ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 15540.720338/2012-93

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

Processo nº	15540.720338/2012-93
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1301-002.427 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	16 de maio de 2017
Matéria	IRPJ – Custos, despesas operacionais e encargos – Custos ou despesas não comprovadas - glosa de despesas
Recorrente	SOFT CONSULTORIA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado ao contribuinte, não determinam nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente.

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. Não restou comprovada nos autos a ausência de fundamentação ou motivação da infração cometida pelo agente fiscal.

DECADÊNCIA. ART. 173, I, CTN. INOCORRÊNCIA. A contagem do prazo decadencial deve ser feita na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos de constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.

GLOSA DE CUSTOS NÃO COMPROVADOS. DESPESAS INDEDUTÍVEIS. O contribuinte não trouxe aos autos quaisquer documentos hábeis e idôneos que comprovassem os valores lançados em conta de custo/despesa operacional., razão pela qual deve proceder a glosa. Igualmente, o contribuinte não trouxe aos autos qualquer alegação ou documento capaz de afastar a indedutibilidade das despesas apontadas pela autoridade autuante.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. Ante a ausência de disposição específica para CSLL, aplicam-se as conclusões relativas ao julgamento do IRPJ, em razão da relação de causa e efeito existente entre os fatos que geraram esses lançamentos.

PLURALIDADE DE SUJEITOS PASSIVOS. LANÇAMENTO. INCLUSÃO DE TODOS OS RESPONSÁVEIS. VALIDADE. Uma vez apurada pela Fiscalização a existência de pluralidade de sujeitos passivos, o

lançamento deve ser dirigido contra todos eles, os quais deverão figurar no pólo passivo, assegurando a cada um o direito de defesa.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. Estando devidamente consubstanciado nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa qualificada de 150%, nos termos do art. 957, II do RIR/99 (44, II da Lei nº 9.430/96).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de Soft Consultoria Ltda. e responsáveis tributários Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro, vencidos os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e José Eduardo Dornelas Souza, que davam provimento parcial afastando a responsabilidade das pessoas físicas; (2) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de Jadair Fernandes de Almeida, vencidos os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e José Eduardo Dornelas Souza, que davam provimento; e (3) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de Jorge Luiz Porto Motta, vencidos os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Flávio Franco Corrêa e José Eduardo Dornelas Souza, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Roberto Silva Junior.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro- Relator.

(assinado digitalmente)

Roberto Silva Junior.- Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

Relatório

Cuida o presente processo de auto de infração de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de 2007, nos valores de R$2.432.755,33 e R$884.431,92 respectivamente, acrescidos de juros e multa qualificada, em razão da não comprovação de despesas operacionais.

A glosa de despesas refere-se à operações comerciais fictícia, entre a Recorrente e a SURPARK S/A, envolvendo a suposta aquisição de milhares de cópia de um

único suposto software denominado X_LYNX, conforme detalhamento demonstrado no Capítulo VI, do Termo de Constatação Fiscal.

Adicionalmente não restou comprovado a efetividade das Cláusulas do Contrato Internacional de Autorização para Comercialização do software X_LYNX em questão, firmado entre a SURPARK S/A e a ADMASTER SERVIÇOS LTDA.e do Contrato de Revenda do referido software X_LYNX firmado entre as citadas empresas e a Recorrente.

Ainda, a Recorrente, segundo a fiscalização, não comprovou a efetiva utilização do suposto software X_LYNX em sua atividade operacional.

Vejamos as descrições dos fatos do auto de infração e seus desdobramentos, conforme se extrai do relatório constante no Acórdão prolatado pela 8ª Turma da DRJ/RJ1 (fls. 2918/2920):

> - 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 XLYNX) 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 SA, 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, printscreen de suas telas e relatório de funcionalidade do SINTEL e printscreen 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 conseqüências 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 n° 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 5°, 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 inexiste prova de fraude, dolo ou simulação, ocorreu a decadência conforme §4°, 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 Geomàtica, 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 12° 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 incomprovado 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 e 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 conseqüente 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 n° 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 substabelecimento 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 substabelecimento 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 §4°, 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 inquívoca 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 elocubrar 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 n° 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 fé 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, reitere-se só não foi localizada pelo desidioso fiscal e quem capitaneou o processo unilateral e gravado pelo cerceamento do direito de inaptidão 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 §4°, 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 circunstancias 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 XLYNK que trabalha em consorcio com o software NUCH, vide informações prestadas pela firma SOFT e anexas nesse processo;

- confirma essa premissa fótica 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 havevia 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 conseqüente 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 8ª Turma da DRJ/RJ1 prolatou o Acórdão n°12-55.392 (fls. 2915/2946), o qual julgou improcedente a impugnação apresentada, bem como a responsabilidade tributária dos diretores da Recorrente, Srs. Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro, bem como dos Srs. Jadair Fernandes de Almeida e Jorge Luiz Porto Motta, cancelando a responsabilidade tributária imputada aos Srs. Raimundo Antonio de Oliveira e Carlos José dos Santos, em acórdão cuja ementa passo a transcrever:

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.

Comprovada 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.

Contra a decisão, a contribuinte interpôs embargos de declaração às fls. 2958/2961 para sanar omissões apontadas no v. acórdão, o qual foi indeferido, conforme acórdão prolatado de nº 12-62.211 (fls. 3090/3093)

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso, juntamente com os responsáveis tributários por solidariedade, requerendo a reforma da decisão, bem como o cancelamento do lançamento fiscal.

Adiante, este Colegiado, por meio da resolução nº 1301-001.261, converteu o julgamento em diligência para que seja promovida a intimação de todos os agentes reponsáveis indicados nos presentes autos para que seja evitada a nulidade do feito. (fl. 3110/3125).

Às fls. 3179/3216 e 3220/3239 foram interpostos os recursos administrativos dos demais agentes responsáveis, a saber: Jadair Fernandes de Almeida e Jorge Luis Porto Motta.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator

Primeiramente, impende registrar que o Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

PRELIMINARES

CERCEAMENTO DE DEFESA

Primeiramente, cumpre-se ressaltar que processo administrativo fiscal rege-se pelo princípio da verdade material, segundo o qual fatos inexistentes ou erros evidentes não devem prosperar em detrimento da verdade material, inobstante a presunção de veracidade relativa dos atos administrativos. Igualmente, em decorrência deste princípio, impõe-se sejam sanadas as falhas, omissões e enganos eventualmente cometidos pelo Fisco.

Quer dizer, em se tratando de ocorrência do fato gerador, vigora o princípio da verdade material, o qual determina que a conseqüência tributária somente incidirá se efetivamente o evento se der no plano fenomênico.

Logo, é dever deste Colegiado sempre buscar aferir se realmente ocorreu ou não o fato gerador ou a infração à legislação tributária que se discute nos autos.

Os fatos e documentos trazidos contribuinte em sede de recursal devem, portanto, serem objeto de análise minuciosa, a fim de que seja verificado se de fato subsistem as razões da autuação.

Nesse ponto a Recorrente sustenta que solicitou à DRF em Niterói/RJ o fornecimento de cópia física dos autos, pleiteando: (i) a entrega do material solicitado, na repartição tributária mais próxima da Recorrente, na cidade do Rio de janeiro; (ii) cópia de todos os MPFs, porquanto não constam nas cópias digitais dos processos, fornecidos pelo fisco, (iii) inobservância.

Adiante, alega a inobservância da competência do domicílio fiscal da contribuinte, bem como a indevida pluralidade de sujeitos passivos no mesmo auto de infração.

Registra-se que no tocante a pluralidade de sujeitos passivos, foi promovida a regular intimação de todos os responsáveis originariamente indicados 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; para se evitar a nulidade do feito, verificado à fl. 3125.

Assim, foi dado a oportunidade nos autos para que cada um deles apresentasse sua defesa, conforme entendimento adotado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, através da Portaria RFB nº 2.284, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados por seus agentes fiscais, quando da constatação de pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária, como se verifica no presente caso.

Ademais, vejamos as hipóteses de nulidade dos atos e termos lavrados, de acordo com o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, a saber:

> *Art. 59. São nulos:*
>
> *I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
>
> *II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*
>
> (...)

Adiante o mesmo diploma legal confirma essa restrição por meio da recomendação de que as demais irregularidades, incorreções e omissões sejam sanadas pelo servidor responsável pelo ato processual. Confira-se:

> *"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.*

Observa-se, pois, que este dispositivo não é aplicável ao presente caso. Logo, não há que se falar em nulidade do auto de infração por ausência das formalidades em questão, devendo ser rejeitada a preliminar suscitada pela Recorrente.

Destarte, o auto de infração se serviu de todos os requisitos formais exigidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não invalidando o exercício da ampla defesa no processo, bem como apontando a capitulação legal e a descrição da infração cometida.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS CO-RECORRENTES GIROLAMO SANTORO E FRANCISCO PETRUCCELLI

A decisão da DRJ manteve a responsbilidade dos sócios Girolamo Santoro e Francisco Petruccelli, nos termos do art. 135, III do CTN. Confira-se:

> Determina o artigo 135, inciso III, do CTN, que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Tem-se assim que o sócio-gerente, diretor ou administrador é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência. Desta forma, 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.
>
> Assim, comprovado que a exigência de tributação pela glosa de despesa não comprovada decorreu de negócio jurídico simulado caracterizador de violação ao direito societário e empresarial, cabe a imputação de responsabilidade solidária aos administradores que participaram das operações.

Infere-se que o art. 135, III foi aplicado aos representantes, diretores e gerentes das empresas envolvidas, por terem sidos os responsáveis por praticar atos com infração de lei e excesso de poderes à medida que a glosa da despesa decorreu de negócio jurídico foi simulado.

Nesse ponto, os Termos de Constatação Fiscal (fls. 154/156) descreve os comportamentos dos sócios gerentes citado da SOFT quando da execução da gerência da empresa, que ensejam o redirecionamento da responsabilidade tributária, conforme o artigo 135, III, do CTN.

Ademais, para fins de responsabilidade tributária foi aplicada responsabilidade solidária, a saber:

> (1114) Para salvaguardar o credito tributário, é justo que sejam responsabilizados, aqueles que, de fato, participaram, em tese, dolosamente, do esquema de sonegação fiscal criado para burlar o Fisco, sendo assim imputamos às pessoas físicas aludidas acima, a responsabilidade tributária para satisfazer o credito tributário da União conforme previsto nos artigos 121 – II, 124 – I e II e 135 – II e III, do Código Tributário Nacional;

Desse modo, não prospera a alegação de nulidade absoluta, devendo ser mantida a decisão da DRJ nesse ponto.

OMISSÃO DO V. ACÓRDÃO ACERCA DA LEI TIDA POR VIOLADA PELA CONDUTA IMPUTADA AOS SÓCIOS DA INTERESSADA.

Sustenta a Recorrente que não restou demonstrada a norma do dispositivo violado que ensejou a aplicação do art. 135, III aos representantes, diretores e gerentes das empresas envolvidas, por terem sidos os responsáveis por praticar atos com infração de lei e excesso de poderes. Aduz que, a fiscalização apenas se limitou a apontar a conduta praticada, se referindo como simulada e com o intuito de dolo, quando da atividade empresarial.

De fato, tanto a fiscalização quanto o v. acórdão não trouxeram a menção expressa da norma infringida, apenas tratou a infração à lei societária de forma ampla.

A questão se deve ou não subsistir a responsabilidade dos sócios-gerentes será tratada no tópico adiante deste voto.

NECESSIDADE DE IMEDIATA REMESSA DOS AUTOS À DRJ COMPETENTE PARA APRECIAÇÃO DO LANÇAMENTO DA CSLL.

Sustenta a Recorrente que o v.acórdão prolatado pela DRJ não se manifestou acerca da Impugnação no tocante as razões relativas ao lançamento à titulo de CSLL, se limitando apenas ao lançamento do IRPJ

Isso porque o voto proferido não se pronunciou quanto aos argumentos relativos ao lançamento da CSLL em relação a diferença entre a apuração deste tributo com IRPJ. Assim a decisão não deixou claro se a glosa da despesa em questão deve ser adicionada ao lucro líquido para fins de CSLL.

Dessa maneira, a fim de ter assegurada seu direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, requer a Recorrente a imediata remessa dos autos à Delegacia de Julgamento competente para apreciar suas alegações nesse ponto e prolatar um novo acórdão para este fim.

Entendo que tais argumentos não devem prosperar, uma vez que a decisão recorrida, entendeu que lançamento da CSLL é decorrente da autuação do IRPJ, conforme ementa a seguir:

> 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.

Assim, entendo que não devem prosperar os argumentos trazidos pela Recorrente, uma vez que a decisão recorrida não deixou de se posicionar sobre os argumentos relativos à CSLL, sendo este um lançamento reflexo do IRPJ.

DECADÊNCIA

A exigência fiscal combatida é relativa à créditos de IRPJ e CSLL, tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, aplicando-se, portanto, o art. 150, parágrafo 4°, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial.

Desse modo, a Recorrente entende que a contagem decadencial tem início quando da ocorrência do fato gerador, sendo que, após 5 anos, o direito do Fisco encontra-se decaído.

Assim, tendo os fatos geradores ocorridos em 2007, o direito do fisco se encontraria decaído em 2012 para efetuar o lançamento fiscal. Desse modo, a Recorrente faz crer que os débitos referentes a fevereiro e julho de 2007 a título de IRPJ e CSLL e os relativos a todos os fatos geradores ocorridos até outubro de 2007 estariam decaídos.

No entanto, a DRJ aplicou o art. 173, I do CTN, iniciando-se o prazo decadencial qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), razão pela qual o crédito tributário não se encontra decaído.

Isso porque, restou comprovada a prática simulada trazida no bojo do Termo de Constatação Fiscal, ensejando representação fiscal para fins penais.

Assim, tendo que a Recorrente foi cientificada da autuação fiscal em 29.10.2012 e os fatos geradores ocorreram em 2007, não há que se falar em decadência, uma vez que o lançamento foi orientado pelo artigo 173, do CTN, tendo 01.01.2008 como termo inicial da contagem do prazo decadencial.

Diante o exposto, não há que se falar em decadência dos créditos fiscais em debate.

MÉRITO

DESPESAS OPERACIONAIS NÃO COMPROVADAS

Primeiramente cumpre-se registrar que a Recorrente tem como objeto social o desenvolvimento e comercialização de software.

Consta nos autos que a Recorrente juntamente com a Admaster Serviços Ltda e Surpark SA supostamente simularam a realização de negócios jurídico com operações comerciais fictícias, envolvendo aquisições de milhares de cópia do software denominado X_LYNX.

A Recorrente realizou o pagamento para a Admater pela aquisição dos softwares, sendo emitida NF pela Admaster em detrimento dos serviços prestados.

Foi apontado ainda que a Admaster e a Surpark possuia sócio em comum (Sr Jadair Fernandes de Almeida), suposto mentor da operação comercial.

No entanto, a fiscalização reportou que a Recorrente não logrou êxito em comprovar a existência do software X_LYNX adquirida, o que confere a efetividade da transação comercial.

Com efeito, em sede recursal, a Recorrente afirma a existência efetiva da importação do software, oportunidade pela qual foram adquiridos software (X_LYNX) utilizados como plataforma para o desenvolvimento de seus produtos a serem comercializados, conforme a persecução de seu objeto social.

Informa ter juntado nos autos um documento datado em 12/07/2013 às fls. 3.055/3.059, em que ajuda comprovar a existência do software adquirido. Neste documento, verifica-se um pedido da Recorrente para a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa SA, demonstrando as tratativas ligadas ao SINTEL.

Adiante, informa que as despesas glosadas foram deduzidas, levando em conta as atividades desenvolvidas pela Recorrente, de cunho operacionais e, portanto, plenamente dedutíveis para fins fiscais quando da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Desse modo, a Recorrente combate a decisão recorrida nesse ponto, uma vez que esta não entendeu que os documentos apresentados comprovou a efetividade dos pagamentos realizados, como necessários à atividade da empresa, bem como não guardavam correlação com a fonte produtora dos rendimentos.

Pois bem, a Recorrente fundamenta que a despesa com a aquisição do X_LINX era necessária para a elaboração do SINTEL, sendo empregada na otimização das operações ou dos negócios exigidos pela atividade que constitui o objeto social da empresa, nos termos do art. 299 do RIR/99.

Nesse ponto, a decisão entendeu que não beneficia a Recorrente o fato de seu objeto social ter ou não relação com as despesas questionadas, vez que o questionamento reside sobre a existência ou não das mesmas.

Ademais, em contraposição à Recorrente, a DRJ entendeu que não houve a comprovação das despesas, bem como não houve o respectivo desembolso para a aquisição do X_LINK.

Adiante, a DRJ argumenta que não é prova suficiente da efetiva aquisição do software em questão a existência de documentos fiscais meramente formais (notas fiscais, contratos, livros contábeis).

A suspeita sobre a inexistência do software foi reforçada após a Recorrente ter sido intimada e informar que não possuía cópia dos programas SINTEL e X_LYNX.

Tal situação foi agravada, quando a Recorrente apenas juntou aos autos Relatórios de funcionalidade do XLYNX, print screen de suas telas e relatório de funcionalidade do mencionado SINTEL e print screen de suas telas, por se tratarem de itens genéricos que residem em quaisquer sistema computacional.

Por fim, a decisão recorrida menciona que não foi contestado documentalmente, o fato de não haver nenhum documento emitido por entidade, órgão ou qualquer autoridade competente, no Pais ou no exterior, que ateste que a Surpark detivesse a marca ou os direitos sobre o mencionado software, registrando-se que:

> Registra-se que a Fiscalização com base no fato de a Admaster ter apresentado cópia de contrato internacional de autorização para comercialização do software X_LYNX, firmado com a Surpark, em 01062006, intimou a Surpark a comprovar/esclarecer, através de documentação hábil e idônea:
>
> - a titularidade dos direitos autorais e/ou a propriedade intelectual do software X_LYNX;
>
> - se o software X_LYNX foi registrado nas Instituições de proteção ao SOFTWARE, em caso positivo, comprovar o registro através de documentação hábil e idônea;
>
> - a propriedade da marca registrada "X_LYNX" (Anexo D, do contrato);
>
> - como se deu o contato inicial com a Admaster, devendo ser informado a identificação, os telefones e os endereços (convencionais e eletrônicos), das pessoas físicas representantes da Admaster e da Surpark, que promoveram os contatos para a negociação;
>
> - apresentar a via original do contrato internacional de autorização para comercialização do software X_LYNX, firmado com a pessoa jurídica Admaster Serviços Ltda, com a autenticação ou o reconhecimento de assinaturas pela autoridade consular brasileira, bem como o registro ou reconhecimento de firma em cartório.
>
> Além disto, consta nos autos que o contrato internacional não foi registrado em Cartório, não foi autenticada ou reconhecida as assinaturas pela Autoridade Consular Brasileira, nem foi traduzido para o português por Tradutor Juramentado, em total violação ao artigo 221, do Código Civil, que determina que os efeitos de um instrumento particular (contrato), não registrado em registro público, não se operam perante terceiros.

Além disso aponta os atos ilícitos comprovados pela Fiscalização e registrados nos autos, a saber:

> - uso de pessoas jurídicas inexistentes de fato;
>
> - no documento referente à remessa de recursos ao exterior, (fluxo financeiro entre a Admaster e a Surpark), as assinaturas do representante da Admaster, Sr. Raimundo Antonio de Oliveira, constantes dos Contratos de Câmbio firmados com o UNIBANCO/ITAU, não conferiram com a assinatura do mesmo, contida na identidade, CPF e Cartão de Autógrafos da própria Instituição Financeira;
>
> - uso de interpostas pessoas nas funções de procuradores, sócios e representantes junto à Receita Federal nas empresas Surpark e Admaster;
>
> - as pessoas físicas utilizadas como interpostas pessoas não possuíam patrimônio declarado que pudesse inferir capacidade econômica, financeira e contributiva para ser administrador da Admaster, não existindo bens declarados em nome das pessoas físicas nem rendimentos compatíveis com a condição de sócio administrador de empresa que faturou no ano calendário de 2007, mais de R$11.000.000,00;
>
> - como exemplo, no banco de dados da RFB, há informação de que o Sr.Raimundo Antonio de Oliveira, no ano-calendário de 2007, movimentou financeiramente nas instituições financeiras do País R$18.365,02, e, no ano-calendário de 2008, R$5.584,10, sendo tais recursos incompatíveis para sócio administrador que realizou todos os serviços relacionados com os Contratos firmados pela empresa, que renderam, no ano-calendário de 2007, mais de R$11.000.000,00;
>
> - a assinatura do Sr. Raimundo Antonio de Oliveira contida no contrato de revenda do Software XLYNX firmado, em 04/09/2006, pela Admaster com a Interessada reconhecida pelo Cartório do 4o Ofício de Notas do Rio de Janeiro, é diferente da assinatura constante da identidade, do CPF e do cartão de autógrafos do ITAU/UNIBANCO, sendo que, após intimação fiscal ao referido Cartório, tal assinatura não foi comprovada mediante apresentação de cópia autenticada de documento de identidade com foto;
>
> - a menção ao software X_LYNX não constou nas especificações técnicas do SINTEL, constante do Anexo 1 do contrato firmado com a Camargo Correa, nem no aditivo realizado em 16102007, constando apenas na "nota de observações" das notas fiscais, as quais não foram assinadas;
>
> - os valores das cópias do software X_LYNX, contido nos Contratos de Câmbio, não correspondem com os valores calculados de acordo com o Contrato Internacional, conforme exposto pela Fiscalização no Termo de Constatação.

Assim, conclui que, ao levar em consideração as práticas mencionadas, entendeu-se que a Recorrente não comprovou efetivamente o negócio jurídico, isto é, a aquisição do software X_LYNX.

Para o deslinde da questão, cumpre verificar a existência da despesa oriunda da aquisição do referido software.

Pela análise dos documentos acostados nos autos, bem como aqueles trazidos em sede de recurso, a saber: contrato de licença, notas fiscais correspondentes, relatório de

funcionalidade do software, print screen das telas, livros contábeis e Carta de Reformulação da Arquitetura Interna do Sintel, além dos recibos de aluguel, contas de energia e telefone da Admaster, entendo não serem suficientes para comprovar, de fato, a existência do software.

Isso porque, com base nos documentos acostados no processo, não foi possível verificar a cópia dos softwares, além de não haver nenhum indicativo que o software tenha sido incluído no Sistema da Sintel.

Portanto, entendo que, neste caso, não restou comprovada pelo contribuinte, a existência do software adquirido, sendo irretocável a decisão da DRJ nesse ponto.

FALTA DE PREVISÃO PARA ADIÇÃO DE DESPESAS NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

A Recorrente alega que a Fiscalização não poderia ter adicionado à base de cálculo da CSLL as despesas consideraras indedutíveis para fins fiscais. Ressalta que, a CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido, não estando sujeita, a princípio, ao crivo do art. 299/RIR.

Nesse ponto o art. 57 da Lei nº 8.981/95 diz que:

> *Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas,inclusive no que se refere ao disposto no art. 38,* ***mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor****, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

Nesse caso, se a despesa afetou o resultado (lucro líquido), ela pode ser deduzida, a menos que haja vedação legal específica, o que não acontece no presente caso:

> *CSLL – LANÇAMENTO DECORRENTE Na matéria em que não há disposição específica quanto à CSLL, e tratando-se da mesma matéria fática, aplica-se ao lançamento decorrente o decidido no principal (que trata-se de IRPJ).*
>
> *Recurso Voluntário nº 130.570, Relatora Tânia Koetz Moreira – Oitava Câmara, Sessão do dia 06/11/2002)*

Nesse sentido, entendo que se aplica à CSLL, no que couber, o disposto em relação ao IRPJ exigido de ofício com base na mesma matéria fática e elementos de prova.

Portanto, aplicam-se as conclusões relativas ao julgamento do IRPJ, em razão da relação de causa e efeito existente entre os fatos que geraram esses lançamentos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES - SR FRANCISCO PETRUCCELLI E SR. GIROLAMO SANTORO

Os sócios da Recorrente entendem não possuir responsabilidade solidária no presente caso, por não guardar interesse comum ao fato gerador, bem como por não ter agido infringindo à lei, sob o manto artigos 124, I e 135, III do CTN. Senão vejamos:

O art. 124 do CTN[1] atribui a responsabilidade solidária para aqueles que têm interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo ou aqueles expressamente designados por lei. Por sua vez, o art. 135[2], do mesmo diploma legal é aplicável aos representes, diretores ou gerentes das pessoas jurídicas envolvidas.

Conforme o termo de Verificação fiscal (fls. 153/154), foi aplicado a responsabilidade aos sócios-administradores da empresa, pois tiveram participação nos atos societários e comerciais que resultaram no negócio jurídico simulado, culminando na redução indevida do imposto, por meio da despesa gerada com a aquisição do software.

Por sua vez, também aplicou o art. 135, III aos representantes, diretores e gerentes das empresas envolvidas, por terem sidos os responsáveis por praticar atos com infração de lei e excesso de poderes à medida que criaram condições artificiais para justificar a redução indevida do imposto, mediante a assinatura dos atos praticados.

Entendo que tais argumentos não devem prosperar.

Primeiramente, com relação ao citado art. 124, I, não houve a caracterização do interesse comum ao fato gerador, pois sua acepção é jurídica, pressupondo uma relação jurídica de duas ou mais pessoas configurando como contribuintes, isto é, somente aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Com efeito, não se reputa razoável a imputação da responsabilidade tributária por apenas terem participado, como administradores, nas práticas societárias que originou a infração fiscal.

Tal entendimento é corroborado por este Colegiado, o qual já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, conforme ementa a seguir:

> *SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRI PESSOAL. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI.*
>
> *Não me parece suficiente a imputação realizada, de disporem as pessoas físicas de poderes gerenciais, suficiente a desencadear a solidarização levada a efeito. A Fiscalização não comprovou, aliás, nem mesmo argumentou, qual seria o preciso interesse na situação que constituiu o fato gerador (regra do 124, I), nem mesmo qual a relação direta e pessoal com tal situação (regra do 121).(Ac. 1301-001.400, Seção em 12/02/2014)*

[1] Art. 124. São solidariamente obrigadas:
I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

[2] Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Por sua vez, quanto ao art. 135, III do mesmo dispositivo legal, somente pode ocorrer a responsabilização pessoal dos sócios quando estes agem com excesso de poderes ou infração de lei ou ainda de contrato social.

No Relatório não há, pois, comprovação cabal das condutas dolosas praticadas pelo responsável solidário, sendo descritas as infrações realizadas pelas pessoas jurídicas e transcritos os dispositivos legais que embasaram a responsabilização, além da desconstituição da documentação suporte do fluxo comercial da mercadoria apresentada na fase de fiscalização.

Entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta.

Logo, para efeito de atribuição da responsabilidade contida em tal artigo, impõe-se que o sócio-gerente ou diretor tenha praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária.

Corroborando este entendimento, tem-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1101728/SP sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do antigo CPC):

> *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08). 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543C do CPC e da Resolução STJ 08/08.* (grifei)

Nessa esteira, entendo que os atos societários praticados pelos sócios não são capazes de atrair a incidência do art. 135 do CTN.

Diante o exposto, entendo que deve ser excluída a responsabilidade dos sócios administradores, pois não restou comprovada a responsabilidade tributária, conforme os dispositivos legais que embasaram a responsabilização

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SR. JORGE LUIZ PORTO MOTTA

O Sr. Jorge Luiz Porto Motta é procurador da Surpark. Consta no autos os seguintes fatos relativos a ele, conforme fls. 2942:

> - recebeu do Sr. Jadair em nome da Surpark S/A, substabelecimento de poderes, para assinar petições, termos, processos, declarações, contratos, alterações contratuais, discordar, acordar, desistir, etc;
>
> - representou a Surpark quando o Sr. Jadair Fernandes de Almeida, na qualidade de procurador legal da Ecospar Serviços e Participações Ltda cedeu as cotas que este possuía na Geomática Tecnologias da Informação Ltda, a Surpark S/A;
>
> - no mesmo ato, também recebeu em nome da Surpark, cotas da Geomática que eram do Sr. Élcio Wilson Nascimento da Silva;
>
> - testemunhou a alteração contratual que: modificou o nome da pessoa jurídica para Admaster, (antes era denominada Bonseguro); venda das cotas do Sr. Jose Mauro para Henrique Alvarena; retirada do Sr. Jadair que vendeu suas cotas para Elias de Sá; e este, Sr. Elias de Sá constituiu como procurador da Admaster, o Sr. Ronaldo de Souza Silva;
>
> - testemunhou a alteração social da Admaster que promoveu a mudança de endereço da sede do centro de Rio Bonito para o Boqueirão em Rio Bonito;
>
> - testemunhou a alteração social da Admaster que promoveu a transferência da sede para Rua 14, lote 01, Jaconé, Saquarema.

Dessa forma, o Sr. Jorge Luiz Porto Motta foi responsabilizado solidariamente na prática simulatória referente às relações com a Surpark no tocante ao "contrato internacional de autorização para comercialização do software XLINX", vez que a prática desta conduta teve como conseqüência no fato gerador do IRRF.

O Sr. Jorge Luiz Porto Motta interpôs Recurso às fls. 3220/3239, rebate a argumentação trazida pela fiscalização, alegando que não participou diretamente na operação comercial envolvendo a Admaster, a Soft ou a Camargo Corrêa.

Ademais argumenta que aplicação do art. 124 do CTN não é voltado ao interesse comum com a prática tida como ilícita

Entendo que a responsabilidade solidária não deve ser aplicada.

Isso porque, com relação ao citado art. 124, I, não houve a caracterização do interesse comum ao fato gerador, pois sua acepção é jurídica, pressupondo uma relação jurídica de duas ou mais pessoas configurando como contribuintes, isto é, somente aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Com efeito, não se reputa razoável a imputação da responsabilidade tributária por apenas o Sr Jorge Luiz Porto Motta ter participado, como procurador, em alguns societários que supostamente originou a infração fiscal.

Ainda, descaracterizo a aplicação do art. 135, III do mesmo dispositivo legal, pelas mesmas razões expostas acima, pois somente poderia ocorrer a responsabilização pessoal dos sócios quando estes agem com excesso de poderes ou infração de lei ou ainda de contrato social.

No Relatório não antevejo qualquer comprovação cabal das condutas dolosas praticadas pelo responsável solidário que ensejasse sua responsabilização. Assim, entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta. o que não foi verificado nesse caso.

Assim, julgo no sentido de cancelar a responsabilidade tributária solidária do Sr. Jorge Luiz Porto Motta.

DA RESPONSABILIDADE DO SR. JADAIR FERNANTES DE ALMEIDA

Consta nos autos os seguintes fatos relativos ao Sr. Jadair Fernandes de Almeida, conforme fls. 2938 e ss:

> Em relação às alterações sociais da Admaster Serviços Ltda:
>
> - em 05.12.2003, o Sr. Jadair, com 90,5% das quotas de capital retirou-se da Admaster, alienando suas cotas, por 10% de seu valor, para o Sr .Elias de Sá e Sr. Henrique Alvarenga dos Santos, respectivamente;
>
> - o Sr.Elias de Sá retirou-se da Sociedade em 16062005, alienando suas quotas ao Sr. Carlos José dos Santos;
>
> - conforme o contrato social da Admaster os sócios de direito passaram a ser o Sr. Raimundo Antonio de Oliveira e o Sr. Carlos José dos Santos;
>
> - como testemunha na alteração dos respectivos contratos sociais da Admaster estava o Sr. Ronaldo de Souza e Silva;
>
> - antes disto, em 08.12.2003, o Sr.Elias, como sócio majoritário da Admaster, outorgou poderes de mandato ao Sr. Ronaldo de Souza e Silva;
>
> - o Sr. Ronaldo de Souza e Silva, declarou que nunca conheceu o Sr. Elias de Sá, e que foi procurador da Admaster, por solicitação do Sr. Jadair Fernandes de Almeida, para cumprir exigências burocráticas;
>
> - o Sr. Ronaldo também declarou que prestava serviços como autônomo para o Sr. Jadair Fernandes de Almeida;
>
> - o Sr.Ronaldo acrescentou que para conseguir informações, andamento, retirada e anexar documentos junto a Órgão Público Federal, Estadual e Municipal da Admaster era necessário procuração, então, lhe foi dada pelo Sr. Jadair Fernandes de Almeida a procuração da Admaster para tais finalidades, sendo que toda e qualquer movimentação relacionada a Admaster era através do Sr. Jadair Fernandes de Almeida;

- o Sr. Ronaldo informou que assinou como testemunha o Contrato Social da Admaster de 05.12.2003, bem como as alterações contratuais de 14.09.2006, a pedido do Sr. Jadair Fernandes de Almeida, para o qual prestava serviços eventuais;

- o Sr.Ronaldo informou também que não tem qualquer conhecimento ou informação acerca dos Srs. Elias de Sá, Henrique Alvarenga, Raimundo Antonio de Oliveira e Carlos José dos Santos;

- do exame das declarações de rendimentos, DIRPF apresentadas, constatou-se que o Sr. Elias não possuía patrimônio declarado que pudesse inferir capacidade econômica financeira para dirigir a Admaster, pois, não existiram bens declarados nem rendimentos compatíveis com a condição de sócio da Admaster;

- constatou-se que o número do domicílio fiscal do Sr.Elias não existia.

Em relação à Surpark S/A, conforme já mencionado, o Sr.Roberto Fernandes declarou, em síntese, que:

- não autorizou sua inclusão como responsável da Surpark S/A, perante a RFB;

- não assinou nenhum documento para tal fim; em 2008, descobriu que constava como responsável pela Surpark no cadastro da RFB;

- neste momento por diversas vezes entrou em contato telefônico com o Sr. Jadair Fernandes de Almeida, visando retirar o nome do cadastro, pois não foi autorizado;

- o Sr. Jadair informou que iria retirar o meu nome em substituição ao nome de uma pessoa chamada Jorge, fato que não ocorreu;

- antes, em março de 2003, conheceu o Sr. Jadair, e, o mesmo, o contratou para prestar serviços de consultoria e elaboração de minutas de contratos comerciais, para diversas empresas, sendo remunerado como autônomo;

- o Sr. Jadair tinha o poder de decisão de muitas empresas; entre elas a Alternex, Admaster, Surpark S/A, Geomatica, Ecospar e outras;

- a partir do ano de 2004, não sabendo precisar o mês, não prestou mais serviços para o mesmo, praticamente perdeu contato com o Sr. Jadair e suas empresas.

Em relação à utilização da Admaster em operações distintas do objeto social:

- várias Pessoas jurídicas receberam recursos (TED) que saíram da conta bancária da Admaster informaram que nunca ouviram falar da Admaster, nem de seus sócios;

- foi verificado que as operações que deram origem às transferências de recursos eram estranhas à atividade operacional da Admaster;

- na escrituração mantida pela Admaster, tais recursos comprovadamente transferidos para terceiros, foram contabilizados como saindo do banco e ingressando no caixa da empresa, permanecendo até o final do ano-calendário de 2007;

- o titular de uma destas pessoa jurídicas, Sr. Alberto Villela Correa, após intimado a esclarecer e comprovar todas as informações acerca das TED recebidas

em 28/05/2007 e 30/05/2007, no valor de RS19.500,00 e RS 19.700,00, em sua conta bancária n° 7199074,

- mantida no BRADESCO, agência 34282, originadas da conta bancária mantida em nome da Admaster, informou que nunca ouviu falar na Admaster, mas apenas no Sr. Jadair.

Em relação à Geomática Tecnologias da Informação Ltda:

- após exame no Contrato Social, de 02122002, constantes do banco de dados da Junta Comercial constatou-se que o capital social da Geomática Tecnologias da Informação Ltda de R$1.000.000,00, totalmente integralizado, foi constituído da seguinte maneira: R$ 853.400 da Ecospar Serviços e Participações Ltda; R$ 94.500 de Paulo Eurico de Melo Tavares; R$ 47.500 de Marcelo de Castro Pereira da Silva; R$ 4.000 a Jadair Fernandes De Almeida, (Gerente da Geomática e representante da Ecospar); R$ 600 a Fernando Paiva Tavares;

- após exame na 2a alteração contratual da Geomática Tecnologias da Informação Ltda, de 16102004, constante do banco de dados da Junta Comercial ficou constatdo que:

- a Ecospar Serviços e Participações Ltda, representada por seu procurador legal, Sr. Jadair Fernandes de Almeida, cede e transfere suas cotas a Surpark S/A, representada por seu procurador, Sr. Jorge Luiz Porto Motta;

- o Sr.Jadair Fernandes de Almeida, cede e transfere suas cotas a Surpark S/A, representada por seu procurador, Sr. Jorge Luiz Porto Motta;

- Élcio Wilson Nascimento da Silva, cede e transfere suas cotas a Surpark S/A, representada por seu procurador, Sr. Jorge Luiz Porto Motta;

- a Surpark S/A nomeia e constitui seu representante legal junto a Geomática Tecnologias Da Informação Ltda, o Sr. Jadair Fernandes De Almeida.

- após exame nos demais documentos constantes do banco de dados da Junta Comercial, foi encontrada cópia do Mandado Geral de Administração e Disposição da Surpark S/A, de 28101993, autenticada em 09122004 pelo 17° Ofício de Notas, traduzido para a língua portuguesa por Tradutor Público Juramentado, onde consta, em vernáculo, legalização Consular ("....única e exclusivamente um ato de reconhecimento de firma...") , em que é conferido ao Sr. Jadair Fernandes de Almeida, amplos poderes de gerência, inclusive cessão para desfrute e disposição de todo o patrimônio da Surpark;

- após exame nos demais documentos, constante do banco de dados da Junta Comercial, encontrou-se substabelecimento de 05072004, cuja firma do Sr. Jadair foi reconhecida por semelhança, pelo cartório do 17° Ofício de Notas, em 09122004, em que consta que o Sr. Jadair. em nome da Surpark S/A. substabeleceu poderes ao Sr. Jorge Luiz Porto Motta, para assinar petições, termos, processos, declarações, contratos, alterações contratuais, discordar, acordar, desistir, etc;

- o Cartório do 17° Ofício de Notas da Capital, após ser oficiado pela Fiscalização, apresentou resposta, de 09082012, confirmando a veracidade do reconhecimento de firma da assinatura do Sr. Jadair Fernandes de Almeida aposta no Substabelecimento concedido ao Sr. Jorge Luiz Porto Motta, inclusive encaminhou cópia de identidade com foto do Sr. Jadair. De igual forma, o Tabelião do Cartório do 17° Ofícios de Notas, confirmou o ato de autenticação na tradução do Mandato Geral de Administração expedido por Surpark SA.

> De todo o acima exposto, é imperioso concluir que o Sr.Jadair Fernandes de Almeida, foi a pessoa física que, de fato, deteve poder de gerência e/ou direção das pessoas jurídicas Surpark S/A e Admaster Serviços Ltda, utilizando os Srs. Elias de Sá, Sr. Henrique Alvarenga dos Santos, Carlos José dos Santos, Raimundo Antonio de Oliveira e Aloisio Antonio da Rocha Pitta, cada um a seu tempo, como interpostas pessoas.
>
> Claro está, também, que o Sr.Jadair Fernandes de Almeida participou ativamente no negócio jurídico simulado, consubstanciado no Contrato Internacional de Autorização para Comercialização do software X_LYNX, firmado entre a Surpark S/A, (leia-se Sr.Jadair Fernandes de Almeida) e a Admaster Serviços Ltda, (leia-se Sr.Jadair Fernandes de Almeida) e do Contrato de Revenda do software X_LYNX firmado entre a Admaster Serviços Ltda, (leia-se Sr.Jadair Fernandes de Almeida) e a Soft Consultoria, a Interessada, (leia-se Srs. Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro), com o fim de fraudar/sonegar tributo

O Sr. Jadair Fernandes de Almeida apresentou Recurso às fls. 3179/3215, alegando não ser razoável a aplicável o art. 124, I, CTN, vez que não é voltado ao interesse comum com a prática tida como ilícita

Entendo que a responsabilidade solidário não deve ser aplicada.

Isso porque, com relação ao citado art. 124, I, não houve a caracterização do interesse comum ao fato gerador, pois sua acepção é jurídica, pressupondo uma relação jurídica de duas ou mais pessoas configurando como contribuintes, isto é, somente aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Com efeito, não se reputa razoável a imputação da responsabilidade tributária tendo como base os atos societários que balizaram as relações comerciais que supostamente originou a infração fiscal.

Ainda, descaracterizo a aplicação do art. 135, III do mesmo dispositivo legal, pelas mesmas razões expostas acima, pois somente poderia ocorrer a responsabilização pessoal dos sócios quando estes agem com excesso de poderes ou infração de lei ou ainda de contrato social.

No Relatório não antevejo qualquer comprovação cabal das condutas dolosas praticadas pelos responsáveis solidários que ensejasse sua responsabilização. Assim, entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta, o que não foi verificado nesse caso.

Assim, julgo no sentido de cancelar a responsabilidade tributária solidária do Sr. Jadair Fernandes de Almeida.

DA MULTA AGRAVADA

Em função das infração cometidas, a fiscalização aplicou a multa de ofício qualificada de 150%, nos termos do art. 957, II do RIR/99 (44, II da Lei nº 9.430/96)., *in verbis:*

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

> *(...)*
>
> *II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação anterior à alteração legislativa, vigente à época dos fatos)*

Todavia, a Recorrente entende que não faz jus à multa de 150% sobre o crédito tributário, uma vez que não restou comprovado a ação dolosa e o intuito de fraude em sua conduta.

Entendo, contudo, que a fiscalização logrou êxito em comprovar a fraude nas condutas adotadas pela Recorrente, conforme apontado no bojo do TVF, restando, portanto, caracterizada as hipóteses de fraude, dolo ou simulação, nos termos dos arts. 70 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Em face do exposto, entendo que a qualificação da multa deve ser mantida.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários para, no mérito, dar-lhes PARCIAL provimento a fim de afastar a responsabilidade tributária solidária dos sócios-administradores da Recorrente, Sr. Francisco Petruccelli e Sr. Girolamo Santoro, bem como do Sr. Jadair Fernandes de Almeida e do Sr. Jorge Luiz Porto Motta.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Voto Vencedor

Conselheiro Roberto Silva Junior - Redator Designado

Acompanho, em quase todos os pontos, o voto do ilustre Conselheiro Relator; peço licença, porém, para dele divergir quanto à responsabilidade tributária de Francisco Petruccelli, Girolamo Santoro, Jadair Fernandes de Almeida e Jorge Luiz Porto Motta.

Na hipótese de lançamento que coloca no polo passivo duas ou mais pessoas, como coobrigadas pelo pagamento do crédito tributário, tendo por base legal o art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, a exemplo do que ocorre no caso em exame, alega-se, com certa frequência, uma incompatibilidade desse dispositivo legal com o disposto no art. 135 do mesmo CTN, utilizado para imputar responsabilidade a administradores, diretores ou representantes de pessoas jurídicas.

É que o primeiro dispositivo (art. 124) cuida de responsabilidade tributária solidária, enquanto o segundo (art. 135) prevê responsabilidade pessoal. De acordo com determinada corrente de pensamento, a responsabilidade pessoal rechaçaria a solidariedade.

A meu juízo, entretanto, não existe a referida incompatibilidade.

A responsabilidade tributária prevista no art 135 surge quando a pessoa física exerce o encargo de administrar ou de gerir o patrimônio ou os negócios de pessoa jurídica, praticando, em nome desta, atos com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto. Nessa circunstância, por força do art 135, o administrador vem para o primeiro plano, passando a ocupar o polo passivo da relação tributária.

Se tais atos forem perpetrados pelo administrador, diretor ou preposto em benefício próprio, contra os interesses da pessoa jurídica, esta não integrará o polo passivo da relação tributária. Todavia, se os atos forem realizados em benefício do administrador, diretor ou preposto, valendo-se eles da pessoa jurídica como instrumento para a prática do ilícito, todos devem integrar o polo passivo, inclusive a pessoa jurídica.

Sendo duas ou mais pessoas físicas a praticar atos de gestão com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, todas elas devem figurar no polo passivo, na qualidade de devedores solidários. Note-se que responsabilidade pessoal não é sinônimo de responsabilidade exclusiva.

Na hipótese aqui aventada, a solidariedade vem do interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal. Referido interesse comum, por sua vez, decorre da atuação conjunta. Vale dizer, da efetiva participação ou atuação conjunta das pessoas físicas na ocorrência do fato gerador.

Para caracterizar o interesse comum, é necessário que fique evidenciado que as pessoas se associaram para a prática do fato gerador e do ilícito tributário, de forma voluntária, livre e consciente, ou seja, a pessoa ingressa no esquema por escolha própria, sem qualquer coação ou pressão, e consciente de tratar-se de ilícito que irá provocar prejuízo à esfera jurídica de terceiro.

Observe-se que a responsabilidade tributária não decorre da mera condição de sócio, acionista ou cotista; mas, sim, da prática de atos próprios de administrador, gerente, gestor ou preposto.

Por outro lado, o interesse comum, que firma entre os agentes o vínculo de solidariedade, não é de cunho econômico, mas jurídico. Ainda que o sócio, indiretamente, aufira alguma vantagem advinda da prática do ato ilícito, o lançamento não poderá se voltar contra ele, pois o interesse comum a que se refere o inciso I, do art. 124 do CTN não é interesse econômico. É interesse jurídico e surge da participação conjunta na prática do fato gerador.

Os que realizam o fato gerador do tributo e o ilícito tributário são os que voluntária e conscientemente se associam para tal fim. É dessa associação que vem o interesse comum. Nesse sentido, para ser sujeito passivo da obrigação tributária basta ingressar de forma livre, voluntária, e consciente no esquema fraudulento, sendo uma peça nesse engrenagem preordenada para fraudar o Fisco.

Eis a razão pela qual devem figurar no polo passivo da obrigação todas pessoas físicas e jurídicas envolvidas no ilícito. No lançamento, essas pessoas assumem a condição de devedores solidários, não se podendo cogitar de um lançamento autônomo contra cada uma delas individualmente, e tampouco de um lançamento contra apenas uma única pessoa, exonerando os demais envolvidos.

É exatamente essa a situação que se verifica no presente caso, como ficou demonstrado no Termo de Constatação Fiscal (fls. 7 a 156), e comprovado pelos documentos trazidos aos autos.

A Fiscalização apurou ter havido simulação nos negócios envolvendo as empresas Soft Consultoria Ltda., Admaster Serviços Ltda. e Surpark S.A., sendo estas duas últimas inexistentes de fato. O escopo era remeter irregularmente recursos para o exterior e fraudar a arrecadação tributária.

O esquema foi assim descrito no termo de constatação:

> (3) No decorrer do presente procedimento de ofício, ficou CONSTATADO que uma pessoa física denominada no presente Termo como "OPERADOR", utilizando duas pessoas jurídicas, inexistentes de fato (de "fachada"), sob seu controle, executou um "Esquema" de Sonegação Fiscal e de Remessa Irregular de Recursos ao Exterior, detalhadamente demonstrado no Capítulo VI do presente Termo, tendo como única beneficiária do "Esquema" a empresa SOFT CONSULTORIA LTDA;
>
> (4) A pedra fundamental, do "Esquema" sob foco fiscal, foi a utilização de duas empresas "de fachada" (SURPARK S/A e ADMASTER SERVIÇOS LTDA), para simular negócio jurídico relacionado com aquisição fictícia de milhares de cópias de um único suposto programa de computador denominado X_LYNX, supostamente importado do Uruguai, tendo como objetivos:
>
> 1 - Enviar fraudulentamente recursos ao exterior sob a falsa aparência de legalidade;
>
> 2 - Ocultar o real responsável pela remessa ilegal de recursos, a real causa de tais pagamentos e o real beneficiário destes recursos;

3 - Suprimir, deliberadamente, tributos e contribuições federais; (fls. 7 e 8)

A execução do esquema fraudulento não se faz sem o envolvimento de pessoas físicas, em especial daquelas que exercem funções de direção e administração da empresa. Nesse papel, coube a Francisco Petruccelli e Girolamo Santoro, sócios administradores da Soft Consultoria, assinar os contratos simulados de fornecimento de *software* com a Admaster Serviços Ltda., suposta fornecedora do produto no Brasil, e com a Construções e Comércio Camargo Correa S.A., a suposta destinatária dos mesmos produtos. A construtora Camargo Correa entregava as quantias a pretexto de pagamento pelas cópias do *software*. Os valores eram repassados, no Brasil, à empresa fictícia Admaster, que os remetia para outra empresa fictícia, a Surpark S.A., no Uruguai.

A participação de Jadair Fernandes de Almeida e de Jorge Luiz Porto Motta no esquema ilícito está vinculada às empresas Admaster e Surpark. O primeiro era sócio da Admaster, retirando-se da sociedade em 2003. Entretanto, por meio de interpostas pessoas, continuou a utilizar a pessoa jurídica, tanto assim que algumas pessoas ouvidas pela Fiscalização declararam que Jadair era o dono da empresa. Por outro lado, as pessoas que figuravam como sócias da Admaster não revelavam capacidade contributiva para tanto, nem receberam qualquer renda ou lucro advindo da atividade empresarial.

Jadair também tinha o controle da Surpark S.A., como comprova o documento denominado Mandado Geral de Administração e Disposição da Surpark, que lhe conferia amplos poderes de gerência e de disposição do patrimônio da empresa.

Jorge Luiz Porto Motta também praticou atos em nome de Jadair, de quem foi mandatário em alguns negócios jurídicos. Tomou parte, como testemunha, em negócios jurídicos simulados e foi procurador da Surpark de julho de 2004 a setembro de 2009. Portanto, seu envolvimento no esquema está caracterizado, assim como o dos outros três recorrentes.

Por fim, cabe registrar que a ausência de algumas pessoas, físicas e jurídicas, no polo passivo, por eventual erro ou omissão da autoridade fiscal, não torna inválido o lançamento, nem torna ilegítima a inclusão dos outros autuados, se a participação de cada um deles tiver sido devidamente comprovada nos autos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por negar provimento aos recursos interpostos por Francisco Petruccelli, Girolamo Santoro, Jadair Fernandes de Almeida e Jorge Luiz Porto Motta, reconhecendo legitimidade passiva a todos eles para figurarem no polo passivo da relação tributária.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior