



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

Processo nº 15540.720338/2012-93
Recurso nº
Resolução nº 1301-000.261 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 04 de fevereiro de 2015
Assunto Diligência
Recorrente SOFT CONSULTORIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Analizando sumariamente as questões aduzidas nos presentes autos, verifica-se que, na essência, discute-se aqui a (in)validade da atuação da contribuinte, seus gestores e diversas outras pessoas físicas, em torno da suposta comercialização de um software denominado X_LYNX, adquirido (supostamente) da empresa Admaster Serviços Ltda, e, ulteriormente, utilizado na constituição de outro software alienado à empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A.

A esquematização fática pode ser compreendida a partir das seguintes considerações extraídas do relatório fornecido pela r. decisão de primeira instância:

Trata o processo de auto de infração lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, DRF/RIO DE JANEIRO I, exigindo da Interessada, acima identificada, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, (IRPJ), e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, (CSLL), nos valores de R\$2.432.755,33 e R\$884.431,92, ambos com multa de 150% e juros.

A descrição dos fatos no auto de infração informa que:

- *foi constatado que, para o ano-calendário de 2007, a Interessada informou um custo anual de R\$12.198.396,56;*
- *segundo a demonstração do resultado do exercício, no ano-calendário de 2007, a Interessada abateu do Lucro Líquido, o montante de R\$12.198.396,56, a título de Custos de Atividades Operacionais, incluindo-se neste saldo, o custo relativo à suposta aquisição de um software denominado X_LYNX, com valor total, no ano-calendário de 2007, de R\$10.024.957,00, que teria adquirido da pessoa jurídica Admaster Serviços Ltda, inexistente de fato (de "fachada");*
- *a operação não foi comprovada através de documentação idônea, caracterizando, assim, infração à legislação tributária relacionada com glosa de despesas não comprovadas;*
- *a multa foi agravada em função de ter sido verificado que estas empresas juntamente com a Surpark SA, formalizada no Uruguai, também inexistente de fato (de "fachada"), simularam a realização de negócio jurídico relacionado com operações comerciais fictícias, envolvendo a suposta aquisição de milhares de cópias de um único suposto software denominado X_LYNX;*
- *após diversas oportunidades, mediante intimações fiscais, as mencionadas pessoas jurídicas não comprovaram a efetividade das Cláusulas do Contrato Internacional de Autorização para Comercialização do software X_LYNX, firmado entre a Surpark S/A e a Admaster Serviços Ltda e do Contrato de Revenda do software X_LYNX firmado entre a Admaster Serviços Ltda e a Interessada, bem como não comprovaram a efetiva existência do suposto software X_LYNX, e, em relação apenas à Interessada, não foi comprovada a efetiva utilização do suposto software X_LYNX dentro do sistema SINTEL, fato que evidenciou que o suposto fluxo de mercadorias, (software X_LYNX) não ocorreu de fato;*

- a Admaster Serviços Ltda emitiu para a Interessada, diversas notas fiscais inidôneas (frias), de fornecimento fictício de milhares de cópias do suposto software XLYNX;
- mediante apresentação dos extratos bancários, a Interessada comprovou a efetiva saída dos recursos, e, conseqüentemente, o efetivo pagamento das referidas notas fiscais frias à Admaster Serviços Ltda, pela suposta aquisição do suposto software X_LYNX;
- a pessoa jurídica Construções e Comércio Camargo Correa S/A pagou à Interessada pela aquisição do Sistema de Inteligência competitiva SINTEL;
- a Interessada alegou que inseriu o suposto software X_LYNX no SINTEL, constando tal informação apenas nas notas fiscais de sua emissão;
- a Interessada não comprovou a efetiva utilização do software X_LYNX dentro do sistema SINTEL, inclusive informou que não possui cópia dos referidos programas (SINTEL e X_LYNX), bem como não se lembra quem foi a pessoa física responsável pela criação do Sistema SINTEL;
- do exame do contrato de fornecimento de sistema de inteligência competitiva, gestão de negócios e outras avenças SINTEL, firmado entre a Interessada e a Camargo Correa, constatou-se que o Sistema SINTEL é baseado no software básico EYEBOT;
- nas especificações técnicas do SINTEL, constantes do Anexo 1 do referido Contrato, bem como nos Termos Aditivos firmados, não há nenhuma menção ao suposto software X_LYNX;
- após exame em toda documentação apresentada pela Interessada e pela Camargo Correa, em especial o Contrato de Fornecimento, Instalação, Licenciamento e Treinamento do Sistema SINTEL, restou evidenciado não haver comprovação da efetiva utilização do suposto software X_LYNX dentro do SISTEMA SINTEL, tornando-se assim, mais uma prova da não existência do suposto software XLYNX;
- assim, os custos/despesas contabilizadas com os respectivos pagamentos realizados pela Interessada à Admaster não tiveram a sua causa ou operação comprovada através de documentação idônea, caracterizando, assim, infração à legislação tributária relacionada com despesa não comprovada (operação não comprovada), estando os respectivos valores registrados na tabela de fls.05/06.

Consta no Termo de Constatação Fiscal de fls.07/156, que:

- a Admaster e a Surpark são empresas “de fachada”, inexistentes de fato, possuindo interpostas pessoas como sócio, representante e procurador, em que o sócio de fato das duas empresas foi identificado como sendo o Sr. Jadair Fernandes de Almeida, que era o "Operador" do esquema;
- a Surpark possui interpostas pessoas como representante perante a Receita Federal do Brasil RFB (Sr. Roberto Fernandes), e como procurador (Sr. Jorge Luiz Porto Motta), sendo que, o representante com poderes de proprietário (Sr. Jadair

Fernandes de Almeida) esclareceu por escrito que não participou da suposta operação comercial;

- contudo, comprovou-se que as empresas foram utilizadas pelo Sr.Jadair para fraudar o Fisco (suprimir impostos e contribuições) e o Banco Central (remessa irregular de recursos ao exterior), visando, única e exclusivamente, beneficiar a Interessada;

- o Sr.Roberto Fernandes, responsável da Surpark perante a Receita Federal do Brasil, declarou que, durante o ano-calendário de 2008, ao saber que seu nome constava no cadastro da Receita Federal do Brasil como responsável pela Surpark, entrou em contato telefônico diversas vezes com o Sr.Jadair Fernandes de Almeida, visando retirar seu nome do cadastro, sendo que, o Sr. Jadair informou que iria retirar o seu nome do cadastro em substituição de uma pessoa chamada Jorge, fato que não ocorreu;

- tal informação levou a Fiscalização a concluir que, no ano-calendário de 2008, ocultado pelo Sr.Jorge Luiz Porto Motta, o Sr. Jadair ainda estava no comando da Surpark;

- todos os recursos que ingressaram na conta bancária da Admaster originaram-se da conta bancária da Interessada, bem como todas as notas fiscais emitidas pela Admaster tiveram como tomador dos supostos serviços a Interessada;

- o objetivo primordial da Admaster foi criar documentos eivados de falsidade ideológica (notas fiscais frias, contratos e produto fictícios), objetivando beneficiar a Interessada, mediante supressão deliberada de tributos e contribuições federais e remessa irregular de recursos ao exterior;

- apesar de várias intimações e reintimações, as empresas envolvidas não comprovaram a efetiva existência do software X_LYNX, e a efetividade das operações comerciais supostamente realizadas;

- o Sr.Francisco Petruccelli, sócio gerente da Interessada assinou o Contrato de revenda do software XLYNX firmado com a Admaster, bem como assinou o Contrato de fornecimento, instalação, licenciamento e treinamento do sistema SINTEL, firmado com a Camargo Correa SA;

- O Sr.Girolamo Santoro, sócio gerente da Interessada, assinou o Contrato de revenda do software X_LYNX firmado com a Admaster, assinou o Contrato de fornecimento, instalação, licenciamento e treinamento do sistema SINTEL, firmado com a Camargo Correa S/A, bem como assinou todas as respostas apresentadas pela Interessada aos Termos Fiscais lavrados;

- os Srs. Jadair Fernandes de Almeida, Raimundo Antonio de Oliveira, Jorge Luiz Porto Motta, Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro, foram arroladas como responsáveis tributários no lançamento, o Sr.Carlos José dos Santos, não localizado em seu domicílio fiscal, foi arrolado como responsável, por edital.

Tendo em vista que a existência do software X_LYNX não foi efetivamente comprovada pelas empresas pactuantes (Surpark, Admaster e Soft, a Interessada), ou seja, que restou

comprovado ter ocorrido uma simulação de negócio jurídico, em que, a mercadoria objeto da suposta transação comercial (X_LYNX) nunca existiu de fato, e, após várias intimações fiscais, ficou constatada a existência das infrações tributárias relacionadas com pagamento sem causa, a não comprovação de custos e glosa de créditos de PIS e COFINS não-cumulativos, a multa foi agravada para 150%. Houve representação fiscal para fins penais, (processo 15540.720.370/201279).

A Interessada tomou ciência do lançamento em 29/10/2012, e, juntamente, com os Srs. Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro, na qualidade de responsáveis, apresentou impugnação em 23/11/2012, alegando, em síntese:

- *com base no parágrafo 4º, do artigo 150, do CTN, ocorreu decadência para os fatos geradores ocorridos até 26/10/2007;*
- *cerceamento do direito de defesa face à não individualização e imputação genérica da base legal de imputação da responsabilidade tributária em face das pessoas físicas, pois não foi indicado individualmente em relação a qual dos ora impugnantes estaria fundamentando em qual dispositivo legal do CTN a imposição de responsabilidade tributária, com o que se consubstancia flagrante cerceamento do direito de defesa, na medida em que impossibilita o pleno exercício deste direito;*
- *o seu objeto social tem intrínseca relação com as despesas questionadas, uma vez que tem por atividade precípua o desenvolvimento e comercialização de softwares e as despesas glosadas decorreram da aquisição de softwares utilizados como plataforma para o desenvolvimento dos produtos para comercialização;*
- *em nenhum momento, a Fiscalização verificou, de forma detalhada, a efetividade da aquisição do software que gerou as despesas/custos contabilizados e o respectivo pagamento dos valores, limitando-se tão-somente a afirmar que os documentos apresentados seriam insuficientes para comprovar que os pagamentos efetuados foram ligados a despesas/custos necessários normais e usuais e que guardam correlação com a fonte produtora dos rendimentos;*
- *apesar de já ter apresentado toda a documentação (razões contábeis, notas fiscais, contrato de prestação de serviços e o respectivo aditivo e notas de tesouraria), junta aos autos os documentos;*
- *a Fiscalização se ateve apenas a um único fato, qual seja, a falta de apresentação de cópia do indigitado software SINTEL, em absoluta desconsideração dos documentos apresentados durante todo o período e fiscalização;*
- *os documentos foram: a aquisição do direito de exploração econômica do X_LINX, o que fez apresentando o contrato de licença e as correspondentes notas fiscais; a utilidade e necessidade do X_LINX para suas atividades, o que faz apresentando relatório de funcionalidade do software, print screen de suas telas e relatório de funcionalidade do SINTEL e print screen de suas telas; o pagamento dos tributos incidentes sobre a receita e o lucro oriundos da venda do Sintel, o que se fez apresentando livros contábeis;*

- a legislação não exige documentos específicos para comprovar a efetividade da aquisição de insumos (no caso software), como supôs a Fiscalização, mas exige apenas a apresentação de documentos hábeis a tanto, os quais foram, repita-se, efetivamente apresentados;
- o lançamento foi feito com base em presunção, posto que a Fiscalização não comprovou o suposto ilícito que afirmou ter existido;
- a Fiscalização não motivou adequadamente as autuações, não provou que ocorreu simulação, mesmo porque, não foi o caso, uma vez que as operações praticadas foram todas lícitas, permitidas legalmente, feitas de modo a produzir os efeitos que realmente expressavam, pelo que, não foram operações simuladas;
- para que se possa materializar a simulação, é necessário que o ato praticado não pudesse ser realizado, seja por vedação legal ou por outras circunstâncias fáticas, sendo que os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do mesmo, ou seja, se o ato era lícito, as consequências contrárias ao Fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal;
- por todas as razões acima expostas, as operações com as correlatas despesas e pagamentos preencheram a norma prevista no artigo 299, do RIR/99;
- da mesma forma, atuou em conformidade com o Parecer Normativo CST nº 32, de 17 de agosto de 1981;
- transcreve doutrina e jurisprudência sobre conceito de despesa necessária;
- no presente caso, não se aplica o artigo 124, inciso I, do CTN, não devendo os impugnantes serem qualificados como devedores solidários;
- a exigência é incompatível com a imputação de responsabilidade solidária a terceiro, por suas meras participações, como prepostos ou administradores, nos acontecimentos que caracterizaram o pagamento sem causa ou à beneficiário não identificado;
- também não se aplica o artigo 135, do CTN, uma vez que não foi comprovada a ocorrência de qualquer ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;
- não cabimento da multa agravada, em face da inexistência de provas e da imaterialidade dos indícios sobre a suposta existência de fraude, dolo ou simulação;
- para que a multa agravada possa ser exigida é necessário, diferentemente do ocorrido, que a Fiscalização demonstre, por intermédio da apresentação de provas inequívocas, que as operações foram feitas com evidente intuito de fraude;
- além disto, em razão do caráter personalíssimo da multa, somente a autuada, poderia ser responsabilizados pela multa agravada no percentual de 150%, mas, jamais, os ora impugnantes;

- o caráter personalíssimo da multa pode ser extraído facilmente do texto constitucional ao se interpretar o artigo 5º, inciso XLV.

Os Srs. Jadair Fernandes de Almeida, Jorge Luiz Porto Motta e Raimundo Antônio de Oliveira, apresentaram impugnações, nas quais, alegam o que segue.

Sr. Jadair Fernandes de Almeida:

- os dispositivos legais e da Constituição transcritos às fls. 2.738/2.749, aliado ao fato de que não é sócio, acionista e/ou administrador da Soft Consultoria, Admaster Serviços Ltda e Surpark S/A, são suficientes para afastar a sua responsabilidade tributária na presente autuação;

- tem domicílio tributário no Rio de Janeiro, bem como a Soft Consultoria Ltda, assim, houve incompetência da autoridade, pois o auto de infração foi lavrado por Auditor Fiscal lotado na Delegacia da Receita Federal de Niterói;

- decadência do direito de constituição dos créditos fiscais mediante lançamento, relativos ao fatos geradores ocorridos até 26/10/2007;

- como inexistente prova de fraude, dolo ou simulação, ocorreu a decadência conforme §4º, do art. 150, do CTN;

- foi procurador da Surpark e conhece o Sr. Jorge Luiz Porto Motta, conquanto esse senhor sempre me assistiu em serviços burocráticos e cartoriais das mais variadas formas, bem como me representou em algumas alterações de contrato social junto a firma Geomática, o que não configura nenhuma ilicitude ou ato censurável;

- foi quotista da empresa Bom Seguro, atual Admaster, tendo se desligado da mesma em 2003, conforme 12º alteração de contrato social regularmente arquivada na JUCERJA, fato esse que também não pode ser utilizado presunçosamente contra a sua pessoa;

- também foi sócio da Geomática Tecnologias da Informação Ltda, sendo que ela fez diversos trabalhos de grande valia a variadas empresas e municípios brasileiros, dentre eles o de Armação dos Búzios — RJ, tendo realizado todo o serviço de Geoprocessamento da região conforme faz prova o documento público e notório que segue em anexo Plano Diretor;

- também fez parte da geração que garantiu e viabilizou os primórdios dos serviços de e-mail e internet em nosso País, porquanto fez e faz parte do quadro de acionistas e gestores da Alternex S/A;

- também fez parte do Grupo de notáveis que participou do Fórum Pacto Carioca que se reuniu em 2010 com o apoio da Fundação Getúlio Vargas a fim de buscar resposta e projetos para seguinte indagação: "O Rio que queremos em 2020", vide documentos em anexo e lista de presença;

- assim sendo, é por demais leviano e injusto me rotular de "Operador" de um ~~malfadado e in comprovado~~ esquema de venda fictícia de software com objetivo

antijurídico, pois em verdade, é e sempre foi um empresário com atuação em diversos ramos de atividade, inclusive o ramo eletrônico;

- nesse contexto, não há que se falar na velada inversão dos ônus das provas encetada tacitamente pela autoridade fiscal, pois competia a ele provar tudo o que afirmou em seu relatório e não a mim fazer provas negativas e diabólicas, uma vez que a legislação tributária determina que os ônus das provas dos fatos imputados seja da autoridade fiscal;

- refuta-se integralmente toda e qualquer ilação que tenha sido feito pela Autoridade fiscal e terceiros no sentido de ser operador de esquema e representante de fato da firma Admaster e ter usado o Sr. Raimundo Antonio de Oliveira ou Jorge Luiz Porto Motta ou qualquer outra pessoa física ou jurídica citada nessa ação fiscal para me eximir de responsabilidades fiscais e patrimoniais ou ainda escamotear a realização de qualquer negócio jurídico, comercial ou empresarial;

- não usou indevidamente o nome do Sr. Roberto Fernandes, quando do registro da sociedade Surpark S/A junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas;

- o Sr. Roberto Fernandes consta como sendo o único e isolado representante da sociedade perante as autoridades fiscais brasileiras, pois é o único investido nessa qualidade por sua livre espontânea iniciativa, além de deter os poderes específicos de representação e para receber citação na forma determinada na legislação;

- o Sr. Roberto foi submetido a um contexto inquisitorial e suas palavras foram distorcidas pela Fiscalização;

- o Sr. Roberto preferiu contar uma "estória" ao agente fiscal no "tom" que esse queria escutar para se escusar das responsabilidades que encampou quando aceitou propor o registro do CNPJ da Surpark atrelado isoladamente a seu nome, o que foi ato de vontade formalizado sem vício ou coação, até porque o mesmo não fez chegar a esse signatário e os autos nenhum documento pretérito ou atual que fizesse a mínima prova do que declarou a autoridade fiscal;

- como o agente fiscal estava ávido pela declaração que lhe fora prestada, ele "esqueceu" de bem investigar o declarado e deu por boa a declaração independente de qualquer prova, como assim procedeu em todos os outros casos que pode fazer ilação jocosa e prejudicial contra minha pessoa;

- houve ilícita quebra do sigilo bancário da Admaster;

- as rendas pagas pela Admaster a terceiros em 2007 nunca me favoreceram;

- restou comprovada a inexistência de depósitos na sua conta corrente ou de qualquer das empresas que efetivamente seja sócio ou acionista, ou seja, aquelas em que consta no quadro de acionistas ou quotistas regularmente declaradas e informadas a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

- questiona por que a Autoridade Fiscal não intimou o beneficiário final do SOFTWARE SINTEL para que esse lhe informasse se de fato o produto adquirido

havia sido entregue em atenção ao que constava nas notas fiscais emitidas pela Soft Consultoria e que fazem prova da inclusão do programa executável fornecido pela Surpark de nome XLINX ter sido embarcado no SINTEL pela firma Soft Consultoria;

- se a Camargo Correa eventualmente não tiver condições de afirmar que no SINTEL está integrado o software XLINX, ela poderá afirmar, SMJ, que recebeu um produto que não foi feito com apoio do software EYEBOT indicado na proposta, e se nesse espaço de tempo ela nunca reclamou de tal mudança, é de se presumir que isso tenha sido feito parte de um acordo entre Cliente e Fornecedor, tendo em visto que no âmbito privado tudo o que não proibido é permitido e no âmbito estatal, caso do Agente Fiscal, ele está limitado a proceder ao que é vinculado, motivado, razoável e juridicamente obrigatório e justificável;

- se o interessado final nunca rejeitou as notas que lhe foram opostas pela firma Soft Consultoria e que davam conta expressa do embarque do software XLINX no SINTEL, por que a autoridade fiscal que deu fé ao SINTEL não deu fé a inclusão do XLINX importado para viabilizar a operacionabilidade do SINTEL, pois, a Fiscalização sabia que o XLINX compunha o SINTEL como suporte de mais um programa de computador;

- se a Soft Consultoria não localizou um via executável do programa SINTEL e do XLINX para oferta ao fiscal, por que esse não tentou obtê-la junto a Camargo Correa que provavelmente deve ter uma via do executável do SINTEL?;

- não aplicação dos artigos 124, inciso I, e 135 do CTN;

- ausência de prova de evidente intuito de fraude e consequente impossibilidade de ser aplicada a multa agravada em face de responsável solidário;

- requer-se a produção de prova documental superveniente;

- para os fins do disposto no art. 39, I do CPC e para as futuras intimações de atos e decisões contidas nesse processo, indicamos o endereço físico do Autuado, em substituição de qualquer outro;

- que seja observado o disposto nos arts. 37 e 38, da Lei nº 9.784/99, no que toca a instrução desse processo quanto aos documentos mencionados nessa Impugnação e que são arquivados ou oriundos da administração pública e tributária, para que dos mesmos surtam seus jurídicos e legais efeitos.

Sr. Jorge Luiz Porto Motta:

- nunca fez parte de nenhuma empresa investigada e/ou autuada, seja como dirigente, acionista ou quotista;

- atua há anos como despachante e nunca realizou qualquer operação comercial com qualquer empresa citada no presente auto de infração, seja com a Surpark S/A, seja com a Admaster Serviços Ltda., seja com a Soft Consultoria Ltda ou com a Camargo Correa;

- quem sempre pediu meus préstimos profissionais de representação e despachadoria foi o Sr. Jadair Fernandes de Almeida, o qual me outorgou subestabelecimento com prazo de vencimento atribuído no instrumento juntado nesse processo, para que, quando de sua ausência física, pudesse formalizar alteração de contrato social junto a pessoa jurídica Geomática, sendo essa alteração a que tivesse sido previamente ajustada pelos seus sócios, sendo que um deles, em certo momento, tinha o Sr. Jadair como procurador, conforme documentos que me foram apresentados a época e que constam anexos nesses autos;

- se o simples fato de realizar um ato jurídico perfeito, lícito e idôneo próximo a pessoa ou empresa arregimentada nesse processo fiscal me tornou suposto responsável solidário do imposto devido pela Soft Consultoria, é de se indagar por que o ilustre auditor fiscal não solidarizou o tabelião que juramentou o subestabelecimento por mim utilizado; o tabelião que deu fé ao contrato por mim assinado e a tantos outros anexados nesses autos; além de todos que forneceram serviços ou materiais para tanto (JUCERJA, papelaria papel e caneta; indústria automobilística e aeronáutica; condomínio sede da celebração do contrato, ascensorista; etc);

- ocorreu a decadência conforme §4º, do art. 150, do CTN, pois, o último fato gerador foi em 07/2007, e o lançamento ocorreu em outubro de 2012;

- não aplicação dos artigos 124, inciso I, e 135, do CTN;

- inaplicabilidade de multa agravada sobre responsável solidário em face da ausência de prova inquévoca de fraude praticada pelo impugnante.

Sr. Raimundo Antônio de Oliveira:

- a Fiscalização aduz que o impugnante é na verdade "testa de ferro" de terceiros, menosprezando a capacidade empresarial deste;

- o fundamento crucial para tanto, sob a ótica do agente fiscal, é a ausência de formação técnica do impugnante;

- ao elucubrar o nexo entre o impugnante e o apurado por terceiros Soft Consultoria Ltda., o mesmo não logrou êxito limitando-se a simples suposições e presunções;

- não aplicação do artigo 124, inciso I, pois, a Soft Consultoria Ltda e a Admaster Serviços Ltda., cujo impugnante é sócio-diretor, não fazem parte de nenhum grupo econômico ou conluio, colocando-as em posições distintas na relação comercial-tributária realizada;

- a Admaster Serviços Ltda. está sendo cobrada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de pagamento dos tributos gerados a partir da celebração do negócio jurídico realizado entre as empresas supracitadas;

- assim sendo, a PGFN reconhece a ocorrência do negócio jurídico que motivou a emissão das notas fiscais que foram levadas a tributação e homologadas

tacitamente pela inegável e indeclinável cobrança dos tributos devidos (PIS, COFINS, CSSL e IR), em total discrepância com o entendimento pessoal da Fiscalização no presente caso;

- não foi produzida nenhuma única prova que coloque o impugnante como responsável;

- não aplicação do artigo 135, inciso I e II do CTN;

- nunca houve um Mandado de Procedimento Fiscal para Fiscalização MPFF, em nome do Sr.Raimundo Antônio de Oliveira, razão pela qual todos os atos praticados pela Fiscalização no sentido de fiscalizar a vida fiscal do impugnante é ilícita e os fatos apurados são nulos;

- assim, ainda que as investigações tenham se iniciado com fundamento na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, foi amplamente divulgado na mídia que no dia 10 de maio de 2011, ou seja, antes de finalizada pelo Sr. Fiscal o presente Auto de Infração, que o Supremo Tribunal Federal STF decidiu ser inconstitucional a norma legal (LC 105/01)

- que atribui à Receita Federal o poder de quebrar o sigilo bancário do contribuinte sem uma prévia e motivada ordem judicial;

- de posse dos dados bancários da firma do impugnante (quebra do sigilo bancário da Admaster, a Fiscalização acostou esses dados ao processo administrativo ora impugnado que é derivado de notificação de lançamento contra a Soft Consultoria Ltda e não contra a Admaster, violando o sigilo fiscal e bancário;

- assim, o Auditor Fiscal tornou nulos todos os atos posteriores a juntada das provas ilícitas obtidas por meio de norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em um processo que não dizia respeito a firma Admaster, mas quanto muito e de forma indevida a seu sócio diretor, a pessoa física ora impugnante;

- requer o desentranhamento de todos os dados bancários e fiscais contidos no processo em comento da firma Admaster Serviços, assim como a de todos os informes fiscais juntados em nome do Sr.Raimundo Antônio de Oliveira ora impugnante, bem com o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Impugnante no que toca a responsabilidade solidaria fiscal pelo pagamento de tributos e gravames aferidos em razão de atos praticados pela empresa Soft Consultoria Ltda, até porque nunca teve gerência ou proveito de qualquer dos atos praticados pela citada empresa;

- causa estranheza o fato da Fiscalização não ter localizado a Admaster Serviços Ltda. em seu endereço, bem como por ter declarado que não acataria os argumentos prestados pela firma em esclarecimento fiscal, pois, a empresa sempre recebeu suas correspondências enviadas a seu endereço fiscal;

- tanto isso é verdade que tanto os bancos, quanto a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ECT (empresa pública), cujos empregados têm fê pública, sempre conseguiram localizar a sede da Admaster sem problemas;

- tal fato foi provado ao auditor fiscal pela juntada de várias correspondências e telegramas para provar que as mesmas eram recepcionadas na sua sede, a qual, reitera-se só não foi localizada pelo desidioso fiscal e quem capitaneou o processo unilateral e gravado pelo cerceamento do direito de inaptdão de seu CNPJ;

- a Admaster tem sede física no endereço que constava em seu CNPJ e somente a autoridade fiscal não conseguiu ter um mínimo de boa vontade para localizar a mesma, pois tal endereço é conhecido por todos e regularmente autorizado pela Prefeitura que lhe consagrou com a emissão de alvará de funcionamento e a AIDF autorização de impressão dos documentos fiscais notas fiscais, que emitiu em face da Soft Consultoria;

- além disto, todas as notificações da PGFN foram encaminhadas e recebidas no endereço da sede social da Admaster informado a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

- ocorreu a decadência conforme §4º, do art. 150, do CTN, pois, o último fato gerador em 07/2007, e o lançamento ocorreu em outubro de 2012;

- o cerne meritório da questão orbita na existência ou não do programa XLINX, integrado ao programa SINTEL. Todavia, a Fiscalização nunca intimou a destinatária final do produto SINTEL para saber se esta se opunha a informação da inclusão do software XLINX no software SINTEL, tal como vinha gravado nas Notas Fiscais emitidas pela empresa Soft Consultoria Ltda;

- a luz dessa consideração, e inexistindo declaração em contrário do beneficiário final do produto SINTEL, não há que se falar em presunção em inexistência do software XLINX dadas as circunstâncias materializadas neste processo, pois a Soft Consultoria Ltda., conforme demonstração anexa, fez ampla demonstração da existência de seu software e utilização deste (XLINK);

- competia a autoridade fiscal, após minuciosa análise do software SINTEL entregue a Construções e Comercio Camargo Correia, conforme atestado no Termo de Constatação Fiscal, provar que tal sistema havia sido concebido com lastro no software EYEBOT e não com o software XLINK e tantos outros;

- o fato da proposta de venda feita pela Soft Consultoria ter indicado a pretensão de utilização do software EYEBOT e não o XLINK no fornecimento do SINTEL não faz prova hábil e idônea de maneira isolada e inconteste de que o SINTEL tenha sido arquitetado e fornecido com exclusão do XLINK e sim com o EYEBOT, mormente quando o dito software EYEBOT não foi incorporado ao software SINTEL, vez que esse foi desenhado e produzido com suporte dinâmico de processamento particular ao XLINK que trabalha em consorcio com o software NUCH, vide informações prestadas pela firma SOFT e anexas nesse processo;

- confirma essa premissa fática a expressa citação e referência do software XLINX na nota de observações das notas fiscais fornecidas a Construções e Comercio

Camargo Correa (Camargo Correa), quando do fornecimento do software SINTEL;

- doutro lado, a premissa da autoridade fiscal não pode prevalecer sem prova material de sua existência pois nenhum dos envolvidos nessa transação fisco comercial (Construtora Camargo Correa - Soft Consultoria - Admaster Surpark), mormente a Construtora e Comercio Camargo Correa, ter negado que havia feito negócio referente ao programa SINTEL e que esse utilizava em sua plataforma de funcionamento o software embarcado XLINX;

- se isso não fosse verdade e dado o nível de colaboração que a Camargo Correa teve com a Autoridade Fiscal, pois inclusive forneceu seus extratos bancários e todos os documentos de que dispunha sobre tal tema, teria a dita firma anotado em seus esclarecimentos o total desconhecimento e desautorização referente a inclusão do software XLINX na plataforma do adquirido e inconteste SINTEL;

- assim, a autoridade fiscal deveria ter diligenciado junto ao destinatário final para saber se havia uma versão executável do Software SINTEL para que fosse feita uma perícia de constatação no sentido de fazer prova material da sua existência;

- carência de prova de evidente intuito de fraude e consequente impossibilidade de ser aplicada a multa agravada em face de responsável solidário;

- em razão do caráter personalíssimo da multa, somente a autuada, poderia ser responsabilizados pela multa agravada no percentual de 150%, mas, jamais, os impugnantes.

A partir desta complexa teia fática, analisando os termos das impugnações apresentadas, concluiu a 8ª Turma da DRJ/RJ1 pela IMPROCEDÊNCIA de todas as alegações, mantendo o crédito lançado em sua totalidade, a partir do acórdão que assim restou ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DESPESA. COMPROVAÇÃO.

Para se comprovar uma despesa, de modo a torná-la dedutível, face à legislação do imposto, não basta comprovar que ela foi assumida e que houve o desembolso. É indispensável, principalmente, comprovar que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido e que, por isso mesmo, torna o pagamento devido.

ESCRITURAÇÃO. FORÇA PROBANTE.

A escrituração contábil mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados se forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

DOCUMENTOS HÁBEIS E IDÔNEOS.

Os documentos hábeis segundo sua natureza são aqueles que já contêm uma prova direta acerca do fato alegado cuja existência ali se materializa.

Devem ter autenticidade, legitimidade e o seu conteúdo conduzir à convicção da efetiva ocorrência do fato, devendo, preferencialmente, serem subscritos por terceiros que tenham participado das respectivas operações.

IMPUGNAÇÃO. DOCUMENTOS.

A apresentação de alegações visando desconstituir as provas apresentadas pela Fiscalização devem vir acompanhadas de documentos hábeis e idôneos. Art. 16, inciso III, do Decreto 70.235 de 1972.

IMPUGNAÇÃO. INEFICÁCIA.

Não há como abrigar alegações que não logram desconstituir os fundamentos da autuação.

SIMULAÇÃO. FRAUDE.

Há simulação quando o contribuinte apresenta instrumento contratual sem comprovar a sua efetiva realização e restar claro que tal conduta objetivou, em verdade, disfarçar sua real intenção de suprimir ou reduzir tributo, prejudicando o Erário Público.

SIMULAÇÃO. FRAUDE. MULTA AGRAVADA.

A simulação é uma das hipóteses que autorizam a aplicação da multa qualificada, por ser um dos meios de praticar a fraude ou a sonegação, conforme definidos naqueles dispositivos da Lei nº.4.502, de 1964.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Decorrendo o lançamento da CSLL de infração constatada na autuação do IRPJ, e negado provimento à impugnação referente ao lançamento deste, nega-se também em relação à impugnação daquela, em virtude da relação de causa e efeito que os une.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO À LEI OU CONTRATO SOCIAL. ARTIGO 135, DO CTN.

Quando o administrador participa de negócio jurídico comprovadamente simulado, prejudica a sociedade empresarial, portanto, viola a um só tempo, o contrato social como também o direito empresarial.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. IRPJ. FATO GERADOR. INTERESSE COMUM.

Comostprovada a participação ativa em negócio jurídico simulado com o fim de fraudar/sonegar tributo, aplica-se o artigo 124, inciso I, do CTN, uma vez que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM, por unanimidade de votos, os membros da 8ª turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, em:

- *NEGAR PROVIMENTO à impugnação da interessada, para exigir o crédito tributário de IRPJ, no valor de R\$2.432.755,33 e CSLL, no valor de R\$884.431,92, ambos com multa de ofício de 150% e acréscimos legais;*
- *MANTER A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA solidária dos diretores da Interessada Srs. Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro;*
- *MANTER A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA solidária do Sr. Jadair Fernandes de Almeida;*
- *MANTER A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA solidária do Sr. Jorge Luiz Porto Motta;*
- *CANCELAR A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA imputada ao Sr. Raimundo Antonio de Oliveira;*
- *CANCELAR A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA imputada ao Sr. Carlos José dos Santos.*

O julgador José Eduardo Genero Serra fez declaração de voto.

A partir dessas informações, verifica-se a exclusão do feito em relação aos Srs. Raimundo Antonio de Oliveira, e Carlos José dos Santos, sendo mantida em relação a todos os demais, quais sejam:

- i) SOFT CONSULTORIA LTDA (interessada);***
- ii) Francisco Petruccelli;***
- iii) Girolamo Santoro;***
- iv) Jadair Fernandes de Almeida; e***
- v) Jorge Luiz Porto Motta.***

Analisando as informações contidas nos autos, verifica-se que, após verdadeiros imbróglis administrativo-processuais, verifico nos autos a intimação contida às fls. 2950/2952, direcionada à empresa-contribuinte, que, inclusive, expressamente interpõe, posteriormente, o seu competente recurso voluntário (juntamente com os Srs Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro), pretendendo a reforma da decisão e, conseqüentemente, a integral desconstituição do lançamento.

Em rápida síntese, é o que se há agora a relatar.

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER.

Antes de qualquer consideração a respeito das discussões empreendidas nos presentes autos, relevante destacar que, após a decisão de primeira instância, além da contribuinte-interessada (SOFT CONSULTORIA LTDA), e seus respectivos sócios (Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro), remanescem ainda como responsáveis pelos créditos tributários constituídos os senhores Jadair Fernandes de Almeida e, também, Jorge Luiz Porto Motta.

Ocorre que, além da contribuinte principal, nem estes, e nem tampouco aqueles que teriam sido excluídos do feito (Srs. Raimundo Antonio de Oliveira, e Carlos José dos Santos) sequer foram intimados a respeito dos termos da decisão exarada, não se abrindo a eles qualquer o prazo para a eventual interposição de seus competentes Recursos Voluntários.

Em face dessa inafastável constatação, verifico a atual completa impossibilidade de julgamento no estado em que se encontra o feito, devendo, por isso, serem devidamente devolvidos os autos ao órgão preparador para que promova, então, a regular intimação de todos os responsáveis originariamente indicados, facultando-lhes a adoção das medidas cabíveis e que entenderem pertinentes.

Diante disso, voto por converter o julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos à d. DRF/RJ para que, então, seja promovida a intimação de todos os agentes responsáveis indicados nos presentes autos, a saber: a) Francisco Petruccelli; b) Girolamo Santoro; c) Jadair Fernandes de Almeida; d) Jorge Luiz Porto Motta; e) Raimundo Antonio de Oliveira; e f) Carlos José dos Santos, evitando-se, assim, qualquer arguição de nulidade do feito.

Após as intimações e o transcurso dos respectivos prazos aplicáveis, seja restituído o feito a julgamento, com a inclusão, acaso existentes, dos correspondentes recurso interpostos.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator