



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

Processo n° 15521.000042/2008-02
Recurso n° 513.327 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1302-00.854 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de abril de 2012
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITA
Recorrentes RILEY SOARES CHERENE PONTES
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PEDIDO DE PERÍCIA DESNECESSÁRIA.

Deve ser indeferida a perícia desnecessária, nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.232/72.

MULTA AGRAVADA. LUCRO ARBITRADO. ART.535, V, RIR/99.

O agravamento da multa de ofício (percentual de 112,5%) é incompatível com o arbitramento feito nos termos do art. 535,V, RIR/99.

RESPONSABILIDADE.

A atribuição de responsabilidade deve demonstrar o vínculo que liga o responsável ao crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir a recorrente Riley Soares Cherene Pontes da responsabilidade tributária atribuída, vencido o Conselheiro Marcos Rodrigues de Mello que mantinha a responsabilidade.

(assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Processo nº 15521.000042/2008-02
Acórdão n.º **1302-00.854**

S1-C3T2
Fl. 1.006

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira (vice-presidente), Waldir Veiga Rocha, Diniz Raposo e Silva, Eduardo de Andrade e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face de acórdão proferido nestes autos pela 8ª Turma da DRJ/RJO1, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, julgar procedentes em parte os lançamentos efetuados, nos termos do relatório e voto do relator, para reduzir a multa de ofício aplicada aos valores originários de 225% para 150%, conforme ementa que abaixo reproduzo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento, invocada com base em cerceamento do direito de defesa, porque foi dado à interessada o conhecimento do inteiro teor das infrações que lhe são imputadas, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quando é concedida à interessada, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, tanto no decurso do procedimento fiscal como na fase impugnatória, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de falta de motivação quando o auto de infração e o termo de verificação fiscal descrevem os atos praticados pela autuada que afrontam a legislação tributária e os dispositivos legais que tipificam a irregularidade que motivou a acusação fiscal.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A diligência e a perícia se reservam à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa, não se justificando a sua realização quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO POR PARTE DOS RESPONSÁVEIS CITADOS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO PELO LUCRO ARBITRADO. MATÉRIAS NÃO QUESTIONADAS. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Torna-se definitivamente constituído o crédito tributário no contencioso administrativo quanto à matéria objeto de autuação que não tenha sido expressamente impugnada nos autos.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

O Código Tributário Nacional ampara a responsabilização solidária quando restar evidenciado que os sócios e procuradores tiveram interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária.

EMPRESA EXTINTA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Nos termos do artigo 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional e do artigo 9º da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, em se tratando de pessoa jurídica definitivamente extinta e antes de decorrido o prazo decadencial, respondem pelo lançamento imputado, os sócios da empresa extinta, na condição de solidários.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

MULTA AGRAVADA. EVIDENTE INTUITO DE SONEGAÇÃO, CONLUÍO E SIMULAÇÃO.

Constatada a falta de escrituração contábil e fiscal das receitas auferidas e da movimentação bancária da empresa FOMS Gêneros Alimentícios Ltda e a indicação de endereço fiscal falso, tendo esta empresa sido baixada durante o procedimento de fiscalização como forma de se furtrar ao recolhimento de tributos, além da não inclusão dos nomes de todos os sócios de fato no contrato social, cabível a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%, sobre as infrações apuradas na empresa, cuja responsabilidade é dos sócios.

Incabível o agravamento da multa por não atendimento a intimações.

JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata-se de processo de lançamento efetuado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campos dos Goytacazes – RJ, através de autos de infração de IRPJ, PIS, CSLL e COFINS referentes aos anos-calendário 2003 a 2005, totalizando:

IRPJ	863.315,84
PIS	60.405,37
CSLL	334.553,68
COFINS	278.794,67
TOTAL	1.537.069,56

Os lançamentos são acompanhados da multa de ofício de 225% e de juros moratórios incidentes até a data do efetivo pagamento.

Foram citados nos autos, além da interessada, os responsáveis solidários: Olizete Mirian Gomes Telles e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira.

No Termo de Verificação (fl. 771 a 798), resumido a seguir, estão descritos os procedimentos adotados no curso da fiscalização, as constatações feitas e as conclusões a que chegou o Auditor Fiscal.

DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Em 10/04/2007 foi enviado, através de via postal, à sede da empresa FOMS GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA., CNPJ 03.905.758/0001-67, o Termo de Início de Fiscalização com o devido MPF. A correspondência retornou com a informação de “mudou-se”.

Em 19/04/2007 foi publicado o Edital nº 0038/2007, para cientificar a empresa sobre a instauração do procedimento fiscal.

Em 24/04/2007 compareceu na DRFB – Campos a Srª. Olizete Mirian Gomes Telles, CPF 808.386.347-53, para tomar ciência do MPF e do Termo de Início.

De todos os livros e documentos solicitados no Termo de Início, só foram apresentados o Livro Registro de Inventário e o Contrato Social.

Em 27/06/2007 compareceu na DRFB - Campos o procurador dos sócios Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira, CPF 569.715.597-20, e Olizete Mirian. O representante era dos sócios e não da empresa, mas foi-lhe dado conhecimento do Termo de Continuação do Procedimento Fiscal e de outras exigências não atendidas no Termo de Início.

Em 28/06/2007 foram entregues pelo procurador dos sócios os seguintes documentos: notas fiscais de venda (23 caixas), notas fiscais de compra do ano de 2003, planilha com os recolhimentos do SIMPLES do ano de 2003, cópias das declarações simplificadas dos anos de 2004, 2005 e 2006, cópia da conta de energia elétrica da empresa e cópias dos documentos dos sócios.

O procurador dos sócios informou que não possuía os Livros Registro de Entradas e Saídas, Registro de Documentos Fiscais, Termos de Ocorrência, **Diário** e Razão, porque o contador informou que não eram obrigatórios. Além disso, informou também que o endereço da empresa era o que constava da conta de energia: R. Professora Maria Benedita Gouveia, nº 262 – Parque Imperial – Campos, **confirmando o cadastro da Receita Federal.**

O Auditor Fiscal, através de circularização, solicitou e recebeu as notas fiscais de venda de vários fornecedores de mercadorias para a empresa FOMS.

O Fiscal fez algumas considerações sobre os documentos e livro recebidos dos sócios e de seu representante:

As notas fiscais de venda do período de 01/01/2003 a 31/12/2005 não condiziam com as compras efetuadas pela empresa, não seguiam a correta escrituração e não refletiam os reais adquirentes das mercadorias, dessa forma foram desqualificadas.

As notas fiscais de compra e as planilhas com os pagamentos pelo SIMPLES que foram entregues não englobaram todo o período fiscalizado.

Os registros no Livro de Inventário não coincidem com as compras efetuadas pela empresa, conforme notas remetidas pelas empresas fornecedoras.

Só houve apresentação da conta de energia do mês de abril de 1998.

Em 28/06/2007 foi realizada diligência no local onde estava registrada a empresa FOMS GÊNEROS ALIMENTÍCIOS e foi verificado que a rua era residencial e composta de casas humildes, não havia máquinas, veículos ou mercadorias no local, não foram encontrados empregados ou os sócios, o local encontrava-se fechado e com características de abandonado. O local foi fotografado e as fotos anexadas ao processo. Os vizinhos informaram que não havia atividade comercial no local

Em 03/07/2007 foi efetuada diligência no endereço cadastral do sócio Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira e constatou-se que no local encontra-se um casebre, sem presença de pessoas ou animais. Os vizinhos não quiseram prestar informações. O local foi fotografado e as fotos anexadas ao processo.

Em 04/07/2007 foi efetuada diligência no endereço cadastral da sócia Olizete Mirian Gomes Telles e constatou-se que no local encontrava-se uma casa simples habitada e a ocupante informou que a Srª Olizete mudara-se para a Rua Formosa. Os vizinhos não quiseram prestar informações. O local foi fotografado e as fotos anexadas ao processo.

Motoristas e empresas de transporte foram intimados a esclarecer o local de entrega das mercadorias compradas pela FOMS e estes informaram, em depoimentos anexados ao processo, que aquelas eram entregues nos fundos da Padaria Flamboyant, na rua da TV Norte Fluminense, Av. Deputado Alair Ferreira, já que o local constante das notas fiscais encontrava-se fechado. Foram entregues ao Auditor Fiscal, pelas transportadoras, vários conhecimentos de transporte para a empresa FOMS.

Em resposta à intimação efetuada ao fornecedor J. MACEDO S/A foram obtidas cópias de várias notas de compras efetuadas pela FOMS.

Na correspondência enviada pelo motorista da Quick Logística Ltda. consta a informação de que, ao descarregar mercadorias na empresa FEP Gêneros Alimentícios, perguntou aos funcionários desta se eles conheciam onde ficava a empresa FOMS. O motorista foi informado que era a mesma empresa MIX TRIGO Gêneros Alimentícios, explicaram onde era e forneceram o telefone. O endereço era ao lado da Padaria Flamboyant, na Rua Deputado Alair Ferreira, nº 237, esquina com Av. 28 de Março.

Os motoristas da Ruthlea Transportes informaram que entregavam parte das mercadorias na Av. 28 de Março e parte na Av. Presidente Kenedy,115, para as empresas FEP, FOMS, SANTIPAN e agora DRAIVIN.

As empresas J. MACEDO e BUNGE ALIMENTOS forneceram cópias das notas fiscais de venda efetuadas à empresa FOMS, com a listagem dos pagamentos recebidos.

Foi acostada aos autos toda a documentação entregue pelas empresas J. MACEDO, BUNGE ALIMENTOS, RUTHLEA TRANSPORTES E QUICK LOGÍSTICA.

Os valores das compras efetuadas pela FOMS totalizaram:

2003	R\$	2004	R\$	2005	R\$
Janeiro	12.915,00	Janeiro	0,00	Janeiro	284.603,00
Fevereiro	498.643,41	Fevereiro	0,00	Fevereiro	312.053,97
Março	447.304,80	Março	0,00	Março	214.889,43
Abril	392.189,90	Abril	148.783,80	Abril	308.138,00
Maiο	363.499,86	Maiο	269.350,40	Maiο	46.768,00
Junho	485.135,05	Junho	257.933,00	Junho	230.393,68
Julho	370.244,00	Julho	325.561,76	Julho	278.258,80
Agosto	419.411,20	Agosto	247.090,20	Agosto	184.005,00
Setembro	467.765,90	Setembro	233.335,10	Setembro	75.761,71
Outubro	384.756,80	Outubro	291.643,85	Outubro	249.480,63
Novembro	408.070,80	Novembro	285.384,05	Novembro	127.739,62
Dezembro	145.722,70	Dezembro	250.422,50	Dezembro	275.903,47
TOTAL	4.395.659,42	TOTAL	2.309.505,66	TOTAL	2.587.995,31

Em 04/07/2007, durante o procedimento de fiscalização, os sócios deram entrada na JUCERJA com o distrato para o procedimento de baixa da empresa.

Porém, de acordo com o disposto no artigo 9º da Lei Complementar nº 123/2006, o distrato social não exonera os sócios e demais responsáveis de suas obrigações.

Os funcionários da empresa fiscalizada foram intimados por correspondência postal e nenhum deles compareceu à Delegacia da Receita Federal de Campos, nem justificou o não-comparecimento.

O suposto locador do imóvel onde “em tese” funcionaria a FOMS, Sr. Pedro Jorge Cherene Junior foi intimado a prestar esclarecimentos, mas não compareceu à DRFB - Campos, informando que estava de férias, mas apresentou recibos referentes aos aluguéis, sem demonstrar o efetivo recebimento destes, nem o reconhecimento dos mesmos em suas DIRPF, fazendo o Auditor Fiscal concluir que os valores dos aluguéis não foram recebidos.

A empresa FOMS – Gêneros Alimentícios LTDA., CNPJ 03.905.758/0001-67, foi constituída pelos sócios Olizete Miriam Gomes Telles e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira, com contrato social assinado em 15/06/2000.

Em 19/05/2006, foi efetuada a primeira alteração contratual, que registrou a saída do sócio Luiz Sérgio e a entrada da sócia Chirley Cherene, que por sinal mora ao lado da Padaria Flamboyant.

Em 16/02/2007, foi efetuada a segunda alteração contratual para a saída da sócia Chirley e readmissão do sócio Luiz Sérgio.

A Sr^a. Chirley Cherene, CPF 321.984.697-15, foi intimada por via postal a prestar esclarecimentos, mas não compareceu à DRFB – Campos, nem se justificou.

Devido à falta de apresentação da movimentação financeira da empresa FOMS, esta foi solicitada diretamente aos bancos UNIBANCO e BANCO DO BRASIL, com base na Lei Complementar nº 105/2001.

Entre os documentos recebidos dos bancos consta a procuração passada pelos sócios a Riley Soares Cherene Pontes para movimentar livremente as contas da empresa.

A Sr^a Riley foi intimada a prestar esclarecimentos, mas não compareceu à Delegacia de Campos, justificando que estava de férias.

Enviou suas DIRPF nas quais figura como sua fonte pagadora a Panificação Flamboyant do Turf Ltda, informando como rendimentos anuais os valores de R\$ 2.720,00 (2003), R\$ 3.040,00 (2004) e R\$ 3.440,00 (2005).

Conforme já relatado, o endereço de descarga das mercadorias entregues à FOMS era o da Panificação Flamboyant, fonte pagadora da Sra. Riley, conforme depoimentos dos motoristas.

Em função das declarações dos motoristas, constata-se que a empresa FOMS Gêneros Alimentícios Ltda. nunca funcionou no local informado no cadastro nacional CNPJ.

Verifica-se que a Sr^a Riley declara que recebe rendimentos da Padaria Flamboyant situada no mesmo endereço de desembarque das mercadorias enviadas para a FOMS, daí a robusta ligação desta pessoa física com a FOMS.

Em função das procurações enviadas pelo UNIBANCO e pelo BANCO DO BRASIL e pelo disposto no CTN, a Sr^a Riley Soares foi considerada pela Fiscalização Federal como sócia de fato, assumindo a condição de responsável solidária pelos créditos tributários da empresa, visto que as procurações lhe davam plenos poderes para a gerência e administração da empresa FOMS e para sua movimentação financeira.

Em 19/02/2008, em virtude da “baixa” da empresa FOMS Gêneros Alimentícios, foi expedido o MPF em nome da Sr^a Riley Soares, responsável tributária pela FOMS.

A Sr^a Riley foi então intimada a: informar a origem dos recursos financeiros da FOMS utilizados para pagamento das compras efetuadas das empresas J. MACEDO e BUNGE ALIMENTOS, apresentar o Livro Caixa e os extratos bancários da FOMS e comparecer à Delegacia de Campos para prestar esclarecimentos.

A intimação não foi atendida, nem houve qualquer justificativa para o fato.

Em 06/03/2008 foi enviado por via postal o Termo de Intimação Fiscal nº 0069, juntamente com o MPF-F 07.1.04.00-2008-00101-0, Termos de Constatação nº 01 e 02, 16 fotografias, 8(oito) Termos de Declaração (depoimentos) e o Ato Declaratório Executivo nº 02 de 04/01/2008 (exclusão do SIMPLES).

Não houve atendimento a esta nova intimação. A interessada enviou, apenas, um atestado médico justificando seu não-comparecimento com uma declaração de que:

- a) era somente empregada (gerente) da FOMS;
- b) os recursos utilizados para pagamento das compras provinham das vendas efetuadas;
- c) por ser apenas empregada, não tinha como apresentar o Livro Caixa e os extratos bancários;
- d) a FOMS comercializava produtos no atacado e estava desativada há algum tempo, por isso o estado de abandono do imóvel.

Com base nos fatos a seguir, considerou-se a empresa FOMS inexistente de fato e constituída por interpostas pessoas:

- A empresa encontrava-se em imóvel fechado com características de abandonado, com matagal no interior.
- Os sócios não foram encontrados, nem na empresa, nem nos seus domicílios informados à Receita Federal.
- A transferência de totais poderes para a Sr^a Riley representar a empresa, inclusive fazendo a movimentação financeira, se deu através de instrumento público lavrado em Cartório (fl. 721).
- Os sócios de direito não atenderam as intimações efetuadas.
- E ainda, nos Termos de Constatação lavrados, nas fotografias dos locais diligenciados, nos depoimentos prestados por terceiros, no volume de notas fiscais apresentadas pelas empresas fornecedoras e na não-apresentação dos livros contábeis.

Em função do disposto no inciso IV do artigo 14 da Lei nº 9.317/96 (constituição por interpostas pessoas), a empresa foi excluída do SIMPLES a partir de sua constituição, 15/06/2000, nos termos do processo administrativo nº 15521.000001/2008-16, através do ADE nº 02, de 04/01/2008, do qual se deu ciência por edital.

Não foi apresentada qualquer contestação quanto à exclusão da FOMS do regime simplificado, nos autos do processo citado acima.

Em função de a empresa FOMS estar baixada, o lançamento foi efetuado em nome de Riley Soares e intimados, também, os responsáveis solidários Olizete Mirian e Luiz Sérgio.

Pela falta de apresentação do Livro Caixa ou de outros documentos contábeis da FOMS, foi efetuado o arbitramento do lucro.

Aplicou-se ao lançamento a multa agravada de 225%, de acordo com o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 em função de:

- não apresentação dos livros contábeis;
- não apresentação de grande parte das notas fiscais de compra;

- descaracterização das notas de venda e
- pela falta de apresentação da movimentação financeira da empresa FOMS.

Os valores tomados como base para os lançamentos são os totais mensais das compras efetuadas pela FOMS GÊNEROS ALIMENTÍCIOS das empresas J. Macedo e Bunge Alimentos no período de 01/01/2003 a 31/12/2005, de acordo com o percentual previsto no inciso V do artigo 51 da Lei nº 8.981, de 20/01/95 (0,4 %).

No corpo de cada auto de infração foram citados como responsáveis tributários pela empresa FOMS GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, Riley Soares Cherene Pontes, CPF 030.646.067-00, Olizete Miriam Gomes Telles, CPF 808.386.347-53 e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira, CPF 569.715.597-20.

Em face da prestação de declaração falsa à autoridade fazendária com vistas à supressão de tributos, hipótese de crime contra a ordem tributária, foi formalizada a devida representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal através do processo 15521.000043/2008-49.

Foram juntadas aos autos dezoito folhas com planilhas que demonstram todas as notas fiscais consideradas para efeito de somatório das receitas brutas apuradas.

Os autos de infração e o Termo de Verificação Fiscal foram encaminhados à interessada e recebidos em 25/03/2008 (fl. 799).

Em 24/04/2008, às folhas 826 a 864, a interessada, Sra Riley Soares Cherene Pontes, juntou impugnação nos termos a seguir resumidos.

IMPUGNAÇÃO DA SR^a. RILEY CHERENE.

O presente lançamento foi dirigido à interessada, na qualidade de responsável solidária tributária, não havendo qualquer inclusão dos verdadeiros sócios.

Da preliminar de Nulidade por ausência de motivação do ato.

O auto de infração deverá conter a descrição detalhada da motivação, dos fatos e dos fundamentos de direito que justifiquem o conteúdo do mesmo para possibilitar a apresentação de defesa.

O Auditor Fiscal limita-se a afirmar a existência de procuração em que a interessada figura como outorgada, porém não demonstra efetivamente quais atos a interessada realizou que o conduziram à conclusão de sua responsabilidade tributária.

A mera indicação da existência da procuração, sem o apontamento dos atos praticados com apoio nesta procuração, que justifiquem a presente responsabilidade tributária, cerceia a defesa da interessada.

Da preliminar de decadência.

Esta ocorreu em relação ao PIS e à COFINS dos meses de janeiro e fevereiro de 2003.

O lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 26/03/2008 e, nos termos do artigo 150 do CTN, os lançamentos destes meses estava decadente.

Da ausência de responsabilidade tributária da interessada.

Do erro na identificação do sujeito passivo.

A Autoridade Fiscal identificou o sujeito passivo errado, dimensionando indevidamente a obrigação tributária e permeando o ato de lançamento de vício material, de ilegalidade.

A Autoridade fiscal não especificou o dispositivo do CTN em que fundamentou a atribuição da responsabilidade tributária, mas tão-somente transcreveu todos os artigos do CTN que tratam desta responsabilidade.

Conforme consta do presente lançamento, a responsabilidade foi atribuída nos termos dos artigos 121, 123, 124, 126, 127, 128, 134, 135, 136 e 137 do CTN. Não obstante esta confusão feita, o Auditor Fiscal denominou como responsabilidade solidária tributária, a responsabilidade atribuída por ele à interessada.

Erra a autoridade fiscal, pois a presente situação, se hipoteticamente fosse ensejadora de alguma espécie de responsabilidade tributária, o seria da responsabilidade pessoal de que trata o artigo 135, III, do CTN.

Quando a solidariedade se dá entre “contribuintes”, isto é, entre pessoas que guardam relação pessoal e direta com o fato gerador, estaremos diante de caso de pura e simples *solidariedade tributária*, onde todos são sujeitos passivos diretos e respondem pela totalidade do débito.

Por outro lado, caso a solidariedade se estabeleça entre “o contribuinte e um terceiro alheio ao fato gerador”, ou seja, entre o contribuinte e um responsável tributário, estaremos diante da hipótese de *responsabilidade tributária solidária*, onde o devedor solidário será um sujeito passivo indireto.

O CTN ao se referir à *solidariedade tributária*, prescreve a necessidade da existência de um interesse comum, ao passo que, para outros casos de solidariedade, como as hipóteses de *responsabilidade tributária*, exige previsão de lei.

Existem duas premissas de extrema relevância:

Não há que se falar em interesse comum, daí não haver aplicação do art. 124, inc. I, do CTN, ao caso concreto;

Não se aplica, na hipótese, o inciso II do art. 124 do CTN, pois não há previsão em lei criando a responsabilidade solidária a que alude a fiscalização, justamente porque, para esta espécie de responsabilidade, o próprio CTN prescreve regra expressa: a do artigo 135.

Se não estamos diante das hipóteses previstas no artigo 124, não há que se falar em responsabilidade solidária.

Se a tese da fiscalização é de que a Sr^a Riley é sócia de fato ou gerente da empresa FOMS, então, não pode a fiscalização fundamentar seu ato de imposição de responsabilidade no art. 124 do CTN, mas tão-somente no art. 135 do mesmo Código.

Da inexistência da responsabilidade tributária

caracterizada no art. 135 do CTN.

Com efeito, o art. 135 do CTN trata da responsabilidade atribuída a terceiros em caráter exclusivo, isto é, a prestação tributária não é exigida dos contribuintes naturais, mas sim dos terceiros que agirem com excesso de poderes ou por ato contrário ao direito, contrato ou estatuto social.

No caso concreto, foi atribuída à interessada a responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN, por duas hipóteses distintas:

O fato de ser mandatária (art. 135, II) – em razão da apontada procuração que lhe outorga amplos poderes, inclusive para movimentação bancária;

O fato de ser gerente (art. 135, III) – a interessada, respondendo a intimação fiscal, afirmou não ser sócia, mas sim empregada e gerente da empresa.

Diante dos fatos acima, o Auditor Fiscal elegeu a interessada como **única e exclusiva responsável tributária pelos débitos da empresa.**

Para que seja atribuída a responsabilidade tributária deve haver a prática de ato por parte de terceiro, em claro excesso de poderes ou afronta à lei ou ao contrato social. Não basta a pessoa ser mandatária ou gerente para que haja incidência da regra, deve o Agente Fiscal demonstrar atos ilícitos praticados diretamente pelo mandatário, para que possa atribuir a este a condição de responsável tributário, prevista no art. 135 do CTN.

No caso concreto pergunta-se:

- A autoridade fiscal, em algum momento da fiscalização, apontou algum ato individual da interessada como sendo com excesso de poder ou infração de lei?

- A autoridade fiscal, em algum momento da fiscalização, sequer apontou algum ato individual da interessada?

- Nas circularizações feitas e nas tomadas de depoimentos, em algum momento alguém se referiu à interessada como sendo responsável pelos negócios jurídicos da empresa FOMS Gêneros Alimentícios?

- Em algum momento da fiscalização foi apontado algum ato da interessada junto aos bancos que apresentaram a procuração?

- Em algum momento da fiscalização foi apontado algum ato individual de gerência da interessada?

Todas as perguntas têm uma só resposta: NÃO.

A procuração outorgada à interessada realmente lhe dava poderes para realizar movimentações bancárias, porém, apenas em casos de urgência e na ausência dos sócios.

Ocorre que estes casos de urgência e de ausência dos sócios nunca vieram a ocorrer. Conforme comprovam as microfilmagens dos cheques juntados ao processo, todos eles eram assinados pelos sócios. A microfilmagem dos cheques consiste em **prova irrefutável de que a interessada não exerceu os poderes a ela conferidos.**

A interessada não era gerente geral da empresa, apenas gerente do departamento pessoal. Nas carteiras de trabalho dos empregados poderão ser verificadas suas assinaturas pelo Departamento de Pessoal.

Não basta afirmar que a interessada é gerente para que possa haver a responsabilidade tributária, deve a Autoridade Fiscal demonstrar qual ato de gerência foi praticado pela interessada.

Assim, deve ser julgado improcedente o lançamento, por erro na indicação do sujeito passivo, tendo em vista a interessada não ser responsável tributária pela empresa FOMS.

Da multa agravada e dos juros SELIC.

A multa de ofício foi agravada em função da não apresentação dos documentos e livros contábeis exigidos pela fiscalização.

Em primeiro lugar, os livros não foram apresentados porque a empresa FOMS estava sujeita ao SIMPLES, tendo apenas sido excluída desta sistemática durante a fiscalização; dessa forma, estava desobrigada de possuir tal escrituração. Ademais, a empresa apresentou, tempestivamente, os documentos que possuía, bem como prestou os esclarecimentos devidos no prazo legal.

No tocante à interessada propriamente dita, esta não pode ser responsabilizada pela entrega ou não de livros, tendo em vista não ser sócia da empresa.

Ofensa ao princípio constitucional do não-confisco.

Não é o simples ilícito fiscal, configurado na impontualidade no pagamento dos tributos, causa suficiente a acarretar a incidência de confisco ou perda de bens, mas sim os delitos conhecidos por concussão, tais como a apropriação indébita, descaminho, fraude ou sonegação fiscal.

Apresenta o julgado do STF que decidiu que a multa **moratória** não pode ultrapassar 30%.

A taxa SELIC não teve definição prevista em lei, mas sim pelas Circulares BACEN 2.868/99 e 2.900/99. Daí pode-se afirmar que esta taxa reflete um autêntico pagamento pelo uso do dinheiro alheio, ou seja, um meio de remunerar o capital, característica que lhe confere natureza remuneratória.

O expediente de utilizar a taxa SELIC para correção dos débitos não é razoável, nem legalmente permitido, tendo em vista a não existência de lei ordinária disciplinando acerca do percentual destes juros. Resta concluir que só podem ser adotados os juros previstos no artigo 161, § 1º, do CTN, à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

E nem se alegue que, por tratar-se de matéria que reconheça a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei, a mesma não está sujeita à apreciação da Administração Fazendária, vez que no presente caso não se está a perquirir da ilegalidade e inconstitucionalidade da norma que previu a aplicação da taxa SELIC, já que o STJ já decidiu que não deve ser aplicada referida taxa.

Dos pedidos.

A interessada requer que:

- a) Seja recebida a presente impugnação, com a suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, III, do CTN;
- b) Seja dado provimento à preliminar de nulidade, sendo extinto o lançamento;
- c) Caso não seja acatada a preliminar de nulidade, que seja dado provimento à preliminar de decadência;
- d) Seja deferida prova pericial ou diligência necessária para demonstrar a insubsistência da atribuição de responsabilidade tributária, conforme quesitos e justificativas a seguir:
- seja diligenciado juntos aos bancos UNIBANCO e BANCO DO BRASIL, exigindo dos mesmos a microfilmagem dos cheques emitidos pela empresa FOMS Gêneros Alimentícios Ltda., com o objetivo de demonstrar que a interessada nunca realizou os atos descritos na procuração fornecida aos referidos bancos;
 - perícia nos documentos da FOMS, sejam eles contábeis, financeiros ou de pessoal, com os seguintes quesitos: (i) relacionar quais atos foram praticados pela interessada, (ii) indicar a relação entre os atos praticados pela interessada e a formação dos débitos ora lançados.
- e) Caso seja julgado procedente o lançamento, que seja revisto o percentual da multa de ofício, bem como sejam excluídos os valores correspondentes à taxa SELIC.

Nos corpos dos autos de infração foram intimados e citados como responsáveis tributários os sócios da empresa FOMS Gêneros Alimentícios: Sr^a. Riley Soares Cherene Pontes, Sr^a. Olizete Mirian Gomes Telles e Sr. Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira.

No entanto, conforme documentos juntados ao processo, os dois últimos não receberam as cópias do Termo de Verificação Fiscal e dos autos de infração.

Se os três sócios são identificados como responsáveis, os três deveriam ser intimados a conhecer dos autos do processo para que não seja caracterizado qualquer cerceamento dos seus direitos de defesa.

Dessa forma, através da Resolução nº 257, de 06/10/2008 (fl. 1.119 – Vol. VI), foram encaminhados todos os volumes e anexos à SAFIS da DRFB – Campos dos Goytacazes – RJ para que fosse dada ciência dos autos à pessoas físicas Olizete Mirian Gomes Telles e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira, concedendo-lhes o prazo de trinta dias para recolher os tributos ou impugnar os lançamentos, em conformidade com o descrito no quadro “Intimação” de cada auto de infração.

Em cumprimento ao determinado na resolução citada no parágrafo anterior, os responsáveis Olizete Mirian Gomes Telles e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira foram intimados por via postal (fls. 1.122 e 1.123) em seus endereços registrados nos sistemas internos da Receita Federal.

As correspondências retornaram com a observação “mudou-se”. A partir daí, foram elaborados os Editais nº 040/2008, afixado em 28/10/2008, (fl. 1.124) e 041/2008, afixado em 30/10/2008 (fl. 1.125), para intimá-los a conhecer do processo em lide.

Dessa forma, em função do disposto no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, com a nova redação dada pelo artigo 113 da Lei nº 11.196/2005, a Sra Olizete foi considerada intimada até 12/11/2008 e o Sr. Luiz Sérgio foi considerado intimado até 14/11/2008.

Conclui-se, então, que os prazos para apresentação de impugnação por parte destes últimos responsáveis encerraram-se: para Olizete Mirian Gomes Telles em 12/12/2008 e para Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira em 14/12/2008.

Encaminhado a esta DRJ, antes dos prazos finais previstos para apresentação de impugnação, o processo foi devolvido à DRF – Campos para que fosse informado se, antes destes prazos, o Sr Luiz Sérgio e a Sr^a. Olizete apresentaram impugnação (fl. 1.128).

A resposta de folha 1.129 foi de que, até 29/12/2008, não foi apresentado qualquer recurso ou manifestação por parte destes últimos responsáveis.

O Auditor Fiscal juntou aos autos várias fotos dos endereços indicados para a Receita Federal: da FOMS Gêneros Alimentícios e de Olizete Mirian Gomes Telles e Luiz Sérgio da Conceição de Oliveira.

A parcela exonerada não mereceu remanescer porque, no entender do colegiado várias intimações foram atendidas pelo procurador dos sócios e pela interessada, com a entrega de documentos e justificativas, ainda que insuficientes. Pois bem, mesmo que esses documentos não atendessem totalmente aos desejos do Fisco, nem comprovassem o cometimento de infrações pela empresa FOMS ou pelos sócios, para o colegiado, ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, alegou, em síntese, que:

Preliminarmente,

- a não realização da prova pericial, que não é prescindível, impôs a recorrente gravoso cerceamento de defesa, pois ficou impossibilitada de demonstrar as máculas que atingem o crédito lançado;

- contrariamente ao decidido quanto à decadência relativa às contribuições ao PIS e à Cofins, reiteradamente o Conselho de Contribuintes têm decidido que o prazo decadencial para estes lançamentos é aquele contado do §4º do art. 150 e não aquele do art. 173, I, ambos do CTN;

No mérito,

- a premissa do julgado *a quo* está equivocada, ao dizer que o caso é de responsabilidade tributária solidária (art. 124, CTN), porque se trata de responsabilidade tributária veiculada no art. 135, III, do CTN. A autoridade fiscal não mencionou expressamente se a responsabilidade era solidária ou de terceiros (tendo transcrito no auto de infração tanto o art. 124 quanto o art. 135, ambos do CTN); essa tarefa foi desenvolvida exclusivamente pela

autoridade julgadora. Todavia, do relato dos fundamentos expostos no auto de infração, a atribuição de responsabilidade teve como fundamento a suposta condição de “sócia de fato” da recorrente, a qual é disciplinada no art. 135 do CTN;

- mesmo a responsabilidade tributária solidária exige a prova de atos concretos de abuso de contrato ou infração de lei para que seja caracterizada, conforme jurisprudência pacífica do STJ. No caso concreto, não existem provas da condição de “sócia de fato” da recorrente nem de “interesse comum” que justifique a responsabilidade tributária;

- não existe qualquer prova inequívoca no processo administrativo de que a Recorrente tenha praticado atos que possam justificar a sua condição de “sócia de Fato” ou que possua “interesse comum” na situação que configura os fatos geradores lançados, muito menos de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, de modo que não se justifica nem a responsabilidade tributária do art. 135, III do CTN e nem a responsabilidade solidária do art. 124, I do CTN. Em nenhum momento, nos autos, ficou demonstrado ato de gerência da recorrente. A autoridade simplesmente menciona fatos que apontam para a condição de “sócia de fato” (depoimentos, documentos e “coincidências”). Não há falar em “interesse comum”, assim, se não provados os atos de gerência. Apesar da existência da procuração, a autoridade fiscal não provou que ela foi utilizada. Isto porque ela nunca o foi. Como comprovam as microfotografias dos cheques emitidos pela empresa junto ao Banco do Brasil e Unibanco, todos os cheques eram assinados pelos sócios, não tendo a recorrente realizado qualquer ato junto a estas instituições financeiras. Considerando-se as circularizações, em momento algum foi feita referência à recorrente, não se apontando situação negocial em que estivesse envolvida;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso de ofício satisfaz os requisitos de admissibilidade, por ser o montante do crédito exonerado superior a R\$ 1.000.000,00, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, e do art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03 de janeiro de 2008, e portanto, dele conheço.

Aplicação da multa agravada em concomitância com arbitramento do lucro com base nas compras do período

No entender do colegiado *a quo* várias intimações foram atendidas pelo procurador dos sócios e pela interessada, com a entrega de documentos e justificativas, ainda que insuficientes. Pois bem, mesmo que esses documentos não atendessem totalmente aos desejos do Fisco, nem comprovassem o cometimento de infrações pela empresa FOMS ou pelos sócios, para o colegiado, ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Com base nesses argumentos, a multa aplicada foi reduzida do percentual de 225% para o percentual de 150%.

De acordo com os fatos apurados, verifica-se que o auto de infração foi lavrado com base em informações de terceiros (lucro arbitrado, sendo a receita bruta não conhecida, calculado com base no percentual de 40% das compras do período, de acordo com as notas de compras fornecidas pelos fornecedores intimados em procedimento de circularização). Isto porque nem a recorrente, nem a empresa FOMS Gêneros Alimentícios Ltda forneceram os livros contábeis e documentação fiscal de suporte.

O agravamento da multa de ofício tem cabimento, na hipótese que guarda relação com o presente caso, quando o sujeito passivo não atende, no prazo marcado, intimação para prestar esclarecimentos.

Todavia, infere-se do comando prescritivo que os esclarecimentos requisitados devem guardar relação com a matéria apurada pela fiscalização em contraste com o pagamento a menor ou com a declaração inexata ou inexistente, com ela incompatível. Isto porque a multa agravada também é calculada sobre a mesma base de cálculo utilizada para se obter a multa de ofício ordinária, de 75%. Muda-se, apenas, a alíquota, que passa de 75% para 112,5%.

No caso vertente, a fiscalização concluiu pela impossibilidade de se apurar o lucro com base na escrita da recorrente, lançando mão do arbitramento do lucro, como modalidade alternativa de apuração. E neste caso, entendendo não conhecida a receita bruta, optou por uma das possibilidades oferecidas pelo art.535 do RIR/99.

Ocorre que a modalidade escolhida (percentual de 40% das compras no período), por ser obtida de ofício, e por ser escolhida dentro da discricionariedade que compete ao agente fiscal nesta situação para eleger uma das modalidades oferecidas pelo art.535, não guarda qualquer relação com a escolha do sujeito passivo. Deste modo, a diferença a lançar (que interessa para o cálculo do agravamento) é determinada pela base de cálculo, assim obtida de ofício, em contraste com a base obtida pela recorrente.

E neste caso, qualquer esclarecimento a ser prestado deverá se dirigir não às inconsistências da escrita, mas à base obtida de ofício e sua comparação com a base criada pelo sujeito passivo. Ora, tal empreitada pode ser caracterizada como um novo estudo imputado pela fiscalização ao sujeito passivo, e em nada se assemelha ao esclarecimento que ele *já deveria ter e não prestou* relativo à diferença entre a base de cálculo por ele apurada e, por exemplo, as omissões eventualmente descobertas.

Não se pode confundir o dever do contribuinte de prestar informações sobre sua vida financeira (ainda que não devidamente escriturada) com a imputação de um novo dever, imposto pela fiscalização, de conciliar dados obtidos por ficção legal, de ofício (art. 535, V, RIR/99), com tal vida financeira.

Assim, embora discorde do argumento erigido pelo colegiado *a quo*, de que o sujeito passivo não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, vez que para mim, no âmbito do direito tributário ele efetivamente o está por expressa prescrição legal, por outro motivo concordo com as conclusões lá chegadas, e assim, voto para negar provimento ao recurso de ofício.

O recurso voluntário é tempestivo, e portanto, dele também conheço.

Das Preliminares

Pedido de perícia desnecessária – art. 18, Decreto nº 70.235/72

As perícias cabíveis no processo administrativo fiscal são aquelas necessárias ao deslinde da questão posta. Já aquelas prescindíveis ou impraticáveis devem ser indeferidas pela autoridade julgadora administrativa, nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

No caso presente, a autoridade *a quo* motivou o indeferimento, entendendo prescindível o exame do *expert*, porque a recorrente já havia acostado todas as cópias de cheques emitidos pela empresa FOMS, que vão assinados pelo sócio Luís Sérgio, bem como porque entendeu que a vinculação entre a recorrente e a empresa FOMS já estava devidamente consagrada pelos procedimentos adotados na fiscalização.

Assim, motivado o indeferimento, e sendo as razões de indeferimento pertinentes face às conclusões a que chegou a turma julgadora, não vejo cerceamento ao direito de defesa.

Decadência – período autuado extrapola os limites do §4º do art. 150 do CTN mas há constatação de fraude, simulação e conluio verificada pela autoridade fiscal. Aplicação da multa qualificada

A decadência, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, se opera em cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN).

Os tributos lançados no auto de infração foram acompanhados de aplicação de multa qualificada por ter verificado a autoridade fiscal a existência de elementos que caracterizam conluio e simulação, dentre elas a utilização de interposta pessoa, a indicação de endereços incorretos à Administração Tributária, bem como a omissão reiterada de receitas, conforme apurado no auto de infração por arbitramento.

Neste sentido, havendo existência comprovada de fraude, simulação e conluio, necessário se faz o deslocamento do *dies ad quem* da decadência para aquele prescrito no art. 173, I, do mesmo diploma, que autoriza a constituição de crédito tributário para os períodos de apuração lançados, inclusive para as contribuições ao PIS e à Cofins.

Desta forma, rechaço a preliminar com fulcro no art. 173, I, CTN.

Do mérito

A controvérsia gira em torno da necessidade de demonstração, pela autoridade fiscal, de ocorrência hipótese de responsabilização pelo crédito tributário lançado.

Relativamente às diligências feitas pela autoridade lançadora para constatação da relação da recorrente com as operações da FOMS Gêneros Alimentícios Ltda destacam-se:

- os fornecedores informaram que não entregavam as mercadorias no domicílio tributário da FOMS Gêneros Alimentícios Ltda. O procurador da empresa Ruthlea Transportes Ltda afirmou na DRF/Campos de Goytacazes que as mercadorias eram entregues na padaria Flamboyant;

- intimação dos motoristas que faziam entregas. Não há nenhuma declaração de que as mercadorias eram entregues a Riley Cherene; porém, alguns deles disseram que entregavam as mercadorias aos fundos da padaria Flamboyant, escritório do Sr. Pedro Cherene (o motorista da Quick Logística Ltda, em correspondência datada de 02/08/2007 afirma que descarregou mercadoria destinada à FOMS numa mercearia com característica de abandonada, ao lado da Padaria Flamboyant, na rua Deputado Alair Ferreira, 237, esquina com a av. 28 de março; motorista da Ruthlea Transportes afirmou ter entregado mercadorias na av. 28 de março, 237)

- Em diligências aos locais de residência dos sócios, verificou-se tratarem-se de endereços que abrigavam imóveis simples, incompatíveis com a condição de sócio de empresa que ostente o volume de compras autuado;
- Os cartórios de imóveis da região foram notificados para informar os imóveis em nome dos sócios. Todos retornaram como “nada consta”;
- o imóvel utilizado pela FOMS Gêneros Alimentícios Ltda era locado de Pedro Cherene;
- FOMS Gêneros Alimentícios Ltda constituiu sua bastante procuradora Riley Soares Cherene Pontes, com poderes para gerir e administrar a empresa, realizar operações bancárias, representar a empresa perante órgãos públicos, inclusive a Receita Federal. A procuração é feita em caráter irrevogável e irretatável, obrigando sucessores e herdeiros, independentemente de prestação de contas, inclusive o poder de substabelecer;
- A proposta de abertura de contas no Unibanco é co-assinada por Riley Soares Cherene Pontes (bem como pelos sócios, Luis Sérgio e Olizete);
- Riley Soares C. Pontes foi intimada a comparecer à repartição fiscal, conforme 3 termos de intimação (1002/07, 1003/07, 1019/07 – fls.649), e declarou-se impossibilitada de comparecer, por estar em viagem de férias (fl. 649), ora por encontrar-se em tratamento de saúde (fl.718);
- Conforme a declaração de rendas de Riley, recebia rendimentos tributáveis da Panificadora Flamboyant do Turf Ltda (fls.663, 669,676), local onde as mercadorias eram entregues, conforme as circularizações apontaram;
- Riley Cherene afirmou, em resposta a intimação fiscal (fl.717), que era empregada da empresa, e exercia a função de gerente, mas desde 2005 não integra mais o quadro de funcionários. Todavia, tal informação não consta de sua declaração de rendimentos;
- a fiscalização intimou 11 funcionários da empresa. Três deles não puderam ser encontrados. Os oito restantes não compareceram na repartição para prestar esclarecimentos (fls. 784/785);
- Pedro Cherene Júnior, locador do imóvel que em tese funcionaria a empresa fiscalizada, também foi intimado a prestar esclarecimentos, mas não se apresentou, alegando férias. Embora tenha apresentado as declarações requisitadas, não demonstrou o efetivo auferimento dos rendimentos, que também não foram declarados naquelas declarações, levando a fiscalização crer que tais valores não foram repassados;
- Riley Cherene ingressou no quadro social da empresa na alteração contratual de 19/05/2006 e se retira da sociedade na alteração contratual de 16/02/2007;
- tendo em vista todos os fatos narrados, especialmente a relação entre a Panificação Flamboyant do Turf Ltda (fonte pagadora de rendimentos tributáveis de Riley Cherene) e FOMS Gêneros Alimentícios Ltda (pois aquela funcionava como local de descarga das mercadorias adquiridas por esta) a fiscalização entendeu ser Riley Cherene *sócia de fato*, assumindo a condição de *responsável tributário solidário* em relação aos créditos tributários constituídos em nome da FOMS Gêneros Alimentícios Ltda, baixada. Isto porque também

concluiu que a empresa FOMS Gêneros alimentícios Ltda nunca funcionou, tendo em vista que as mercadorias nunca foram entregues no seu domicílio, e sim por vezes num depósito no bairro Jóquei Club e por outras em outro depósito junto à Padaria Flamboyant;

- a fiscalização também entendeu que a resposta dada por Riley Cherene ao termo de intimação a ela enviado demonstrava ser ela, no mínimo, administradora (pois exercia a função de gerente, e porque conhecia que o ramo da empresa era de atacado, embora não seja o que as notas reflitam, pois demonstram operações no varejo).

Destaque-se que FOMS Gêneros Alimentícios Ltda foi excluída do Simples Federal por meio do ADE nº 02, de 04/01/2008, da DRF Campos de Goytacazes/RJ. A exclusão se deu por incursão no art.14, IV da Lei nº 9.317/96, e surtiu efeitos a partir de 15/06/2000 (fl.637). A empresa foi considerada inexistente de fato e constituída por interpostas pessoas, conforme apurado no processo 15521.000001/2008-16 (fl.686);

A empresa foi baixada em 04/02/2007, com o registro do distrato social na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. A baixa da empresa foi concedida em 10/12/2007, com base no art. 9º da LC 123/2006, que no entender da fiscalização, não exonera os sócios e demais responsáveis.

A recorrente, por sua vez, destaca que:

- a premissa do julgado *a quo* está equivocada, ao dizer que o caso é de responsabilidade tributária solidária (art. 124, CTN), porque se trata de responsabilidade tributária veiculada no art. 135, III, do CTN. A autoridade fiscal não mencionou expressamente se a responsabilidade era solidária ou de terceiros (tendo transcrito no auto de infração tanto o art. 124 quanto o art. 135, ambos do CTN); essa tarefa foi desenvolvida exclusivamente pela autoridade julgadora. Todavia, do relato dos fundamentos expostos no auto de infração, a atribuição de responsabilidade teve como fundamento a suposta condição de “sócia de fato” da recorrente, a qual é disciplinada no art. 135 do CTN;

- mesmo a responsabilidade tributária solidária exige a prova de atos concretos de abuso de contrato ou infração de lei para que seja caracterizada, conforme jurisprudência pacífica do STJ. No caso concreto, não existem provas da condição de “sócia de fato” da recorrente nem de “interesse comum” que justifique a responsabilidade tributária;

- não existe qualquer prova inequívoca no processo administrativo de que a Recorrente tenha praticado atos que possam justificar a sua condição de “sócia de Fato” ou que possua “interesse comum” na situação que configura os fatos geradores lançados, muito menos de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, de modo que não se justifica nem a responsabilidade tributária do art. 135, III do CTN e nem a responsabilidade solidária do art. 124, I do CTN. Em nenhum momento, nos autos, ficou demonstrado ato de gerência da recorrente. A autoridade simplesmente menciona fatos que apontam para a condição de “sócia de fato” (depoimentos, documentos e “coincidências”). Não há falar em “interesse comum”, assim, se não provados os atos de gerência. Apesar da existência da procuração, a autoridade fiscal não provou que ela foi utilizada. Isto porque ela nunca o foi. Como comprovam as microfotografias dos cheques emitidos pela empresa junto ao Banco do Brasil e Unibanco, todos os cheques eram assinados pelos sócios, não tendo a recorrente realizado qualquer ato junto a estas instituições financeiras. Considerando-se as circularizações, em momento algum foi feita referência à recorrente, não se apontando situação negocial em que estivesse envolvida.

Da análise das provas acostadas e das alegações feitas verifico que:

a) ficou caracterizada a interposição de pessoas, posto que os sócios de direito não possuíam capacidade financeira para compor, nas quotas que detinham no capital social, o quadro societário de FOMS Gêneros Alimentícios Ltda. Demonstram isso, as residências simples (documentadas por fotos pela fiscalização) de seus domicílios, sua completa alienação desinteressada no procedimento de fiscalização, o fato de não terem impugnado a exclusão do simples calcada neste mesmo argumento. Registre-se, por oportuno, porquanto não adotado como razão conclusão, mas apenas como lembrete, que os sócios de direito sequer apresentaram defesa contra os autos lavrados. Todavia, foram eles elencados na responsabilização feita, por ter a sócia Olizete recebido vários cheques da FOMS e por ter o sócio Luiz Sérgio sacado vários cheques da empresa;

b) a responsabilização dos sócios de direito é feita nos mesmos moldes da responsabilização de Riley Soares Cherene Pontes;

c) a autoridade fiscal não fundamentou com clareza a solidariedade ou a responsabilidade, tendo mencionado apenas que entendeu ser Riley Cherene **sócia de fato**, assumindo a condição de **responsável tributário solidário** em relação aos créditos tributários constituídos em nome da FOMS Gêneros Alimentícios Ltda, baixada. Além disso, elencou praticamente todos os artigos do código que tratam do tema, sem declinar qual o dispositivo utilizado, nem quais os fundamentos jurídicos para isso;

d) o colegiado *a quo* entendeu que teria a autoridade fiscal feito o enquadramento no art. 124, I, do CTN, por vislumbrar interesses comuns da recorrente e dos sócios de direito com a FOMS Gêneros Alimentícios Ltda. Entendeu, ademais, que não foi imputada à recorrente a responsabilidade definida no art. 135 do CTN, mas sim a solidariedade estipulada no art. 124 do mesmo diploma. Assim, entende desnecessária a prova da infração à lei ou ao contrato social

e) No recurso voluntário, entende a recorrente que o colegiado *a quo* avançou além do que poderia, por ter dito mais que o quis fazer a autoridade fiscal. Além disso, entendeu que a responsabilização teria sido a fundada no art. 135, III, do CTN.

A questão relativa à responsabilização dos sócios Olizete e Luiz Sérgio está preclusa, posto que não apresentaram defesa.

A responsabilização pelo crédito de Riley Cherene, tendo em vista que a autoridade não declinou o específico dispositivo utilizado, precisa ser inferida.

Neste sentido, a fiscalização percorreu o seguinte percurso:

- demonstrou que a empresa era inexistente de fato e constituída por interpostas pessoas. Assim, passou a investigar quais seriam os sócios de fato;

- neste afã, tentou demonstrar a relação entre a empresa e Riley Cherene. Neste sentido, a fiscalização utilizou a expressão “sócia de fato”. A caracterização desta condição no caso concreto é necessária tanto para a caracterização da responsabilidade nos termos do art. 124, I, como do art. 135. Além disso, é também necessária para a responsabilização do sócio, nos termos do §5º do art. 9º da Lei Complementar nº 123/2006, *verbis*:

Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão envolvido no registro empresarial e na abertura da empresa, dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. § 3º No caso de existência de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas referido no caput deste artigo, o titular, o sócio ou o administrador da microempresa e da empresa de pequeno porte que se encontre sem movimento há mais de 3 (três) anos poderá solicitar a baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos, observado o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo.

§ 4º A baixa referida no § 3º deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores.

§ 5º A solicitação de baixa na hipótese prevista no § 3º deste artigo importa responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Isto porque a pessoa jurídica FOMS Gêneros Alimentícios Ltda foi extinta, tendo perdido a condição de sujeito passivo, sendo necessário responsabilizar os sócios pelo crédito lançado.

A dissolução irregular não foi corretamente demonstrada, já que a extinção da pessoa jurídica foi regular, com base no art. 9º da LC 123/2006, embora o fato tenha irritado a fiscalização.

A condição de sócia de fato de Riley Cherene Pontes, todavia, não me parece devidamente demonstrada, malgrado o trabalho extenso da fiscalização neste sentido. Isto porque:

- o fato de as mercadorias adquiridas pela FOMS serem entregues na Panificadora Flamboyant, de quem Riley recebia remuneração não é suficiente para supor que era ela quem as recebia. Além disso, tal informação foi incessantemente buscada pela fiscalização, nos depoimentos dos motoristas dos fornecedores, e nenhum deles declinou seu nome como recebedora das mercadorias;

- além disso, ainda que ela as recebesse, não estaria configurada a gestão, porque não vejo configurado qualquer ato de gestão no recebimento de mercadorias;

- o fato do locador do imóvel utilizado pela empresa ser de Pedro Cherene Junior também não tem o condão de vincular Riley ao quadro societário da empresa, sendo mero indício de que haja possível vinculação, por ser ela esposa do locador;

- embora a FOMS tenha constituído Riley sua procuradora e enviado a procuração às instituições financeiras, a fiscalização não demonstrou que a procuração foi efetivamente utilizada. Em sentido contrário, a recorrente acostou todos os cheques emitidos pela empresa, os quais foram assinados pelo sócio Luiz Sérgio;

- os empregados da empresa não se manifestaram;

- o fato de Riley Cherene ter afirmado que era gerente da empresa também não configura condição de sócia de fato. Isto porque a fiscalização não demonstrou quais eram os poderes a ela atribuídos. Por outro lado, a defesa insistiu que ela geria apenas o departamento de recursos financeiros, do que fez prova.

Assim, não sendo provada sua condição de sócia de fato, entendo ser inadmissível sua responsabilização pelo crédito tributário lançado.

Também não vejo possibilidades no mero enquadramento do art. 124, I, porquanto não evidenciado o interesse comum. Isto porque, além de não restar configurada a situação de sócia de fato, não restou também demonstrado qualquer outro interesse que pudesse ter nas omissões que resultaram na constituição do crédito tributário.

Por fim, quanto ao disposto no art. 135, II, este exige que se prove a condição de sócio de fato, ou de administrador de fato, o que não se logrou.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso de Ofício, e dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para excluir do pólo passivo Riley Soares Cherene Pontes.

Sala das Sessões, 10 de abril de 2012.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator