagamentos;

c) Contrato firmado em 01/06/2000.

DA REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - RMF

A empresa não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, tendo sido feita a Representação Fiscal para Inaptidão do CNPJ - 1RPJ, protocolizada sob nº 13896.001808/2010-07.

Apesar de intimada e reintimada, via afixação de Editais na dependência desta DRF/BRE, a fiscalizada não atendeu às intimações, inclusive para apresentação de Livros Diário, Razão, extratos de contas bancárias e de aplicações financeira.

A fiscalizada embora apresentasse uma movimentação financeira expressiva no ano-calendário 2005, apresentou a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, com o campo referente às informações das receitas auferidas no período "ZERADAS".

Desta forma, ficou configurada a hipótese prevista no art. 33, I da Lei 9.430/96, justificando-se a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira -RMF, conforme previsto no art. 6o da Lei Complementar 105/2001.

"Art. 33. A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I - embargo à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art.200 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996;..."

Relacionamos abaixo, as Instituições Financeiras que em atendimento à Requisição de Movimentação Financeira, forneceram as documentações solicitadas, tais como: arquivo do extrato bancário na forma de mídia eletrônica, extratos bancários em papel, fichas de aberturas de contas com cartão de assinaturas e instrumento de procuração outorgando poderes a terceiros e cópias dos cheques emitidos, superior a R\$ 5.000,00.

BANCO ITAUBANK (BANKBOSTON) S/A - RMF nº 42/08

BANCO DO BRASIL S/A - RMF nº 43/08

BANCO REAL S/A - RMF nº 44/08

BANCO RURAL S/A - RMF nº 45/08

BANCO UNIBANCO S/A - RMF nº 46/08

BANCO ITAÚ S/A - RMF nº 47/08

BANCO BRADESCO S/A - RMF nº 48/08

BANCO BANESPA (SANTANDER) - RMF nº 49/08

BANCO SUDAMERIS S/A - RMF nº 50/08

BANCO PINE S/A - RMF nº 51/08

BANCO ABC BRASIL S/A - RMF nº 52/08.

Na apuração dos depósitos bancários de origens não comprovados, os créditos bancários correspondentes aos recebimentos das notas fiscais e demais valores que correspondem às receitas operacionais da empresa, que foram possíveis de identificação, as transferências de valores de mesma titularidade foram excluídos, sendo os valores remanescentes considerados omissão de receita, ou seja, depósito bancário de origem não comprovado, conforme demonstrados em planilhas.

DAS IRREGULARIDADES APURADAS NO SUJEITO PASSIVO

Conforme já mencionado anteriormente, a empresa não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, razão pela qual a ciência do início da ação fiscal e de todos os termos de intimação fiscal foram feitos por meio de editais afixados na dependência desta Delegacia.

Desta forma, considerando a ausência de apresentação de documentos que comprovassem as receitas de atividade da empresa, utilizamos as informações contidas no sistema DIRF para reunir os elementos comprobatórios, solicitando-se às declarantes identificadas nas DIRF's, dentre outros documentos, cópias de Notas Fiscais emitidas pelo sujeito passivo e da mesma forma às Instituições Financeiras, as informações das movimentações financeiras através de Requisição de Movimentação Financeira - RMF.

Nos casos em que não obtivemos as cópias das Notas Fiscais solicitadas, quer seja pelo não atendimento das empresas diligenciadas ou pelas mesmas não terem sido localizadas, a falta dessas notas fiscais para obtenção das receitas omitidas foi solucionada, confrontando-se os valores constantes na DIRF com os valores que comprovaram esses recebimentos, mediante créditos nas contas correntes, constantes nos extratos bancários.

Elaboramos planilhas (ANEXO I) individualizadas para os valores cujas cópias das notas fiscais foram enviadas pelas empresas diligenciadas, onde constam o nº das notas fiscais, a data da emissão dessas notas, o valor bruto, a data do crédito na c/c bancária, o valor líquido creditado, as incidências sofridas do Imposto de Renda Retido na Fonte, PIS, COFINS e CSLL, e a identificação do banco. Os valores das notas fiscais foram confrontados com as DIRF's e respectivos valores líquidos creditados nas contas bancárias.

Apuramos as seguintes irregularidades:

- > Omissão de receitas de atividades operacionais apuradas a partir das informações obtidas junto aos clientes tomadores dos serviços;
- > Omissões de receitas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada;
- > Falta de recolhimento dos tributos retidos das empresas prestadoras de serviços

(1) Valores comprovados por meio de Notas Fiscais emitidas pela fiscalizada e apresentadas pelas empresas tomadoras dos serviços e cujos pagamentos foram identificados nos extratos bancários.

(2) Valores informados em DIRF pelas empresas tomadoras dos serviços que não apresentaram as Notas Fiscais emitidas pela fiscalizada mas cujos pagamentos foram identificados nos extratos bancários.

(3) Remanescentes dos extratos bancários referentes aos créditos em conta corrente não comprovados.

b) TRIBUTOS RETIDOS E NÃO RECOLHIDOS:

Período de Apuração	BASE DE CÁLCULO IRRF	BASE DE CÁLCULO
PIS/COFINS	IRRF	CSLL
JAN 858.840,83 21.370,79	712.359,77 7.123,60	12.882,61 4.630,34
FEV 755.543,71 18.416,92	613.897,24 6.138,97	11.333,16 3.990,33
MAR 731.021,01 16.995,52	566.517,48 5.665,17	10.965,32 3.682,36
ABR 874.741,07 22.149,22	738.307,45 7.383,07	13.121,12 4.799,00
MAI 843.390,07 20.736,16	695.205,21 6.912,05	12.650,85 4.492,83
JUN 928.328,32 22.756,08	758.535,84 7.585,36	13.924,92 4.930,48
JUL 917.589,07 22.530,19	751.006,44 7.510,06	13.763,84 4.881,54
AGO 773.151,30 18.550,31	618.343,66 6.183,44	11.597,27 4.019,23
SET 903.604,09 22.151,95	738.398,36 7.383,98	13.554,06 4.799,59
OUT 806.130,41 20.087,20	669.573,38 6.695,73	12.091,96 4.352,23
NOV 27.907,60	13.907,60	418,61 90,40 417,23 139,08
DEZ 19.268,35	15.674,60	289,03 101,88 470,24 156,75

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Conforme já informado acima, a empresa não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, razão pela qual a ciência do início da ação fiscal e de todos os termos de intimação/reintimação fiscal solicitando esclarecimentos, Livros Diário, Razão, extratos de contas bancárias e de aplicações financeiras foram feitos por meio de editais afixados na dependência desta Delegacia, porém a fiscalizada não atendeu às nossas intimações.

Considerando que a fiscalizada não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB foi elaborada Representação Fiscal com proposta de Inaptdão do CNPJ, protocolizada sob nº 13896.001808/2010-07.

O fiscalizado apresentou DIPJ pelo Lucro Real com todos os campos zerados, para o período fiscalizado.

Diante do exposto, o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica foi calculado sobre o lucro arbitrado, conforme disposto no inciso III do artigo 530 do Regulamento do Imposto de Renda.

"Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 10):

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (...)"

O Imposto de Renda Pessoa Jurídica foi determinado mediante a utilização do percentual de 38,4% sobre a receita bruta apurada, de acordo com o disposto no art. 532 do Regulamento do Imposto de Renda:

"Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, §11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

Art. 519. Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, § 1º):

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;(...)" Do exposto, resultaram na constituição dos créditos tributários de:

a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica, efetuando a compensação do Imposto de Renda Retida na Fonte (IRRF/1708), incidente sobre as notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo (ANEXO II);

b) o reflexo da Contribuição Social s/ Lucro Líquido, apuradas sobre a mesma base de cálculo do IRPJ, compensando-se as CSLL destacadas e incidentes nas notas fiscais emitidas pela fiscalizada (ANEXO II) e Auto de Infração da CSLL, retida e não recolhida, conforme demonstrado no ANEXO V;

c) COFINS, apuradas sobre a mesma base utilizada para a apuração do IRPJ, compensando os valores das retenções incidentes sobre as notas fiscais emitidas pela fiscalizada (ANEXO II), e ainda, os valores da COFINS retidas e não recolhidas, incidentes sobre as notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas para prestação de serviços (ANEXO V);

d) Contribuição social s/ PIS, apuradas sobre a mesma base de cálculo do IRPJ, compensando as contribuições do PIS incidentes sobre as notas fiscais emitidas pela fiscalizada (ANEXO II), e ainda, as contribuições ao PIS, retidas e não recolhidas, incidentes sobre as notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas" para prestação de serviços (ANEXO V), e,

e) os valores do Imposto de Renda Retido na Fonte, retidos e não Recolhidos, incidentes sobre as notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas para prestação de serviços (ANEXO V).

Da multa agravada

Conforme já mencionado anteriormente, a empresa não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, razão pela qual a ciência do início da ação fiscal e de todos os termos de intimação/reintimação fiscal solicitando esclarecimentos e a apresentação de Livros Diário, Razão, extratos de contas bancárias e de aplicações financeiras foram feitos por meio de editais afixados na dependência desta Delegacia, porém a fiscalizada não atendeu às nossas intimações.

Em face do exposto, a multa referente à omissão de receitas foi agravada pela falta de atendimento às intimações, previsto no artigo 959 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99) e artigo 44 da Lei 9.430/96.

Da multa qualificada

Aos valores submetidos à tributação por esta fiscalização, referentes à omissão de receitas foi aplicada multa qualificada, por ter o contribuinte praticado atos que se enquadram nos artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64, incorrendo na hipótese prevista no § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96 (com redação dada pela Lei 11.488/07).

A ação/omissão dolosa está caracterizada em diversas condutas, como:

> A empresa não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, tendo sido elaborada Representação Fiscal com proposta de Inaptidão do CNPJ, protocolizada sob nº 13896.001808/2010-07.

> Da análise dos documentos apresentados pelas empresas diligenciadas e pesquisas efetuadas por esta fiscalização, apurou-se que o sujeito passivo utilizou-se de procedimento fraudulento para eximir-se do pagamento dos impostos e contribuições incidentes sobre as suas operações.

> O procedimento consistiu na transferência dos contratos mantidos com os seus clientes para a PROBANK S/A, CNPJ 42.778.183/0003-82 que posteriormente os transferiu para a empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28, esvaziando assim a carteira de clientes da ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28.

> Ocorre que, o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28.

> Embora tenha alterado o contrato social, o cadastro do CNPJ incluindo como sócios responsáveis ANDRÉ LUIS MOLINA e EDNA APARECIDA SERVIDONE a partir de janeiro de 2008, todas as irregularidades apuradas no sujeito passivo foram praticados no período em que constava como sócio administrador, o Sr. MILTON SÉRGIO CONCA.

> Observamos que os sócios admitidos são pessoas desprovidas de capacidade econômica e financeira, com indício de interpostas pessoas, conforme abaixo descrito:

EDNA APARECIDA SERVIDONE:

> cadastrada no CPF em 2006;
> consulta no site do TSE, o nº do título de eleitor inexistente;
> não localizada nos 3 (três) domicílio fiscal (cadastro CPF, JUCESP e DIRPF).

ANDRÉ LUIS MOLINA:

> cadastrado no CPF em 2006;
> não existe declaração de ajuste do Imposto de Renda Pessoa Física;
> não localizado nos 2 (dois) domicílios fiscais (cadastro CPF e JUCESP). 1
> Na mesma alteração contratual em que os sócios foram substituídos, comunicou-se também a alteração de endereço do sujeito passivo para a Rua Mazzini, 447 fundos - Cambuci/SP que coincidentemente é o mesmo endereço do sócio André Luis Molina - Rua Mazzini 447 Cambuci/SP;
> Apresentação de DIPJ com informação de que não auferiu receitas de atividades (DIPJ ZERADAS) e DCTFs com valores incorretos das retenções na fonte;
> Impediu a cobrança dos impostos e contribuições sociais inclusive os valores retidos das empresas contratadas, prestadoras de serviços, uma vez que as DCTF transmitidas, ainda que contivessem valores incorretos, foram RETIFICADAS mediante a apresentação de DCTF retificadora, ZERANDO as informações anteriormente prestadas;
> Os valores retidos de Imposto de Renda Retido na Fonte (código 1708), bem como das Contribuições Sociais de PIS, COFINS e CSLL retidos sobre os pagamentos efetuados à prestadores de serviços, não foram recolhidos aos cofres da União.

Do acordo de participação entre ZERA e PROBANK

Abaixo transcrevemos o informe publicitário, juntado às fls. , acerca da união entre a ZERA e a PROBANK:

"PROBANK e ZERA anunciam união em software e consultoria Nova companhia prevê faturar R\$ 75 milhões até 2007

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2005. A PROBANK S.A e a ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda. anunciam que concluíram um acordo de participação que unirá as áreas de consultoria e fábrica de software das duas empresas, formando uma nova companhia, denominada PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A . O acordo contou com a assessoria do escritório de advocacia BARBOSA MÜSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS, representado pelo seu sócio ALEXANDRE COUTO SILVA.

A união entre a PROBANK e a ZERA cria uma das maiores e mais diversificada empresa de software e consultoria do Brasil. A PROBANK Software prevê faturar R\$ 75 milhões até 2007.

"O acordo de participação permitirá que as duas empresas ampliem seu portfólio de serviços e soluções e compartilhem mercados e clientes", explica o diretor da ZERA, Milton Conca.

Gilberto de Freitas, diretor da PROBANK Software, destaca a forma pela qual foi estruturada a transação: "encontramos uma modelagem de negócio inovadora, que trará ganhos de sinergia, preservando a identidade das duas empresas e a independência das outras linhas de negócio. Como não se trata de fusão ou aquisição, mas de um acordo de participação para atuação conjunta apenas nas áreas de consultoria e fábrica de software, a integração será muito mais rápida e eficiente."

Fazem parte da administração da nova companhia executivos e membros de Conselho de ambas as organizações. Pela PROBANK S/A, foram indicados Paulo Martins, como Presidente; Gilberto Freitas, como diretor financeiro, e Ronald Valladão, como diretor comercial para governo. Da ZERA integradora foram nomeados Milton Conca, como diretor técnico, e João Ângelo Rodrigues, como diretor comercial corporativo.

Nesta semana, as empresas começarão a executar a integração das operações, redes e atendimento para assegurar uma transição suave e com geração de valor imediato para clientes, parceiros e investidores.

Como parte dessa integração inicial, PROBANK e ZERA anunciam as linhas de negócios que serão exploradas pela nova companhia.

A PROBANK Software passará a comercializar as aplicações de negócios desenvolvidas pela ZERA: o G PM - Gestão de Processos e Materiais, estilizado para planejamento e controle de produção, integrando os subsistemas WMS, MÊS e APS ao sistema ERP; e o VPLoad, aplicativo que seleciona contas do sistema de cartão de crédito VisionPlus para criação de ambientes de testes e geração de campanhas. A nova companhia também oferecerá implementação, licenciamento e suporte a todos os produtos corporativos Microsoft e Oracle, que até então faziam parte do portfólio da PROBANK S.A.

A área de consultoria da PROBANK Software terá as seguintes linhas de negócios: Business, Suíte, dedicada a implementação de ERP, CRM e Supply Chain Management; Desenvolvimento de Sistemas, dedicada a implementação de metodologia de desenvolvimento, seguindo as diretrizes do CM MI e capacitação profissional da plataforma Java; Cartão de Crédito, para implementação e desenvolvimento de soluções baseadas nas plataformas VisionPlus e B2K; Gerenciamento eletrônico de Documentos (GED), com certificações oficiais nas plataformas Documentum e FileNet; Business Intelligence (BI), com expertise nas plataformas Cognos, Hyperion, Informática e Business Objects; e Project Management, dedicada ao gerenciamento de projetos segundo a metodologia do PMI.

A PROBANK Software oferecerá ainda diversas modalidades de contratação dos serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas e aplicativos, segundo as diretrizes do CMMI, através dos seus centros de excelência em tecnologia Java, Net e Mainframe. A nova companhia utilizará os frameworks desenvolvidos pela ZERA para projetos nessas plataformas.

Sobre a PROBANK

A PROBANK provê soluções e serviços que ajudam as organizações a alcançarem seus objetivos estratégicos em Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC). É líder no mercado de outsourcing e está listada entre as 500 maiores companhias brasileiras. Registrando crescimento médio anual de receitas de 83,50% nos últimos cinco anos, a companhia prevê vendas de R\$ 200 milhões para o exercício de 2006.

Entre as linhas de negócio da PROBANK, há soluções e serviços para integração de sistemas e terceirização de processos de negócios. Os serviços de backoffice - que incluem processamento de pagamentos e depósitos (retaguarda bancária), gerenciamento de projetos e equipes e operações centrais de CRM - formam a principal linha de negócio da companhia e respondem por 42% das receitas. Em seguida, com 36%, vêm os serviços de campo (field services), que incluem instalação, operação, manutenção e suporte técnico de equipamentos de TIO. Outros serviços de PROBANK são: fábrica de software, consultoria e locação de equipamentos com garantia de disponibilidade (customer premises equipment). Já as soluções da companhia em infra-estrutura estão voltadas para a computação de 64 bits, armazenamento e redes.

O sistema de gestão da qualidade da PROBANK, está certificado em conformidade com a norma ISO 9001:2000. Em 2005, a companhia recebeu o Prêmio Info 2000, concedido pela Revista Info, como a empresa que obteve o maior crescimento em vendas de TI no País. A PROBANK também foi premiada pela revista Isto É Dinheiro como a melhor empresa na Categoria Gestão Financeira no Setor Tecnologia no ano de 2004 e listada entre as 500 maiores empresas brasileiras no ranking da mesma publicação em 2005.

A PROBANK mantém parcerias de negócios com a Silicon Graphics, Sun, Microsoft, Oracle, Cisco, Enterasys, Alcatel, Huawei, Check Point e Módulo Security, tendo alcançado certificações de alto nível como Cisco Premier Partner e Microsoft Gold Partner, dentre outras.

No portfólio da PROBANK há projetos de grande alcance econômico e social, como a implantação de backbone da Justiça Eleitoral, o suporte técnico às Eleições 2004 e ao Referendo do Desarmamento em 2005, a operacionalização dos programas sociais do Ministério do Trabalho e Emprego, a infra-estrutura de comunicação de dados dos correspondentes bancários e a retaguarda de agências da Caixa Econômica Federal.

Sobre a ZERA

A ZERA é uma empresa inovadora que tem como missão agregar valor aos negócios dos clientes através de soluções integradas de Tecnologia da Informação e Comunicação. Com faturamento anual de R\$ 25 milhões e cerca de 300 colaboradores, a empresa está sediada em Alphaville (SP) e mantém centros de desenvolvimento no Rio de Janeiro (RJ) e em Vitória (ES).

As áreas de negócios da ZERA incluem projetos e outsourcing, consultoria em business intelligence, ERP e gerenciamento eletrônico de documentos, serviços de CRM, call center e software para planejamento e controle de produção e cartão de crédito.

A empresa implementou com sucesso diversos projetos para clientes corporativos dos setores de finanças, varejo, farmacêutico, petroquímico, energia e

telecomunicações. Na carteira de clientes da empresa estão C&A, Banco IBI, Xerox, Bankboston, Lojas Americanas, Marisa, Pernambucanas, Roche, Petroflex, Primesys e AES, dentre outras corporações. A ZERA tem no seu portfólio projetos implementados em outros países, através de parcerias com HP e Accenture."

A Ficha Cadastral Completa da PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43, traz dentre outras, as seguintes informações:

- > data da constituição: 20/04/2006
- > Início de Atividade: 01/10/1998
- > Sessão de 20/04/2006

Transformada de sociedade civil, conforme ATA, datada de 20/02/2006. Registrada anteriormente sob nº 127777, no Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Barueri - SP. Denominação anterior registrada em cartório: C.J.S.Informática Ltda Inclusão de CNPJ 02.817.035/0001-43.

- > Sessão de 10/09/2008 - Num.Doc. 298.183/08-0 (...)

Remanescente Milton Sergio Conca, Nacionalidade Brasileira, CPF 058.050.878-12, RG/RNE 12130487... ocupando o cargo de Diretor Técnico (com início de mandato em 20/04/2006)

- > Sessão de 29/10/2008 - Num.Doc. 357.746/08-9

Destituição/renúncia de Milton Sergio Conca ... ocupando o cargo de Diretor, assinando pela empresa.

Algumas empresas diligenciadas apresentaram além dos contratos firmados entre elas e a ZERA, Termos de Cessão de Contrato/Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações, Termos Aditivos, sendo que abaixo apresentamos algumas transcrições desses documentos, por amostragem:

Termo de Cessão de contrato (datado de 09/01/2006)

"CEDENTE, de ora em diante simplesmente assim designada, ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28...

CESSIONÁRIA, de ora em diante simplesmente assim designada, PROBANK S/A... CNPJ 42.778.183/0003-82... e

Na qualidade de ANUENTE ...PRIMESYS SOLUÇÕES EMPRESARIAIS S/A

Considerando que a CEDENTE celebrou com a ANUENTE Contrato de Prestação de Serviços de consultoria em 21/01/2004 ("Contrato") e, como legítima titular dos direitos e obrigações decorrentes do contrato, tem interesse em cedê-los e transferi-los onerosamente à CESSIONÁRIA que, por sua vez, tem interesse em assumi-los...

Cláusula Primeira - A CEDENTE, na qualidade de única e legítima titular dos direitos decorrentes do Contrato, vem pelo presente ceder como cedido tem, todos os direitos e obrigações dele decorrentes à CESSIONÁRIA, com expressa concordância da ANUENTE..."

Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações (datado de 07/02/2006)

"ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28... ("Cedente")

PROBANKS/A ...CNPJ 42.778.183/0003-82...("Cessionária") E, ainda, como Interveniante-Anuente,

CREDI 21 PARTICIPAÇÕES LTDA ...CNPJ 03.529.067/0001-06... ("Interveniente -Anuente)

(ii) A Cedente, legítima titular de direitos e obrigações em decorrência da celebração do Contrato de Prestação de Serviços, tem, em razão do Acordo de Participação, celebrado, em 5/12/2005, entre a Cedente e PROBANK S/A, interesse em ceder e transferir onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do Contrato de Prestação de Serviços para a Cessionária que, por sua vez, tem interesse em assumir todos os referidos direitos e obrigações, o que, as Partes aqui fazem com a expressa anuência da Interveniante-Anuente..."

Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações (datado de 07/02/2006)

"ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28... ("Cedente")

PROBANK S/A ...CNPJ 42.778.183/0003-82...("Cessionária") E, ainda, como Interveniante-Anuente,

NexoCS Informática Ltda ...CNPJ 01.023.164/0001-05...("Interveniente - Anuente")

(ii) A Cedente, legítima titular de direitos e obrigações em decorrência da celebração do Contrato de Prestação de Serviços, tem, em razão do Acordo de Participação, celebrado, em 5/12/2005, entre a Cedente e PROBANK S/A, interesse em ceder e transferir onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do Contrato de Prestação de Serviços para a Cessionária que, por sua vez, tem interesse em assumir todos os referidos direitos e obrigações, o que, as Partes aqui fazem com a expressa anuência da Interveniante-Anuente..."

Termo Aditivo nº 02 ao Contrato de Prestação de Serviços Técnicos Especializados em Soluções de Tecnologia de Informação (Nº DM NPPO -0666) (datado de 30/05/2006)

"Pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, de um lado XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA ("XEROX") e, de outro lado, na qualidade de sucessora de PROBANK S/A, PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A ("CONTRATADA"), ambas devidamente identificadas no "1º ADITAMENTO-AO INSTRUMENTO PARTICULAR SW CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES", resolvem celebrar o presente termo aditivo que se regerá pelas condições abaixo..." (grifamos)

Da leitura dos textos acima transcritos, depreendemos que a PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43 deve ser responsabilizada nos termos do Art. 124, inciso I do CTN:

"São solidariamente obrigadas:

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

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

Da Sujeição Passiva Solidária

Conforme já informado no tópico referente à multa qualificada, o ex- sócio administrador, Sr.Milton Sérgio Conca utilizou de procedimento fraudulento para eximir o sujeito passivo do pagamento dos impostos e contribuições incidentes sobre as suas operações.

Conforme acima informado, o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28.

Embora tenha alterado o contrato social, o cadastro do CNPJ incluindo como sócios responsáveis ANDRÉ LUIS MOLINA e EDNA APARECIDA SERVI DONE a partir de janeiro de 2008, todas as irregularidades apuradas no sujeito passivo foram praticados no período em que constava como sócio administrador, o Sr. MILTON SÉRGIO CONCA.

Os fatos acima descritos caracterizam a conduta prevista nos incisos I, II e V do artigo 1º e art 2º da Lei 8.137/90, que tipificam ilícitos contra a Ordem Tributária, comprovando-se que foram omitidas informações e prestadas declarações inexatas às autoridades fazendárias, bem como sendo caracterizadas as condutas descritas nos 71 e 72 da Lei 4.502/64, com infração evidente à lei em benefício próprio ou de terceiros, restou caracterizada a sujeição passiva solidária do Sr.MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, nos termos dos art. 124 e 135 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Considerando o procedimento da ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28, que transferiu os contratos mantidos com os seus clientes para a PROBANK S/A, CNPJ 42.778.183/0003-82 que posteriormente os transferiu para a empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28, esvaziando assim a sua carteira de clientes;

Considerando que embora o Sr.Milton Sérgio Conca tenha se retirado da ZERA em sessão de 02/01/2008, incluindo como sócios responsáveis pela ZERA, os Srs. ANDRÉ LUIS MOLINA e EDNA APARECIDA SERVIDONE, pessoas desprovidas de capacidade econômica e financeira, com indício de interpostas pessoas, a partir de janeiro de 2008, todas as irregularidades apuradas no sujeito passivo foram praticados no período em que constava como sócio administrador, o Sr. MILTON SÉRGIO CONCA;

Considerando que o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28;

Concluimos que a PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43 é sucessora de fato da empresa ZERA INTEGRADORA DF SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28, sendo, portanto responsabilizado como SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO nos termos do art.124 da Lei nº 5.172/1966 (CTN).

Assim, foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária, sendo que uma via desses Termos com os seus anexos, serão enviados aos respectivos domicílios, em nome de:

a. Sr. Milton Sérgio Conca, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, sócio administrador à época dos fatos, nos termos dos arts. 124 c/c 135 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

b. PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43, nos termos do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

DEMONSTRATIVO DETALHADO NOS ANEXOS

ANEXO I: notas fiscais emitidas para as empresas contratantes para prestação de serviços [constituído de 67 folhas];

ANEXO II: relação das notas fiscais emitidas com os valores das retenções do imposto e contribuições sociais [constituído de 24 folhas];

ANEXO III: valores apurados de depósitos bancários de origens não comprovados [constituído de 6 folhas];

ANEXO IV: consolidação de valores das receitas omitidas e depósitos bancários de origens não comprovados, utilizados na apuração do crédito tributário, e as retenções do imposto e contribuições sociais [constituído de 01 folha];

ANEXO V: valores do IRRF, PIS, COFINS e CSLL, retido e não recolhido das empresas contratadas para prestação de serviços, bem como a falta de declaração na DCTF [constituído de 32 folhas].

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pela Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, e a ciência deverá ser dada por EDITAL DE INTIMAÇÃO SEFIS, e considerado ciente no 16º dia da afixação do Edital, tendo em vista a não localização da empresa no seu domicílio fiscal.

3. A autoridade fiscal elaborou, ainda, os Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 215/217, em nome de Milton Sérgio Conca e de fls. 219/225, em nome de PROBANK Software e Consultoria S/A, sendo que se transcreve este último:

"Contexto

No exercício das funções de Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em procedimento de fiscalização relativo ao sujeito passivo acima identificado, determinado pelo Mandado de Procedimento Fiscal em epígrafe, relativamente à fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, do ano calendário 2005, exercício 2006, constatou-se os fatos a seguir descritos que ensejaram a lavratura do presente Termo de Sujeição Passiva Solidária pelo crédito tributário constituído.

A empresa ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA não foi localizada no endereço constante no cadastro da RFB, tendo sido feita a Representação Fiscal para Inaptdão do CNPJ - IRPJ, protocolizada sob nº 13896.001808/2010-07.

Desta forma, considerando a ausência de apresentação de documentos que comprovassem as receitas de atividade da empresa, utilizamos as informações contidas no sistema DIRF para reunir os elementos comprobatórios, solicitando-se às declarantes identificadas nas DIRF's, dentre outros documentos, cópias de Notas Fiscais emitidas pelo sujeito passivo.

Da análise dos documentos apresentados pelas empresas diligenciadas e pesquisas efetuadas por esta fiscalização, apurou-se que o sujeito passivo utilizou-se de procedimento fraudulento para eximir-se do pagamento dos impostos e contribuições incidentes sobre as suas operações.

O procedimento consistiu na transferência dos contratos mantidos com os seus clientes para a PROBANK S/A, CNPJ 42.778.183/0003-82 que posteriormente os transferiu para a empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28, esvaziando assim a carteira de clientes da ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28.

Ocorre que, o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28.

Nos documentos enviados pelas empresas diligenciadas, comprovou-se a o acordo de participação entre ZERA e PROBANK S/A, conforme o texto do informe publicitário abaixo transcrito, bem como corroborados nos contratos firmados com as empresas contratantes para prestação de serviços.

Do acordo de participação entre ZERA e PROBANK

Abaixo transcrevemos o informe publicitário acerca da união entre a ZERA e a PROBANK:

"PROBANK e ZERA anunciam união em software e consultoria Nova companhia prevê faturar R\$ 75 milhões até 2007

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2005. A PROBANK S.A e a ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda. anunciam que concluíram um acordo de participação que unirá as áreas de consultoria e fábrica de software das duas empresas, formando uma nova companhia, denominada PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A . O acordo contou com a assessoria do escritório de advocacia BARBOSA MÜSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS, representado pelo seu sócio ALEXANDRE COUTO SILVA.

A união entre a PROBANK e a ZERA cria uma das maiores e mais diversificada empresa de software e consultoria do Brasil. A PROBANK Software prevê faturar R\$ 75 milhões até 2007.

"O acordo de participação permitirá que as duas empresas ampliem seu portfólio de serviços e soluções e compartilhem mercados e clientes", explica o diretor da ZERA, Milton Conca.

(...)

A ficha cadastral completa da PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43, traz dentre outras, as seguintes informações:

- > data da constituição: 20/04/2006
- > Início de Atividade: 01 /10/1998
- > Sessão de 20/04/2006

Transformada de sociedade civil, conforme ATA, datada de 20/02/2006. Registrada anteriormente sob nº 127777, no Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Barueri - SP. Denominação anterior registrada em cartório: C.J.S.Informática Ltda

Inclusão de CNPJ 02.817.035/0001-43.

- > Sessão de 10/09/2008 - Num.Doe. 298.183/08-0 (...)

Remanescente Milton Sergio Conca, Nacionalidade Brasileira, CPF 058.050.878-12, RG/RNE 12130487... ocupando o cargo de Diretor Técnico (com início de mandato em 20/04/2006)

- > Sessão de 29/10/2008 - Num.Doe. 357.746/08-9

Destituição/renúncia de Milton Sergio Conca ... ocupando o cargo de Diretor, assinando pela empresa.

Algumas empresas diligenciadas apresentaram além dos contratos firmados entre elas e a ZERA, Termos de Cessão de Contrato/Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações, Termos Aditivos, sendo que abaixo fizemos transcrições, por amostragem:

Termo de Cessão de contrato (datado de 09/01/2006)

"CEDENTE, de ora em diante simplesmente assim designada, ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28...

CESSIONÁRIA, de ora em diante simplesmente assim designada, PROBANK S/A... CNPJ 42.778.183/0003-82... e

Na qualidade de ANUENTE ...PRIMESYS SOLUÇÕES EMPRESARIAIS

S/A...

Considerando que a CEDENTE celebrou com a ANUENTE Contrato de Prestação de Serviços de consultoria em 21/01/2004 ("Contrato") e, como legítima titular dos direitos e obrigações decorrentes do contrato, tem interesse em cedê-los e transferi-los onerosamente à CESSIONÁRIA que, por sua vez, tem interesse em assumi-los...

Cláusula Primeira - A CEDENTE, na qualidade de única e legítima titular dos direitos decorrentes do Contrato, vem pelo presente ceder como cedido tem, todos os direitos e obrigações dele decorrentes à CESSIONÁRIA, com expressa concordância da ANUENTE..."

Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações (datado de 07/02/2006)

"ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28... ("Cedente")

PROFJANK S/A... CNPJ 42.778.183/0003-82... ("Cessionária")

E, ainda, como Interveniente-Anuente,

CREDI 21 PARTICIPAÇÕES LTDA ...CNPJ 03.529.067/0001-06... ("Interveniente -Anuente")...

(ii) A Cedente, legítima titular de direitos e obrigações em decorrência da celebração do Contrato de Prestação de Serviços, tem, em razão do Acordo de Participação, celebrado, em 5/12/2005, entre a Cedente e PROFJANK S/A, interesse em ceder e transferir onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do Contrato de Prestação de Serviços para a Cessionária que, por sua vez, tem interesse em assumir todos os referidos direitos e obrigações, o que, as Partes aqui fazem com a expressa anuência da Interveniente-Anuente..."

Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Obrigações

(datado de 07/02/2006)

"ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA ...CNPJ 05.459.401/0001-28... ("Cedente")

PROBANK S/A ...CNPJ 42.778.183/0003-82... ("Cessionária")

E, ainda, como Interveniente-Anuente,

NexoCS Informática Ltda ...CNPJ 01.023.164/0001-05... ("Interveniente - Anuente") (...)

(ii) A Cedente, legítima titular de direitos e obrigações em decorrência da celebração do Contrato de Prestação de Serviços, tem, em razão do Acordo de Participação, celebrado, em 5/12/2005, entre a Cedente e PROBANK S/A, interesse em ceder e transferir onerosamente todos os direitos e obrigações decorrentes do Contrato de Prestação de Serviços para a Cessionária que, por sua vez, tem interesse em assumir todos os referidos direitos e obrigações, o que, as Partes aqui fazem com a expressa anuência da Interveniente-Anuente..."

Termo Aditivo nº 02 ao Contrato de Prestação de Serviços Técnicos Especializados em Soluções de Tecnologia de Informação (Nº DM NPPO - 0666) (datado de 30/05/2006)

"Pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, de um lado XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA ("XEROX") e, de outro lado, na qualidade de sucessora de PROBANK S/A, PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A

("CONTRATADA"), ambas devidamente identificadas no "lo
ADITAMENTO AO INSTRUMENTO PARTICULAR SW CESSÃO DE

DIREITOS E OBRIGAÇÕES", resolvem celebrar o presente termo aditivo que se regerá pelas condições abaixo..."(grifamos)

Ressaltamos também que, de acordo com as informações constantes nas Fichas Cadastrais obtidas junto à Junta Comercial do Estado de São Paulo, o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28.

Considerando o procedimento da ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28, que transferiu os contratos mantidos com os seus clientes para a PROBANK S/A, CNPJ 42.778.183/0003-82 que posteriormente os transferiu para a empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28, esvaziando assim a sua carteira de clientes;

Considerando que embora o Sr. Milton Sérgio Conca tenha se retirado da ZERA em sessão de 02/01/2008, incluindo como sócios responsáveis pela ZERA, os Srs. ANDRÉ LUIS MOLINA e EDNA APARECIDA SERVIDONE, pessoas desprovidas de capacidade econômica e financeira, com indício de interpostas pessoas, a partir de janeiro de 2008, todas as irregularidades apuradas no sujeito passivo foram praticados no período em que constava como sócio administrador, o Sr. MILTON SÉRGIO CONCA;

Considerando que o Sr. MILTON SERGIO CONCA, CPF 058.050.878-12, RG 12.130.487, foi sócio administrador da ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, CNPJ 05.459.401/0001-28, desde o início da atividade da empresa em 06/09/2002 até 02/01/2008 e no período de 20/04/2006 a 29/10/2008 também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28;

Concluimos que a PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-43 é sucessora de fato da empresa ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28, sendo, portanto responsabilizado como SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO nos termos dos art.124 da Lei nº 5.172/1966 (CTN).

Portanto, fica o sujeito passivo solidário supra mencionado CIENTIFICADO da exigência tributária de que trata o Auto de Infração lavrado relativamente aos tributos IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA e o REFLEXO da Contribuição Social s/ Lucro Líquido, do Imposto de Renda Retido na Fonte, do PIS, da COFINS e da CSLL, na data de 28/09/2010, contra o sujeito passivo supra referido, cujas cópias, juntamente com o presente Termo são encaminhados neste ato.

Fica cancelado, POR ESTAR INCOMPLETO, O TERMO PRELIMINAR DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA ENCAMINHADO POR ENGANO - FALTA DE ANEXAÇÃO DE DOCUMENTOS PERTINENTES E DA ASSINATURA DO AFRFB - TORNANDO SEM EFEITO O REFERIDO TERMO ENCAMINHADO POR MEIO DO AR RJ 463362599, FICANDO O SUJEITO PASSIVO INTIMADO A PARTIR DO RECEBIMENTO DESTA."

4. Inconformada, a empresa PROBANK Software e Consultoria S/A, qualificada como "Sujeito Passivo Solidário", apresentou a impugnação de fls. 236/259, em 16 de novembro de 2010, com as seguintes razões de defesa.

4.1. Afirma que, conforme suscitado pela autoridade fiscal, a PROBANK S/A e a ZERA S/A firmaram um Acordo de Participação em Dezembro de 2005, enquanto as atividades da impugnante tiveram início somente em meados de 2006.

4.2. Acrescenta que as empresas acordantes, inclusive a impugnante, mantiveram suas personalidades jurídicas e continuaram a exercer suas atividades. Enfim, apenas uniram esforços para aumentar sua visibilidade no mercado. Em suas palavras:

"A concorrência e a competitividade nunca se fizeram tão intensas ou transparentes. Com a crescente integração das economias mundiais, o mercado nacional (e internacional) reestrutura-se rapidamente, provocando o acirramento da concorrência entre as empresas.

Diante deste cenário, a dinamização das atividades se revela como um dos aspectos mais importantes na conquista de novos mercados. Alianças estratégicas são, hoje, movimentação insitas a qualquer prática negocial. É essa a realidade que impulsiona novas técnicas de associação e integração. No caso em tela, a impugnante surgiu de um acordo legítimo baseado na livre iniciativa em que, repita-se, as empresas acordantes continuaram a exercer suas atividades, sendo exclusivamente responsáveis pelos direitos e obrigações decorrentes desse exercício.

Assim, tem-se que o acordo de participação foi apenas um instrumento negocial legítimo em que duas empresas, que mantiveram sua personalidade jurídica e suas atividades, decidiram unir esforços para ampliar sua penetração mercadológica. "

4.3. Diz que não se pode admitir que uma atuação essencialmente estratégica, do ponto de vista do mercado, implique em transferência de responsabilidade quanto ao cumprimento dos deveres fiscais. E que os atos eventualmente praticados pela ZERA em nada beneficiaram a impugnante, tendo em conta que atuação das empresas, a par do acordo firmado, deu-se de forma apartada, sem a conjugação de interesses específicos na prática de fatos jurídicos. E, sob a ótica societária, não houve qualquer vinculação entre as partes que permitisse a conclusão do silogismo acentuado pela fiscalização.

4.4. Portanto, a obrigação tributária decorrente do exercício das atividades da ZERA cabe tão somente a ela, pois nunca houve interesse comum ou mesmo conjugação de esforços da impugnante para a elisão do fato gerador. E, se um determinado contribuinte não mantém relação com o fato jurídico, não colhe eventuais benefícios que dela decorram, não pode ser arrolado como responsável pelo recolhimento do tributo.

4.5. Referindo-se ao artigo 124, Inciso I, do CTN, afirma:

"Esse ponto merece reflexão. Se o dispositivo mencionado acima não comporta benefício de ordem — dispositivo esse que se escora a fiscalização — porque então o trabalho fiscal não imputou diretamente a responsabilidade à Impugnante sem que tantos e tortuosos caminhos fossem realizados para localizar - PRIMEIRAMENTE - o real sujeito passivo da obrigação?

A resposta é singela. Não há responsabilidade por parte da Impugnante.

Prova maior disso é que não houve nenhuma prova nos autos de que realmente existia por parte da Impugnante o interesse comum na prática do fato gerador. Com efeito, conquanto o Digesto Tributário tenha garantido a prerrogativa de imputação sem benefícios de ordem por parte da Fiscalização, não o fez sem critérios. A indicação, decerto lacônica, de "pessoas que tenham interesse comum" na prática do fato imponible, deve observar balizas fálicas e comprobatórias, sob pena de afronta à segurança e estabilidade das relações jurídicas."

4.6. Transcreve jurisprudência, fls. 242/245.

4.7. Argumenta que não é jurídico, muito menos razoável, que uma empresa constituída após a ocorrência dos fatos geradores tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, tendo em conta que foi constituída somente em 20/04/2006, mais de um ano depois dos fatos geradores presentes no auto de infração. Assim, haveria uma barreira temporal intransponível, na medida em que uma empresa que não existe, não pode ter interesse algum na prática de qualquer fato gerador.

4.8. Ademais, os documentos enviados pelas empresas diligenciadas comprovam que todos os pagamentos feitos em decorrência dos serviços prestados em 2005 foram efetuados diretamente para empresa ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda, não havendo qualquer documento, ou declaração, que mencione a participação da Impugnante em tais atividades.

4.9. Afirma que, segundo a fiscalização, duas situações foram determinantes para a atribuição da responsabilidade solidária: o suposto esvaziamento da carteira de clientes do sujeito passivo, que ocorreu por meio da cessão de contratos para a PROBANK S/A, e o fato de o Sr. Milton Conca ter sido sócio administrador da ZERA e também ter sido diretor técnico da Probank Software e Consultoria S/A. No entanto, tais premissas seriam falaciosas e merecem ser rechaçadas. Em continuação:

"Segundo informações* da própria fiscalização, o sujeito passivo manteve relações negociais com 38 (trinta e oito) empresas (fls. 330/334) que, como já dito, foram intimadas a prestar esclarecimentos sobre os serviços prestados pelo sujeito passivo no ano de 2005.

Algumas destas empresas, 07 (sete) especificamente, não atenderam ao Termo de Intimação Fiscal e NUNCA FIZERAM parte do rol de clientes da Impugnantne. São elas:

(...)

Já 13 (treze) empresas enviaram a documentação solicitada pela fiscalização, mas não houve qualquer cessão de contrato e, por via de consequência lógica, NENHUMA COMPROVAÇÃO POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO. São elas:

(...)

Somente 04 (quatro) empresas enviaram documentos comprovando a cessão de seus contratos, a saber:

(...)

ORA, COMO PODE HAVER O ALEGADO ESVAZIAMENTO DA CARTEIRA DE CLIENTES DO SUJEITO PASSIVO, QUANDO DAS 38 (TRINTA E OITO) EMPRESAS DILIGENCIADAS, SOMENTE EM 04 (QUATRO) HOVE COMPROVAÇÃO DE CESSÃO?!

Pela documentação que embasou a conclusão da fiscalização, verifica-se que, em relação à grande parte das empresas diligenciadas não foi realizado qualquer comprovação de contrato de cessão para a Impugnante. Só se pode falar em "esvaziamento" da carteira quando, por óbvio, TODOS os contratos de uma empresa são rescindidos ou transferidos, o que não ocorreu no caso.

Não há nos autos, qualquer documento que comprove que algumas dessas empresas não continuaram a ser clientes do sujeito passivo, e ainda, que o sujeito passivo não tenha obtido novos clientes a partir daí, aumentado ~ e não esvaziando - a sua carteira de clientes.

Por outro lado, há ainda outro fato que merece destaque. Todos os 04 (quatro) contratos foram transferidos, conforme informa a própria fiscalização, no a/w-calendário de 2006. E, pretende a fiscalização, a partir dessa premissa, imputar responsabilidade solidária à Impugnante em virtude do alegado "esvaziamento" da carteira de clientes da Impugnante por fatos geradores do ano-calendário de 2005. Essa pretensão é absurda e merece ser absolutamente repelida. "

4.10. Quanto ao fato de o Sr. Milton Conca ter sido diretor da impugnante no período de abril de 2006 a outubro de 2008, diz que, os fatos geradores objeto da autuação referem-se ao ano-calendário de 2005, data anterior à constituição da Impugnante.

4.11. Diz que a lógica de se atribuir a responsabilidade solidária pelo simples fato de um de seus diretores ter feito parte de outra empresa, é frágil e viola frontalmente o princípio da legalidade. 4.12. Em suas palavras:

"A diretoria tem como função praticar todos os atos não apenas de gestão de negócios sociais, como também de orientação das atividades técnicas da sociedade. Geralmente, por decisão estratégica, os diretores são pessoas com grande conhecimento técnico na área de atuação da empresa para orientar a melhor atuação para realização de seu objeto social.

A nomeação do Sr. Milton Conca como diretor da Impugnante no período de 04/2006 a 10/2008, apenas corrobora as suas alegações sobre a união de esforços visando obter maior penetração mercadológica. Ressalte-se que ele foi nomeado como "diretor técnico" da Impugnante.

Repita-se: a nomeação de uma pessoa como diretor de uma empresa não tem o condão de atribuir à sociedade nomeante qualquer responsabilidade que este diretor tenha, eventualmente, praticado atos com excesso de poderes em outra empresa. Esse é o entendimento do Egrégio Conselho de Recursos Fiscais — CARF. Confira-se:

(...)

Mais uma vez, não logrou êxito a fiscalização em configurar a responsabilidade solidária da Impugnante, uma vez que o trabalho fiscal partiu de uma interpretação absolutamente desprovida da razoabilidade, com o intuito único e exclusivo de satisfação de seu alegado crédito tributário à revelia dos fatos e da melhor hermenêutica jurídica. "

4.13. Requer a decadência para o crédito tributário relativo a fatos geradores ocorridos de janeiro a setembro de 2005, tendo em conta que a formalização do crédito tributário somente se deu em 20 de outubro de 2010, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Menciona jurisprudência, fls. 253/254.

4.14. Aduz que não pode ser responsabilizada pelas multas aplicadas à empresa ZERA, sob nenhuma modalidade de sucessão.

4.15. Acrescenta que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLV, dispõe que "a pena não passará da pessoa do condenado", razão pela qual há um muro constitucional que veda a cominação de pena imputável à pessoa do agente do fato punível. E que não há qualquer fundamento legal que possibilite a imputação das penalidades aplicadas em razão da conduta do sujeito passivo à Impugnante, mormente quando ela sequer estava constituída à época da suposta conduta delituosa. Transcreve jurisprudência, fls. 416/418. Em suas palavras:

"Fica evidente que somente a pessoa que tenha praticado a conduta que levou à cominação da pena. No caso, foi o sujeito passivo ZERA Integradora que deixou de apresentar documentos e que, segundo a fiscalização, cometeu atos com fraude. A Impugnante, repita-se pela enésima vez, sequer estava constituída à época dos fatos geradores (2005).

Diante de todo o cenário doutrinário e jurisprudencial demonstrado, conclui-se que, se por absurdo, a Impugnante for considerada responsável por qualquer óptica obrigações contidas no auto de infração, deverá ser excluído do montante a ser pago, o percentual das multas imputadas ao sujeito passivo. "

4.16. Finaliza sua defesa:

"A vista do exposto, requer a Impugnante seja conhecida e provida a presente Impugnação, para que:

(i) Seja acolhida a alegação de ilegitimidade passiva, eis que os requisitos necessários à imputação de responsabilidade solidária, conforme demonstrado, não se configuraram;

(ii) Caso seja ultrapassada a preliminar arguida, seja acolhida a alegação de decadência do crédito tributário relativo às competências de janeiro a setembro de 2005 (inclusive), reconhecendo a extinção das somas apuradas a título de CSLL;

(iii) Subsidiariamente, caso não se entenda pela desconstituição do Termo de Sujeição Passiva Solidária, o cancelamento das multas aplicadas, posto que a cominação da pena somente é imputável ao agente que pratica o fato imponible, qual seja, ZERA INTEGRADORA;"

A DRJ Manteve os lançamentos, nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÕES. MULTA AGRAVADA E QUALIFICADA.

Em vista da presença de fatos que evidenciam plenamente o vínculo existente entre a impugnante e os fatos que culminaram com a formalização do lançamento, correta é sua responsabilização solidária pelo crédito tributário exigido.

A responsabilidade solidária não se restringe-se aos tributos e contribuições exigidos, abrangendo também as multas imputadas, inclusive a multa de ofício agravada e qualificada, em vista de sua natureza patrimonial e não pessoal.

DECADÊNCIA. CSLL.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional.

DECADÊNCIA.FRAUDE. PRAZO.

Diante da caracterização de conduta fraudulenta, com a conseqüente qualificação da multa de ofício, a decadência rege-se pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, não se consumando para os fatos geradores em que houve formalização do crédito tributário.

Irresignada com a decisão de primeira instância que lhe foi cientificada via EDITAL, o responsável solidário (PROBANK Software e Consultoria S/A) interpôs recurso voluntário de fls. 366/396 a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação, e aduzindo em complemento:

- A Fiscalização deturpou, com o aval da Delegacia de Julgamento de Campinas, o real sentido do informe publicitário veiculado. Isto porque, ao interpretá-lo em tiras, conjugando trechos aleatórios, a DRJ concluiu que o Acordo de Participação consistiria na união das empresas para "formar uma nova companhia, enfim, uma outra empresa". Assim, às fls. 348/349 do acórdão, a DRJ cita:

"(...) 'A PROBANK S/A e a ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda. anunciam que concluíram um acordo de participação que unirá as áreas de consultoria e fábrica de software das duas empresas, formando uma nova companhia, denominada PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A.

A união entre a PROBANK e a ZERA cria uma das maiores e mais diversificadas empresas de software e consultoria do Brasil'.

(...)

17. Conforme transcrito de forma clara e expressa, as empresas ZERA e PROBANK S/A uniram-se para formar uma nova companhia, enfim, uma outra empresa, denominada PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA {...)".

- Contudo, a leitura integral do informe publicitário conduz à conclusão de que as ilações da DRJ de Campinas não merecem prosperar, na medida em que o objetivo principal do acordo de participação consistiu na troca de know-how, integração técnica e melhoria na prestação de serviços;

- O Acórdão da DRJ passou a tratar a situação de responsabilidade solidária como sucessão de fato ocorrida entre a Recorrente e a ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, diferentemente dos fundamentos contidos no Auto de Infração e no Termo de Sujeição Passiva. Traz doutrina e jurisprudência para corroborar sua tese;

É o Relatório

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

Admissibilidade e Delimitação da Lide

A princípio, cabe salientar que a pessoa jurídica Vila Nova Madeiras Imp. e Exp. Ltda não apresentou defesa desde a fase impugnatória, não contestando a ação fiscal.

Da mesma forma, o responsável tributário, o Sr. MILTON SERGIO CONCA,

A lide resta, portanto, inaugurada apenas pelo Responsável Solidário, a empresa PROBANK que apresentou tempestivamente o Recurso, a qual atende aos demais requisitos de admissibilidade e, portanto dele tomo conhecimento.

No caso insurgiu-se contra a atribuição de responsável solidário, nos termos do art. 124, I do CTN (ilegitimidade passiva), bem assim contra cominação de multas, somente imputável ao agente que pratica o fato impositivo e o acolhimento parcial da decadência do auto de infração da CSLL, nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN.

Ou seja, no mérito da exigência, observa-se, com base no teor da defesa, que o interessado não se insurge com relação às matérias relacionadas às receitas levantadas, à forma de tributação adotada, as bases de cálculo apuradas, e às alíquotas aplicadas, restringindo-se seus questionamentos sobre a decadência e a transferibilidade da multa de ofício, agravada e qualificada.

Decadência

Suscita decadência parcial, utilizando-se da regra do art. 150, , § 4º do CTN.

No tocante ao prazo de decadência, embora tenha defendido anteriormente entendimento diverso, alinho-me à jurisprudência atual do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN necessita da realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE.
FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escorrido o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....

7. Recurso especial não conhecido. **(Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. **(Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito **(Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,**

julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

No caso concreto, conforme TVF fls.1083 não houve pagamento por se tratar de contribuinte devedor contumaz:

(...) Extrato das DCTF de fls. 346 a 351. A mesma está na condição de inadimplente contumaz dos tributos e contribuições devidos à Fazenda Pública, pois, durante toda a sua existência não recolheu **nenhum centavo** dos débitos declarados em DCTF/DIPJ.

De qualquer sorte, como se demonstrará mais adiante neste voto, a regra do art. 173, I seria atraída de toda forma pela existência de fraude/dolo no presente caso, tendo vista que a multa qualificada foi contestada apenas quanto a sua transferibilidade para o sujeito passivo solidário e enfrentada no voto mais adiante.

Ressalte-se que a conclusão supra não prejudica, nesse particular, o lançamento relativamente às contribuições sociais, no caso concreto, da CSLL, cujo disciplinamento envolvendo a decadência não mais possui regramento próprio (artigo 45, da Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Dessa forma, a regra do art. 173, I do CTN, no caso de ausência de pagamento e/ou da presença de fraude ou dolo, como é o caso, também se aplica às contribuições sociais (tributos sujeitos à homologação).

Vejamos agora a aplicação da regra geral referida no art. 173, I do CTN ao caso concreto.

Assim, em relação à CSLL cujos fatos geradores são trimestrais, para os três primeiros trimestres do ano-calendário de 2005 a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, em 1º de janeiro de 2006, consumando-se tal prazo

em 31 de dezembro de 2010, portanto após a ciência do auto de infração e do Termo de Responsabilidade Fiscal (20/10/2010).

MÉRITO

Responsabilidade Tributária

O Código Tributário Nacional admite duas modalidades de solidariedade passiva: a) solidariedade de fato (art. 124, inciso I do CTN) e b) a solidariedade de direito (art. 124, II do CTN).

No caso concreto, foi atribuída a primeira solidariedade, isto é, a “solidariedade de fato”, que é aquela que Lei se utiliza para abarcar situações fáticas as mais diversas que seria impossível de se fazer de forma específica e bem delimitada por lei. A realidade é tão complexa e abrangente que tais situações precisam de conceitos abertos para abrangê-las. E tais situações ocorrem quando há uma pluralidade de pessoas com “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Diferentemente do apregoado pela Recorrente, pelas provas dos autos, verifica-se que o Autuante fez um trabalho minucioso e diligente demonstrando cabalmente, através de fortes e evidentes indícios convergentes, que a Recorrente se subsume à regra do art. 124, I do CTN, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

Prova Indiciária

É sabido que a evidência que se infere a partir de um único ou poucos indícios deve ser aceita com a devida cautela, pois, o indício é apenas o ponto inicial para o aprofundamento das investigações.

Os indícios assim como as presunções são também considerados como provas no Direito tanto se vistos de forma objetiva, constituindo-se no conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos alegados, quanto subjetivamente falando, meio pelo qual o julgado normalmente se utiliza para formar convicção a respeito da existência ou não de um determinado fato ou situação.

Os indícios para ter força probante precisam possuir 2(duas) características importantes: Precisão ou economia (conduzem a poucas hipóteses ou apontam para poucas causas) e convergência (quando se encaixa com outro indício, conduzindo a uma mesma conclusão). Alguns tributaristas colocam o atributo da gravidade (boa intensidade do indício) nesse mesmo contexto. Nesse ponto peço vênica para discordar, apoiando-me no semiótico Umberto Eco, penso que o atributo de convergência é que dá o verdadeiro tom da intensidade da conclusão, isso quer dizer que indícios com baixas intensidades, aparentemente sem importância, quando convergentes produzem também uma forte conclusão.

Vejamos como Umberto Eco, um dos grandes semióticos da atualidade analisa essa questão em seu clássico “Interpretação e Superinterpretação”, págs. 57/58:

“(…) certos elemento evidentes mas aparentemente sem importância, podem ser indício de uma outra coisa que não é evidente e, baseado nisso, elaboram uma nova hipótese a ser

testada. Mas o indício é considerado o signo de outra coisa somente em três condições: quando não pode ser explicado de maneira mais econômica; quando aponta para uma única causa (ou uma quantidade limitada de causas possíveis) e não passa um número indeterminado de causas diferentes; e quando se encaixa com outro indício.”

Como iremos lidar muito amiúde neste voto com a prova indiciária é interessante que os atributos acima referidos fiquem bem claros.

Vamos usar de empréstimo os exemplos trazidos pelo próprio Semiótico Umberto Eco ainda naquela obra clássica.

Vejamos como ele explica o critério de economia, que de certa forma está associado também ao de precisão:

“Se na cena do crime encontro uma cópia do jornal matutino de maior circulação, devo antes de tudo perguntar (critério de economia) se não poderia ter pertencido à vítima; se não, a pista indicaria um milhão de suspeitos potenciais.”

No trecho a seguir, Umberto Eco demonstra o requisito de convergência e o estabelecimento de condições objetivas em que a hipótese poderia ser refutada:

“(…) Se, por outro lado, na cena do crime encontro uma jóia de forma estranha, considerada exemplar único deste tipo, e que todos sabem pertencer a um certo indivíduo, a pista fica interessante; e, se depois descubro que esse indivíduo não pode mostrar-me sua jóia, as duas pistas se encaixam. Mas notem que a esta altura, minha hipótese ainda não está provada. Parece apenas razoável, e é razoável porque me permite estabelecer algumas das condições em que poderia ser refutada: se, por exemplo, o suspeito desse provas indiscutíveis de que havia dado a jóia à vítima há muito tempo, então a presença da jóia na cena do crime deixaria de ser uma pista importante.”

A partir do farto conjunto probatório coligido pelo autuante é de concluir mesmo que foi correta a atribuição de responsabilidade solidária à empresa PROBANK, a teor do art. 124, I do CTN. Vejamos os indícios precisos e convergentes que foram apontados pelo fiscal autuante:

- A empresa ZERA não foi localizada no endereço constante no cadastro da Receita Federal do Brasil. Apesar de intimada e reintimada, via afixação de editais, a fiscalizada não atendeu às intimações, inclusive para apresentação de seus livros contábeis e fiscais, extratos de contas bancárias e aplicações financeiras;

- Elo de ligação espacial encontrado entre ZERA e PROBANK – Endereço em comum: O domicílio fiscal da empresa ZERA, constante dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Avenida Andrômeda, n.º 2000, Bloco 10, Bairro Alphaville, Barueri-SP), mostra-se coincidente com o domicílio fiscal anterior da **PROBANK Software e Consultoria S/A** (Avenida Andrômeda, n.º 2000, Nível 06/Bloco 10, Sítio Tambor, Barueri-SP), que somente foi alterado em 13 de setembro de 2007, fato confirmado na Ficha Cadastral Completa fornecida pela JUCESP;

- **Único Sócio de fato da ZERA é o Sr. Milton Sérgio Conca – Sócio administrador desde o início de suas atividades em 06/09/2002.** Os outros dois sócios a fiscalização demonstra que eram interpostas pessoas. Sua saída formal, 02/01/2008, ato contínuo foram encerradas as três filiais da empresa;

- **Outro elo forte de ligação entre as duas empresas, na figura do sócio. Esse único Sócio da ZERA, Sr. Milton Sérgio Conca** também ocupou o cargo de Diretor Técnico, assinando pela empresa PROBANK Software e Consultoria S/A, ora Recorrente, no período 20/04/2006 a 29/10/2009;

- **Elo de atuação conjunta na mesma atividade econômica, identificando inclusive o sócio administrador da Zera como personagem importante dessa “conjunção de forças”:**

No informe publicitário transcrito pela fiscalização, consta expressamente que:

1. "A PROBANK S.A e a ZERA Integradora de Soluções de Informática Ltda. anunciam que concluíram um acordo de participação que unirá as áreas de consultoria e fábrica de software das duas empresas, formando uma nova companhia, denominada PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A .

2. A união entre a PROBANK e a ZERA cria uma das maiores e mais diversificada empresa de software e consultoria do Brasil. A PROBANK Software prevê faturar R\$ 75 milhões até 2007.

3. Fazem parte da administração da nova companhia executivos e membros de Conselho de ambas as organizações. Pela PROBANK S/A, foram indicados Paulo Martins, como Presidente; Gilberto Freitas, como diretor financeiro, e Ronald Valladão, como diretor comercial para governo. Da ZERA Integradora foram nomeados **Milton Conca**, como diretor técnico, e João Ângelo Rodrigues, como diretor comercial corporativo.

5) Elo de finalização da operação: Zera transfere carteira de clientes para PROBANK. A empresa ZERA utilizou-se de procedimento fraudulento para eximir-se do pagamento de tributos e contribuições incidentes sob suas operações, pois efetuou a transferência dos contratos mantidos com seus clientes para a PROBANK S/A, CNPJ 42.778.183/0003-82, que posteriormente os transferiu para a empresa PROBANK Software e Consultoria S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28;

A recorrente acusa a falta de provas. Já foi dito alhures, mas não custa repetir que a comprovação material de uma determinada situação fática pode ser feita, em regra ou por uma prova única, direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a inequívocidade daquela matéria de fato, como ocorreu no caso concreto.

O primeiro indício encontrado pela fiscalização de que a interessada teria interesse comum na ocorrência do fato gerador foi a situação relacionada ao domicílio fiscal da empresa ZERA, (Avenida Andrômeda, n.º 2000, Bloco 10, Bairro Alphaville, Barueri-SP), mostrar-se coincidente com o domicílio fiscal anterior da **PROBANK Software e Consultoria S/A** (Avenida Andrômeda, n.º 2000, Nível 06/Bloco 10, Sítio Tambor, Barueri-SP), que

somente foi alterado em 13 de setembro de 2007, bem após a ocorrência do fato gerador, fato confirmado na Ficha Cadastral Completa fornecida pela JUCESP. Este indício se liga ao próximo indício (segundo) e ao quinto indício, como se verá mais adiante.

É claro que esse indício por si apesar de ser grave, preciso, por só ainda não é suficiente para dar o grau de univocidade que seria necessário para a atribuição de responsabilidade. Poderia existir um sem números de explicações para essa coincidência, muito embora a defesa não traga nenhuma.

Acontece que de forma convergente com o indício apontado acima encontra-se um **segundo indício**, que é um anúncio bem detalhado na mídia de que as empresas ZERA e PROBANK fariam uma parceria unindo esforços em atividades econômicas afins e complementares.

Pois bem, a empresa ZERA “desaparece”, deixando de declarar e pagar uma infinidade de tributos, mas a PROBANK continua de vento em popa nas suas atividade só que agora **Um terceiro e quarto indícios aparecem, o único sócio administrador da Zera (terceiro indício) aparece aonde? No PROBANK como Diretor Técnico e assinando pela empresa (quarto indício).**

Por fim, um **quinto e último indício**, esse além de ser preciso e convergente é também um indício até grave (o que nem precisava), a Zera transfere carteira de clientes para PROBANK.

Em suma, os indícios, se tomados de forma isolada não são fortes, mas em conjunto torna a prova em seu conjunto digna de peso.

A Recorrente combate esse conjunto probatório de forma isolada e tímida, tentando diminuir a força alguns desses indícios.

O primeiro indício ela não combate.

O segundo indício ela afirma que foi dado um peso maior do que se podia extrair do anúncio dessa união entre Probank e Zera. Segundo ela, a DRJ concluiu que o Acordo de Participação consistiria na união das empresas para "formar uma nova companhia, enfim, uma outra empresa". Não foi essa dimensão que está colocada no meu voto e como já se viu cada um dos indícios não precisam ser graves, pois a gravidade vem da sinergia entre todos eles. De qualquer sorte, esse indício indica que a tese de que a Probank possa ter sucedido de fato a empresa Zera é bastante razoável, mormente quando se liga ao primeiro indício que não foi combatido, qual seja, agora nas palavras da DRJ:

17. Conforme transcrito, de forma clara e expressa, as empresas ZERA e PROBANK S.A. uniram-se para formar uma nova companhia, enfim, uma outra empresa, denominada PROBANK Software e Consultoria S/A, a qual mantinha, até 13 de setembro de 2007, **o mesmo endereço da ZERA, na Avenida Andrômeda, n.º 2000, Bloco 10, Barueri/SP.** (destaquei)

O terceiro indício ela também não combate.

Quanto ao quarto indício, a interessada afirma que o Sócio da ZERA, o Sr. Milton Sérgio Conca, era apenas um Diretor Técnico da Probank. Nada mais do que isso. No meu voto esse indício por si só, também não conduz a muita coisa, mas no conjunto sim. Ainda

acrescento o fato de que ele assinava pela empresa PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, CNPJ 02.817.035/0001-28., o que a defesa não assumiu e nem combateu.

Por fim, em relação ao quinto indício, a interessada procura diminuir também a sua gravidade. Não contesta que houve inúmeros contratos formais de transferência da carteira da Zera para Probank. Apega-se no fato de muitos outros clientes não terem respondido a fiscalização e que por isso não se poderia utilizar a expressão “esvaziamento da carteira”. Ora, a Recorrente contesta aqui apenas uma questão menor de terminologia usada. O importante aqui é o processo de transferência da carteira efetivamente ocorreu, mesmo que a fiscalização não tenha logrado êxito em confirmar todo o universo.

Outro argumento utilizado para combater a atribuição de responsabilidade fora do escopo aqui já traçado, é a situação apontada pela Recorrente de que os fatos geradores objeto do lançamento ocorreram no ano-calendário de 2005 e a empresa somente teria sido constituída em 20 de abril de 2006 e, portanto, não teria qualquer interesse comum na prática de tais fatos geradores.

Nesse caso, reitero em todos os seus termos as razões da decisão de piso que combateram esse argumento

19. Em primeiro lugar, conforme já salientado, a PROBANK (impugnante), apesar de formalmente constituída junto à JUCESP em 20 de abril de 2006, resultou da transformação da sociedade civil, denominada "C.J.S. INFORMÁTICA LTDA.", registrada anteriormente sob n.º 127777, no Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca da Barueri-SP, sociedade esta que teve por início de suas atividades a data de 1º de outubro de 1998, conforme informação constante nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Sistema CNPJ).

Por fim, como último argumento utilizado pela Recorrente, aduz que o Acórdão da DRJ passou a tratar a situação de responsabilidade solidária como sucessão de fato ocorrida entre a Recorrente e a ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, diferentemente dos fundamentos contidos no Auto de Infração e no Termo de Sujeição Passiva e que isso implicava em mudança de critério jurídico.

Ora, nenhum órgão julgador pode mudar o critério jurídico. Isso se ocorrer se daria pelo fiscal no próprio auto de infração. A DRJ pode incorrer em inovação de fundamentos se é isso que quer dar a entender a Recorrente. Porém, se esse for o caso, ainda assim não tem razão a Recorrente, pois em nada inovou a decisão de piso.

Todo o conjunto de indícios apontados pelo fiscal, pela DRJ e neste Voto conduzem de forma silogística a uma situação jurídica denominada de “sucessão de fato” e ela está totalmente consignada no TVF e nos Termos de Responsabilidades. Veja a conclusão do Fiscal no TVF, após encarrilhar todos os indícios:

(...)

Concluimos que a PROBANK SOFTWARE E CONSULTORIA S/A, XNPJ 02.817.035/0001-43 é **sucessora de fato** da empresa ZERA INTEGRADORA DE SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ 05.459.401/0001-28, sendo,

portanto responsabilizado como SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO nos termos dos art.124 da Lei nº 5.172/1966 (CTN). (negritei)

Portanto, também afasto essa argumentação e mantenho o Termo de Responsabilidade solidária.

Multa qualificada e Majorada – Transferibilidade

Quanto à transferibilidade da multa de ofício qualificada, alega a Recorrente que somente a pessoa que tenha praticado a conduta que levou à cominação da pena é que deveria suportá-la. E que, no caso, foi o sujeito passivo ZERA Integradora que deixou de apresentar documentos e que, segundo a fiscalização, cometeu atos com fraude. Por outras palavras, defende o caráter pessoal das multas exigidas pelo lançamento e que, portanto, não poderia ser responsabilizada por penalidades exigidas em consequência de atos que não foram praticados por ela.

Quanto a esse aspecto, reitero em todos os seus termos as razões da decisão de piso que rejeitaram os fundamentos da interessada de forma bastante detalhada e percutiente, motivo pelo qual adoto-as também como razões complementares deste voto:

(...) 43. Nesse sentido, apesar de as origens da multa encontrarem-se no direito penal, a grande maioria dos juristas não concorda com a premissa de que as sanções tributárias tenham caráter pessoal. Segundo eles, a pena referida no artigo 5o, XLV, da Constituição Federal, refere-se tão somente ao direito penal. As sanções tributárias têm caráter patrimonial e, portanto, são transmissíveis aos responsáveis e aos sucessores.

44. No direito tributário, o caráter patrimonial da multa está patente no artigo 128, do Código Tributário Nacional, que se transcreve:

'Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. '

45. José Cretella Jr. (Comentários à Constituição de 1988, 3a ed., Forense Universitária, Vol. 1, pág. 499) defende que o inciso LXV do art. 5o da Constituição Federal seria direcionado apenas à responsabilidade penal e acrescenta:

"(...) Ao contrário da responsabilidade criminal, que é pessoal e intransferível, a responsabilidade patrimonial ultrapassa a pessoa do acusado e transmite-se aos herdeiros, obrigados ao ressarcimento até os limites da herança, passando-lhes, assim, como todos os encargos e dívidas do de cujus, escapando ao status resumido no brocardo conhecido mors omnia solvit: Na verdade, a morte dissolve todos os vínculos de natureza penal, não os de caráter civil ou patrimonial."

46. Atualmente, nem mesmo o próprio direito penal trata a pena pecuniária como intransmissível. Com o advento da Lei n.º 9.268, de 1o de abril de 1996, o artigo 51 do Código Penal ficou com a seguinte redação:

"Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. "

47. Com a modificação legislativa, Roberto Gomes Lima e Ubiracy Perralles (Teoria e Prática da Execução Penal, 4a ed., Forense, 2001, pág. 155) constataram que "o princípio da intransmissibilidade deixou de ser absoluto para ser relativo, porquanto falecendo o condenado, sem resgatar a pena de multa, o seu espólio responderá pelo pagamento dessa dívida, na força do monte. "

48. Por outro lado, aceitar as alegações da impugnante, seria admitir que o direito aceita a desobediência de seus preceitos sem que sejam aplicadas as penalidades que o mesmo direito prescreve, enfim, seria permitir que o contribuinte descumpridor de suas obrigações decorrentes da lei, pudesse, por meio de em evento sucessório planejado, formalizado ou não junto às Juntas Comerciais, escapar das penalidades prescritas pela lei, em frontal violação ao princípio da isonomia e criando-se, por via de atos de particulares, uma anistia que a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional apenas aceitam quando feita por lei específica.

49. Por sua vez, conforme já apreciado, cabe destacar que a atribuição da responsabilidade solidária aqui tratada abrange todo um conjunto de atos que caracterizaram plenamente o interesse da empresa PROBANK nas situações que culminaram na lavratura do presente lançamento, particularmente no que se refere na existência de endereço comum com a empresa autuada, por um período de tempo; na transferência da clientela; na existência de sócios comuns às duas empresas.

50. Enfim, a responsabilidade tributária não está limitada aos tributos e contribuições devidos, mas abrange também as multas moratórias e punitivas, inclusive a agravada ou qualificada que, por representarem dívida de valor, possuem natureza patrimonial e não pessoal como pretende a impugnante.

Por todo o exposto, AFASTO a decadência e NEGO provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto