



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15940.720161/2012-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-009.783 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de dezembro de 2021
Recorrente INCORVIL - DISTRIBUIDORA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE LONAS PARA COMUNICACAO VISUAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. COMPROVAÇÃO.

Para o enquadramento na regra do art. 124, I, do CTN, necessário que a fiscalização comprove, de forma contundente, a realização conjunta do fato gerador pelo autuado e correspondentes solidários, com a existência de vínculo jurídico que implica na realização conjunta do fato descrito na lei (da hipótese tributária). No presente caso, demonstrado o interesse comum da pessoa que, em conluio com o contribuinte, se evadiu do pagamento dos tributos devidos à Fazenda Pública.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

MULTA. ALEGAÇÃO DE CONFISCO. INCOMPETÊNCIA CARF. SÚMULA CARF 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, a multa de ofício deve ser qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), Cynthia Elena de Campos, Marcos Antônio Borges (suplente convocado) e Thais de Laurentiis Galkowicz. Ausente o Conselheiro Jorge Luis Cabral, substituído pelo Conselheiro Marcos Antônio Borges (suplente convocado). Ausentes os Conselheiros Lázaro Antonio Souza Soares e Renata da Silveira Bilhim.

Relatório

Por bem sintetizar os acontecimentos que envolvem o presente processo, peço vênha para adotar o relatório do Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias veiculado na Resolução n.º 1302-000.767, de 17/07/2019:

Trata-se de Auto de Infração (fls. 5.117 e seguintes) lavrado em face do contribuinte INCORVIL - Distribuidora Comércio Importação e Exportação, em que foram constituídos créditos tributários de IPI, no valor total de R\$1.977.961,27 (principal, multa e juros), referente ao ano-calendário de 2007.

Houve, também, a imputação de responsabilidade tributária solidária à empresa Vulcan Material Plástico Ltda., com base no artigo 124, inciso I do CTN, como se depreende do Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 5.072 e 5.073.

Como se depreende da acusação fiscal (Termo de Verificação acostado às fls. 5.074 a 5.116 dos autos), após um longo processo fiscalizatório, contatou-se vários vícios e irregularidades nas demonstrações contábeis da empresa Incorvil, além de terem sido negados, à fiscalização, acessos a livros fiscais e contábeis de guarda obrigatória pela entidade.

Desta forma, não houve alternativa à fiscalização senão arbitrar o lucro da entidade, para fins de cálculo do IRPJ e da CSSL, com base no artigo 532 e 224 do então vigente RIR/99 (Decreto n.º 3.000).

No que tange ao IPI, como se observa do TVF, com base nos arquivos do SINTEGRA fornecidos pela Incorvil, *“foram construídos relatórios mensais (MAD – Modelo Analítico Dinâmico) para as entradas e saídas, apurando-se os valores de débito e crédito do imposto e comparando com aqueles escriturados no Livro Registro de Apuração do IPI-RAIPI. Também, por amostragem, utilizando-se desses relatórios, foram selecionadas NF de entrada e saída a fim de se verificar os valores de IPI lançados a crédito e débito”*

A fiscalização, por outro lado, demonstrou que, em verdade, a empresa Incorvil seria utilizada pela empresa Vulcan para prática de atos ilícitos, em especial para fugir das responsabilidades fiscais.

O relatório do acórdão proferido pela DRJ de Ribeirão Preto (SP) resume bem a acusação fiscal no que tange a esta proximidade das empresas – Incorvil e Vulcan – e as ilações do agente que promoveu a autuação ora analisada. Por isso, pede-se vênha para transcrevê-lo:

Em consulta ao sistema DATAPREV CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais – foi confirmado o vínculo empregatício de André Bender e de Ronilson Ciro Azevedo com a empresa VULCAN.

Verificado nos arquivamentos da Junta Comercial do Estado de São Paulo que a empresa estaria com o endereço na Avenida César Simões, 375-Parte, Jardim Henriqueta, Taboão da Serra/SP, a partir de 20/07/10, também foi feita diligência, conforme Termo de Constatação Fiscal em anexo, assinado pelos AFRFB, neste endereço, comprovando-se que existe apenas o número 375, no qual funciona atualmente a empresa Adamastor Misleri Rech- EPP. Em conversa com a funcionária dessa empresa, Sra Vivian, os Auditores-Fiscais tomaram conhecimento de que o proprietário desse imóvel é o Sr. João Sidnei Gesse. Em conversa, via telefone, o Sr. Gesse informou aos Auditores-Fiscais que no ano de 2007 e/e alugou o prédio em questão para a INCORVIL que era uma "subsidiária" da VULCAN e que as negociações afetas à locação eram feitas com um diretor da VULCAN. Tendo em vista os fatos narrados, os Auditores-Fiscais concluíram pela inexistência da EDSR20 nos dois endereços acima descritos e pela existência de estreito vínculo entre as empresas INCORVIL e VULCAN.

Em diligência ocorrida na empresa Vulcan Material Plástico Ltda, situada à Rua Horácio Manley Lane, 300, São Roque/SP, os Auditores-Fiscais foram recebidos pelo Sr. Daniel Schmidt da Silva-CPF: 773.597.120-67- que se apresentou como gerente da fábrica e que prestou as seguintes informações: a)- A Incorvil é cliente da Vulcan, que fabrica lonas para impressão, toldos e comunicação visual, e que os negócios entre ambas situa-se na faixa de R\$ 500.000,00/ano; b)- A Vulcan funcionava no número 400 da Rua Horácio Manley Lane enquanto a VINITEX (hoje INCORVIL) funcionava no número 300 da mesma rua; c)- Entre os anos de 2002 e 2003 a Vulcan adquiriu a Vinitex e passou a funcionar nos dois números - 300 e 400; d)- Foram adquiridos da Vinitex fundo de comércio, máquinas, patentes e marcas como a "Viniforte"; e)- Atualmente a Vulcan funciona somente no número 300 e no número 400 está em atividade a empresa Látex São Roque; f)- Quem vendeu a Vinitex para a Vulcan foi o Sr. Dalvares. Seguidamente, o Sr. Herik Henrique de Camargo-CPF:164.408.568-20, que foi funcionário da Vinitex(incorvil) e atualmente é funcionário da Vulcan, relatou aos Auditores-Fiscais o que se segue: a)- A Incorvil tinha cerca de noventa empregados e quando ela foi vendida para a Vulcan, ele se afastou por problemas de saúde; b)- Ele começou a trabalhar na Vulcan em 2007.

Nas notas fiscais emitidas pela empresa Hotel Cordialle Ltda, verifica-se: a nota fiscal nº 4057 emitida em 13/07/2007, possui como destinatário a empresa VULCAN MATERIAIS PLÁSTICOS LTDA-CNPJ: 33.066.952/0004-00; NF nº 2831 emitida em 17/01/2007, NF nº 3169 emitida em 08/03/2007; NF nº 3232 emitida em 17/03/2007; NF nº 3242 emitida em 20/03/2007; NF nº 3315 emitida em 29/03/2007 e NF nº 3262 emitida em 21/03/2007, possuem como destinatária a INCORVIL, mas os usuários dos serviços foram, respectivamente, Renato de Abreu Baena, André Bender, Marcelo Ramos S.Muricy e José Araújo Filho; todos funcionários da VULCAN conforme consulta ao CNIS-Cadastro Nacional de Informações Sociais. Constam Notas Fiscais de aquisição de cestas de alimentos pela INCORVIL cuja natureza da operação é de venda à ordem (CFOP 5919) com remessa das mercadorias (CFOP 5923) para o endereço Rua Horácio Manley Lane, 400, Bairro Marmeleiro, São Roque/SP - local onde se estabelecia a filial da VULCAN; conforme se verifica das NF nºs: 161936; 161937; 162140; 162141, 161151, 162513, 162514, 165047 emitidas pela empresa Marbel RC-Comércio Importação e Exportação Ltda; c NF nº 44456 emitida por Savon-Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda.

Tendo em vista todo o relatado no TVF, os Auditores-Fiscais concluíram pela existência de estreito vínculo entre as empresas INCORVIL e VULCAN.

Com base na documentação carreada ao processo, concluiu o autor da ação fiscal:

*“...em nenhum momento as correspondências (e mails) reportam-se à pessoa do Sr. José Carlos Minutti, que figura como sócio-administrador da INCORVIL, donde se conclui que referido senhor sempre figurou como **interposta pessoa que cedeu seu nome para a Vulcan atingir seus fins, qual seja, utilizar-se de um esquema com o objetivo de fugir de suas responsabilidades fiscais.** Não é por menos que, conforme pesquisa anexa do sistema Sinal-Consulta Pagamentos, os pagamentos efetuados pela INCORVIL durante o ano calendário de 2007 referem-se apenas a recolhimentos relacionados com valores retidos de terceiros (IRRF/CSLL/PIS/Cofins – retenção de pagamento feito por pessoa jurídica a pessoa jurídica:códigos de recolhimento **1708, 0561, 8045, 5952**), ao passo que no Passivo, conforme balancete constante no Livro Diário nº 89, temos registrado vultuosas dívidas para com as Fazendas Públicas Federal (R\$14.726.701,27) e Estadual (R\$ 2.615.081,14). Ressalte-se também, que a INCORVIL não possui bens suficientes para satisfazer seus débitos fiscais numa possível execução fiscal, uma vez que: 1) Segundo sua contabilidade, o total de bens/direitos constates do Ativo Imobilizado estão totalmente depreciados (a depreciação suplanta o valor dos bens/direitos); 2) Intimada em 30/07/2012 (item 11 acima) a apresentar relação contendo os bens do Ativo Não Circulante - Imobilizado existentes no último Balanço Patrimonial com indicação por bem (descrever o bem 59.59.1875959e seu respectivo valor contábil, líquido de depreciação) e a informar a atual localização de cada bem, não apresentou nenhuma resposta e 3) Em diligência efetuada em 03/07/2012, na sede da empresa INCORVIL, situada à Rua Amélia dos Anjos Oliveira, 125, Parque Jane, Embu/Sp constatou-se existirem somente poucas peças de lonas, estantes com documentos, telefone e mesa e segundo informações do encarregado pela unidade, o qual se encontrava no local no momento, trata-se de imóvel alugado pela empresa (vide Termo de Constatação em anexo).*

Também verificou-se que o Sr. José Carlos Minutti reside em prédio residencial simples conforme apurado em diligência efetuada em sua residência (vide Termo de Constatação em anexo) e no que diz respeito às respostas das intimações feitas por essa fiscalização, referido senhor somente passou a assinar pela empresa após ocorrência da citada diligência. Ademais, o Sr. José Carlos Minutti demonstrou em suas respostas apresentadas no decurso da fiscalização, total desinteresse pelos valores a receber constantes do Ativo da Incorvil (vide respostas presentes nos números 5.1; 5.3; 5.4; 5.5 e 5.6 do item “B)-Dos Termos e das Respostas”.

Quanto ao outro sócio da INCORVIL, a empresa EDSR20 PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A – CNPJ: 07.965.146/0001- 10, que detém 99% do capital social da INCORVIL, conforme diligências efetuadas no endereço informado à Secretaria da Receita Federal do Brasil através do CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e no endereço informado à Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, comprovou-se sua inexistência em ambos e mesmo estando intimada na pessoa de seu presidente, Sr. José Carlos Minutti, não regularizou a situação de seu cadastro (vide item “D” acima) Por outro lado, a EDSR20, com capital social de 1.000,00 (um mil reais), possui em seu quadro societário os senhores José Carlos Minutti – ocupando o cargo de presidente, e Cristiano Cid Carneiro ocupando o cargo de Diretor; esse último, conforme item “D” acima, é funcionário da Prefeitura de Passa Quatro/MG e intimado por essa fiscalização acerca da da EDSR20 não apresentou resposta.

Por todo o exposto e comprovado no presente Termo de Verificação Fiscal vê-se que, na verdade, a VULCAN apoiou-se em um esquema fraudulento, utilizando-se da INCORVIL, cujos sócios são uma empresa de fachada (EDSR20) e uma interposta pessoa (José Carlos Minutti) objetivando a sonegação fiscal. (grifei)

(...)

Assim, com base nas disposições contidas no Decreto nº 4.544, de 2002 (RIPI de 2002), arts. 34, II, 122, 124, 125, III, 127, 130, 199 e parágrafo único, 200, III e IV, 202, III e V, foi lavrado o auto de infração que exige a diferença entre os débitos de IPI apurados e os declarados em DCTF, conforme demonstrado.

Foram aplicados multa de ofício prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I e § 1º e juros de mora conforme previsão contida no art. 61, § 3º dessa mesma lei.

Considerando que a VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA, apoiou-se em um esquema fraudulento, utilizando-se da INCORVIL, cujos sócios são uma empresa de fachada (EDSR20) e uma interposta pessoa (José Carlos Minutti), objetivando a sonegação fiscal, foi lavrado o Termo de Responsabilidade Solidária com base na Lei nº 5.172, de 1966 –Código Tributário Nacional, (CTN) art. 124, I.

Devidamente intimadas do Auto de Infração, ambas empresas – contribuinte e responsável – apresentaram Impugnação Administrativa.

Na defesa apresentada pela empresa Incorvil, em síntese, sem enfrentar o mérito da autuação, argumentou-se (i) pela nulidade do auto de infração por vício insanável no lançamento, (ii) pela inconstitucionalidade da multa aplicada, (iii) pela impossibilidade de aplicação da multa agravada, por ausência de fraude; (iv) pela ofensa ao princípio da moralidade administrativa; (v) pela inconstitucionalidade e ilegalidade da Taxa Selic

Já a responsável solidária Vulcan, em sua Impugnação Administrativa, aduziu (i) pela impossibilidade de atribuição da responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I do CTN, uma vez que não estaria caracterizado o “interesse comum”; (ii) pelo caráter confiscatório da multa aplicada; (iii) pela impossibilidade de aplicação da multa agravada; (iv) pela ilegalidade dos juros de mora.

Contudo, a DRJ de Ribeirão Preto (SP), ao analisar as Impugnações Administrativas apresentadas, entendeu por bem negar provimento aos apelos. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2007 NULIDADE.

Observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, não há que se cogitar sobre a nulidade do lançamento.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006 INCONSTITUCIONALIDADE.

É competência atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, em caráter privativo, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, cabendo à esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, aplica-se a multa agravada, de 150%.

SOLIDARIEDADE PASSIVA. INTERESSE COMUM.

As pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal são solidariamente responsáveis.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A empresa Incorvil, como se depreende do Termo de fls. 5.257, foi intimada eletronicamente do teor da decisão proferida, mas não apresentou Recurso Voluntário.

Por outro lado, tendo em vista que não houve contestação do mérito da discussão, nos termos da “Informação Fiscal” de fls. 5265, certificou-se que:

Tendo em vista decisão prolatada no Acórdão n.º 14-42.656 -3ª Turma da DRJ/RPO que considerou que a impugnante não contestou expressamente a apuração dos valores do IPI exigidos no Auto de Infração, o que a torna definitiva na esfera administrativa, tais valores foram transferidos para o processo administrativo n.º 10805-722.184/2013-83.

Já a empresa Vulcan, ao ser intimada da decisão exarada pela DRJ de Ribeirão Preto (SP), apresentou Recurso Voluntário direcionado ao CARF, no qual alega, em síntese, (i) a impossibilidade, *in casu*, de imputação da responsabilidade solidária pelo pagamento dos créditos tributários com base no artigo 124, inciso I do CTN e (ii) o caráter confiscatório da penalidade aplicada.

Ao serem remetidos a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em um primeiro momento, os autos foram distribuídos na 3ª Seção de Julgamento do CARF.

Contudo, nos termos do acórdão de fls. 5.358, entendeu-se que a competência para apreciar o feito seria da 1ª Seção de Julgamento, uma vez que, em que pese os lançamentos serem de créditos tributários de IPI, este lançamento seria reflexo dos lançamentos de IRPJ e CSSL, já que verificou-se que “os lançamentos são nascidos de uma mesma base fática: o indicado esquema fraudulento para sonegação de tributos do qual a empresa ‘INCORVIL’ e a empresa ‘VULCAN’ são personagens principais”.

Desta feita, como o processo que analisou a autuação de IRPJ e CSSL já havia sido julgado (processo n.º 15940.720162/2012-67) no CARF, determinou-se, via despacho de saneamento (fls. 5.366), a distribuição do feito no âmbito da primeira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a este relator para julgamento.

Este é o relatório. (e-fls. 5368/5.373 - grifei)

Naquele julgado, prevaleceu o entendimento divergente do relator no sentido de suscitar conflito de competência entre a Primeira e a Terceira Seção de Julgamento, julgada pela

Presidente deste CARF no sentido de que a competência para julgamento seria desta 3ª Seção (e-fls. 5.379/5.381). Como se depreende do referido despacho:

Trata-se de conflito de competência instaurado entre a Primeira e a Terceira Seções de Julgamento deste Conselho, relativamente a lançamento de ofício em que foram formalizados créditos tributários inerentes ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

A lide foi examinada inicialmente pela extinta 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção, ocasião em que o Colegiado em tela, mediante acórdão n.º 3403-003.024, de 28/05/2014 (e-fls. 5358/5362), não conheceu do recurso e declinou da competência em favor da 1ª Seção de Julgamento, por entender que o lançamento do IPI seria reflexo do IRPJ.

Por sua vez, a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, ao apreciar a questão (vide Resolução n.º 1302-000.767, e-fls. 5368/5378), ressaltou que, muito embora o presente processo trate de autuações resultantes do mesmo procedimento fiscal, no qual também foi lavrado auto de infração abrangendo, dentre outros tributos, o IRPJ, tal não seria suficiente para deslocar a competência para a 1ª Seção, posto que

[...] apesar de os lançamentos terem sido realizados no mesmo procedimento fiscal, os elementos de prova para a constituição dos créditos tributários são absolutamente distintos: no caso do IPI, Livro RAIPi e DCTF; no caso do IRPJ/CSLL, Livro Razão.

(...)

Portanto, acertado o entendimento da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, já que, **muito embora os lançamentos tenham se originado da mesma ação fiscal, o lançamento objeto do presente processo não pode ser considerado reflexo do lançamento de IRPJ, mas sim de exigências fiscais autônomas e específicas à legislação do IPI.**

Por todo o exposto, não se aplica ao caso o disposto no inciso IV do art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF1 (aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015). A regra aplicável é a do art. 4º, inciso III, do Anexo II do mesmo RICARF, ou seja, a norma de competência natural da 3ª Seção para o julgamento dos litígios que versem sobre a aplicação da legislação referente a “III – Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)”.

Assim, proponho seja o presente conflito de competência dirimido no sentido de que a lide seja julgada pela Terceira Seção de Julgamento. (e-fls. 5.379/5.380 - grifei)

Com isso, o processo foi distribuído a esta Conselheira para julgamento do Recurso Voluntário interposto pela responsável solidária VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA. na qual sustentou a impossibilidade de se imputar a responsabilidade solidária do art. 124, I, do CTN e o caráter confiscatório da multa aplicada.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

O Recurso Voluntário apresentado pela empresa VULCAN é tempestivo e cabe ser conhecido. Como se depreende dos autos, esta empresa foi intimada do acórdão recorrido em 19/08/2013 (e-fl. 5.258), apresentando o Recurso Voluntário ora analisado no dia 18/09/2013 (e-fl. 5.354), ou seja, dentro do prazo de 30 dias do artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

A devedora principal, INCORVIL, deixou de apresentar Recurso em face da decisão da DRJ. Ademais, como restou certificado nos autos pelo documento da e-fl. 5.265, as empresas autuadas não se insurgiram contra o mérito da autuação de IPI nas Impugnações Administrativas. Tal fato, inclusive, motivou o desmembramento da autuação, uma vez que a cobrança do crédito tributário, sem a devida insurgência dos contribuintes, se tornou definitiva no âmbito administrativo.

Assim, as únicas questões que cabem ser apreciadas por esta turma se referem à responsabilidade solidária da empresa VULCAN, com base no artigo 124, inciso I do CTN, e a confiscatoriedade da multa aplicada.

I – DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ART. 124, I, DO CTN

A matéria da responsabilidade solidária foi devidamente enfrentada pela 1ª Seção de Julgamento deste CARF quando do julgamento do processo n.º 15940.720162/2012-67 (lançamento de IRPJ e CSLL referente aos mesmos fatos relacionados à responsabilidade solidária imputadas no presente processo de IPI) por meio do Acórdão 1201-001.287, cujas razões de decidir aqui adoto com fulcro no art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784/99¹:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. Em razão de interesse comum, nos termos do artigo 124, I, do CTN, é responsável pelos créditos tributários devidos pela contribuinte a pessoa que, em conluio com esta, trama para se evadir do pagamento dos tributos e contribuições devidos à Fazenda Pública. (...)

2) DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Alega a Vulcan, ora recorrente, responsável pelo crédito tributário, que sujeito passivo da obrigação somente pode ser a empresa fiscalizada (a contribuinte, Incorvil), tendo em vista que é ela quem pratica o ato definido em lei como fato gerador do tributo.

Não assiste razão à defesa. Conforme disposição expressa contida no art. 121 do CTN, abaixo transcrito, terceira pessoa também pode ser considerada sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

¹ Art. 50. (...) § 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

II responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (...)

No caso dos presentes autos a responsabilidade da ora recorrente advém do interesse comum na situação que constitui o fato gerador, conforme literalmente previsto no art. 124, I, do mesmo CTN, in verbis:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; (...)

Mais especificamente, as situações que constituem os fatos geradores dos tributos objeto do lançamento são a receita bruta (PIS/Cofins) e o lucro (IRPJ e CSLL).

Por óbvio que a atribuição de responsabilidade tributária não pode advir de um qualquer "interesse comum" entre o contribuinte e a terceira pessoa, e sim de um "interesse comum" qualificado.

Por exemplo, pode haver interesse de um fornecedor de bens e serviços que seus clientes auferam receita bruta e lucro em seus empreendimentos, de forma a permanecerem como seus clientes no futuro, mas o fornecedor não poderá, apenas com base nesse interesse comum, ser alçado a responsável tributário pelos tributos devidos por seus clientes. Há também interesse de uma pessoa jurídica, que possua cotas ou ações no capital de outra empresa, que esta aufera receita e lucro, mas, novamente, esse interesse comum não poderá, por si só, gerar responsabilidade tributária à investidora pelos tributos devidos pela investida.

No entanto, se o contribuinte e a terceira pessoa, com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação (no caso, o faturamento e o lucro da contribuinte Incorvil) tramam para deixar de pagar ao Fisco os tributos que a este seriam devidos (no caso, PIS/Cofins, o IRPJ e a CSLL), então não há dúvida de que entre o contribuinte e o terceiro há um interesse comum qualificado, capaz de colocar o terceiro como responsável solidário pelo crédito devido pelo contribuinte.

No caso dos presentes autos foi exatamente isso o que ocorreu, conforme atesta a enorme quantidade de fatos narrados pela fiscalização.

Não seria sequer necessário abordar aqui a miríade de fatos que comprovam o dito interesse comum qualificado existente entre a contribuinte (Incorvil) e a ora recorrente (Vulcan), haja vista que aquela não recorreu da decisão de primeiro grau, e esta não contestou a ocorrência dos fatos narrados pela fiscalização.

No entanto julgo importante trazer algumas poucas passagens contidas no TVF (fl. 5041 e ss.), que cabalmente demonstram o interesse comum qualificado entre a contribuinte (Incorvil) e a ora recorrente (Vulcan).

Primeiramente, em relação à Incorvil, restou constatado que apesar de haver informado em sua DIPJ relativa ao ano de 2007 receita bruta anual superior a R\$ 37.000.000,00 (fl. 847), nada recolheu a título de tributos federais. Restou também constatado na contabilidade da Incorvil o registro de vultosos mútuos contratados com a Vulcan, ora recorrente, os quais não se encontravam amparados em contrato escrito.

No TVF a autoridade relata os fatos verificados em diligência realizada no estabelecimento da Incorvil (fl. 5058):

Efetuada diligência em 03/07/2012, às 10:30h, no endereço atual da INCORVIL, qual seja: Rua Amélia dos Anjos Oliveira, 125, Embu/SP, os Auditores-Fiscais constataram, conforme Termo de Constatação Fiscal em anexo, tratar-se de um pequeno depósito com poucos rolos de lona, estantes com documentos, telefone

e mesa. No referido local encontrava-se o funcionário da empresa, Sr Kleber Marcelino Salerno, que relatou o que se segue:

- a) o responsável pelo depósito é o Sr Edson Vieira de Sousa que no momento se encontrava em São Roque, onde se localiza a fábrica da INCORVIL;
- b) os assuntos de interesse da INCORVIL são todos repassados para sua fábrica em São Roque e que o chefe do Sr Edson, em São Roque é o Sr. Daniel Schmidt;
- c) atualmente o proprietário da empresa é um grupo e que antigamente era o Sr. Minucci e o Grupo G Brasil;
- d) antes o depósito funcionava em Taboão da Serra num espaço alugado e que saiu de lá para o endereço atual também alugado, pertencente ao Sr. João Adalto;
- e) ele praticamente atende oficiais de justiça que aparecem para fazer penhora e às vezes atende pedido de clientes.

Encerrada essa diligência, os Auditores-Fiscais seguiram para São Roque/SP onde está localizada uma filial da VULCAN; sendo recebidos pelo Sr Daniel Schimidt que se apresentou como gerente da fábrica. Entre outras informações, o Sr. Daniel Schimidt relatou que a VULCAN adquiriu a INCORVIL entre os anos de 2002 e 2003; sendo adquiridos fundo de comércio, máquinas, patentes e marcas como a Viniforte.

(...)

Tendo em vista que o estabelecimento onde se situa a Incorvil é de propriedade do Sr. João Adauto, os auditores constataram junto a esta pessoa o seguinte (fls. 5059/5060):

Em diligência ao seu escritório de contabilidade, o Sr. João Adalto Martins dos Reis, proprietário do imóvel onde atualmente se situa a INCORVIL, recebeu os Auditores-Fiscais e declarou que:

- a) O seu contato na empresa INCORVIL é feito com o Sr. Herick Camargo cujo email é herick.camarqo@vulcan.com.br, telefones: 1147849003 e 78345154/ fax: 1147841739;
- b) Ao reajustar o aluguel, que hoje é de R\$ 3.100,00, entrou em contato com o Sr. Herick;
- c) Foi avisado que receberia a visita dos Auditores-Fiscais pela Sra. Joseane, da empresa Vulcan. (...)

No ano de 2007, objeto da fiscalização, os sócios da Incorvil eram a empresa EDSR20 (99% de suas cotas) e o Sr. Carlos Minutti (administrador de Incorvil, com 1% de suas cotas, e também Presidente da EDSR20). Sobre a EDSR20, que possui capital social de ínfimos R\$ 1.000,00, a fiscalização constatou na contabilidade de Incorvil a existência de vultosos mútuos não amparados em contrato escrito. Também constatou, entre muitas outras coisas, o seguinte (fl. 5057):

Trata-se de empresa sócia da INCORVIL, desde 23/02/2007, com participação de 99% de seu capital social.

No CNPJ Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, consta como seu endereço, desde 30/01/08, Av. Paulista, 2073, Sala 1221, Bairro Bela Vista, São Paulo/SP.

Conforme Termo de Constatação Fiscal, que acompanha este Termo de Verificação Fiscal, os AFRFB Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil

concluíram que a empresa em questão atualmente não funciona no referido endereço, sendo certo que em nenhum momento esteve ali localizada uma vez que, segundo informou o encarregado predial, Sr. Ricarte, no sistema cadastral do Conjunto Habitacional consta que a sala 1221 esteve locada aos seguintes inquilinos: até o ano de 2006: Carlos Galeão Camacho; de 2007 a 2008: Eduardo Duarte Escritório de Advocacia Eduardo Duarte; a partir de 2009: Ana Carolina V. P. Santos (psicóloga). Verificado nos arquivamentos da Junta Comercial do Estado de São Paulo que a empresa estaria com o endereço na Avenida César Simões, 375 Parte, Jardim Henriqueta, Taboão da Serra/SP, a partir de 20/07/10, também foi feita diligência, conforme Termo de Constatação Fiscal em anexo, assinado pelos AFRFB, neste endereço, comprovando-se que existe apenas o número 375, no qual funciona atualmente a empresa Adamastor Misleri RechEPP.

Em conversa com a funcionária dessa empresa, Sra Vivian, os Auditores-Fiscais tomaram conhecimento de que o proprietário desse imóvel é o Sr. João Sidnei Gesse. Em conversa, via telefone, o Sr. Gesse informou aos Auditores-Fiscais que no ano de 2007 ele alugou o prédio em questão para a INCORVIL que era uma "subsidiária" da VULCAN e que as negociações afetas à locação eram feitas com um diretor da VULCAN. O Sr. Gesse comprometeu-se a enviar aos Auditores-Fiscais documentação comprobatória da locação feita à INCORVIL, sendo enviado o aditamento ao contrato de locação de imóvel, datado de 10/02/2009 e celebrado entre ele e a INCORVIL. (...)

Em relação ao Sr. José Carlos Minutti, sócio da Incorvil e Presidente da EDSR20, constatou a fiscalização, entre outras coisas, o seguinte (fl. 5060):

Em diligência à residência do Sr. Carlos Minutti, sócio-administrador da INCORVIL, situada à Rua Almirante Tamandaré, 322 Apto 82 Santo André/SP, num edifício residencial simples, os Auditores-Fiscais foram recebidos pela esposa dele, Sra Márcia, a qual informou que ele havia acabado de sair. Perguntado sobre a empresa INCORVIL, ela disse não saber responder, pois não tinha conhecimento das atividades empresariais do marido.

A Sra Márcia entrou em contato por celular com seu marido, Sr. José Carlos, avisando sobre a visita dos Auditores-Fiscais e que esses queriam falar com ele;

O Sr. José Carlos Minutti conversou com a Auditora-Fiscal, Sra Luzia, por celular e ao ser perguntado pela Auditora se ele poderia receber os Auditores-Fiscais na sede de sua empresa INCORVIL localizada em Embu, respondeu que não mas que poderia receber os Auditores-Fiscais em São Paulo, no escritório de seu advogado, situado à Avenida Major Sylvio de Magalhães Padilha, nº 5.200, Morumbi. Então, a Auditora Fiscal marcou uma entrevista para o dia seguinte a ser confirmado o horário exato. Foram anotados os celulares do Sr José Carlos Minutti e a ele foi fornecido o número do celular funcional (celular da Receita Federal do Brasil). Entretanto, no dia 03/07/2012, o Sr. José Carlos Minutti remarcou a reunião com os Auditores-Fiscais para o dia seguinte. No dia 04/07/2012 recebemos a ligação do Sr. Fábio, que se apresentou como advogado do Sr. José Carlos Minutti, cancelando o compromisso, alegando que o seu cliente Sr. José Carlos, precisou viajar urgente para o Rio de Janeiro justamente para ter reunião com seu cliente, a empresa VULCAN, uma vez que com a nossa visita à filial dessa empresa, na manhã do dia anterior, na cidade de Taboão da Serra, provocara um desgaste no relacionamento comercial entre a INCORVIL e a VULCAN, sendo que segundo o Sr. Fábio, a Vulcan é a principal cliente da Incorvil. Posteriormente, analisando os documentos apresentados pela empresa Vulcan Material Plástico Ltda, que fora circularizada durante a fiscalização, constatamos que o Sr. Fábio Bernardo é advogado que representa a VULCAN nas intimações feitas no curso do processo, cujo escritório Marcos Martins Advogados Associados localizasse na Av. Major Sylvio de Magalhães Padilha,

5.200, Morumbi, ou seja, no mesmo local onde o Sr. José Carlos Minutti marcou a reunião com os Auditores, dizendo tratar-se do escritório de seu advogado.

Em relação à Vulcan, ora recorrente, o auditor relata, entre muitas outras coisas, o seguinte o seguinte (fl. 5059):

Em diligência ocorrida na empresa Vulcan Material Plástico Ltda, situada à Rua Horácio Manley Lane, 300, São Roque/SP, os Auditores-Fiscais foram recebidos pelo Sr. Daniel Schmidt da Silva CPF: 773.597.12067 que se apresentou como gerente da fábrica e que prestou as seguintes informações:

- a) A Incorvil é cliente da Vulcan, que fabrica lonas para impressão, toldos e comunicação visual, e que os negócios entre ambas situa-se na faixa de R\$ 500.000,00/ano;
- b) A Vulcan funcionava no número 400 da Rua Horácio Manley Lane enquanto a VINITEX (hoje INCORVIL) funcionava no número 300 da mesma rua;
- c) Entre os anos de 2002 e 2003 a Vulcan adquiriu a Vinitex e passou a funcionar nos dois números 300 e 400;
- d) Foram adquiridos da Vinitex fundo de comércio, máquinas, patentes e marcas como a "Viniforte";
- e) Atualmente a Vulcan funciona somente no número 300 e no número 400 está em atividade a empresa Látex São Roque;

(...)

A fim de comprovar a ligação entre a contribuinte, Incorvil, e a Vulvan, ora recorrente/responsável tributária, a fiscalização realizou diligência (circularizações) junto a diversos clientes e fornecedores da primeira, tendo sido constatado, entre muitas outras coisas, o seguinte (fl. 5051 e ss.):

Realizaram-se circularizações em algumas pessoas jurídicas que foram fornecedoras ou clientes da INCORVIL no ano-calendário de 2007, intimando-as a apresentarem cópias das notas fiscais de compras/vendas efetuadas no período de janeiro a dezembro do referido ano-calendário; cópias dos comprovantes de pagamentos/recebimentos relacionados com as compras/vendas ocorridas; cópias do Livro Razão onde constem os valores debitados/creditados (compras/vendas de mercadorias) e os pagamentos/recebimentos que se seguiram, incluindo, eventualmente, os lançamentos efetuados no ano de 2008 e cópias de pedidos e contratos de compra/venda, conforme segue:

1) BMD Têxteis Ltda CNPJ: 03.156.784/000130: Intimada em 01/11/2011, apresentou em 08/11/2011 cópias das Notas Fiscais n.ºs: 11530; (...)

1.1) No email do dia 06/07/2007 enviado por André Bender (andre.bender@vulcan.com.br) para eiichi@bmdtexteis.com.br e comnal@bmdtexteis.com.br, com cópia para: Colombo, Milca (milca.Colombo@vulcan.com.br); SRE Produção 8 (prod8.sre@vulcan.com.br) e SRE Recebimento 1 (recebi.sre@vulcan.com.br), no qual consta:

"Prezada Ana, bom dia.

Conforme conversamos, segue abaixo programação de faturamento para a Vinitex, com entrega na Vulcan filial São

Roque, com um NF de remessa para industrialização por conta e ordem: (...)

Em consulta ao sistema DATAPREV CNIS Cadastro Nacional de Informações Sociais-Consulta Vínculos Empregatícios do Trabalhador, confirmou-se o vínculo empregatício de André Bender com a empresa Vulcan Material Plástico LtdaCNPJ: 33.066.952/000167 cuja data de admissão consta como 09/08/2004.

(...)

3) Polyornanic Tecnologia Ltda CNPJ: 96.677.646/000187. intimada em 26/10/2011, apresentou 28/10/2011 cópias das Notas Fiscais n.ºs: 18309; 18494; 18829; 19157 e 20090; cópias do Livro Razão, cópia da ficha cadastral de sua cliente INCORVIL na qual consta como contato o Sr. Antonio Carlos e como email antonio.thomaz@vulcan.com.br. No corpo das Notas Fiscais constam as seguintes informações: NF n.º 18309 "Seu pedido nr. 23982 Sr.Antonio"; NF n.º 18494: "Seu pedido nr. 24176 Sr. Antonio; NF n.º 18829: "Seu Pedido de Compra nr 024124André" ; NF n.º 19157: "Seu Pedido de Compra VerbalAndré" ; NF n.º 20090: "Seu pedido de compra verbal André Bender" que como já visto é funcionário da VULCAN. (...)

5) A Guerra S/A Implementos Rodoviários CNPJ: 59.187.385/000190 Intimada em 01/11/2011, encaminhou cópias das Notas Fiscais das compras efetuadas da INCORVIL durante o ano-calendário de 2007 acompanhadas das respectivas Ordens de Compra nas quais constam os dados da INCORVIL: razão social, CNPJ, endereço, inscrição estadual, telefone/fax e email. Nas ordens de compra, o email informado como sendo da INCORVIL é: stephanie.gomes@vulcan.com.br, conforme se verifica das ordens de compra n.ºs 165441/Mat 08/01/2007; 165523/Mat de 22/01/2007; 167271/Mat de 01/02/2007 167328/Mat de 3/02/2007; 168532/Mat de 06/03/2007; 169680/Mat de 20/03/2007 171604/Mat de 17/04/2007; 172750 de 10/05/2007; 178526/Mat de 30/07/2007; 181261/Mat de 21/09/2007; 183382/Mat de 16/10/2007; 186097/Mat de 26/11/2007.

A autoridade tributária aprofundou ainda mais a fiscalização, circularizando os emitentes de notas fiscais de despesas contabilizadas pela Incorvil, conforme item "E" do TVF, onde se pode encontrar, dentre muitos outros relatos, os seguintes (fl. 5061 e ss):

1) Nas Notas Fiscais emitidas pela empresa Hotel Cordialle Ltda verifica-se que: NF n.º 4057 emitida em 13/07/2007, possui como destinatário a empresa VULCAN MATERIAIS PLÁSTICOS LTDACNPJ: 33.066.952/000400; NF n.º 2831 emitida em 17/01/2007, NF n.º 3169 emitida em 08/03/2007; NF n.º 3232 emitida em 17/03/2007; NF n.º 3242 emitida em 20/03/2007; NF n.º 3315 emitida em 29/03/2007 e NF n.º 3262 emitida em 21/03/2007, possuem como destinatária a INCORVIL mas os usuários dos serviços foram, respectivamente, Renato de Abreu Baena, André Bender, Marcelo Ramos S.Muricy e José Araújo Filho; todos funcionários da VULCAN conforme consulta CNISCadastro Nacional de Informações Sociais;

2) Constam Notas Fiscais de aquisição de cestas de alimentos pela INCORVIL cuja natureza da operação é de venda à ordem (CFOP 5919) com remessa das mercadorias (CFOP 5923) para o endereço Rua Horácio Manley Lane, 400, Bairro Marmeleiro, São Roque/SP local onde se estabelecia a filial da VULCAN conforme se verifica das NF n.ºs: 161936; 161937; 162140; 162141, 161151, 162513, 162514, 165047 emitidas pela empresa Marbel RComércio Importação e Exportação Ltda; e NF n.º 44456 emitida por SavonIndústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda.

(...)

5) As Notas Fiscais n.ºs 181678, 181420, 181677 e 182022 emitidas por Aracaí Veículos Ltda têm como destinatário a empresa INCORVIL e referem-se à assistência técnica nos veículos placas SP DSS 5211 e RJ DSS 5227 que são de propriedade da VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA CNPJ: 33.066.952/000167 conforme consulta RENAVAM anexa. As Notas Fiscais n.º 181322 e 181420 trazem a assinatura do Sr. Milton Astrath acusando o recebimento dos serviços prestados. Em consulta sistema CNIS Cadastro Nacional de Informações Sociais em anexo, o Sr. Milton Astrath é funcionário da VULCAN Material Plástico Ltda CNPJ: 33.066.952/000167, com admissão em 01/03/2006. Em todas essas Notas Fiscais consta como endereço da INCORVIL a Rua Horácio Manley Lane, 400, endereço no qual se estabelecia à época a filial da VULCAN (33.066.952/000400);

6) As Notas Fiscais n.ºs 10108 e 10129 emitidas respectivamente em 31/12/2006 e 15/01/2007 por Auto Posto Rodovia têm como destinatário a empresa INCORVIL, entretanto, constata-se que vários dos cupons fiscais que acompanham as citadas NF estão assinadas pelo Sr. Milton Astrath que, conforme consulta ao sistema CNIS-Cadastro Nacional de Informações Sociais em anexo, é funcionário da VULCAN Material Plástico Ltda CNPJ: 33.066.952/000167, com admissão em 01/03/2006. Ainda, na maioria dos cupons fiscais as placas dos veículos abastecidos constam os n.ºs 5227 e 5211 que, conforme item anterior são de veículos de propriedade da VULCAN;

(...) 13) As Notas Fiscais n.ºs 151030, 135655, 168277, 168279, 168710 emitidas por Ipiranga Química S/A trazem no campo "Dados Adicionais" a seguinte informação: "Obs.: Pedido Verbal André Bender". Conforme já visto, trata-se de funcionário da empresa VULCAN;

14) A Nota Fiscal Fatura n.º 5327 emitida em 22/01/2007 por AUGETEC Serviços, Administração e Terceirização Ltda traz como praça de pagamento a Rua Horácio Manley Lane, 400, endereço no qual se estabelecia à época a filial da Vulcan (33.066.952/000400).

(...)

18) A Nota fiscal n.º 277 emitida em 12/07/2007 por Via Zip Indústria e Comércio de Roupas Profissionais Ltda ME traz como destinatário a empresa "Vulcan Ind. Com. Exp. Produtos Plásticos", o CNPJ da INCORVIL, e o endereço da filial da VULCAN 33.066.952/0004-00 Rua Horácio Manley Lane, 400, Marmeleiro/São Roque/SP;

19) Muitas Notas Fiscais de entrada trazem o endereço da INCORVIL como Rua Horácio Manley Lane, 400, São Roque/SP, sendo que neste endereço localizava-se a filial da VULCAN 33.066.952/0004-00, a INCORVIL saiu desse número desde março do ano de 2005. Como exemplo temos: NF n.º 559 emitida em 26/12/06 por Top Flex Comércio e Serviços Ltda; NF n.º 10108 e 10129 emitidas em 31/12/06 e 15/01/07, respectivamente, por Auto Posto Rodovia; NF n.º 2831 e 4057 emitidas em 17/01/07 e 13/07/07, respectivamente, por Hotel Cordialle Ltda; NF n.º 231.998 e 230.930 emitidas por Eletro Buscaroli Ltda; NF n.º 195 emitida em 29/12/06 por Engemec Consultoria S/C LTDA; NF n.º 1930 emitida em 12/01/07 por Euroformy Confeccções de Uniformes Ltda; NF n.º 1127 e NFS n.º 56 emitidas em 19/12/06 por Comercial de Pneus L.Ltda; NF n.º 12.053 emitida em 18/01/07 por Tribel Tratamento de Resíduos Industriais de Belford Roxo S/A; NF n.º 29262 emitida em 22/01/07 por Triângulo Screen Ltda; NF n.º 1259 emitida em 24/01/07 por Com.Ind.Madeiras Viva Ltda; NF n.º 23230 emitida em 22/01/07 por Premoltex Comércio Materiais Construção Ltda; NF n.º 598 emitida em 24/01/07 por Viniflex Ind. Com.Serviços Ltda; NF n.º 47301 emitida em 24/01/07 por Lorenzon Manutenção Industrial Ltda; NF n.º 12187 emitida em 24/01/07 por Jupar Ind.Comércio Ltda; NF n.º 18084 emitida em 29/12/06 por Supermercado Mairinque Ltda; NF n.º 3272 emitida em 22/12/06 por Cordeiros Comi São Roque Ltda; NF n.º 105767 emitida em 15/01/07 por INBRA Indústrias Químicas Ltda; NF n.º 1092 e 1103 emitidas em 01/06/07 e 01/07/07 respectivamente por BL Assessoria, Consultoria e Planejamento Empresarial Ltda; NF n.º 259 emitida em 07/07/07 por Gráfica Cistfám

Ltda; NF n.º 620 e 607 emitidas em 26/07 e 05/07/07 respectivamente por Tudo em Transporte Editora Ltda; NF n.º 2138 emitida em 19/09/07 por Comercial Gardini LtdaME; NFn.º 28.789 emitida em 02/07/07 por ADREL Aplic.Distr.Revestimentos Decorativos Ltda; NF n.º 11828 emitida em 30/08/07 por Barbieri Indústria de Confeccões Ltda; NFs n.ºs 696, 726 e 752 emitidas respectivamente em 05/01/07, 05/03/07 e 03/05/07 por Paiva & Arruda Consultoria Empresarial Ltda;

(...)

27) As terceiras vias das Notas Fiscais n.ºs 8108 de 11/09/07 e 8143 de 17/09/07 emitidas por Duka Embalagens Ltda possuem assinaturas de recebimento das mercadorias, feitas por Vitor Paulo de Aguiar e Valdivino Ribeiro dos Santos, funcionários da empresa VULCAN conforme consulta CNIS anexa; (...)

30) Na Nota Fiscal de entrada n.º 2083, emitida em 02/04/07 por MK Express Ltda para a INCORVIL consta um visto de Juliana Toth; nas notas de entrada do mês de abril enviadas pela Vulcan (filial) com endereço na Rua Horácio Manley Lane, 400, São Roque/SP, consta assinatura e carimbo de Juliana TothAdministração, ou seja, a mesma pessoa trabalhando ao mesmo tempo para INCORVIL e VULCAN; (...)

Por todo o exposto resta claro que a Incorvil é uma empresa "de fachada", que serve apenas aos interesses de Vulcan, ora recorrente, e que o interesse de ambas é furtarem-se de recolher ao Fisco federal os tributos que são devidos, incidentes sobre a receita e o lucro.

Com efeito, como se observa do Auto de Infração lavrado, em especial no Termo de Sujeição Passiva (e-fls. 5.072/5.073), no que se refere à empresa Vulcan, "*ficou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, I, da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional)*". O voto acima transcrito relaciona os mais diversos elementos probatórios levantados pela fiscalização para evidenciar os vínculos entre a INCORVIL e a VULCAN trazidos na acusação fiscal, exemplificadamente:

- (i) em Notas Fiscais referentes à compra de cestas básicas pela empresa INCORVIL, consta como endereço de entrega o endereço da VULCAN;
- (ii) em Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, realizadas pela INCORVIL, consta, como endereço de entrega, o endereço da empresa VULCAN;
- (iii) em Notas Fiscais emitidas em face da INCORVIL consta como sendo o endereço da empresa o endereço do escritório administrativo da VULCAN;
- (iv) em Notas Fiscais de manutenção de veículos, emitidas em face da empresa INCORVIL, consta que os serviços foram prestados em veículos de propriedade da VULCAN;
- (v) em Notas Fiscais de abastecimento de Veículos, que tem como comprador a empresa INCORVIL, verificou-se nos cupons fiscais que os abastecimento se deram em veículos de propriedade da VULCAN.
- (vi) dos 125 funcionários que tinham vínculo de emprego com a empresa INCORVIL em Janeiro de 2007, "111 foram admitidos na Vulcan, sendo que 97 foram admitidos em 30/07/2007.

Nesse sentido, a fiscalização demonstrou que as empresas VULCAN e INCORVIL tinham estreitas ligações e **operavam de forma conjunta, exercendo de forma conjunta o fato gerador do IPI (saída de mercadorias)**. Inclusive, a fiscalização demonstrou que os dois sócios da empresa INCORVIL seriam uma “*empresa de fachada*” (EDSR20) e uma interposta pessoa (José Carlos Minutti). Ademais, a INCORVIL não detinha capacidade operacional independente da VULCAN.

No acórdão recorrido, após se transcrever as constatações da autoridade fiscal, entendeu-se neste ponto por manter a responsabilidade solidária vez que “*mediante o esquema fraudulento, a Vulcan, beneficiou-se das operações feitas em nome da Incorvil, que não possui bens suficientes para satisfazer os débitos em caso de uma possível execução fiscal, pois, a fiscalizada tem em seu quadro societário uma ‘empresa de fachada’, a EDSR20, e uma interposta pessoa, o Sr. José Carlos Minutti. Assim, ficou evidente o interesse da Vulcan em participar do esquema*”. (e-fl. 5.251)

Em seu Recurso Voluntário, a VULCAN argumenta pela ausência de responsabilidade solidária vez que não teria praticado “*nenhum fato gerador em conjunto com a empresa fiscalizada (v.g a prestação do serviço por duas pessoas para um único tomador), restaria a cargo da autoridade administrativa a apuração – com base em todas as provas disponíveis e não em arbitramentos ou ausência de eventuais documentos – minudente da prática de atos conjuntos e seus respectivos fatos imponíveis*”. (e-fls. 5.301/5.302) Com isso, caberia sua exclusão do polo passivo. Contudo, não assiste razão à Recorrente.

Como delineado pela doutrina pátria, o dispositivo legal em questão consagra a chamada solidariedade de fato, quando duas ou mais pessoas realizam o mesmo fato gerador, possuindo, por conseguinte, interesse comum nessa situação. Na certa lição da Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, em manifestação doutrinária sobre o art. 124, I, do CTN:

(...) a expressão "interesse comum" não pode ser tomada como interesse econômico ou social. **É fundamental que exista interesse jurídico comum que ocorre a partir de direito e deveres idênticos, entre pessoas situadas no mesmo pólo da relação jurídica. Em outras palavras, as pessoas que se encontram no mesmo pólo da regra matriz de incidência ocupam a posição de contribuintes e não de responsáveis tributários.**² (grifei)

São igualmente claras as lições de Renato Lopes Becho em relevante estudo sobre o tema da responsabilidade tributária dos sócios, trazendo inclusive um exemplo da solidariedade de fato:

Que é ter interesse comum no fato gerador? Parece-me ser quando há mais de uma pessoa ocupando o mesmo pólo da relação jurídica (agora não de natureza tributária). Especifiquemos melhor. **Há situações econômicas em que mais de uma pessoa ocupa uma mesma posição em relação a outras. É o que ocorre na copropriedade. Quando houver mais de um proprietário (contribuinte), haverá solidariedade entre eles.**³ (grifei)

² SAMPAIO, Júnia Roberta Gouveia. A responsabilidade tributária nos grupos econômicos. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MURICI Gustavo Lanna; RODRIGUES, Raphael Silva (Orgs.). O cinquentenário do código tributário nacional. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 584

³ BECHO, Renato Lopes. A Responsabilidade Tributária dos Sócios tem Fundamento Legal? RDDT 182, p.107, novembro/2010.

Assim, para o enquadramento na regra do art. 124, I, do CTN, necessário que a fiscalização comprove a realização conjunta do fato gerador pelo atuado e correspondentes solidários, com uma verdadeira atuação negocial conjunta. Não basta, portanto, que seja verificado um mero interesse econômico no fato gerador⁴, mas sim um vínculo jurídico que implica na realização conjunta do fato descrito na lei (da hipótese tributária) por duas ou mais pessoas.

Nesse sentido são as manifestações deste E. Conselho, como se depreende, a título exemplificativo, dos julgamentos da Câmara Superior, da 1ª Seção e desta Douta Turma:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Exercício: 2003, 2004 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO. **Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da atuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação negocial conjunta.** (...) Recurso Especial do Procurador Provido. Recurso Especial do Contribuinte Negado. (Número do Processo 10680.015517/2008-19 Data da Sessão 14/06/2016 Relatora Adriana Gomes Rego Acórdão n.º 9101-002.349 - grifei)

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. NÃO DEMONSTRAÇÃO. **A imputação de responsabilidade, com suporte no inciso I do art. 124 do CTN, é imprescindível se demonstre o interesse comum dos envolvidos na situação constitutiva do fato gerador.** (...) (Número do Processo 11516.723668/2013-68 Data da Sessão 09/08/2016 Relator Helio Eduardo de Paiva Araújo Nº Acórdão 1301-002.096 - grifei)

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI Período de apuração: 01/07/2010 a 06/02/2012 (...) **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA O interesse comum indicado no artigo 124, I do CTN, que obriga solidariamente as pessoas, não decorre do interesse econômico no resultado, assim entendido o proveito da situação que constitui o fato gerador, mas sim da solidariedade jurídica, que decorre da realização conjunta da situação que constitui o fato gerador.** (...) Recursos voluntários e de ofício negados. (Número do Processo 10314.727087/2014-90 Data da Sessão 26/04/2016 Relator Jorge Olmiro Lock Freire Nº Acórdão 3402-003.010 - grifei)

Atentando-se para o caso em tela, vislumbra-se que a fiscalização comprovou a existência de interesse comum especificamente quanto à empresa VULCAN, evidenciando que essa empresa realizou o fato gerador do IPI juntamente com o atuado, por meio de uma atuação negocial conjunta que redundou na redução dos tributos devidos nas operações.

⁴ "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando **ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.** 2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de leasing na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011 - grifei)

O que se depreende do conjunto probatório acostado aos autos e não refutado pelo Recorrente, é de que este praticou operações com o “manto” da empresa INCORVIL, mas, de fato, as empresas eram apenas uma, sendo a operação desmembrada tão somente com o objetivo de ocultar a ocorrência dos fatos geradores ou de frustrar a cobrança de tributos da empresa INCORVIL, uma vez que esta não tinha qualquer capacidade operacional e/ou financeira.

A fiscalização também demonstrou que um dos sócios da empresa cotista da Incorvil (EDSR20), Sr. Cristiano Cid Carneiro, era funcionário da Prefeitura de Passa Quatro (MG) e que, mesmo devidamente intimado, não apresentou nenhum dos esclarecimentos solicitados no curso do processo de fiscalização.

Assim, no presente caso, o interesse comum do artigo 124, inciso I do CTN está caracterizado, na medida em que ambas as empresas, em conjunto, praticaram os fatos geradores da obrigação tributária e, por isso, devem ser responsabilizadas solidariamente ao pagamento dos créditos tributários constituídos pela fiscalização.

Desta forma, neste ponto, cabe ser negado provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

II – DA NATUREZA CONFISCATÓRIA DA MULTA

O Recorrente alega ainda que a penalidade aplicada teria caráter confiscatório. Contudo, mais a frente, no seu apelo, argumenta que não houve fraude e, por isso, dever-se-ia afastar a qualificação da multa de ofício aplicada pela fiscalização.

De pronto, para que não restem dúvidas, deve-se se refutar o argumento do caráter confiscatório da penalidade aplicada, uma vez que, nos limites estreitos do julgamento administrativo tributário, não cabe ao julgador afastar, por vício de constitucionalidade, a aplicação de lei válida e vigente no ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, é o teor da Súmula nº 02 do CARF, que diz que este órgão “*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*”

Já no que se refere ao argumento de ausência de comprovação de condutas fraudulentas praticadas, também não assiste razão ao Recorrente.

Como se depreende do conjunto probatório apresentado pela fiscalização, detalhado no tópico anterior, a fraude perpetrada pelas empresas INCORVIL e VULCAN foi devidamente demonstrada, com o flagrante objetivo de ocultar os fatos geradores das obrigações tributárias e/ou para dificultar o recebimento dos créditos tributários, na medida em que a empresa INCORVIL faltava qualquer capacidade operacional ou financeira. A esta mesma conclusão chegaram os julgadores da instância *a quo*. Veja-se o que constou do acórdão recorrido:

Da análise dos autos, é de se concluir que a atuada e a Vulcan participaram de um esquema fraudulento. A Vulcan realizou operações mercantis em nome da Incorvil, que não possui bens suficientes para satisfazer seus débitos fiscais numa possível execução fiscal. Seu quadro societário, como visto, é formado por uma empresa de fachada (EDSR20) e por uma interposta pessoa (José Carlos Minutti).

Portanto, apesar da contribuinte alegar inoocorrência de fraude, de ter ocorrido simplesmente erro contábil, os fatos relatados no TVF que foram constatados durante a

ação fiscal, com base em provas carreadas ao processo, demonstram um esquema fraudulento com o objetivo de sonegar, hipóteses previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. (e-fl. 5.247)

Com isso, cabe ser negado provimento ao recurso neste ponto.

III - CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, voto no sentido negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deline