



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

Processo nº 15563.720292/2011-63
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.238 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 8 de abril de 2014
Assunto IRPJ. Arbitramento do lucro com base em receitas obtidas em circularização.
Recorrente FLEXPACK INDUSTRIA DE EMBALAGENS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Inicialmente, esclareço que todas as indicações de folhas inseridas neste relatório e no subsequente voto dizem respeito à numeração digital do sistema e-Processo.

Trata-se de recurso voluntário interposto por FLEXPACK INDUSTRIA DE EMBALAGENS LTDA contra acórdão proferido pela 5ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I que concluiu pela procedência integral dos lançamentos efetuados.

Os créditos tributários lançados, no âmbito da DRF/Nova Iguaçu – RJ, referentes ao IRPJ e reflexos, devidos nos períodos de apuração correspondentes ao ano-calendário de 2007, totalizaram o valor de R\$ 11.615.387,27. Tal autuação foi fundamentada no arbitramento do lucro com base em receitas obtidas em procedimento de circularização.

Da autuação:

Em seu relatório, na essência, a decisão recorrida assim transcreveu o feito fiscal:

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 2074/2080, a presente autuação decorre das seguintes constatações:

- a ação fiscal foi programada pelo critério Vendas DIPJ Terceiros X Receita Bruta Declarada, com o escopo de se verificar o correto lançamento do IRPJ.

- a autoridade fiscal, tendo comparecido em 10/07/2010 no domicílio cadastrado e não localizado o autuado, remeteu correspondência à empresa e aos seus respectivos sócios: NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA – CNPJ. 03.939.374/000153, e JUVENAL JOSÉ MARINHO, CPF. 304.730.47853.

- foi verificado posteriormente que o sócio JUVENAL JOSÉ MARINHO, CPF. 304.730.47853, consta nos sistemas da Receita Federal como tendo ido a óbito desde 2006.

- pesquisas realizadas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, bem como na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro – JUCERJA, não apontam alteração contratual desde 2003.

- foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal Extensivo à empresa Cibrapel S.A. Indústria de Papel e Embalagens, CNPJ. 33.352.881/000169, com escopo de confirmar vendas de mercadorias/produtos que teriam sido feitas pela autuada à empresa citada.

- também foi intimado o Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS, CPF. 291.322.70828, sócio da empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA – CNPJ. 03.939.374/000153, a apresentar os elementos necessários para ação fiscal.

- Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS respondeu ser sócio com 1% da NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, não tendo conhecimento da empresa autuada, e que nunca assumiu a condição de sócio-gerente, razão pela qual não poderia apresentar qualquer documentação e esclarecimentos solicitados.

- novo Termo de Intimação em nome da autuada foi emitido, retornado o AR sem assinaturas, procedendo-se à intimação do sujeito passivo por meio de Edital, que produziu seus efeitos a partir de 18/10/2011.

- foi lavrado Termo próprio para constatação de que a autuada não se encontrava no domicílio fiscal indicado no cadastro, com a elaboração de representação fiscal para que fosse declarada a inaptdão da sua inscrição no CNPJ, fato que se efetivou com em 18/10/2011, com a edição do Ato Declaratório Executivo nº 109/2011, publicado em DOU em 09/11/2011.

- foram lavrados Termos de Cientificação, dirigidos ao Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS por via postal, e a própria autuada por Edital nº 61, de 18/10/2011, com efeitos a partir de 03/11/2011 (fls. 2047), comunicando a inclusão, no procedimento de fiscalização, do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, a ainda alertando quanto à possibilidade arbitramento de lucros, no caso da não apresentação dos elementos solicitados pela fiscalização.

- não ocorreu manifestação da autuada, em que pese os efeitos legais do edital a partir de 03/11/2011.

- o Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS foi intimado, em 23/11/2011, a apresentar os atos contratuais que comprovassem a sua condição de sócio na empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA.

- a intimação foi atendida, sendo que o intimado afirmou que nunca exerceu ou teve qualquer poder de gestão na empresa do sócio.

- em relação à quinta alteração contratual, registrada em 30/05/2011, foi admitida nova sócia da NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, a Sra. SOLANGE MARIA DE SOUZA, CPF. 731.503.71791, inclusive com atribuições administrativas, ato que também formalizou a retirada da sociedade o Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS.

- assim, ficou evidenciada omissão de receita, tendo em vista a falta de apresentação de qualquer elemento por parte da autuada, não comprovando a contabilização e o oferecimento à tributação da receita proveniente das vendas efetuadas através das Notas Fiscais relacionadas pela empresa circularizada.

A receita omitida foi apurada mês a mês conforme quadro abaixo:

(...)

- o lucro foi arbitrado com base nos artigos 530, inciso III, 532 e 537, todos do RIR/99.

INFRAÇÕES – IRPJ e CSLL

1ª Infração – incidência do coeficiente de 9,6% sobre as receitas trimestrais reconhecidas e declaradas, para determinação do IRPJ e CSLL.

2ª Infração – incidência do coeficiente de 9,6% sobre as receitas omitidas em cada trimestre, para determinação do IRPJ e CSLL.

Atuações reflexas – PIS e COFINS – em razão da omissão de receitas, procedeu-se ao lançamento de ofício, relativos ao PIS e COFINS, alíquotas de 0,65% e 3,00%, respectivamente.

Das impugnações:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/04/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 16/04/

2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 23/04/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMAN THO

ME

Impresso em 09/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Na mesma peça impugnatória (fls. 2134 a 2207), constou o nome da empresa autuada e da empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, com alegações que, na essência, assim foram relatadas pela instância *a quo*:

- alega a tempestividade.
- Em preliminar, da impossibilidade da sujeição passiva da empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA.
- Considerando o artigo 135 do CTN, a condição para caracterização da responsabilidade solidária tributária é a prática de atos com excesso de poderes, ou infração de leis, etc, devendo haver atitude dolosa do responsável.
- No caso dos autos inexistente dolo, seja por se tratar de pessoa jurídica, seja porque a prova prática dos referidos atos é do poder público, carecendo nos autos da referida prova, motivo pela qual é prematura a inclusão da requerente com responsável solidária na autuação fiscal, violando o artigo de lei acima aludido e o princípio do devido processo legal, até mesmo porque a presente impugnação demonstra que a primeira impugnante tem representação ativa e não concorda com os lançamentos tributários.
- Pelo exposto, deve ser promovida a exclusão da empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA da sujeição passiva tributária dos autos de infração em comento.
- Houve afronta ao Princípio do Contraditório, da Ampla Defesa e da Verdade Material, posto que, apesar da representante legal das empresas estar em local certo, não houve a intimação adequada para acompanhamento da verificação no processo fiscal, de modo que todo o processo está eivado de nulidade pela ausência de acompanhamento o que culminou no lançamento de tributos por estimativa, fato que por si só já demonstra a nulidade dos autos de infração.
- O auto de infração não preenche os requisitos formais elencados pela lei, impossibilitando ao autuado exercer o seu direito à defesa e ao contraditório, afrontando o princípio da verdade material.
- O auto de infração ora impugnado peca por não conter o preciso enquadramento legal do suposto ilícito fiscal, o que prejudica não só o autuado, restringindo-lhe o direito de defesa, como também impõe obstáculo à atividade do próprio órgão julgador, na discussão administrativa da matéria.
- Não há que se falar que o Auto não merece ser anulado devido ao fato de que a defesa foi apresentada de forma demonstrar que o contribuinte tinha ciência da matéria em questão, porque é obrigação da Administração Pública preencher os requisitos do artigo 142 do CTN.
- A verificação da ocorrência do fato gerador não se deu de forma a garantir o direito da ampla defesa e contraditório do contribuinte, nem mesmo possibilitou que próprio julgador tivesse uma visão clara dos fatos ocorridos diante das intimações edilícias e do lançamento por estimativa.
- A matéria tributável também não restou bem definida, já que não precisa a capitulação da infração supostamente realizada pela autuada.

• Foi problemática a forma com que a autoridade fiscal aplicou a penalidade que entendeu cabível. Isso porque, se não restou devidamente verificada a ocorrência do fato gerador, impossível a culminação de penalidade.

• Pelo exposto, o lançamento deve ser julgado nulo.

• Quanto ao mérito, há ausência de prova inequívoca da omissão de receita.

• Deve ser aplicado subsidiariamente os artigos 332 e 333 do CPC.

• Nos autos, não há prova direta, apenas indícios, interpretados pelo Fisco de forma a tentar caracterizar receita que não restou comprovada, de modo que todos os lançamentos são nulos e insustentáveis sob o prisma do ônus da prova.

• A fiscalização não diligenciou no sentido de tentar comprovar a receita de forma idônea.

• Não concorda com a sistemática utilizada, sendo que, a partir do momento que discordou do lançamento e questionou a presunção utilizada pela administração pública, não se pode falar em inversão do ônus da prova, que continua sendo do fisco por imposição legal.

• O Termo de Verificação Fiscal deixa transparecer que era do contribuinte a obrigação de comprovar a existência e a origem das receitas, sendo que a simples falta dessas informações consubstanciaria a omissão de receitas, o que é um erro diante da lei processual, comprovando o fato de que fora utilizada presunção para fundamentar o lançamento fiscal.

• Além da constatação dos créditos em favor do contribuinte, haveria a necessidade de comprovação do nexos causal entre ele e o fato que representasse efetiva omissão de receitas para que o lançamento fosse considerado procedente e eficaz, não demonstrado pelo fisco nos autos.

• A utilização da presunção como fundamento para a lavratura de auto de infração deve ser utilizada com extrema cautela pelo Fisco, sendo que quando o contribuinte questiona especificamente esse método, cabe à autoridade administrativa o ônus de comprovar a eficácia de sua autuação.

• Como um ato administrativo vinculado, o lançamento em questão deve pautar-se no texto legal, não cabendo à autoridade autuante a interpretação de dispositivos legais (discricionariedade) para detectar a ocorrência do fato gerador de tributos, não podendo, por conseguinte, unicamente a presunção simples ser aceita para fundamentar a constituição de crédito tributário.

• Quanto à multa, não se conforma com sua aplicação em alíquota máxima, tendo em vista que as impugnantes não são reincidentes na suposta infração, cabendo, por amor ao debate, na alíquota mínima, de 50%.

• Só cabe a majoração quando comprovado as circunstâncias qualificadoras previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, o que não restou comprovados nos autos.

• Logo, que seja aplicada a multa em seu grau mínimo, tendo em vista a não reincidência e não comprovação de ocorrência de qualquer circunstância qualificadora.

Houve também apresentação de peças impugnatórias, em seus próprios nomes, por parte da Sra. SOLANGE MARIA DE SOUSA (fls. 2198 a 2203) e do Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS (fls. 2221 a 2226).

Da decisão recorrida:

A já mencionada 5ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I, ao apreciar a impugnação interposta, proferiu o Acórdão nº 12-46.549, de 17 de maio de 2012, por meio do qual decidiu pela integral procedência do feito fiscal.

Assim figurou a ementa do referido julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

Ementa:

NULIDADE Inocorrência – O lançamento com base nos preceitos legais, bem como a observância do amplo direito de defesa afasta a hipótese de nulidade do lançamento.

OMISSÃO DE RECEITAS – CIRCULARIZAÇÃO – Caracteriza-se omissão de receitas os valores apurados com base nas Notas Fiscais emitidas pela autuada, e obtidas com os adquirentes de seus produtos, e que não foram oferecidos à tributação.

LUCRO ARBITRADO – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS – O lucro deve ser arbitrado quando não são apresentados os livros contábeis e fiscais, com base no artigo 530, inciso III do RIR/99.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA.

Os juros de mora, com base na taxa SELIC, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas.

Quanto à admissibilidade das impugnações apresentadas, só foi conhecida a da empresa efetivamente autuada, a qual foi assinada pela Sra. SOLANGE. Relativamente à empresa NIRWALD DO BRASIL, a decisão recorrida não conheceu da sua impugnação porque sua responsabilidade solidária, resultante da ação fiscal, só foi atribuída aos créditos tributários de IPI lançados em auto de infração consubstanciado em outro processo administrativo, o de número 15563.720293/2011-16. O mesmo raciocínio foi aplicado com relação à impugnação apresentada pelo Sr. RODOLFO. Por sua vez, relativamente à Sra. SOLANGE, sua impugnação não foi conhecida porque esta foi intimada dos autos de infração do presente processo apenas pelo fato de constar como sócia administradora da empresa NIRWALD DO BRASIL e não na qualidade de contribuinte ou responsável pelo crédito tributário constituído.

Dos recursos voluntários:

Houve novamente reunião de partes numa mesma peça contestatória (fls. 2299 a 2315). Desta feita, em 17/09/2012, apresentaram-se como recorrentes a empresa autuada e a empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA representadas por sua sócia administradora, a Sra. SOLANGE MARIA DE SOUSA.

Posteriormente, em 13/02/2013, a empresa NIRWALD DO BRASIL apresentou novo recurso (fls. 2264 a 2279) assinado pela mesma sócia administradora, a Sra. SOLANGE MARIA DE SOUSA.

O conteúdo de ambos os recursos é idêntico e repetem as alegações acima reproduzidas no tocante à impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

A empresa NIRWALD DO BRASIL REPRESENTAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA já havia apresentado impugnação conjunta com a empresa autuada. A decisão recorrida não conheceu a legitimidade da sua impugnação porque a responsabilidade solidária que lhe foi atribuída pela ação fiscal referiu-se exclusivamente aos créditos tributários de IPI lançados em auto de infração consubstanciado em outro processo administrativo, o de número 15563.720293/2011-16.

Como tal empresa não é sujeito passivo e não integra a relação tributária objeto do presente processo, em consonância com o que prevê o artigo 14 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), não foi instaurado o litígio relativamente a este sujeito passivo. Neste aspecto, está correta, então, a decisão da instância *a quo*.

Nos dois recursos apresentados não há qualquer insurgência quanto a este posicionamento da DRJ. Portanto, também não tomo conhecimento: (i) do primeiro recurso, relativamente à empresa NIRWALD DO BRASIL; e (ii) do segundo recurso, em toda a sua integralidade.

Relativamente à empresa autuada, por outro lado, o primeiro recurso é legítimo. Porém, há que se verificar os requisitos de admissibilidade.

Conforme informado no Termo de Verificação Fiscal: (i) procedeu-se duas inspeções (em 10/07/2011 e 05/10/2011) no endereço da empresa informado no cadastro da Receita Federal e não se constatou sua presença física no local; (ii) foram enviadas correspondências contendo o Termo de Início do Procedimento Fiscal, para os endereços: (ii.1)

da própria empresa fiscalizada, sem que tenha havido resposta, apesar de o AR ter retornado com assinatura de recebimento (fls. 51); (ii.2) dos sócios informados naquele mesmo cadastro, a já citada empresa NIRWALD DO BRASIL (com quase 99% do capital social) e JUVENAL JOSÉ MARTINHO (que consta como o responsável pela empresa no cadastro), mas não houve respostas. Quanto a este último, constatou-se depois que tinha ido à óbito desde 2006. Verificou-se também que não havia registro de alterações contratuais, nem no cadastro da Receita Federal, nem no da JUCERJA, desde 01/09/2003. Posteriormente, em razão do óbito constatado, resolveu-se intimar também o Sr. RODOLFO MAQUINEZ DOS SANTOS, uma vez que este figurava como sócio da NIRWALD DO BRASIL no cadastro da Receita Federal. Sua resposta foi no sentido de que não tinha nada a informar porque nunca assumiu a condição de sócio gerente desta empresa. Em seguida, o Sr. RODOLFO foi novamente intimado, desta vez para comprovar a condição alegada. Nesse sentido, apresentou, então, os respectivos atos contratuais de ingresso e retirada do quadro societário da NIRWALD DO BRASIL. Outros atos foram ainda expedidos em nome da empresa fiscalizada sem que essa tenha se manifestado.

Depois de lavrados os autos de infração resultantes, a fiscalização envidou novos esforços a fim de proceder intimações, agora, para ver concretizada a ciência dos sujeitos passivos identificados, tanto a empresa contribuinte, quanto os responsáveis solidários (estes últimos no que se refere ao lançamento do IPI consubstanciado no outro processo já mencionado). Foram providenciadas novas correspondências e editais de intimação. Uma dessas correspondências (fls. 2128 e 2129) foi enviada para SOLANGE MARIA DE SOUSA, no seu endereço cadastrado na Receita Federal. Isso porque havia sido detectado que essa seria a nova sócia administradora da NIRWALD DO BRASIL, conforme informação contida no ato contratual de retirada apresentado pelo Sr. RODOLFO (fls. 2056 a 2063), cujo registro no órgão competente do Estado de São Paulo figura como tendo sido efetivado em 31/05/2011. Cumpre, então, ressaltar que a Sra. SOLANGE foi intimada na qualidade de sócia administradora da empresa NIRWALD DO BRASIL por ter sido atribuída a esta a responsabilidade solidária sobre os créditos tributários de IPI consubstanciados em outro processo. A própria Sra. SOLANGE, em sua peça impugnatória (fls. 2198 a 2203) que restou não conhecida pela instância *a quo*, deixou bem clara sua condição de deter os poderes de administração sobre a empresa NIRWALD DO BRASIL e não sobre a empresa autuada.

Nesse contexto, verifico que a representação processual da empresa autuada (a FLEXPACK), pela Sra. SOLANGE, não está confirmada. Se é verdade que ela tem poderes para representar a NIRWALD DO BRASIL, não se pode atestar o mesmo quanto à empresa autuada. O único ato societário desta empresa (a FLEXPACK) juntado aos autos (o Instrumento Particular de Alteração e Consolidação Contratual registrado na JUCERJA em 14/10/2003, que possui três cópias anexadas às fls. 2064/2073, 2115/2124 e 2175/2194) informa, de fato, que a empresa NIRWALD DO BRASIL seria sua sócia majoritária, mas determina que sua administração seria exercida pelo sócio minoritário, o já mencionado JUVENAL JOSÉ MARTINHO. Não há nenhuma referência à Sra. SOLANGE.

Diante disso, entendo que o processo deva ser saneado em razão da reconhecida possibilidade de aplicação subsidiária das normas processuais civis no processo administrativo. Neste sentido, o artigo 13 do CPC possui o seguinte conteúdo:

Art. 13 – Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará

Processo nº 15563.720292/2011-63
Resolução nº **1102-000.238**

S1-C1T2
Fl. 2.326

prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II - ao réu, reputar-se-á revel;

III - ao terceiro, será excluído do processo.

Portanto, proponho que o julgamento seja convertido em diligência para que a unidade de origem intime, num prazo de 15 (quinze) dias, a empresa autuada a apresentar o ato societário que confirme ou regularize a representação processual da Sra. SOLANGE MARIA DE SOUSA. Advirta-se que a falta de uma dessas providências implicará no não conhecimento do recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator