



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

Processo n° 14098.720060/2012-67
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3102-002.327 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de novembro de 2014
Matéria Auto de Infração - PIS/Pasep e Cofins
Recorrente M. M. ORIGINAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2009

SISTEMA DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVO. CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE. APROPRIAÇÃO. PROVA. APRESENTAÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

O reconhecimento do direito ao crédito apurado pelo sujeito passivo na apuração da Contribuição pelo Sistema Não Cumulativo depende de que o administrado apresente provas de que os gastos que geraram o crédito efetivamente ocorreram.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009

SISTEMA DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVO. CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE. APROPRIAÇÃO. PROVA. APRESENTAÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

O reconhecimento do direito ao crédito apurado pelo sujeito passivo na apuração da Contribuição pelo Sistema Não Cumulativo depende de que o administrado apresente provas de que os gastos que geraram o crédito efetivamente ocorreram.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

INFRAÇÕES. RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. SIMULAÇÃO.

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

O interesse comum nos fatos jurídicos praticados de forma simulada deve levar em consideração os efeitos que a simulação provoca na aparência e na conformação desses.

MULTA DE OFÍCIO. OMISSÃO REITERADA. QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A apresentação reiterada, pela pessoa jurídica, de declarações com valores inferiores aos apurados em escrituração contábil e fiscal enseja a imposição de multa de ofício qualificada.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

Sobre os créditos tributários constituídos em auto de infração serão exigidos juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC.

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

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. A Conselheira Andréa Medrado Darzé declarou-se impedida. Votou o Conselheiro Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente e Relator

EDITADO EM: 18/12/2014

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Nanci Gama, José Fernandes do Nascimento, Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo, José Paulo Puiatti e Miriam de Fátima Lavocat de Queiroz.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, no valor total de R\$ 46.794.815,04, constituído pelo principal, juros calculados até a data da lavratura do Auto e multa no percentual agravado de 150%.

A autuada é distribuidora de álcool para fins carburantes, tem a matriz em Cuiabá-MT e uma filial ativa em Paulínia -SP. Apresentou Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, exercício de 2010/ano-calendário 2009, pelo Lucro Real.

Conforme relata a Autoridade Fiscal no Termo de Verificação Fiscal, folhas 45 e seguintes do e-Proc, o lançamento refere-se ao período de apuração correspondente ao ano de 2009 e foi calculado sobre as operações com álcool para fins carburantes, levando em consideração as alíquotas específicas fixadas em reais para optantes do RECOB - Regime Especial de Apuração e Pagamento das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre Combustíveis e Bebidas. O Contribuinte optou pelo Regime a partir de 01/10/2008, razão pela qual aplicam-se-lhe as alíquotas específicas do PIS e da COFINS fixadas em reais pela Lei 9.718/98 com redação dada pela Lei 11.727/08, reduzidas pelo Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, para, respectivamente, R\$ 21,43 e R\$ 98,57, por metro cúbico, na venda realizada por distribuidor.

O Contribuinte apresentou DACON – Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais zerada para os períodos de agosto, novembro e dezembro de 2009 e não apresentou os DACON para os períodos de janeiro, julho, setembro e outubro do mesmo ano. Nas Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF referente aos períodos de apuração de 2009 não foram declarados valores das Contribuições a pagar.

Conforme esclarece a Fiscalização Federal, a autuada não atendeu à intimação contida no Termo de Início da Fiscalização para apresentar a memória de cálculo com a apuração do PIS/COFINS e informou que não dispõe de relação das notas fiscais de compras e vendas de 2009, razão pela qual considerou-se que a mesma não exerceu seu direito de demonstrar e quantificar os créditos que considerava ter direito de utilizar. Mais tarde, foi intimado e tomou ciência do Demonstrativo de Apuração do PIS/COFINS 2009 em papel e de um CD contendo os arquivos do demonstrativo de apuração do PIS/COFINS 2009 e a relação de notas fiscais de entradas, devolução de compras e saídas que compõe o demonstrativo, elaborado com as informações do SPED - NF-e – Nota Fiscal Eletrônica. Em relação a esse, limitou-se a alegar que **(i)** teria direito a outros créditos do art. 3º da Lei 10.833/2003 e **(ii)** que havia erro na quantificação dos créditos apontados no Demonstrativo anexo ao Termo de Intimação, pois deveriam ser utilizados os valores devidos pelos fornecedores.

A Fiscalização entende que, em relação ao primeiro aspecto, item **(i)** acima, por força do disposto nos parágrafos 13 e 14 do art. 5º da Lei 9718/98, com a redação dada pela Lei 11727/2008, no caso de distribuidor de álcool para fins carburantes, o crédito é calculado com base no valor devido pelas usinas fornecedoras. No caso concreto, a empresa não tem outra atividade enquadrada no regime geral, que desse direito a créditos vinculados à receita dessa atividade, razão por que não haveria que se falar em outros créditos do art. 3º da Lei 10.833/2003. Ainda mais, acaso o contribuinte tivesse receitas de gasolina e óleo diesel também não teria direito a outros créditos, pois a tributação é concentrada nas refinarias e tem regras específicas.

Com relação ao item **(ii)**, o Fisco esclarece que os valores considerados no cômputo do direito de crédito correspondem aos valores devidos pelo vendedor em decorrência da operação, calculado segundo o regime de apuração adotado pelo vendedor, conforme §§ 13 e 14 do art. 5º da Lei 9.718/1998, já que todos os fornecedores haviam optado pelo RECOB no período fiscalizado, conforme pode ser confirmado na consulta pública aos optantes do RECOB, disponível na página da Receita Federal na internet.

No que diz respeito à sujeição passiva, uma vez que a fiscalizada, MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda e seus sócios, Mariana Malagueta Barbosa e Juliano Damas da Silva Cardoso, não tivessem patrimônio compatível com o faturamento da empresa

(246 milhões de reais em 2009), a Fiscalização Federal relata que foram efetuadas circularizações de fornecedores e clientes para identificar possíveis terceiros que tivessem patrimônio condizente com a condição de proprietários da empresa. Do procedimento foram identificados vínculos administrativo, financeiro, familiar e econômico da empresa MM Original Factoring Ltda, da sua sócia administradora, Marília Malagueta Marchiori, e de seu sócio, José Ricardo Barboas, com a fiscalizada.

As pessoas físicas e jurídicas arroladas pela Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal são as seguintes.

MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, tem sede em Cuiabá-MT, CNPJ 61.233.771/0001-13 e filial ativa em Paulínia-SP, CNPJ 61.233.771/0007-09.

- MARIANA MALAGUETA BARBOSA CPF 259.732.048-04, é sócia administradora da DISTRIBUIDORA com participação societária de 99% e tem domicílio na Rua Joaquim Barbosa de Lima, 84, Vila Rezende em Piracicaba-SP, cônjuge de José Ricardo Barbosa.

- JULIANO DAMAS DA SILVA CARDOSO, CPF 167.964.498-00, é sócio da DISTRIBUIDORA com 1% de participação societária, tem domicílio na Rua Dom Manuel, 220, Vila Santa Terezinha em Santa Bárbara D'oeste-SP, é contador e sócio da CAFFEM – Soluções Contábeis Ltda-ME, que tem sede em Americana-SP.

- MM Original FACTORING Ltda, CNPJ 09.379.449/0001-87, tem sede na Av. Independência, 350, 2º andar, sala 23, Bairro Alto, Piracicaba-SP, CEP 13419-160 e não tem filiais.

- JOSÉ RICARDO BARBOSA, CPF 167.869.568-82, é sócio da FACTORING, com 50% de participação societária, tem domicílio na Rua Joaquim Barbosa de Lima, 84, Vila Rezende em Piracicaba-SP e é cônjuge de Mariana Malagueta Barbosa.

- MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, CPF 302.062.708-79, é sócia administradora da FACTORING, com 50% participação societária, tem domicílio na Rua Dr. Aurélio Scalize, 171, Terras de Piracicaba, Piracicaba-SP.

Informa a Fiscalização que "*nas circularizações efetuadas em MT não foi constatado nada relevante. Porém, nas circularizações de fornecedores de vários Estados e nos clientes do Estado de São Paulo ficou evidenciado uma atuação efetiva de terceiros, estranhos ao quadro societário, nas atividades DISTRIBUIDORA, em especial na filial de Paulínia-SP, conforme os elementos relatados a seguir com base nos documentos acostados aos autos*".

A seguir, as constatações anotadas no Termo de Verificação Fiscal a respeito da atuação de terceiros não declarados nas transações comerciais da empresa.

9.2.1 RELACIONAMENTO DE JOSÉ RICARDO BARBOSA COM A DISTRIBUIDORA

Nas circularizações dos fornecedores (compras), constam as seguintes citações e documentos que comprovam a atuação direta do Sr. José Ricardo Barbosa, na administração da DISTRIBUIDORA:

1- ATENA Tec em Energia Natural Ltda – Martinópolis-SP - CNPJ 07.458.537/0001-49: anexou cópias de "Confirmação de Pedido" (padrão) com texto:

“... A pessoa autorizada a assinar as ordens de carregamento para este pedido é o Sr. José Ricardo Barbosa, cuja assinatura é

..... Estando de pleno acordo com as condições acima mencionadas, subscrevemo-nos.(Assinatura de Mariana Malagueta Barbosa).”

2 - COOPERSUCAR – Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo – São Paulo-SP - CNPJ 61.149.589/0001-89: informa que o nome da pessoa responsável pelas negociações da MM Original em 2009 atualmente é o Sr. JOSÉ RICARDO BARBOSA – 19-3833-7770 – cargo “comprador”. Anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior.

3 - FLORALCO Açúcar e Alcool Ltda – Flórida Paulista-SP – CNPJ 60.918.968/0001-23 anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior.

4 - LDC BIOENERGIA S/A – Pinheiros-SP - CNPJ 15.527.906/0001-36, localizada no Jardim Paulistano, São Paulo-SP, informou que a pessoa responsável pela negociação é JOSÉ RICARDO BARBOSA, cargo Diretor Comercial. Anexou cópia de 06 comunicações da MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda para a LDC Bioenergia S/A, emitidas em 2009, que envia cópias dos comprovantes de transferência do Bradesco, ag. 0318-2, c/c 39.200-6, cujo maior valor é de R\$ 920.000,00 relativo a 1.000.000 litro de AEHC-contrato 199/09. As referidas comunicações com cópias das transferências bancárias estão assinadas por JOSÉ RICARDO BARBOSA em nome da MM Distribuidora de Combustíveis Ltda. Anexou também cópias de 05 confirmação de vendas emitida pela Ceres Consultoria em Agrobusiness, que comprova a intermediação da operação.

5 - RENUKA do Brasil S/A (antiga Equipav) – São Paulo-SP – CNPJ 43.932.102/0001-58, anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior. Anexou também cópias de Comunicação encaminhando TED, nos valores de R\$ 417.500,00, 105.600,00 e 9.736,55, da MM Original Distribuidora Ltda, Filial 0007, para conta-corrente da Equipav, assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA/MM Original DISTRIB de Petróleo Ltda.

6 - TONON BIOENERGIA S/A – Maracajú-MS – CNPJ 07.914.230/0001-05 informou que o responsável pela negociação comercial pela empresa MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo é o Sr. JOSÉ RICARDO BARBOSA, que ocupa o cargo de comprador até os dias atuais.

Portanto, das circularizações dos fornecedores conclui-se que ele praticou e pratica atos de gestão na fiscalizada, foi citado como Diretor Comercial, Comprador, ou Responsável pela negociação e assinou documentos em nome da fiscalizada.

Além da atuação direta junto aos fornecedores da fiscalizada, cito os relacionamentos a seguir.

JOSÉ RICARDO BARBOSA tem um Condomínio de armazenamento de petróleo no mesmo endereço da fiscalizada. Consta no sistema CNPJ que ele é responsável pelo CNPJ 09.224.912/0001-11 da CCAP – CONDOMÍNIO CUIABÁ ARMAZENAMENTO DE PETRÓLEO, aberto em 12/11/2007, cujo endereço é Rua N, 693, Bairro Distrito Industrial, Cuiabá-MT, CEP 78098-480.

JOSÉ RICARDO BARBOSA, sócio da MM Original FACTORING e MARIANA MALAGUETA BARBOSA, que é sócia administradora da DISTRIBUIDORA, são casados, que demonstra o vínculo, mas sob o regime de separação total de bens, motivo pelo qual nos bens imóveis de José Ricardo Barbosa não constam o nome de Mariana Malagueta Barbosa.

JOSÉ RICARDO BARBOSA é sócio da FACTORING, cuja conta-corrente foi utilizada para recebimentos das vendas efetuadas aos postos de combustíveis no estado de São Paulo, que será demonstrado no item a seguir.

9.2.2 RELACIONAMENTO DA EMPRESA MM ORIGINAL FACTORING LTDA COM A DISTRIBUIDORA A MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, filial 0007, Paulínia-SP, utilizou boleto bancário padrão para recebimento das vendas de álcool para seus clientes – postos de combustíveis, que poderiam ser pagos em qualquer banco pela ficha de compensação, que continham os seguintes dados:

Banco: Bradesco

Cedente: MM Original (nome incompleto sem CNPJ) ou MM Original FACTORING Ltda Agência: 0318-2

Código do Cedente: 0058870-9 (verificado que é a c/c da MM Original FACTORING Ltda) Sacador/Avalista: MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda – CNPJ 61.233.771/0007-09 Sacado: nome do cliente/posto de combustível

No boleto da DISTRIBUIDORA consta a c/c da MM Original FACTORING Ltda.

Os clientes relacionados abaixo anexaram cópias dos boletos com as informações citadas acima, em especial o código do cedente: 0058870-9, cuja conta-corrente é da MM Original FACTORING Ltda, conforme constatação nos itens adiante.

1 – Auto Posto Av. Esmeralda Ltda – Marília-SP – CNPJ 06.143.204/0001-68

2 – Auto Posto Cazzonato Ltda – Campinas-SP – CNPJ 52.880.507/0001-80

3 – Auto Posto Chácaras do Coelho – Hortolândia-SP – CNPJ 02.848.260/0001-47

4 – Posto de Serviços Vila Carvalho de Araçatuba – Araçatuba-SP – CNPJ 07.290.541/0001-40

5 – Posto Jardim Europa de Paulínia Ltda – Paulínia-SP – CNPJ 02.804.930/0001-23

6 – Posto Primavera Birigui Ltda – Birigui-SP – CNPJ 54.172.275/0001-31

7 - Servicentro Nossa Sra Aparecida Ltda – Tanabi-SP – CNPJ 50.921.147/0001-92 – intermediação da Real Representações S/C Ltda

8 – Super Auto Posto Rodeio Ltda – Campinas-SP – CNPJ 46.057.626/0001-35

No comprovante de depósito da DISTRIBUIDORA consta a c/c da MM Original FACTORING Ltda

A Max Center Associados – Junqueirópolis-SP, CNPJ 02.220.467/0001-72, anexou cópia de comprovante de depósito em conta corrente com transferência para outra agência do Bradesco, que consta como favorecido MM Original FACTORING Ltda - c/c 58870-9 e Ag. 0318-2. Este é o código do cedente que consta em todos os boletos. A operação foi intermediada pela Real representações S/C Ltda.

No boleto da DISTRIBUIDORA consta o CNPJ da MM Original FACTORING Ltda – Em 03 dos 05 boletos do Auto Posto Avenida Esmeralda, constou como cedente o nome parcial MM Original e o CNPJ da MM Original FACTORING Ltda. Um dos boletos do Super Auto Posto Rodeio também consta o CNPJ da MM Original FACTORING Ltda.

No boleto da DISTRIBUIDORA CONSTA AUTENTICAÇÃO MECÂNICA DO BRADESCO COM NOME DA MM ORIGINAL FACTORING LTDA - Alguns clientes pagaram os boletos da DISTRIBUIDORA no Bradesco. A autenticação mecânica do Bradesco identifica a conta e o nome da conta que recebe o crédito. Na autenticação mecânica do Bradesco consta a conta 0058870-9 e o nome MM Original FACTORING Ltda nos boletos anexados pelo Auto Posto Cazonatto, Posto Primavera Birigui e Servicentro N.Sra Aparecida.

Em face dos fatos relatados, constata-se que em todos os boletos emitidos pela DISTRIBUIDORA para cobrança de seus clientes (postos de combustíveis) eram creditados diretamente na conta 0058870-9, da MM ORIGINAL FACTORING LTDA. Ou seja, a DISTRIBUIDORA vende e quem recebe é a FACTORING. No boleto constata-se o vínculo entre as duas empresas: o código do cedente é 0058870-9, que é a conta-corrente da FACTORING e o sacador/avalista é a DISTRIBUIDORA, filial 0007, em uma operação de venda da DISTRIBUIDORA. (grifos acrescentados)

Juliano Damas, contador da MM Original FACTORING LTDA, é sócio da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda.

A movimentação financeira da MM Original FACTORING Ltda no ano de 2009 foi de R\$ 154.277.665,63 e a Receita Bruta declarada na DIPJ de R\$ 653.917,79. Isso só vem a confirmar que a movimentação financeira da FACTORING refere-se às atividades da DISTRIBUIDORA.

9.2.3 RELACIONAMENTO DE MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI COM A DISTRIBUIDORA

Marília Malagueta Marchiori, sócia administradora, responsável pelo CNPJ da MM Original FACTORING LTDA tem os seguintes relacionamentos com a MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda:

MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI administra a FACTORING, que atua diretamente na atividade da DISTRIBUIDORA, cuja conta-corrente bancária recebe pagamentos efetuados pelos clientes da DISTRIBUIDORA e cujo sócio atua como negociador, responsável, Diretor Comercial e assina como representante da DISTRIBUIDORA.

MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI é irmã de Mariana Malagueta Barbosa, que é sócia administradora, responsável pelo CNPJ da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda.

Com base nos fatos apurados, a Fiscalização Federal concluiu que José Ricardo Barbosa, sócio da Factoring, praticou e pratica atos de gestão da Distribuidora, assinando documentos em seu nome. Foi citado como Diretor Comercial, Comprador e/ou Responsável por suas negociações. Apesar de não constar no contrato social é quem, de fato, possui bens compatíveis com um sócio de uma empresa que faturou 246 milhões só em 2009.

Também que a Distribuidora utiliza a conta-corrente da Factoring para recebimentos dos pagamentos efetuados por seus clientes. Marília Malagueta, sócia da

Factoring, é responsável por suas atividades, inclusive pela utilização de conta-corrente da sua empresa para recebimentos frequentes da Distribuidora. É irmã de Mariana Malagueta Barbosa, sócia administradora da empresa fiscalizada, MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda.

Assim,

A empresa MM ORIGINAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA tem apenas alguns imóveis rurais, os bens de sua sócia administradora Mariana Malagueta Barbosa se restringe praticamente às cotas do capital social da fiscalizada e Juliano Damas da Silva Cardoso que praticamente não tem bens.

O conjunto de bens da MM ORIGINAL FACTORING LTDA, seus sócios JOSÉ RICARDO BARBOSA e MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, contrastam com a quase inexistência de bens da fiscalizada e seus sócios.

(...)

MARIANA MALAGUETA BARBOSA e JULIANO DAMAS DA SILVA CARDOSO, sócios da fiscalizada MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, não tem rendimentos e bens compatíveis com a posição de sócios que ocupam na empresa, ao passo que JOSÉ RICARDO BARBOSA e MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, sócios da MM Original FACTORING Ltda, que praticam atos de gestão na DISTRIBUIDORA, é que efetivamente são detentores de bens, indicando que as vantagens e benefícios decorrentes do resultado da atividade econômica da fiscalizada ficaram com os sujeitos passivos solidários, cuja movimentação financeira transitou pela FACTORING, conforme citado em outros parágrafos.

De tudo isso, a conclusão de que houve interesse comum das pessoas físicas e jurídicas acima indicadas nas transações levadas a efeito.

Em face do exposto, os atos praticados por JOSÉ RICARDO BARBOSA, MM Original FACTORING Ltda e MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, apesar de não constarem do quadro societário da MM Original DISTRIBUIDORA de petróleo Ltda, as circunstâncias do caso, o contexto e os artifícios usados para obtenção do resultado, serviram para ocultar ou dissimular a real condição de proprietários e beneficiários da atividade econômica da fiscalizada.

Além disso, ficou caracterizado o vínculo administrativo, financeiro, econômico, a participação e o benefício dos sujeitos passivos citados no parágrafo anterior, que demonstram o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador da obrigação tributária, nos termos do art. 124 do CTN, que dispõe sobre a solidariedade.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária dos sujeitos passivos relacionados a seguir:

- MM Original FACTORING Ltda;*
- JOSÉ RICARDO BARBOSA;*
- MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI.*

Por entender que foi intencional a prática reiterada de omitir informações nas DCTF e DACON apresentadas, a multa foi qualificada para o percentual de 150%, por sonegação, assim considerada toda ação ou omissão 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, sua natureza ou circunstâncias materiais. O que é

corroborado pelo não atendimento à intimação para apresentação dos demonstrativos de apuração do PIS/COFINS, com vistas a retardar o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2009

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS.

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Observadas as normas pertinentes à apuração do tributo e, tendo o auto de infração sido lavrado por agente competente e não tendo havido cerceamento do direito de defesa, não há nulidade do lançamento.

ILEGALIDADE. NÃO-DISSCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

O auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil deve observar o determinado nos decretos do Poder Executivo e o entendimento da RFB expresso em atos normativos.

TRIBUTAÇÃO DA COFINS NAS VENDAS DE ÁLCOOL POR DISTRIBUIDOR.

São devidos os pagamentos da Cofins nas vendas de álcool por distribuidor desse produto, ficando os créditos restritos aos valores devidos pela operação anterior.

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OBRIGATORIEDADE.

A distribuidora de álcool, obrigada a pagar as Cofins, deve apresentar tanto o Dacon quanto a declaração em DCTF dos valores devidos.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Estando presentes os requisitos prescritos nos artigos 124 e 135 do CTN, correta a responsabilização das pessoas que exerciam a gerência da sociedade.

MULTA QUALIFICADA.

Falta contumaz de apresentação de declarações mensais e de pagamento dos tributos devidos durante vários períodos mensais caracterizam a conduta dolosa da contribuinte ensejadora da qualificação da multa.

AUTUAÇÃO REFLEXA: PIS/PASEP.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento reflexo o decidido no principal.

Insatisfeitas com a decisão de primeira instância, as autuadas apresentam Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

M.M. Original Distribuidora de Petróleo Ltda

Após fazer um breve relato dos fatos que trouxeram a lide à fase atual, explica que a Lei 11.727/08, que alterou o artigo 5º da Lei 9.718/98, estabeleceu incidência concentrada das Contribuições na venda do álcool pelos importadores e produtores, desonerando a comercialização do produto pela redução da alíquota a zero. E que, todavia, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento entendeu que não havia distinção na forma de tributação aplicável a cada um deles. Transcreve excerto do Voto recorrido.

Explica,

*Cotejando o inciso II, do caput e o inciso II do § 4º do mesmo artigo 5º da Lei 9.718/98, acima destacados, é possível verificar que o legislador, tanto para o chamado "Regime Geral" como para os optantes do RECOB - Regime Especial, definiu alíquotas específicas e diferentes de PIS e COFINS aplicáveis ao distribuidor de combustível, todavia, considerando o objetivo do legislador ao instituir a **a tributação concentrada ou regime monofásico** do PIS e da COFINS, imperioso concluir que essas alíquotas, tanto para o Regime Geral como para o Regime Especial, só serão aplicadas ao distribuidor caso a tributação monofásica esteja nela concentrada, ou seja, somente na hipótese do distribuidor ser simultaneamente importador ou produtor, pois só assim o regime monofásico se completaria com a tributação concentrada no produtor/importador e desoneração do restante da cadeia (distribuidores atacadistas e varejistas).*

Esclarece, então, que foi baseado nessa interpretação que deixou de informar valores devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF e no Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais DACON.

Também contesta a acusação de não ter atendido a intimação para prestar as informações requeridas pela Fiscalização Federal.

*Vejam, Senhores Conselheiros, que a resposta foi no sentido de que não dispunha da relação de documentos solicitados **no formato de arquivo exigido pelo d. auditor fiscal (formato excel)**. Para suprir a falta do arquivo no formato solicitado, apresentou, na mesma oportunidade, cópia integral dos seus livros de entradas e saídas relativos ao ano-calendário fiscalizado, 2009.*

Sobre as alíquotas aplicadas, considera ilegal o Decreto editado pelo Poder Executivo para redução das mesmas, por fixar coeficiente único, sem distinção entre distribuidor e produtor/importador, em desacordo com os critérios definidos em Lei.

Adiante, aponta vício no Demonstrativo de Apuração do PIS/COFINS - 2009 elaborado pela Fiscalização (fls. 58/59). A Lei 9.718/98, segunda argumenta, determina que as alíquotas específicas fixadas devem ser aplicadas sobre o metro cúbico de álcool vendido pelo distribuidor e não pela quantidade de litros vendidos, como foi feito.

Considera que o Auto de Infração é nulo por falta de liquidez e certeza, pela utilização de critério escuso na indicação do valor do consumo considerado - Qtde de M³ ajustado.

Não restam dúvidas, portanto, que o mencionado "Ajuste" feito na quantidade de metros cúbicos utilizada implica no reconhecimento da incerteza da exigência

fiscal atribuída à Recorrente, até mesmo porque o próprio auditor fiscal nomeia seu demonstrativo indicando que a quantidade de metros cúbicos foi ajustada! Ajustada com base em quê? De que forma? Usando qual metodologia? E isso não foi esclarecido pela autoridade competente, no exercício da atividade exclusiva que lhe é atribuída, nos termos do art. 142 do CTN.

Cumulativo das Contribuições, teria direito demais créditos previstos nas Leis 10.637/02 e 10.833/03.

Argumenta,

Senhores Conselheiros, veja a confusão feita pela DRJ que, ao que parece, teve dificuldade em interpretar dispositivo de Lei! Ora, o art. 2º da Lei nº 10.833/2003 é de clareza meridiana", para usar a expressão contida no acórdão recorrido, ao dispor sobre as alíquotas aplicáveis à COFINS no regime não cumulativo.

*Com efeito, dispõe o referido art. 2º: "Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a **alíquota de 7,6%**". A razão pela qual o §1º-A **exetua a receita bruta auferida pelos produtores, importadores ou distribuidores com a venda de álcool, da aplicação da alíquota de 7,6%** é muito simples! Os mencionados produtos estão sujeitos ao regime monofásico de incidência das contribuições que, como já salientado linhas atrás, são calculados por unidade de produto, nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.718/1998, alterado pela Lei nº 11.727/2008, que estabeleceu a incidência de forma concentrada da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins na produção e comercialização de álcool, centralizando a tributação da receita bruta decorrente da venda do álcool nos importadores e produtores, desonerando as etapas subsequentes de comercialização.*

*Para dar eficácia ao objetivo do legislador que era de concentrar na primeira etapa da comercialização a incidência das contribuições, ou seja, na origem, os produtores ou importadores dos produtos submetidos à incidência monofásica (álcool), deveriam aplicar sobre a receita bruta decorrente da comercialização dos seus produtos **alíquotas de PIS/PASEP e COFINS específicas e diferenciadas sempre maiores que as usualmente aplicadas**. Consequentemente, seguinte, para os comerciantes atacadistas e varejistas desses produtos a alíquota das contribuições ficaria reduzida a zero.*

Cita e transcreve ementa de Soluções de Consulta com decisão que considera lhes serem favoráveis e finaliza,

Como muito bem salientado no trecho negrito da última Solução de Consulta transcrita acima, a sistemática de tributação monofásica não se confunde com os regimes de apuração cumulativo e não-cumulativo das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS, podendo abranger contribuintes de ambos os regimes. As alíquotas diferenciadas, todavia, não se alteram em decorrência dos regimes (cumulativo ou não-cumulativo) a que estão submetidos os contribuintes, sendo a única alteração referente à possibilidade ou não de desconto de créditos.

*No caso da Recorrente, tendo adotado o lucro real trimestral para a apuração do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2009, está sujeita ao **regime cumulativo para a apuração do PIS/PASEP e da COFINS, na forma determinada***

pela Lei 10.637/2002 e 10.833/2003, reconhecida pelo d. auditor fiscal ao admitir que a Recorrente pode aproveitar créditos, ainda que de forma parcial, na apuração do PIS e da COFINS.

Se confirmou a autoridade administrativa que a Recorrente está sujeita ao pagamento do PIS e da COFINS no regime não cumulativo das contribuições sociais, como atestado pelos cálculos feitos nos Demonstrativos de Apuração de fls. 59/60, os demais créditos de que tratam o art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 devem ser concedidos, sob pena de mitigar direito da Recorrente expressamente garantido em lei.

Quanto à multa de 150% sobre o valor das Contribuições constituídas no Auto de Infração, advoga que a conduta reiterada, por si só, não é razão para o agravamento do multa, cabendo, neste caso, apenas multa de 75%. Cita e transcreve jurisprudência. Explica que, se não se considera sujeita ao recolhimento das Contribuições, então não há que se falar em dolo. Referindo-se mais uma vez ao não atendimento à intimação, argumenta que tal fato jamais poderia ser considerado como demonstração de sua intenção de sonegar.

E também,

Ademais, no caso dos autos, não há que se falar em intuito de retardar o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, pois a Recorrente emitiu no período autuado nota fiscal eletrônica e, sendo assim, todas as informações da ocorrência do fato gerador eram, desde a emissão, de conhecimento da autoridade administrativa.

(...)

Mais uma vez, apesar da questão não ter sido apreciada pela DRJ no acórdão recorrido, é preciso salientar que não se consegue imaginar quais seriam essas alegadas "condições pessoais do contribuinte suscetíveis de afetar o crédito tributário", fantasia despropositada e, no mínimo, questionável, que se revela insuficiente para sustentar os inapropriados Termos de Sujeição Passiva Solidária que foram lavrados contra terceiros, não sócios da Autuada, o que será discutido/questionado nas defesas específicas apresentadas pelos supostos sujeitos passivos solidários, assim que notificados da decisão da DRJ.

O que interessa ressaltar, aqui, é que nunca houve ocultação de sócios por parte da Recorrente, ao contrário, a sócia Mariana Malagueta Barbosa e o sócio Juliano Damas da Silva Cardoso estão devidamente inseridos no contrato social constitutivo e atuam efetivamente em suas atividades diárias, sendo a sócia Mariana Malagueta Barbosa administradora da sociedade. A propósito, no ano de 2009 estava grávida de seu filho que nasceu em 14/01/2010 (certidão de nascimento anexada à impugnação), fato que justifica que o nome de seu marido José Ricardo Barbosa aparecesse em duas respostas de diligências do Fisco, pois nada mais atural que viesse dar cobertura nesse período de gestação mais crítico.

Por fim, protesta pela não incidência dos juros de mora sobre o valor que corresponde à multa de ofício.

*Com efeito, o termo "débito" mencionado no caput da norma em questão [artigo 61 da Lei 9.430/96] refere-se tão-somente ao valor do **tributo** devido (principal), que não pode em momento algum ser confundido com o termo "crédito tributário", pois tal interpretação traria enorme contradição na aplicação da norma.*

Aliás, se adotada tal interpretação, seriam admissíveis juros de mora (calculado com base na taxa Selic) inclusive sobre a multa de mora prevista no

caput, calculada à taxa de 0,33% ao dia e limitada a 20%, que também faz parte do crédito tributário, algo absolutamente inadmissível e não praticado pela administração tributária!

M.M. Original Factoring Ltda

De início, requer a nulidade da decisão de primeira instância, por mudança de critério jurídico, ao manter a sujeição passiva solidária com base, também, no artigo 135 do Código Tributário Nacional.

A DRJ, como se lê do trecho da ementa acima destacado, manteve o Termo de Sujeição Passiva Solidária por entender que estão "presentes os requisitos prescritos nos artigos 124 e 135 do CTN", perpetrando verdadeira mudança de critério jurídico nos fundamentos eleitos pela autoridade administrativa quando da lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

(...)

A Impugnação manejada pela ora Recorrente se limitou a apreciar a matéria controversa nos autos, assim, trouxe apenas as razões de direito que demonstram que a solidariedade tributária se caracteriza pela existência de interesse jurídico, e não econômico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible, nos termos do art. 124, I, do CTN.

(...)

Veja que a DRJ fala em "responsabilidade pessoal" (art. 135 do CTN) também da pessoa jurídica ora Recorrente e não apenas em "solidariedade" (art. 124, I, do CTN) fundamentos absolutamente distintos para sustentar a atribuição de sujeição passiva solidária à Recorrente pelas exigências tributárias lançadas nos autos de infração de PIS/PASEP e COFINS lavrados em nome da Empresa MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda.

E que também o Acórdão recorrido é contraditório, atribuindo responsabilidade pessoal a uma pessoa jurídica.

Para efeitos tributários, explica, solidário é aquele que tem interesse jurídico e não econômico na atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible. O artigo 124 do Código pressupõe a existência de duas ou mais pessoas obrigadas ao pagamento do tributo, situação que autoriza a Administração exigí-lo, indistintamente, de qualquer um. Neste caso, necessário que todos tenham praticado o ato que resultou no nascimento da obrigação tributária para que possam figurar como sujeitos passivos do critério pessoal da regra matriz de incidência tributária.

Passa, então, à análise da hipótese de incidência de cada tributo para aferição da sua participação na conduta que ensejou a exação.

Pois bem. Analisando-se a regra de incidência do PIS e da COFINS, tem-se que seu critério material está retratado no ato de "auferir receita", assim considerada o "ingresso a título definitivo no patrimônio da pessoa jurídica, em regra proveniente do esforço pelo exercício da sua específica atividade operacional, seja como contrapartida da multiplicidade de negócios jurídicos cujo objeto seja a transferência da propriedade de bens e direitos (contratos de venda de mercadorias ou prestação de serviços), seja como remuneração pelo uso de direitos cedidos

onerosamente a terceiros (contrato de mútuo, de investimento, de licenciamento, de locação de bens)."4.

Tomando-se o critério material de cada tributo (PIS e COFINS) exigido da Empresa Autuada, conclui-se pela impossibilidade da Recorrente ser colocada como sujeito passivo solidário da exação formalizada nos Autos de Infração de PIS e COFINS, já que é terceiro desvinculado da Autuada (não é sócia), não participou de nenhuma conduta relacionada diretamente ao fato gerador das referidas exigências, não vendeu mercadorias e não auferiu receitas relacionadas à venda de mercadorias.

Encerra o assunto pelo que considera constituir uma evidente contradição. Em consulta realizada no sítio da Receita Federal do Brasil, conseguiu extrair Certidão Negativa de Débitos em seu nome. Sempre segundo entende, depreende-se disso que não consta quaisquer valores de PIS e COFINS como débitos seus nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, em flagrante conflito com as acusações veiculadas neste Processo.

A seguir, que é equivocada a conclusão do Fisco de que as duas empresas MM Distribuidora de Petróleo e MM Factoring atuavam como se fosse uma só. Conclusão que considera estar baseada unicamente em boletos bancários que demonstram a utilização da conta-corrente de uma pela outra.

Vale destacar que a MM DISTRIBUIDORA, no exercício de suas atividades, vendia álcool para fins carburantes para inúmeras empresas e postos de combustíveis. Estes, por sua vez, na maioria dos casos, efetuam o pagamento do combustível adquirido da DISTRIBUIDORA com cheques de terceiros, recebidos na venda de combustível feita pelo posto.

Como essas operações eram frequentes, a DISTRIBUIDORA acabava tendo que administrar um quantidade enorme de cheques de terceiros e outros títulos, muitas vezes interferindo negativamente na liquidação de suas obrigações com seus fornecedores, já que também tinha compromissos e pagamentos a realizar em função do álcool adquirido. Para otimizar a administração de seus negócios, decidiu utilizar uma Empresa, no caso a MM FACTORING, ora Recorrente, para fazer a gestão dos seus créditos e administrar os pagamentos e recebimentos da DISTRIBUIDORA, razão pela qual nos boletos emitidos pela MM DISTRIBUIDORA para seus clientes (postos) constava o n° da conta-corrente, o CNPJ e até o próprio nome da Recorrente, posto que os valores recebidos eram creditados diretamente em contas-correntes administradas pela FACTORING, assim como os pagamentos aos fornecedores da DISTRIBUIDORA também eram feitos pela FACTORING, com recursos dessas mesmas contas, procedimentos absolutamente normais dentro do contexto dos serviços de administração e gestão de pagamentos e recebíveis que a Recorrente prestava para a DISTRIBUIDORA.

Acrescenta que o Fisco não desqualificou a personalidade jurídica da MM Original Distribuidora, razão por que entende que "*permanecem as empresas como autônomas e independentes, não podendo jamais colocar uma como solidária da outra, tampouco arrolar os sócios de outra pessoa jurídica [...]*".

Por fim, destaca a equivocada premissa na qual basearam-se a Fiscalização Federal e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento ao considerar que a empresa MM Original Distribuidora e seus sócios não detêm capacidade contributiva.

Para confirmar o procedimento abusivo e despropositado levado a efeito pela autoridade administrativa ao arrolar os bens da Recorrente, é preciso ressaltar que a despeito da empresa Autuada ter apresentado às fls. 1113/1116 a relação de seus bens, no item 9.3.4 do Termo de Verificação Fiscal denominado "Insuficiência de

Bens da Distribuidora e de seus Sócios", consta que "a Empresa MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda tem apenas alguns imóveis rurais".

Veja-se que a própria autoridade administrativa reconhece e atesta que a MM DISTRIBUIDORA tem "alguns imóveis rurais"!

*No entanto, sintomaticamente, em nenhum momento se preocupou em solicitar avaliações desses imóveis rurais, tampouco se deu ao trabalho de observar nos sistemas informatizados da própria RFB que o ITR devido sobre esses imóveis tem sido pago pela Autuada nos últimos anos com base no valor de avaliação, **atualizado**, que soma a quantia de aproximadamente R\$ 17.097.719,00 (dezesete milhões, noventa e sete mil e setecentos e dezenove reais), como comprovam as avaliações anexadas aos autos juntamente com a impugnação.*

Nem se alegue, como fez a DRJ no acórdão recorrido, que "o fato da autuada possuir imóvel rural de valor considerável não tem influência no procedimento" de arrolamento de bens de terceiros, como é o caso do arrolamento dos bens da Recorrente.

Sr. José Ricardo Barbosa

De início, no que concerne ao interesse comum, reproduz, quase que com total identidade, as razões e argumentos de defesa esposados pela Recorrente MM Original Factoring Ltda.

A seguir, fala da impossibilidade e impertinência de ser-lhe atribuída responsabilidade solidária e pessoal pelos tributos e multas exigidos no Auto de Infração lavrado pela Fiscalização.

Vale dizer, da leitura do Termo de Verificação Fiscal é possível constatar a insegurança do d. auditor fiscal ao proceder à lavratura do Termos de Sujeição Passiva Solidária na medida em que, ao mesmo tempo que se utiliza do art. 124, I, do CTN, que trata da sujeição passiva solidária das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, cita, também, como fundamento, o art. 135, do CTN, que trata de outro instituto, a responsabilidade tributária pessoal de terceiro, que exige prova de ato praticado com abuso de poder ou infração ao contrato social em benefício próprio e não da sociedade, sendo que ao mencionar o art. 135, do CTN, o d. auditor fiscal claramente confunde os dois institutos ao destacar no item 9.3.6. - "Conclusão de Interesse Comum" - do Termo de Verificação Fiscal que o art. 135 do CTN é "requisito para a sujeição passiva solidária"!

(...)

*Como já visto no item precedente, na Sujeição Passiva Solidária, retratada no artigo 124, I, a solidariedade ali prevista pressupõe que haja "interesse comum" (jurídico) na situação que constitua o fato imponible da obrigação tributária, isto é, pressupõe que duas ou mais pessoas sejam igualmente obrigadas ao pagamento do tributo, podendo a Administração Tributária exigir a liquidação da obrigação de qualquer um dos devedores, **sujeitos passivos da obrigação tributária**, sem qualquer benefício de ordem, vale dizer, a cobrança pode ser direcionada a todos os sujeitos passivos, indistintamente.*

Já a responsabilização pessoal de terceiros, retratada no art. 135 do CTN, que exige prova de que houve conduta praticada com abuso de poder ou infração à

lei ou ao contrato social em benefício próprio, "exclui do pólo passivo da obrigação a figura do contribuinte (que, em princípio, seria a pessoa em cujo nome e por cuja conta estaria agindo o terceiro), ao dispor no sentido de que o executor do ato responda pessoalmente. A responsabilidade pessoal deve ter aí o sentido de que ela não é compartilhada com o devedor "original" ou "natural".

Ainda sobre o assunto, advoga inexistirem provas de que tenha cometido qualquer ato ilícito.

Referindo-se às condições que julga indispensáveis para que pudesse lhe pudesse ser atribuída responsabilidade pessoal, esclarece.

A primeira delas é que o Recorrente é terceiro desvinculado da Empresa Autuada, pois não é sócio e nem seu administrador, portanto, não sabia se a DISTRIBUIDORA cumpria ou não cumpria com suas obrigações tributárias.

Explica que as "duas únicas ocasiões em que [...] assinou em nome da Empresa Autuada foi representando sua esposa, Mariana Malagueta, sócia administradora da Autuada, que estava grávida em 2009, e socorreu-se da ajuda de seu marido para atuar exclusivamente em atos estritamente vinculados à atividade da Empresa Autuada [...]"

Sendo assim, ainda que tenha atuado em nome da Empresa Autuada, assinando dois únicos pedidos de compra de álcool, agiu exclusivamente no interesse da sociedade, não podendo ser responsabilizado pessoalmente pelos tributos devidos pela Empresa Autuada.

E que, acaso seja considerada pessoalmente responsável, não caberia a inclusão da pessoa jurídica no polo passivo, apenas a sua.

Contesta as conclusões da Autoridade Autuante a respeito das informações colhidas no procedimento de circularização.

Das 29 circularizações acima destacadas em apenas 2 delas, na LCD Bioenergia S/A e na TONON Bioenergia S/A, o Recorrente foi mencionado como responsável pelas operações com a Empresa Autuada. Ressalte-se que nas 27 outras diligências o nome do Recorrente sequer aparece!

(...)

Ademais, a sócia administradora da Empresa Autuada, Mariana Malagueta, foi citada em 6 das respostas das empresas diligenciadas, no entanto, esse fato sequer foi mencionado pelo d. auditor fiscal que não atribuiu a ela qualquer responsabilidade ou sujeição passiva solidária pelo crédito tributário exigido da Empresa Autuada, da qual é sócia administradora!

(...)

Sendo sócio da FACTORING que faz a gestão dos pagamentos e recebimentos da Autuada, era a pessoa responsável pela verificação/confirmação dos pagamentos aos fornecedores e recebimentos dos clientes da MM ORIGINAL DISTRIBUIDORA, razão pela qual, após a conferência dos valores pagos e/ou recebidos, assinava as ordens de carregamento, apenas para convalidar/ratificar os pagamentos e recebimentos da Empresa Autuada. A autorização final era sempre dada pela sócia administradora Mariana Malagueta que, após a confirmação/convalidação feita pela M.M. Factoring, através de seu sócio José Ricardo, ora Recorrente, liberava os carregamentos mediante a assinatura aposta nos documentos denominados "Confirmação de Pedidos".

Por fim, reproduz os mesmos argumentos da Recorrente MM Original Factoring acerca da disponibilidade patrimonial da MM Original Distribuidora e de seus sócios, assim como das indevidas conclusões que decorreram da premissa adotada pelo Fisco.

Sra. Marília Malagueta Marchiori

A defesa apresentada pela Recorrente é, em linhas gerais, muito semelhante à relatada acima. Além das questões suscitadas, acrescenta.

Vale ressaltar, aqui, o erro cometido pela autoridade autuante no trecho acima transcrito ao afirmar que Mariana Malagueta Barbosa é sócia da M.M. FACTORING. Isso não é verdade! Mariana Malagueta Barbosa é sócia administradora da Empresa Autuada MM ORIGINAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

(...)

Das 29 circularizações acima destacadas em nenhuma delas a Recorrente foi mencionada como responsável pelas operações ou atividades da Empresa Autuada, fato esse que comprova a precariedade na atribuição de sujeição passiva solidária e responsabilidade pessoal, posto que a Recorrente não "atuava diretamente na atividade da DISTRIBUIDORA" como registrou o d. auditor fiscal, no item 9.2.3. do Termo de Verificação Fiscal (fls. 52).

Ademais, a sócia administradora da Empresa Autuada, Mariana Malagueta, foi citada em 6 das respostas das empresas diligenciadas, no entanto, esse fato sequer foi mencionado pelo d. auditor fiscal que não atribuiu a ela qualquer responsabilidade ou sujeição passiva solidária pelo crédito tributário exigido da Empresa Autuada, da qual é sócia!

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento dos Recursos Voluntários.

Por terem suscitados questões em comum e os argumentos, por vezes, tenham sido reproduzidos nas diversas peças recursais, as defesas serão abordadas conjuntamente, feitas as necessárias observações pontuais.

Nulidade da decisão de primeira instância alegada pela M.M. Original Factoring Ltda

Não há que se falar em nulidade da autuação por mudança de critério. Tal poderia ser aventado se a Delegacia da Receita Federal de Julgamento decidisse atribuir a responsabilidade a terceira pessoa não especificada no Auto pelos Auditores responsáveis pelo procedimento. A decisão de que determinado fato enquadra-se num ou noutro artigo de lei é inerente ao processo dialético próprio do contencioso administrativo. De fato, não é mesmo de se esperar todas as pessoas envolvidas na solução da lide sejam uníssonas no entendimento a respeito do comando normativo aplicável ao fato concreto.

O que está um julgamento é a existência ou não da responsabilidade de terceiros pelo crédito exigido do contribuinte de direito. Isso é que deve ser decidido, esteja a responsabilidade solidária enquadrada num ou noutra comando legal.

Incidência das Contribuições na venda de álcool

A empresa M.M. Original Distribuidora argumenta que a Lei 11.727/08, que alterou o artigo 5º da Lei 9.718/98, estabeleceu incidência concentrada das Contribuições na venda do álcool pelos importadores e produtores, desonerando a comercialização do produto pela redução da alíquota a zero. Que o cotejo do inciso II do caput com o inciso II do § 4º do artigo 5º da Lei 9.718/98 permite verificar que o legislador, tanto para o chamado "Regime Geral" como para os optantes do RECOB - Regime Especial, definiu alíquotas específicas e diferentes de PIS e COFINS aplicáveis ao distribuidor de combustível, mas que, considerando o objetivo de instituir tributação concentrada ou regime monofásico, conclui-se que essas alíquotas, tanto para o Regime Geral como para o Regime Especial, só serão aplicadas ao distribuidor caso a tributação monofásica esteja nele concentrada, ou seja, somente na hipótese do distribuidor ser simultaneamente importador ou produtor, pois só assim o regime monofásico se completaria com a tributação concentrada no produtor/importador e desoneração do restante da cadeia (distribuidores atacadistas e varejistas).

O texto do artigo 5º da Lei 9.718/98, com a redação introduzida pela Lei 11.727/08, é o seguinte.

Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de:

I – 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) e 6,9% (seis inteiros e nove décimos por cento), no caso de produtor ou importador; e

II – 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) e 17,25% (dezessete inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), no caso de distribuidor.

§ 1º Ficam reduzidas a 0% (zero por cento) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta de venda de álcool, inclusive para fins carburantes, quando auferida:

I – por distribuidor, no caso de venda de álcool anidro adicionado à gasolina;

II – por comerciante varejista, em qualquer caso;

III – nas operações realizadas em bolsa de mercadorias e futuros.

§ 2º A redução a 0 (zero) das alíquotas previstas no inciso III do § 1º deste artigo não se aplica às operações em que ocorra liquidação física do contrato.

§ 3º As demais pessoas jurídicas que comerciarem álcool não enquadradas como produtor, importador, distribuidor ou varejista ficam sujeitas às disposições da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis à pessoa jurídica distribuidora.

§ 4º O produtor, o importador e o distribuidor de que trata o caput deste artigo poderão optar por regime especial de apuração e pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no qual as alíquotas específicas das contribuições são fixadas, respectivamente, em:

I – R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador;

II – R\$ 58,45 (cinquenta e oito reais e quarenta e cinco centavos) e R\$ 268,80 (duzentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor.

§ 5º A opção prevista no § 4º deste artigo será exercida, segundo normas e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês de novembro de cada ano-calendário, produzindo efeitos, de forma irrevogável, durante todo o ano-calendário subsequente ao da opção.

§ 6º No caso da opção efetuada nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil divulgará o nome da pessoa jurídica optante e a data de início da opção.

§ 7º A opção a que se refere este artigo será automaticamente prorrogada para o ano-calendário seguinte, salvo se a pessoa jurídica dela desistir, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês de novembro do ano-calendário, hipótese em que a produção de efeitos se dará a partir do dia 1º de janeiro do ano-calendário subsequente.

§ 8º Fica o Poder Executivo autorizado a fixar coeficientes para redução das alíquotas previstas no caput e no § 4º deste artigo, as quais poderão ser alteradas, para mais ou para menos, em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, os coeficientes estabelecidos para o produtor e o importador poderão ser diferentes daqueles estabelecidos para o distribuidor.

§ 10. A aplicação dos coeficientes de que tratam os §§ 8º e 9º deste artigo não poderá resultar em alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins superiores a, respectivamente, 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) do preço médio de venda no varejo.

§ 11. O preço médio a que se refere o § 10 deste artigo será determinado a partir de dados colhidos por instituição idônea, de forma ponderada com base nos volumes de álcool comercializados nos Estados e no Distrito Federal nos 12 (doze) meses anteriores ao da fixação dos coeficientes de que tratam os §§ 8º e 9º deste artigo.

§ 12. No ano-calendário em que a pessoa jurídica iniciar atividades de produção, importação ou distribuição de álcool, a opção pelo regime especial poderá ser exercida em qualquer data, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês em que for exercida.

§ 13. O produtor, importador ou distribuidor de álcool, inclusive para fins carburantes, sujeito ao regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, pode descontar créditos relativos à aquisição do produto para revenda de outro produtor, importador ou distribuidor.

§ 14. Os créditos de que trata o § 13 deste artigo correspondem aos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos pelo vendedor em decorrência da operação.

§ 15. O disposto no § 14 deste artigo não se aplica às aquisições de álcool anidro para adição à gasolina, hipótese em que os valores dos créditos serão estabelecidos por ato do Poder Executivo.

§ 16. Observado o disposto nos §§ 14 e 15 deste artigo, não se aplica às aquisições de que trata o § 13 deste artigo o disposto na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

(...)

Para me certificar de que não havia cometido nenhum erro de transcrição ou de interpretação do entendimento sugerido pela Recorrente, tornei a ler o Recurso Voluntário apresentado.

Não há nenhum erro. De fato, o que a Recorrente defende é o que foi anteriormente sintetizado.

Isto posto, que se diga que a linha de raciocínio proposta não subsiste a uma breve leitura das disposições legais aplicáveis à matéria *sub judice*. O que se vê é que, em substituição ao regime anterior, de substituição tributária, a Lei 11.727/08 implementou o regime de tributação concentrada. Contudo, ao contrário de como (sem qualquer supedâneo legal) defende a Recorrente, a concentração não onerou apenas os importadores e os produtores, mas também os distribuidores.

O texto normativo é por demais claro. 1,5% e 6,9% para produtores ou importadores; 3,75% e 17,25% para o distribuidor e 0% para o distribuidor, **no caso de venda de álcool anidro adicionado à gasolina**, o comerciante varejista e nas operações realizadas em bolsa de mercadorias e futuros. O RECOB, por sua vez, apenas faculta o cálculo do valor devido por outro critério, sem em nada alterar o modelo de concentração tributária nos termos em que foi estruturado, conforme acima. De fato, a interpretação de que as alíquotas só serão aplicadas ao distribuidor se a tributação monofásica esteja nela concentrada não encontra nenhum respaldo legal.

E também não há qualquer ilegalidade pelo fato de o Poder Executivo ter reduzido das alíquotas mediante aplicação de um coeficiente único, sem distinção entre distribuidor e produtor/distribuidor.

Os parágrafos 8º a 11º do artigo 5º da Lei 9.718/98, com redação dada pela Lei 11.727/08 autorizam o Poder Executivo a fixar coeficientes para redução das alíquotas estabelecidas na Lei, que poderão ser alteradas, para mais ou para menos, em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização. Os parágrafos supracitados determinam também que os coeficientes do produtor e o importador poderão ser diferentes daqueles estabelecidos para o distribuidor. Trata-se, como se vê, de uma faculdade e não de uma obrigação.

E também não há vício no Demonstrativo de Apuração do PIS/Cofins do ano de 2009 elaborado pela Fiscalização (fls. 58/59) pelo fato de contar na planilha pela quantidade em litros da mercadoria vendida.

Com efeito, o assunto já foi abordado pela decisão recorrida. O teor do Recurso Voluntário interposto passa a impressão de que as considerações lá presentes não foram levadas em conta.

Volto, portanto, a prestar o esclarecimento já feito, adotando as conclusões e fundamentos como se meu fossem.

Embora na segunda coluna esteja escrito “Qtde Litros”, verifica-se que a efetiva quantidade está em metros cúbicos.

Para fazer-se tal verificação é só comparar esse quadro com o inserto na fl. 60 (relativa aos créditos), na qual se vê, no mesmo mês (janeiro/2009) uma quantidade de entradas em volume muito próximo ao das saídas (o que corriqueiramente acontece nessa atividade), mas com o título “Qtde M3”, o que, por si só, indica que a quantidade do quadro da fl. 61 também está na unidade metros cúbicos e não em litros.

Além disso, dividindo-se o valor da mercadoria (R\$ 11.821.166,30) pela quantidade (11.401,530) obtém-se o valor de R\$ 1.036,81, valor obviamente do metro cúbico e não do litro do álcool carburante.

E as alíquotas (R\$ 21,43 para o PIS e R\$ 98,57 para a Cofins) foram aplicadas sobre essa quantidade em metros cúbicos (11.401,530), o que resultou nos débitos de R\$ 244.334,79 (PIS) e R\$ 1.123.848,81 (Cofins).

Vê-se, portanto, que as quantidades e os cálculos estão corretos, embora equivocada a unidade de medida indicada no quadro. Mas, como já ressaltado, esse equívoco não teve consequências no entendimento, quer do quadro, quer do cálculo, por parte da autuada, ainda mais sendo ela uma distribuidora de álcool carburante que deve contar com técnicos e administradores altamente qualificados e capazes de identificar o equívoco sem nenhuma dificuldade e, bem assim, ter a compreensão plena dos valores, cálculos e resultados, para tal procedendo da forma evidenciada nos parágrafos imediatamente acima, procedimento esse que, como se viu, é de extrema facilidade.

No que se refere ao direito de apuração de créditos no cálculo das Contribuições devidas, peço vênia para divergir da fundamentação que suporta a decisão de piso, especificamente em relação ao direito de que sejam computados créditos vinculados aos gastos previstos nos demais incisos dos artigos 3º das Leis 10.637/02 e 10.833/03

No meu entendimento, tanto as Leis supra citadas quanto a Solução de Consulta carreada aos autos laboram em favor da Recorrente.

O artigo 3º da Lei 10.833/03¹, no qual está previsto direito de crédito no Sistema de Apuração Não Cumulativo da Cofins, tem o seguinte teor (na parte de interesse da lide).

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

(...)

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei;

Por seu turno, assim determina o artigo 2º e seu parágrafo primeiro "A" do mesmo diploma legal.

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

(...)

§ 1º-A. Excetua-se do disposto no caput deste artigo a receita bruta auferida pelos produtores, importadores ou distribuidores com a venda de álcool, inclusive para fins carburantes, à qual se aplicam as alíquotas previstas no caput e no § 4º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

E o artigo 5º da Lei 9.718/98.

Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de:

(...)

§ 13. O produtor, importador ou distribuidor de álcool, inclusive para fins carburantes, sujeito ao regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, pode descontar créditos relativos à aquisição do produto para revenda de outro produtor, importador ou distribuidor.

§ 14. Os créditos de que trata o § 13 deste artigo correspondem aos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos pelo vendedor em decorrência da operação.

§ 15. O disposto no § 14 deste artigo não se aplica às aquisições de álcool anidro para adição à gasolina, hipótese em que os valores dos créditos serão estabelecidos por ato do Poder Executivo.

§ 16. Observado o disposto nos §§ 14 e 15 deste artigo, não se aplica às aquisições de que trata o § 13 deste artigo o disposto na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

O que depreendo das disposições legais acima é que as pessoas jurídicas sujeitas ao Regime Não Cumulativo de apuração da Cofins têm, em regra geral, o direito de descontar créditos em relação aos bens adquiridos para revenda. Contudo, sendo a litigante uma distribuidora de álcool, encontra-se excepcionada da regra geral pela alínea "b" do inciso I, do artigo 3º da Lei nº 10.833/03. Por conta disso, não teria direito a descontar créditos vinculados aos bens adquiridos para revenda. Contudo, conforme disposto no parágrafo 16 do artigo 5º da Lei 9.718/98, na aquisição do álcool para revenda de outro produtor, importador ou distribuidor, não se aplica aos distribuidores a alínea "b" do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.833/03, o que se confirma pelo disposto nos parágrafos 13 e 14, que autorizam o desconto de créditos na aquisição, desde que computados nos moldes em que ali foram definidos, ou seja, com base no valor das Contribuições devidas pelo vendedor.

Essa é a única particularidade que consigo extrair do Sistema de Apuração próprio deste segmento de mercado. Nenhuma ressalva há em relação ao aproveitamento dos demais créditos previstos no artigo 3º das Leis.

A leitura proposta pela decisão de piso, no sentido de que os créditos admitidos no artigos 3º referem-se apenas ao valor apurado na forma do artigo 2º, o que não seria o caso da Recorrente, não me parece correta. Ainda que as distribuidoras estejam dentre

as exceções do método empregado aos contribuintes em geral, a forma de cálculo também está contemplada no artigo 2º, não no caput, mas em seu parágrafo primeiro "A".

E também não consigo compreender a decisão expressa na Solução de Consulta da mesma forma como foi feito pela Fiscalização e pela Decisão de Primeira Instância.

Transcrevo a seguir o texto na parte em que interessa.

Uma das questões suscitadas pela consulente:

e) E por fim, a consulente tributando PIS/PASEP e COFINS com base na receita, pelo regime não-cumulativo será possível aproveitar os demais créditos previstos nos arts. 3º da Lei nº. 10.637, de 2002, e da Lei nº. 10.833, de 2003?

A resposta da Secretaria da Receita Federal:

13. No concernente à indagação "e)", a consulente não está impedida de descontar créditos em relação a outros dispêndios relacionados no art. 3º das Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, desde que autorizados em normas tributárias regentes da matéria e que estejam vinculados com a sua atividade comercial.

14. Diante do exposto, conclui-se que:

a) na apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não-cumulativas pelo Recob ou pela sistemática tradicional podem ser descontados créditos relativos às aquisições de álcool para revenda de produtor, importador ou distribuidor por outro produtor, importador ou distribuidor, sendo o crédito a ser descontado, em ambas situações, correspondente ao valor das contribuições devidas pelo vendedor;

b) os demais dispêndios relacionados no art. 3º das Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, podem gerar créditos a serem descontados da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

Em nenhum momento se disse, seja na Solução de Consulta acima transcrita, seja nas Leis de regência, que para descontar outros créditos além daqueles que decorrem da compra dos produto vendido, as empresas precisam exercer outras atividades.

Em outra oportunidade, esta mesma Turma de julgamento decidiu a respeito de assunto análogo, quando foi negado o direito ao crédito das Contribuições nos dispêndios de transporte e armazenagem de combustíveis. Contudo, naquela situação, diferentemente do que acontece no caso concreto, a empresa não estava sujeita ao recolhimento das Contribuições, porque a tributação estava concentrada nas fases iniciais da cadeia produtiva. Assim, ainda que a legislação não fosse tão clara quanto deveria, a Turma considerou que não pode ser concedido crédito a quem encontra-se equiparada à condição de não contribuinte. Mas, como disse, não é disso que aqui se trata.

Ainda mais, de se acrescentar a recente Solução de Consulta, nº 218, de 06 de agosto de 2014, da Coordenação-Geral de Tributação - Cosit, na qual a Receita Federal do Brasil manifestou-se a respeito de assunto bastante semelhante ao versado nos autos, e de forma favorável à pretensão da Parte.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

CRÉDITO. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. DERIVADOS DE PETRÓLEO. COMERCIANTE VAREJISTA. O Sistema de tributação monofásica não se confunde com os regimes de apuração cumulativa e não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep. A partir de 1º/08/2004, com a entrada em vigor do art. 37 da Lei nº 10.865, de 2004, as receitas obtidas por uma pessoa jurídica com a venda de produtos monofásicos passaram a submeter-se ao mesmo regime de apuração a que a pessoa jurídica esteja vinculada.

Assim, desde que não haja limitação em vista da atividade comercial da empresa, a uma pessoa jurídica comerciante varejista de gasolina (exceto gasolina de aviação) e óleo diesel que apure a contribuição pelo regime não cumulativo, ainda que a ela seja vedada a apuração de crédito sobre esses bens adquiridos para revenda, porquanto expressamente proibida nos art. 3º, I, "b", c/c art. 2º, § 1º, I da Lei 10.637, de 2002, é permitido o desconto de créditos de que trata os demais incisos do art. 3º desta mesma Lei, desde que observados os limites estabelecidos em seus termos.

A receita da venda de gás natural veicular (GNV) não sofre incidência monofásica da contribuição. Sujeita-se às regras da cumulatividade ou da não cumulatividade aplicadas aos bens em geral, a depender do regime a que esteja submetida a pessoa jurídica. No caso da pessoa jurídica tributada em regime não cumulativo, as receitas de venda desse produto sofrem incidência da contribuição à alíquota de 1.65%, com a possibilidade de desconto dos créditos admitidos pela legislação.

Disposições Legais: Lei nº 9.718, de 1998, art. 4º; Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 42, I e Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

CRÉDITO. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. DERIVADOS DE PETRÓLEO. COMERCIANTE VAREJISTA. O Sistema de tributação monofásica não se confunde com os regimes de apuração cumulativa e não cumulativa da Cofins. A partir de 1º/08/2004, com a entrada em vigor do art. 37 da Lei nº 10.865, de 2004, as receitas obtidas por uma pessoa jurídica com a venda de produtos monofásicos passaram a submeter-se ao mesmo regime de apuração a que a pessoa jurídica esteja vinculada.

Assim, desde que não haja limitação em vista da atividade comercial da empresa, a uma pessoa jurídica comerciante varejista de gasolina (exceto gasolina de aviação) e óleo diesel que apure a contribuição pelo regime não cumulativo, ainda que a ela seja vedada a apuração de crédito sobre esses bens adquiridos para revenda, porquanto expressamente proibida nos art. 3º, I, "b", c/c art. 2º, § 1º, I da Lei 10.833, de 2003, é permitido o desconto de créditos de que trata os demais incisos do art. 3º desta mesma Lei, desde que observados os limites estabelecidos em seus termos.

A receita da venda de gás natural veicular (GNV) não sofre incidência monofásica da contribuição. Sujeita-se às regras da cumulatividade ou da não cumulatividade aplicadas aos bens em geral, a depender do regime a que esteja submetida a pessoa jurídica. No caso da pessoa jurídica tributada em regime não cumulativo, as receitas de venda desse produto sofrem incidência da contribuição à alíquota de 7,6%, com a possibilidade de desconto dos créditos admitidos pela legislação.

Disposições Legais: Lei nº 9.718, de 1998, art. 4º; Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 42, I e Lei nº 10.833, de 2002, art. 3º.

Feita a devida ressalva à matéria de cunho eminentemente legal, a decisão a respeito do pedido das Recorrentes, como se verá, ainda assim haverá de lhes ser desfavorável.

É que foi dada oportunidade à empresa fiscalizada de apresentar a memória de cálculo com a apuração das Contribuições, mas a mesma informou que não dispunha desse documento e nem das notas fiscais de compra e venda de 2009, se não vejamos.

O contribuinte não apresentou o DACON do período fiscalizado com a apuração do PIS/COFINS, não atendeu à intimação do Termo de Início da Fiscalização para apresentar a memória de cálculo com a apuração do PIS/COFINS e informou que não dispõe de relação das notas fiscais de compras e vendas de 2009.

Ou seja, foi dada a oportunidade ao contribuinte de demonstrar e quantificar todos os créditos que entende que tem direito e não houve manifestação.

5.2 – INTIMAÇÃO COM DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PIS/COFINS PELA FISCALIZAÇÃO

O contribuinte foi intimado e tomou ciência do Demonstrativo de Apuração do PIS/COFINS 2009 em papel e de um CD contendo os arquivos do demonstrativo de apuração do PIS/COFINS 2009 e a relação de notas fiscais de entradas, devolução de compras e saídas que compõe o demonstrativo e foram elaborados com as informações do SPED - NF-e – Nota Fiscal Eletrônica.

Após intimação com o demonstrativo de apuração do Pis/Cofins apurado pela fiscalização com base nas NF-e – notas fiscais eletrônicas, o contribuinte limitou-se a alegar que tem direito a outros créditos do art. 3º da Lei 10.833/2003 e que há erro na quantificação dos créditos apontados no Demonstrativo Anexo ao Termo de Intimação.

(...)

Mais tarde e até o presente momento, as Recorrentes não fizeram mais do que breves considerações evasivas e inconclusivas a respeito dos cálculos apresentados pela Fiscalização Federal.

E em se tratando de direito de créditos do contribuinte, nada mais pode o Fisco fazer se não intimá-lo a apresentar a documento que lhes dê respaldo. Uma vez que tal seja negligenciada, os créditos não devem ser admitidos.

E acrescente-se quanto a isso que, como se observa da narrativa acima, não é verdadeira a alegação de que não houve falta de atendimento a intimação.

Quanto aos juros de mora, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 161, caput e § 1º, dispõe que o crédito tributário não pago no vencimento será acrescido de juros de mora, calculados à taxa de 1%, se a lei não dispuser de modo diverso.

A Lei n.º 9.065/95 prevê, em seu artigo 13, a utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora, não havendo, portanto, razão para protesto.

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº

8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

CAPÍTULO VIII

Das Penalidades e dos Acréscimos Moratórios

Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (Vide Lei nº 9.065, de 1995

II - multa de mora aplicada da seguinte forma:

a) dez por cento, se o pagamento se verificar no próprio mês do vencimento;

b) vinte por cento, quando o pagamento ocorrer no mês seguinte ao do vencimento;

c) trinta por cento, quando o pagamento for efetuado a partir do segundo mês subsequente ao do vencimento.

§ 1º Os juros de mora incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, e a multa de mora, a partir do primeiro dia após o vencimento do débito.

§ 2º O percentual dos juros de mora relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado será de 1%.

§ 3º Em nenhuma hipótese os juros de mora previstos no inciso I, deste artigo, poderão ser inferiores à taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no art. 59 da Lei nº 8.383, de 1991, e no art. 3º da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993.

§ 4º Os juros de mora de que trata o inciso I, deste artigo, serão aplicados também às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e aos débitos para com o patrimônio imobiliário, quando não recolhidos nos prazos previstos na legislação específica.

§ 5º Em relação aos débitos referidos no art. 5º desta lei incidirão, a partir de 1º de janeiro de 1995, juros de mora de um por cento ao mês-calendário ou fração.

§ 6º O disposto no § 2º aplica-se, inclusive, às hipóteses de pagamento parcelado de tributos e contribuições sociais, previstos nesta lei.

§ 7º A Secretaria do Tesouro Nacional divulgará mensalmente a taxa a que se refere o inciso I deste artigo.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 2002).

Ainda mais, trata-se de matéria sumulada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de observação obrigatória por todos seus integrantes.

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

De se observar que tanto a Súmula CARF nº 4, quanto a Lei 9.430/96 (texto a seguir), que dá redação atual à incidência, referem-se, a primeira, aos débitos tributários e, a segunda, aos débitos decorrentes de tributos e contribuições. Uma vez que a multa enquadra-se nos dois conceitos, não vejo porque os juros não devessem sobre ela incidir.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Melhor sorte não assiste às Recorrentes no que se refere à qualificação da multa, pela presença de dolo. Em que pesem todas as alegações veiculadas pela defesa, não vejo como atribuir aos fatos relatados nos autos outra qualificação se não a da intenção deliberada de agir.

Reproduzo o que relataram os Auditores autuantes.

Considerando que a fiscalizada, MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda e seus sócios MARIANA MALAGUETA BARBOSA e JULIANO DAMAS DA SILVA CARDOSO, não tem patrimônio compatível com o faturamento de sua empresa, que só em 2009 foi de 246 milhões de reais, foram efetuadas as circularizações de fornecedores e clientes para identificar possíveis terceiros, que pudessem ser considerados responsáveis pelos tributos devidos pela fiscalizada, e que tenham patrimônio condizente com a condição de proprietários da empresa fiscalizada. Foram identificados vínculos administrativo, financeiro, familiar e econômico da empresa MM Original FACTORING Ltda, da sua sócia administradora, MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI e de seu sócio JOSÉ RICARDO BARBOSA, com a fiscalizada, sem constar como integrantes do seu quadro societário.

Não há procurações outorgadas para José Ricardo Barbosa e Marília Malagueta Marchiori, pois a fiscalizada, mediante intimação, apresentou apenas cópia de uma procuração para Mário César Guarda e informou o seguinte:

” ...Segue anexa cópia da única procuração outorgada para terceiro, com prazo de validade de 90 (noventa) dias, o qual já expirou no dia 24/09/2010...”

Mesmo que houvessem procurações o resultado da análise não seria alterado, pois as duas empresas atuam como se fossem uma só.

JOSÉ RICARDO BARBOSA, que é sócio da FACTORING, atua diretamente nas compras, é conhecido como Diretor Comercial da DISTRIBUIDORA e é quem tem o maior patrimônio.

A FACTORING recebe em sua conta-corrente os boletos/transf/depósitos pagos pelos clientes (postos de combustíveis) da DISTRIBUIDORA relativo às suas vendas de combustíveis.

MARÍLIA MALAGUETA, na qualidade de sócia administradora da FACTORING é responsável por essas operações.

É o que será demonstrado a seguir no relatório das circularizações efetuadas nos fornecedores e clientes da fiscalizada, que é o vínculo administrativo e financeiro, além dos vínculos familiares e econômicos, cujos elementos e provas serão analisados para verificar a caracterização da sujeição passiva solidária e o seu enquadramento aos dispositivos legais.

9.1 IDENTIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS RELACIONADAS

Como são várias as pessoas jurídicas e físicas citadas, elas serão identificadas a seguir com o respectivo domicílio e participação societária.

- MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, tem sede em Cuiabá-MT, CNPJ 61.233.771/0001-13 e filial ativa em Paulínia-SP, CNPJ 61.233.771/0007-09.

- MARIANA MALAGUETA BARBOSA CPF 259.732.048-04, é sócia administradora da DISTRIBUIDORA com participação societária de 99% e tem domicílio na Rua Joaquim Barbosa de Lima, 84, Vila Rezende em Piracicaba-SP, cônjuge de José Ricardo Barbosa.

- JULIANO DAMAS DA SILVA CARDOSO, CPF 167.964.498-00, é sócio da DISTRIBUIDORA com 1% de participação societária, tem domicílio na Rua Dom Manuel, 220, Vila Santa Terezinha em Santa Bárbara D'oeste-SP, é contador e sócio da CAFFEM – Soluções Contábeis Ltda-ME, que tem sede em Americana-SP.

- MM Original FACTORING Ltda, CNPJ 09.379.449/0001-87, tem sede na Av. Independência, 350, 2º andar, sala 23, Bairro Alto, Piracicaba-SP, CEP 13419-160 e não tem filiais.

- JOSÉ RICARDO BARBOSA, CPF 167.869.568-82, é sócio da FACTORING, com 50% de participação societária, tem domicílio na Rua Joaquim Barbosa de Lima, 84, Vila Rezende em Piracicaba-SP e é cônjuge de Mariana Malagueta Barbosa.

- MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, CPF 302.062.708-79, é sócia administradora da FACTORING, com 50% participação societária, tem domicílio na Rua Dr. Aurélio Scalize, 171, Terras de Piracicaba, Piracicaba-SP.

9.2 RELATÓRIO DAS CIRCULARIZAÇÕES DE CLIENTES E FORNECEDORES

Foram efetuadas circularizações nos fornecedores de vários Estados e clientes em SP e em MT.

Nas circularizações efetuadas em MT não foi constatado nada relevante. Porém, nas circularizações de fornecedores de vários Estados e nos clientes do

Estado de São Paulo ficou evidenciado uma atuação efetiva de terceiros, estranhos ao quadro societário, nas atividades DISTRIBUIDORA, em especial na filial de Paulínia-SP, conforme os elementos relatados a seguir com base nos documentos acostados aos autos.

9.2.1 RELACIONAMENTO DE JOSÉ RICARDO BARBOSA COM A DISTRIBUIDORA

Nas circularizações dos fornecedores (compras), constam as seguintes citações e documentos que comprovam a atuação direta do Sr. José Ricardo Barbosa, na administração da DISTRIBUIDORA:

1-ATENA Tec em Energia Natural Ltda – Martinópolis-SP - CNPJ 07.458.537/0001-49: anexou cópias de “Confirmação de Pedido” (padrão) com texto:

“... A pessoa autorizada a assinar as ordens de carregamento para este pedido é o Sr. José Ricardo Barbosa, cuja assinatura é

..... Estando de pleno acordo com as condições acima mencionadas, subscrevemo-nos.

(Assinatura de Mariana Malagueta Barbosa).”

2-COOPERSUCAR – Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo – São Paulo-SP - CNPJ 61.149.589/0001-89: informa que o nome da pessoa responsável pelas negociações da MM Original em 2009 e atualmente é o Sr. JOSÉ RICARDO BARBOSA – 19-3833-7770 – cargo “comprador”. Anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior.

3-FLORALCO Açúcar e Alcool Ltda – Flórida Paulista-SP – CNPJ 60.918.968/0001-23 anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior.

4-LDC BIOENERGIA S/A – Pinheiros-SP - CNPJ 15.527.906/0001-36, localizada no Jardim Paulistano, São Paulo-SP, informou que a pessoa responsável pela negociação é JOSÉ RICARDO BARBOSA, cargo Diretor Comercial. Anexou cópia de 06 comunicações da MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda para a LDC Bioenergia S/A, emitidas em 2009, que envia cópias dos comprovantes de transferência do Bradesco, ag. 0318-2, c/c 39.200-6, cujo maior valor é de R\$ 920.000,00 relativo a 1.000.000 litro de AEHC-contrato 199/09. As referidas comunicações com cópias das transferências bancárias estão assinadas por JOSÉ RICARDO BARBOSA em nome da MM Distribuidora de Combustíveis Ltda. Anexou também cópias de 05 confirmação de vendas emitida pela Ceres Consultoria em Agrobusiness, que comprova a intermediação da operação.

5-RENUKA do Brasil S/A (antiga Equipav) – São Paulo-SP – CNPJ 43.932.102/0001-58, anexou cópias de “Confirmação de Pedido” assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA, conforme citação anterior.

Anexou também cópias de Comunicação encaminhando TED, nos valores de R\$ 417.500,00, 105.600,00 e 9.736,55, da MM Original Distribuidora Ltda, Filial 0007, para conta-corrente da Equipav, assinado por JOSÉ RICARDO BARBOSA/MM Original DISTRIB de Petróleo Ltda.

6-TONON BIOENERGIA S/A – Maracajú-MS – CNPJ 07.914.230/0001-05 informou que o responsável pela negociação comercial pela empresa MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo é o Sr. JOSÉ RICARDO BARBOSA, que ocupa o cargo de comprador até os dias atuais.

Portanto, das circularizações dos fornecedores conclui-se que ele praticou e pratica atos de gestão na fiscalizada, foi citado como Diretor Comercial, Comprador, ou Responsável pela negociação e assinou documentos em nome da fiscalizada.

Além da atuação direta junto aos fornecedores da fiscalizada, cito os relacionamentos a seguir.

JOSÉ RICARDO BARBOSA tem um Condomínio de armazenamento de petróleo no mesmo endereço da fiscalizada. Consta no sistema CNPJ que ele é responsável pelo CNPJ 09.224.912/0001-11 da CCAP – CONDOMÍNIO CUIABÁ ARMAZENAMENTO DE PETRÓLEO, aberto em 12/11/2007, cujo endereço é Rua N, 693, Bairro Distrito Industrial, Cuiabá-MT, CEP 78098-480.

JOSÉ RICARDO BARBOSA, sócio da MM Original FACTORING e MARIANA MALAGUETA BARBOSA, que é sócia administradora da DISTRIBUIDORA, são casados, que demonstra o vínculo, mas sob o regime de separação total de bens, motivo pelo qual nos bens imóveis de José Ricardo Barbosa não constam o nome de Mariana Malagueta Barbosa.

JOSÉ RICARDO BARBOSA é sócio da FACTORING, cuja conta-corrente foi utilizada para recebimentos das vendas efetuadas aos postos de combustíveis no estado de São Paulo, que será demonstrado no item a seguir.

9.2.2 RELACIONAMENTO DA EMPRESA MM ORIGINAL FACTORING LTDA COM A DISTRIBUIDORA

A MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, filial 0007, Paulínia-SP, utilizou boleto bancário padrão para recebimento das vendas de álcool para seus clientes – postos de combustíveis, que poderiam ser pagos em qualquer banco pela ficha de compensação, que continham os seguintes dados: Banco: Bradesco

Cedente: MM Original (nome incompleto sem CNPJ) ou MM Original FACTORING Ltda Agência: 0318-2

Código do Cedente: **0058870-9** (verificado que é a c/c da MM Original FACTORING Ltda) Sacador/Avalista: MM Original Distribuidora de Petróleo Ltda – CNPJ 61.233.771/0007-09

Sacado: nome do cliente/posto de combustível

No boleto da DISTRIBUIDORA consta a c/c da MM Original FACTORING Ltda Os clientes relacionados abaixo anexaram cópias dos boletos com as informações citadas acima, em especial o **código do cedente: 0058870-9**, cuja conta-corrente é da MM Original FACTORING Ltda, conforme constatação nos itens adiante.

1 – Auto Posto Av. Esmeralda Ltda – Marília-SP – CNPJ 06.143.204/0001-68

2 – Auto Posto Cazzonato Ltda – Campinas-SP – CNPJ 52.880.507/0001-80

3 – Auto Posto Chácaras do Coelho – Hortolândia-SP – CNPJ 02.848.260/0001-47

4 – Posto de Serviços Vila Carvalho de Araçatuba – Araçatuba-SP – CNPJ 07.290.541/0001-40

5 – Posto Jardim Europa de Paulínia Ltda – Paulínia-SP – CNPJ 02.804.930/0001-23

6 – Posto Primavera Birigui Ltda – Birigui-SP – CNPJ 54.172.275/0001-31

7 - Servicentro Nossa Sra Aparecida Ltda – Tanabi-SP – CNPJ 50.921.147/0001-92 – intermediação da Real Representações S/C Ltda

8 – Super Auto Posto Rodeio Ltda – Campinas-SP – CNPJ 46.057.626/0001-35

No **comprovante de depósito** da DISTRIBUIDORA consta a c/c da MM Original FACTORING Ltda

A Max Center Associados – Junqueirópolis-SP, CNPJ 02.220.467/0001-72, anexou cópia de comprovante de depósito em conta corrente com transferência para outra agência do Bradesco, que consta como **favorecido MM Original FACTORING Ltda - c/c 58870-9** e Ag. 0318-2. Este é o código do cedente que consta em todos os boletos. A operação foi intermediada pela Real representações S/C Ltda.

No boleto da DISTRIBUIDORA consta o CNPJ da MM Original FACTORING Ltda – Em 03 dos 05 boletos do Auto Posto Avenida Esmeralda, constou como cedente o nome parcial MM Original e o **CNPJ da MM Original FACTORING Ltda**. Um dos boletos do Super Auto Posto Rodeio também consta o CNPJ da MM Original FACTORING Ltda.

No boleto da DISTRIBUIDORA CONSTA AUTENTICAÇÃO MECÂNICA DO BRADESCO COM NOME DA MM ORIGINAL FACTORING LTDA - Alguns clientes pagaram os boletos da DISTRIBUIDORA no Bradesco. A autenticação mecânica do Bradesco identifica a conta e o nome da conta que recebe o crédito. Na autenticação mecânica do Bradesco **consta a conta 0058870-9 e o nome MM Original FACTORING Ltda** nos boletos anexados pelo Auto Posto Cazzonato, Posto Primavera Birigui e Servicentro N.Sra Aparecida.

Em face dos fatos relatados, constata-se que em todos os boletos emitidos pela DISTRIBUIDORA para cobrança de seus clientes (postos de combustíveis) eram creditados diretamente na conta 0058870-9, da MM ORIGINAL FACTORING LTDA. Ou seja, a DISTRIBUIDORA vende e quem recebe é a FACTORING. No boleto constata-se o vínculo entre as duas empresas: o código do cedente é 0058870-9, que é a conta-corrente da FACTORING e o sacador/avalista é a DISTRIBUIDORA, filial 0007, em uma operação de venda da DISTRIBUIDORA.

Juliano Damas, contador da MM Original FACTORING LTDA, é sócio da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda.

A movimentação financeira da MM Original FACTORING Ltda no ano de 2009 foi de R\$ 154.277.665,63 e a Receita Bruta declarada na DIPJ de R\$ 653.917,79. Isso só vem a confirmar que a movimentação financeira da FACTORING refere-se às atividades da DISTRIBUIDORA.

9.2.3 RELACIONAMENTO DE MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI COM A DISTRIBUIDORA

Marília Malagueta Marchiori, sócia administradora, responsável pelo CNPJ da MM Original FACTORING LTDA tem os seguintes relacionamentos com a MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda:

MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI administra a FACTORING, que atua diretamente na atividade da DISTRIBUIDORA, cuja conta-corrente bancária recebe pagamentos efetuados pelos clientes da DISTRIBUIDORA e cujo sócio atua como negociador, responsável, Diretor Comercial e assina como representante da DISTRIBUIDORA.

MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI é irmã de Mariana Malagueta Barbosa, que é sócia administradora, responsável pelo CNPJ da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda

9.3 - INTERESSE COMUM

Art. 124 do CTN:

“...

.Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

...”

O interesse é comum na realização da atividade e no seu resultado, conforme demonstrado a seguir.

9.3.1 - JOSÉ RICARDO BARBOSA PRATICA ATOS DE GESTÃO NA DISTRIBUIDORA

O sócio da FACTORING, JOSÉ RICARDO BARBOSA atuou diretamente nos negócios da MM Original DISTRIBUIDORA Ltda, assinando documentos em nome da DISTRIBUIDORA, foi citado como Diretor Comercial, Comprador e/ou Responsável pela negociação. Ou seja, foram praticados atos de gestão na condição de administrador, exerceu e exerce atualmente as funções de administração, sem constar oficialmente no contrato social da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda. As afirmações têm base documental nas circularizações efetuadas junto aos fornecedores. A fiscalizada também não apresentou procuração outorgada a JOSÉ RICARDO BARBOSA, quando intimada a apresentar as procurações outorgadas para terceiros. Apesar de não constar no contrato social da DISTRIBUIDORA, é quem, de fato, possui bens compatíveis com um sócio de uma distribuidora de combustíveis que faturou 246 milhões, só em 2009.

9.3.2 - C/C da FACTORING utilizada nas operações da DISTRIBUIDORA

A MM Original FACTORING Ltda teve a Conta-Corrente Bancária em seu nome utilizada para recebimentos dos pagamentos efetuados pelos clientes da MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, conforme item 9.2.2 e a documentação acostada aos autos.

9.3.3 - MARÍLIA MALAGUETA É SÓCIA ADMINISTRADORA DA FACTORING

MARÍLIA MALAGUETA, sócia administradora da FACTORING, é a responsável pelas suas atividades, inclusive pela utilização de conta-corrente da sua empresa, para recebimentos “regulares” de outra empresa, a DISTRIBUIDORA.

Além disso, ela é irmã de Mariana Malagueta Barbosa, sócia administradora da empresa fiscalizada, MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda.

9.3.4 – INSUFICIÊNCIA DE BENS DA DISTRIBUIDORA E DE SEUS SÓCIOS

A empresa MM ORIGINAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA tem apenas alguns imóveis rurais, os bens de sua sócia administradora Mariana Malagueta Barbosa se restringe praticamente às cotas do capital social da fiscalizada e Juliano Damas da Silva Cardoso que praticamente não tem bens.

O conjunto de bens da MM ORIGINAL FACTORING LTDA, seus sócios JOSÉ RICARDO BARBOSA e MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, contrastam com a quase inexistência de bens da fiscalizada e seus sócios.

9.3.5 – BENEFICIÁRIOS DO RESULTADO DA ATIVIDADE

MARIANA MALAGUETA BARBOSA e JULIANO DAMAS DA SILVA CARDOSO, sócios da fiscalizada MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, não tem rendimentos e bens compatíveis com a posição de sócios que ocupam na empresa, ao passo que JOSÉ RICARDO BARBOSA e MARÍLIA MALAGUETA MARCHIORI, sócios da MM Original FACTORING Ltda, que praticam atos de gestão na DISTRIBUIDORA, é que efetivamente são detentores de bens, indicando que as vantagens e benefícios decorrentes do resultado da atividade econômica da fiscalizada ficaram com os sujeitos passivos solidários, cuja movimentação financeira transitou pela FACTORING, conforme citado em outros parágrafos.

9.3.6 – CONCLUSÃO DO INTERESSE COMUM

Pela utilização da c/c da MM Original FACTORING Ltda nas operações da MM Original DISTRIBUIDORA Ltda, pela atuação de MARÍLIA Malagueta Marchiori como administradora da FACTORING e responsável por essas operações, pelos atos de gestão praticados por JOSÉ RICARDO Barbosa, pela relação de parentesco de MARÍLIA Malagueta Marchiori e Mariana Malagueta Barbosa, e, por serem casados, JOSÉ RICARDO Barbosa e Mariana Malagueta Barbosa, conclui-se que as duas empresas citadas atuavam como se fossem uma só, que a participação das pessoas citadas ocorreu diretamente na realização das atividades da empresa e no resultado da atividade e que a quase inexistência de patrimônio da fiscalizada e de seus sócios contrasta com o patrimônio conjunto da FACTORING e de seus sócios.

Portanto, ficou caracterizado o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador da obrigação tributária.

9.4 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL

Art. 135 do CTN: (requisito para a sujeição passiva solidária)

“...

Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

...”

Os representantes de pessoas jurídicas de direito privado, JOSÉ RICARDO BARBOSA e MARIANA MALAGUETA BARBOSA, sócios da FACTORING, pessoa jurídica de direito privado, praticaram atos com excesso de poderes, infringindo a legislação e o contrato social, ao utilizar o nome da empresa para atividades estranhas ao objeto social, obtendo os benefícios e vantagens de um sócio ou proprietário da fiscalizada, MM Original DISTRIBUIDORA de Petróleo Ltda, sem todavia apresentar-se como tal.

Por agirem com excesso, são pessoalmente responsáveis pela sujeição passiva solidária da MM ORIGINAL FACTORING LTDA em relação à MM ORIGINAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

A M. M. Original Factoring Ltda e as pessoas físicas arroladas nos autos como responsáveis solidárias pelo crédito tributário constituído contestam os critérios utilizados pelo Auditores-Fiscais e pela DRJ na imputação da responsabilidade. Protestam contra a alteração dos fundamentos do Auto, pelo fato de a decisão de primeira instância ter-se baseado no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Outrossim, que o Acórdão é contraditório ao atribuir responsabilidade pessoal a uma pessoa jurídica.

Encontram-se argumentos, também, de que, para efeitos tributários, solidário é aquele que tem interesse jurídico e não econômico na atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponível. O artigo 124 do Código teria como pressuposto a existência de duas ou mais pessoas obrigadas ao pagamento do tributo, situação que autoriza a Administração exigí-lo, indistintamente, de qualquer um. Neste caso, necessário que todos tenham praticado o ato que resultou no nascimento da obrigação tributária para que possam figurar como sujeitos passivos do critério pessoal da regra matriz de incidência tributária.

Com o devido respeito, são argumentos de natureza estritamente retórica.

Primeiro, não houve inovação da autuação. Haveria, como já disse antes, se o Julgador resolvesse atribuir a responsabilidade a terceira pessoa não especificada no Auto pelos Auditores responsáveis pelo procedimento. Decidir se determinado fato enquadra-se num ou noutro artigo de leis válidas faz parte de um processo dialético de formação da decisão do litígio. Não é de se esperar que todas as pessoas envolvidas sejam uníssonas no entendimento a respeito do comando normativo aplicável ao fato concreto. Como também já dito, o que está em julgamento é a existência ou não da responsabilidade de terceiros pelo crédito exigido do contribuinte de direito, e isso é que deve ser decidido, esteja a responsabilidade solidária enquadrada num ou noutro comando legal.

E o que se depreende dos fatos apurados, é que havia, sim, interesse comum de todas as pessoas arroladas.

A questão atinente à espécie de responsabilidade passível de alcançar terceiro que não seja contribuinte está mal articulada pela defesa. O interesse jurídico, ao contrário de como advogam as Recorrentes, não se opõe ao interesse econômico. O que a doutrina resguarda é inclusão indiscriminada de pessoas com vínculos econômicos com o infrator, mas sem vínculos jurídicos na execução dos atos ilícitos. Noutras palavras, se determinada pessoa nunca esteve envolvida nas ações praticadas pelo infrator, não se poderá responsabilizá-la pelas infrações, ainda que, de alguma forma, tenha delas tirado proveito.

Os autos, contudo, versam sobre fatos de outra índole. As pessoas arroladas nos estão sendo responsabilizadas pelas infrações porque, de alguma forma, praticaram atos de gerência ou administração em alguma das empresas envolvidas na fraude. Por óbvio, em se tratando de uma ação simulada, esse envolvimento está dissimulado pela falsa aparência induzida. O papel que cada um desempenhava não é aquele que decorre naturalmente da função econômica-jurídica declarada, mas da verdadeira atividade exercida veladamente.

E não há que se falar em falta de apuração precisa do patrimônio das pessoas acusadas de atuarem como *laranjas* no esquema. A Fiscalização demonstrou que as pessoas que praticavam dissimuladamente atos de gerência é que ostentavam a riqueza patrimonial compatível com o volume das operações e, por conseguinte, a própria capacidade contributiva que intentaram distanciar dos fatos jurídicos que constituem a obrigação tributária.

Noutro giro, o Código Tributário Nacional, atribui responsabilidade pessoal ao agente quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito.

Finalmente, também não vejo como possa favorecer à MM Orginal Factoring o fato de em consulta realizada no sítio da Receita Federal do Brasil, ter conseguido extrair Certidão Negativa de Débitos em seu nome. Ora, é de sabença que essa condição somente se altera depois que a exigência torna-se definitiva. De qualquer forma, ainda que assim não fosse, eventual entrave na apuração de débitos e consequente obtenção de informações no sítio da RFB em nada influenciam o quadro identificado pelo Fisco e a acusação que dele decorre.

VOTO por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, 13 de novembro de 2014.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator