



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

Processo nº 15586.720557/2012-46
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1801-000.357 – 1ª Turma Especial**
Data 22 de outubro de 2014
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente E. H. DOS SANTOS - COMÉRCIO DE IRRIGAÇÃO - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem, os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento na realização de diligências, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich– Presidente

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Fernando Daniel de Moura Fonseca, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Rogério Aparecido Gil e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

Relatório.

Cuida-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da 3a. Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro/RJ que, por unanimidade de votos, manteve integralmente as exigências consubstanciadas nos autos.

O presente processo trata de autos de infração que constituíram IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com crédito tributário no valor total de R\$ 195.090,58, incluídos os valores principais, multa de ofício qualificada e juros de mora calculados até a data da lavratura.

Relata a auditoria fiscal (e-fls. 74/101) que após longo procedimento de fiscalização, constatou que a empresa E. H DOS SANTOS – COMÉRCIO DE IRRIGAÇÃO – ME, na verdade foi constituída para dar continuidade a empresa IRRIGAZON COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES DE IRRIGAÇÃO E IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS LTDA, de propriedade de DARLY CARLOS ZON.

Por possuir dívidas tributárias e previdenciárias que não podia honrar, DARLY CARLOS ZON, sócio proprietário da IRRIGAZON COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES DE IRRIGAÇÃO E IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS LTDA, providenciou a constituição da E. H. DOS SANTOS – COMÉRCIO DE IRRIGAÇÃO – ME, no mesmo endereço da IRRIGAZON, mas em nome de um “laranja” ou “testa de ferro”, EDVALDO HENRIQUE DOS SANTOS, para que, assim, pudesse continuar trabalhando e exercendo o mesmo tipo de comércio da empresa IRRIGAZON.

Tais fatos teriam sido confirmados em depoimentos prestados a auditoria fiscal, por várias pessoas, dentre elas EDVALDO HENRIQUE DOS SANTOS, ARCENDINO TEIXEIRA DE MORAES, DARLY CARLOS ZON FILHO, e até pelo próprio DARLY CARLOS ZON, conforme termos anexados aos autos.

Apesar de intimado, o contribuinte teria deixado de apresentar as informações bancárias à auditoria, assim como teria apresentado Livro Caixa sem a escrituração da movimentação bancária, mantendo-as à margem da escrituração.

No período fiscalizado a empresa teria optado pelo Simples Federal, de 2004 a junho de 2007, e pelo Simples Nacional, de julho a dezembro de 2007.

Pelo Ato Declaratório nº 13/2012, a empresa foi excluída do Simples Federal, com efeitos a partir de 01/01/2007, pela constatação de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas, com fundamento no inciso IV do art. 14 e inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996.

Da mesma forma, foi excluída do Simples Nacional, pelo Ato Declaratório nº 12/2012, pelo mesmo fato, com fundamento no art. 29, IV e § 1º. da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Não comprovou a origem do valor de R\$ 2.207.193,40, creditado em suas contas-correntes bancárias no período de 2007, 2008 e 2009.

Excluída da sistemática simplificada foi a empresa intimada a optar pela apuração de seus resultados com base no lucro real ou presumido. Optou pelo lucro presumido, mas o Livro Caixa apresentado não continha o registro da movimentação financeira, o que determinou o arbitramento dos lucros da empresa.

Tomou-se como receita bruta conhecida a somatória das receitas declaradas e escrituradas obtidas na revenda de mercadorias e na prestação de serviços, com aquelas omitidas, presumidas com base nos depósitos bancários não comprovados. Dos valores apurados foram deduzidos aqueles declarados no regime simplificado.

A multa de ofício foi qualificada, pelo evidente intuito de fraude.

Foram lavrados termos de sujeição passiva solidária a DARLY CARLOS ZON e DARLY CARLOS ZON FILHO.

A empresa, por intermédio de procurador, apresentou impugnação, cujas razões de defesa foram assim resumidas no relatório do acórdão proferido pela DRJ/RJI:

11. Em impugnação às fls.829/847, o interessado, por seu procurador, César Augusto Gomes, diz, em sede de preliminar, que o Auto de Infração contém duas falhas graves, que impedem a sua continuação como documento válido para exigir tributo. Alega que:

a) Darly Carlos Zon, tido e havido como gente cumpridora pontual de seus deveres e obrigações, teve seus bens bloqueados, porque casado com a irmã do deputado José Mauro Gomes e Gama, envolvido em complexo processo de desvio de verbas públicas;

b) Darly Carlos Zon usou, para pagar dívidas, as contas bancárias do primogênito, Darly Carlos Zon Filho (Darlzinho), que, “não durou dois anos e foram fechadas por cheque sem fundos”;

c) “quando a Receita Federal chamou Darlzinho para depor, Darly Carlos Zon assumiu toda a responsabilidade e mesmo assim teve o desencanto de ver o seu primogênito e esposa autuados pela Receita Federal”;

d) a vinculação de contador, caseiro e filhos, como co-responsáveis, se choca com o § 5º do art.42, da Lei nº 9.430, de 1996, segundo o qual, comprovada a interposição, “o ilícito tributário deve incidir somente sobre o beneficiário efetivo dos recursos”;

e) apesar de terem sido arrolados Evaldo Henriques dos Santos (caseiro, por ter conhecimento dos procedimentos fraudulentos adotados), Arcendino Teixeira de Moraes (contador, por ter pedido a Evaldo para assinar alguns papéis da contabilidade), Darly Carlos Zon Filho (por assessorar o pai, Darly Carlos Zon), Dalila Gama Zon (filha), Sidney Zon, irmão de Darly Carlos Zon (por terem aceito ser sócios da empresa) e Darly Carlos Zon (o usufrutuário das movimentações financeiras), o responsável único é Darly Carlos Zon;

f) “neste caso, mesmo com a interposição forçada de pessoa, um Juiz Federal decidiu que não houve a deliberação e a expressa vontade de cometer o crime de apropriação indébita ao não repassar ao INSS os encargos retidos dos funcionários da antiga empresa Irrigazon Ltda, sucedida pela E.H. Santos Ltda”;

g) “senhores julgadores da DRJ/RJO, está mais do que provado que Darly Carlos Zon é um homem de propósitos retos, que só desviou para a interposição de terceira pessoa em atitude desesperada, com centenas de protestos de duplicatas”.

12 Acerca da base de cálculo da exigência, o interessado diz que, “para apurar a efetiva omissão, a autoridade lançadora, em lugar de subtrair dos depósitos bancários as receitas registradas, somou-as, majorando a base de cálculo em mais de hum milhão e trezentos mil reais, conforme cálculos abaixo, feitos a partir de fls.17 e 19 do Termo de Verificação”:

[transcreve demonstrativo apresentado na defesa] 13 Com relação à responsabilização tributária, o interessado afirma que:

13 Com relação à responsabilização tributária, o interessado afirma que:

a) “através do art.58 da Lei nº 10.627/2002, foi introduzido um § 5º no art.42 da Lei nº 9.430, de 1996, pelo qual as autoridades fiscais podem identificar quem é o efetivo responsável pelo tributo, que, sozinho, se responsabilizará pelos atos irregulares”;

b) Darly Carlos Zon compareceu à Receita Federal e disse com todas as palavras que era o único responsável pelas movimentações bancárias indevidas, e ofereceu o seu CPF como o canalizador de todos os ilícitos que a Repartição apurasse contra seus filhos, esposa e seu colaborador, e, mesmo assim, nunca teve um MPF lavrado em seu nome, e continua à margem da fiscalização tributária;

c) não concordando com a situação de não ter sido intimado, Darly Carlos Zon fez carta à Delegada, e assumiu toda a responsabilidade como o efetivo e único movimentador em prol de suas empresas – Irrigazon e depois E. H. dos Santos – das contas bancárias abertas em nome das filhas, do filho e do funcionário;

d) Darly Carlos Zon Filho prestou em 25.03.2008 termo de depoimento à fiscalização e disse literalmente que seu pai movimentava, pela sistemática de cheques em branco, as contas bancárias, ficando demonstrada a interposição de pessoas;

e) o patrimônio de Darly Carlos Zon bloqueado é de tal proporção que cobra com folga o débito do cunhado com a reparação à Fazenda do Estado do Espírito Santo e os tributos federais;

f) o auto de infração deve ser cancelado na íntegra porque “a autoridade desobedeceu, de frente, a legislação tributária, por lavratura e solidarização de pessoas imunes à imputabilidade tributária, por expressa previsão legal”;

g) “os primeiros cinco nomes listados na página 23 do TVI, Arcendino, Dalila, Sidnei, Darly e Edevaldo não têm gabarito comercial ou financeiro para movimentar valores de tais proporções, inclusive com saldos negativos diários em bancos acima de R\$ 20.000,00, e, são imunes à imputabilidade do fisco federal”;

h) “apenas Darly Carlos Zon, que é o gerente, o movimentador, o pagador e o recebedor tem vínculo com o fato gerador”.

14 O interessado reproduz jurisprudência e diz que os processos de exclusão do Simples estão em andamento no Carf e que sobre eles não há decisão definitiva.

15 O interessado pede que o auto seja declarado nulo porque houve a majoração da base de cálculo, derivada da soma das receitas declaradas aos depósitos bancários e porque houve imposição de responsabilidade tributária sobre sujeitos passivos impróprios e em desacordo com legislação de origem.

16 Foi lavrada representação fiscal para fins penais (processo nº 15586.720571/201240, apensado).

A Turma Julgadora de 1ª Instância afastou a preliminar de nulidade suscitada e observou que não haveria necessidade de haver decisão definitiva acerca da exclusão do Simples para que se prossiga no julgamento dos autos de infração.

Reproduzindo trechos do Termo de Verificação, justificou o arbitramento dos lucros na ausência de escrituração da movimentação financeira no livro caixa, imprescindível para abrigar a forma de tributação adotada pela recorrente, o lucro presumido, quando por ocasião da exclusão da sistemática simplificada..

Entendeu como correta a apuração da base de cálculo para o arbitramento e apuração dos tributos, assim como a sujeição passiva solidária, observando que o fato de Darly Carlos Zon ter admitido a responsabilidade pelos atos, não poderia modificar o conceito de contribuinte e responsável adotado pela legislação tributária.

Observou que a multa qualificada não foi expressamente impugnada e, assim, considerou improcedente as razões de defesa, mantendo integralmente as exigências.

Cientificada da decisão, em 01/08/2012 (AR...), apresentou recurso voluntário em 28/08/2013, no qual reproduz as razões de defesa deduzidas na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez, Relatora.

Como se depreende do relato, no período fiscalizado a empresa optou pelo Simples Federal, de 2004 a junho de 2007, e pelo Simples Nacional, de julho a dezembro de 2007.

Pelo Ato Declaratório nº 13/2012, foi excluída do Simples Federal, com efeitos a partir de 01/01/2007, pela constatação de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas, com fundamento no inciso IV do art. 14 e inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996.

Da mesma forma, foi excluída do Simples Nacional, pelo Ato Declaratório nº 12/2012, pelo mesmo fato, com fundamento no art. 29, IV e § 1º. da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Em consulta ao sistema E-processo verifiquei que os dois processos, de números 13768.720092/2012-60 e 13768.720093/2012-12, estão aguardando distribuição para julgamento.

A Portaria RFB nº 666, de 2008, que dispõe sobre a formalização de processos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), assim determina:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

...

III - as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente;

...

§ 3º Sendo apresentadas pelo sujeito passivo manifestação de inconformidade e impugnação, as peças serão juntadas aos processos de que tratam os incisos II e III.

Art. 3º Os processos em andamento, que não tenham sido formalizados de acordo com o disposto no art. 1º, serão juntados por anexação na unidade da RFB em que se encontrem.

Art. 4º O disposto no art. 2º aplica-se aos processos formalizados a partir da publicação desta Portaria.

(grifos acrescidos)

Em que pese o Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal (PAF), não ter tratado da conexão ou da continência processual, o Código de Processo Civil deve ser aplicado, de forma subsidiária.

Assim dispõem os artigos que disciplinam a matéria:

Código de Processo Civil - CPC

Art.102. A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência, observado o disposto nos artigos seguintes.

Art.103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Art.104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art.105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente [...].

(grifos não pertencem ao original)

Assim, há matéria prejudicial ao mérito, de cunho processual, a ser apreciada

O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ricarf (Portaria MF nº 256/09), em seu artigo 6º e 49, § 7º, do Anexo II, dispõem:

Art. 6º Verificada a existência de processos pendentes de julgamento, nos quais os lançamentos tenham sido efetuados com base nos mesmos fatos, inclusive no caso de sujeitos passivos distintos, os processos poderão ser distribuídos para julgamento na Câmara para a qual houver sido distribuído o primeiro processo.

*Parágrafo único. Os processos referidos no **caput** serão julgados com observância do rito previsto neste Regimento.*

[...]

Art. 49. Os processos recebidos pelas Câmaras serão sorteados aos conselheiros.

[...]

§ 7º Os processos que retornarem de diligência, os com embargos de declaração opostos e os conexos, decorrentes ou reflexos serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio, ressalvados os embargos de declaração opostos, em que o relator não mais pertença ao colegiado, que serão apreciados pela turma de origem, com designação de relator ad hoc.

(grifos não pertencem ao original)

É competência regimental do Serviço de Controle de Julgamento (Secoj) a distribuição de processos, dentro do órgão – artigo 20, inciso III, Anexo I:

Art. 20. Ao Serviço de Controle de Julgamento (Secoj) compete:

(...)

III - distribuir e movimentar os processos administrativos fiscais para as Seções e Câmaras;

Destarte, deve o **Secoj** proceder na forma determinada pelo art. 3º da Portaria RFB nº 666, de 2008, e remeter os processos administrativos nºs 13768.720092/2012-60 e 13768.720093/2012-12, devidamente digitalizados e juntados por anexação ao presente, a esta Conselheira, para que se possa proceder à apreciação e votação conjunta com o presente litígio, por flagrantemente interligados seus objetos. Na oportunidade, o presente processo deverá ser remetido de igual forma a esta Conselheira.

Pelo exposto, voto no sentido de converter o julgamento na realização de diligência a ser cumprida pelo **Secoj do Carf**.

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez