



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

Processo nº 15940.720162/2012-67
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-001.287 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ E REFLEXOS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente INCORVIL - DISTRIBUIDORA, COMERCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE LONAS PARA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA. e OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

MULTA QUALIFICADA.

Comprovado que a falta de pagamento dos tributos devidos ao Erário Público foi fruto de conduta dolosa do sujeito passivo, e não de mero erro contábil ou negligência, cabível a qualificação da multa de ofício.

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)

Marcelo Cuba Netto - Presidente e Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto (Presidente), Roberto Caparroz de Almeida, João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteado, João Carlos de Figueiredo Neto e Ester Marques Lins de Sousa (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 14-42.655, exarado pela 3ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP.

Por bem descrever o litígio objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 5288 e ss.):

Trata o presente processo de crédito tributário decorrente da ação fiscal procedida na contribuinte acima identificada.

Conforme Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 5074/5116), foram constatadas irregularidades que motivaram a lavratura dos autos de infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (fls. 5084/5123), totalizando crédito tributário no montante de R\$ 11.890.825,79, conforme a seguir discriminado:

(...)

Informa o referido TVF:

A contribuinte foi intimada a apresentar Livro Diário, Razão, Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias, Lalur - Livro de apuração do Lucro Real, Livro de Registro de Inventário de Mercadorias e Registro de Apuração do IPI, a INCORVIL atendeu parcialmente ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, deixando de apresentar o Livro Registro de Inventário e o Livro de apuração do IRPJ - Lalur.

Dos arquivos digitais apresentados pela fiscalizada, foram extraídos relatórios do Razão com contrapartidas de algumas contas, sendo a fiscalizada intimada a apresentar documentação hábil e idônea que justificasse e comprovasse: a transferência da conta 1.1.2.01.001 - Mútuos Diversos (Ativos não Circulante) para a conta 1.1.1.01.006 - EDSR20 Participações Empreendimentos Imobiliários (Mútuo com Empresas Ligadas).

Existindo lançamentos a débito da conta 1.1.2.01.001 - Mútuos Diversos, cujo histórico traz como ocorrência pagamentos/transferências/adiantamentos a Cid Carneiro e Dalvares Barros de Mattos. Foi a fiscalizada intimada a apresentar documentação comprobatória do negócio jurídico celebrado entre ela e os referidos senhores, e documentação bancária que comprovasse a efetiva transferência (cheques/Ted). Em resposta, a INCORVIL informou: as transferências mencionadas ocorreram em virtude da reclassificação da conta contábil; não existiu nenhum negócio jurídico entre a fiscalizada e os citados senhores, somente ocorreram saques em conta corrente a título de empréstimo do sócio da EDSR20, que eventualmente pode ter utilizado tais importâncias em seus negócios empresariais e que a empresa nos exercícios anteriores se utilizava apenas de registros gerenciais.

Outras intimações foram feitas a respeito de registros de mútuos. Com relação à empresa VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA, CNPJ- 33.066.952/0001-67, existe registro na conta 1.1.1.01.005 - Vulcan (Ativo não circulante - Mútuo Empresas ligadas) foi solicitado que apresentasse contrato(s) de mútuo(s) firmado(s) entre a fiscalizada e a VULCAN. Em resposta a fiscalizada informou que a transferência do saldo da conta "Vulcan- Mútuos Empresas Ligadas" para a conta "Vulcan - Mútuos com terceiros" deu-se em decorrência da reclassificação contábil executada no plano de contas da empresa, em virtude de equívoco da classificação contábil anterior.

Intimada a apresentar as demonstrações financeiras (Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício, Demonstração de Lucros e Prejuízos Acumulados) conforme as informações contidas na Ficha 38 da DIPJ 2008/2007 apresentada em 15/12/2009, a fiscalizada informou que "a ficha 38 da DIPJ está consistente, visto que o livro que apresenta tal demonstrações (sic) é o Livro Diário nº 89 e não o de nº 44 ali constando". Foi apresentado o Livro diário nº 89, todavia, sem a transcrição dos demonstrativos, motivo pelo qual foram novamente solicitadas as demonstrações financeiras.

Foi também intimada a esclarecer as divergências entre o livro diário nº 89 (fl. 341) e as fichas da DIPJ 6A e 36 A. Em resposta a INCORVIL informou que "as divergências apresentadas entre o livro diário nº 89 e as fichas da DIPJ 6A e 36A, ocorreram em decorrência de inconsistências no processamento do sistema administrativo e fiscal da empresa, pelo que para atendimento da solicitação constante na intimação referenciada elaboramos e anexamos à presente declaração retificadora referente ao ano calendário 2008 bem como procedemos à impressão de novo livro diário com as alterações decorrentes da regularização, e, nessa oportunidade solicitamos autorização para entrega da DIPJ retificadora 2007/2008, e, impressão e substituição do livro diário existente nº 89 onde apresenta tais incorreções." Todavia, a DIPJ anexada, não consta como retificadora.

Intimou-se a INCORVIL em 26/07/2012, a informar se possui LIVRO DIÁRIO AUXILIAR, devidamente registrado, da conta 1.0.1.01.001 - CLIENTES NACIONAIS - Terceiros e da conta 2.0.3.01.001 - NACIONAIS e em caso afirmativo apresentá-los. Tendo em vista o não atendimento a este Termo de Intimação Fiscal prazo estipulado, em 10/08/2012, houve reintimação. Em 10/08/2012, a INCORVIL postou resposta, via Correios, a esse Termo de Intimação Fiscal, informando que: a empresa não possui o Livro Auxiliar mencionado. O gerenciamento dos valores conta dos clientes, segundo informações obtidas de ex-funcionários da época, era executado através de registros gerenciais. Da mesma maneira era realizada a gestão da conta fornecedores". Entretanto, não apresentou os referidos "registros gerenciais".

Verifica-se, portanto, que a escrituração do livro Diário da empresa não obedece às normas contábeis que determinam que

todas as operações e quaisquer outros fatos que provoquem variações patrimoniais devem ser lançados, em ordem cronológica, com individualização, clareza e referência ao documento probantes (artigo 269 do RIR/99).

Outras intimações foram feitas sobre o passivo circulante (mútuo) com a empresa e sobre a conta "recuperação de despesas".

Em resposta datada de 14/08/2012 a INCORVIL informa que "o lançamento Contábil efetuado em 31/12/2007, tendo em contrapartida com a conta 2.0.3.0.01.001-Nacionais, com o valor de R\$ 1.813.927,99, faz parte dos ajustes contábeis realizados para recomposição de contas, esclarecendo ainda que o referido valor lançado a credito da conta de resultados foi efetivamente oferecido a tributação conforme demonstrações contábeis da empresa".

Referidos valores originados de exercícios anteriores foram ajustados contabilmente, haja vista que a administração realizou a circularização de tais valores onde restou comprovado que os mesmos não existiam de fato."

A contribuinte na verdade, faz costumeiramente meras alegações. Nada de prova, o que demonstra que a sua contabilidade é uma verdadeira fábrica de históricos e números, ou seja, totalmente imprestável para apuração dos lucros líquido e real.

Sobre a conta 7.0.2.09.010 - RECUPERAÇÕES DIVERSAS foi intimada a apresentar documentação comprobatória do lançamento efetuado no dia 02/01/2007, em contrapartida com a conta 1.0.1.01.001-CLIENTES NACIONAIS-TERCEIROS, no valor de R\$ 1.908.888,58 (um milhão, novecentos e oito mil, oitocentos e oitenta e oito mil reais e cinquenta e oito centavos). Em resposta datada de 14/08/2012 a INCORVIL informa que "o lançamento Contábil efetuado em 02/01/2007, tendo em contrapartida com a conta 1.0.1.01.001-Cientes Nacionais-Terceiros, com o valor de R\$ 1.908.888,58, faz parte do ajuste contábil realizado para recomposição de contas, esclarecendo ainda que o referido valor lançado a credito da conta de resultados foi efetivamente oferecido a tributação conforme demonstrações contábeis da empresa. Referido valor originado de exercícios anteriores foram ajustados contabilmente, haja vista que a administração realizou a circularização de tais valores onde restou comprovado que os mesmos não existiam de fato".

Outra vez, a INCORVIL trouxe apenas alegações, não comprovando o que foi afirmado.

Informa ainda o referido TVF, que foram efetuadas circularizações em algumas pessoas jurídicas que foram clientes ou fornecedoras 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 constassem os valores debitados/creditados (relativos a compras e vendas de mercadorias) e os pagamentos/recebimentos, incluindo, eventualmente, os lançamentos efetuados no ano de 2008 e cópias de pedidos e contratos de compra/venda.

Dentre elas:

1) - BMP Têxteis Ltda - CNPJ: 03.156.784/0001-30: Intimada em 01/11/2011, apresentou em 08/11/2011 cópias de notas fiscais; relatório "Posição dos Clientes"; Razão Analítico; e-mail trocados durante o ano de 2007 entre a fornecedora e a compradora. Nos e-mail enviados, verificou-se que as negociações foram feitas por funcionários da Vulcan que estabeleceram todas as condições de compra: material a ser adquirido, preço, quantidade, data e local de entrega, natureza da operação, condições de faturamento e frete. Isso demonstra que a INCORVIL era administrada pela VULCAN através de funcionários desta. (grifei)

Foi reproduzido no TVF, o seguinte e-mail:

1.1) No e-mail do dia 06/07/2007 enviado por André Bender (andré.bender@vulcan.com.br) para eiichi@bmdtexteis.com.br e comnal@bmdtexteis.com.br, com cópia para: Colombo, Milcafmilca.Colombo@vulcan.com.br); SRE Produção 8 fprod8.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: (grifei)

TECIDOO PREÇO(RS/ML) QUANTIDADE (ML) DATA DE ENTREGA

Tela 250x500-2.30 M 2.88 6.000 10/07/07

Tela 250x500-1.48 M 1,86 10.000 10/07/07

2. Solvay Indupa do Brasil S/A – CNPJ 61.460.325/0001-41, intimada apresentou cópias de notas fiscais, cópias do sistema SAP (substituto do Livro Razão); informou que os seus pedidos de venda são realizados por telefone e e-mail e anexou extratos de pedidos de vendas. Foi reproduzido no TVF alguns e-mail e anotações constantes do referido extrato.

2.1) "Bom dia a todos, Teresa, Favor programar uma carga de Resina com a seguinte informação:

Resina 265PY - 25 ton;

Entrega: 10/08 (sexta-feira) - aqui na Vulcan Filial - SR;

NF fatura para Vinitex, com Remessa para Ind. para Vulcan Filial - SR; (grifei)

Qualquer dúvida é só entrar em contato, Att, Ronilson em 080807 (11) 4784-8987/8972"

2.2) "04/08 - Conforme e-mail André Bender da Vulcan:

Com relação à programação da Vinitex, que deverá ser feita na operação triangular, precisaremos de 125 TN dentro do mês de Agosto. As datas serão enviadas pela Valéria de acordo com a necessidade".(grifei)

2.3) "19/11 -Conf. e-mail Carlos Carregar em 21/11 e entregar em 24/11. De: Scibarauskas, Carlos

Enviada em: quarta-feira, 19 de novembro de 2008 Para: Belo, Luciana Assunto: Pedido Vulcan Luciana,

Por favor, incluir o pedido para a Vulcan da seguinte forma: 75 t Resina 265 PY **Faturamento para a INCORVIL Entrega na Vulcan RJ Vendor 120 dias** (grifei)

Enviar cópias das NF por Fax para a Sra Milca Colombo

Em consulta à GFIP-Relação de Trabalhadores e ao sistema DATAPREV CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais-Consulta Vínculos Empregaticios do Trabalhador, confirmou-se o vínculo empregatício de Milca Rabelo Colombo com a empresa Vulcan Material Plástico Ltda-CNPJ: 33.066.952/0001-67 cuja data de

Obrigado, Carlos".

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 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. 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. Constatam-se 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, concluíram os autuantes:

“...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 59.59.1875959 e 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 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)

Ademais, por força da determinação contida na Portaria RFBnº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, e diante da constatação de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária previsto no artigo 2º, incisos I e II da Lei nº 8.137/90, foi elaborada Representação Fiscal para Fins Penais.

Conforme relatado no TVF, a INCORVIL foi intimada e reintimada a apresentar escrituração comercial e fiscal e mesmo tendo sido deferidas as quatro prorrogações de prazo solicitadas pela fiscalizada, não foram apresentados os Livros Registro de Inventário e LALUR-Livro de Apuração do Lucro Real, nem documentos que embasaram sua escrituração contábil (item “G” do TVF).

Considerada imprestável a contabilidade da contribuinte para a apuração do imposto com base no Lucro Real, com fulcro no disposto pelo Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR de 1999), arts. 530, III, 532, 536, foram exigidos o IRPJ e a CSLL com base no **lucro arbitrado**.

Diante do comando legal previsto no art. 224 do RIR, de 1999 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 31) foi determinada a **receita bruta das vendas e serviços**, utilizando as contas registradas no Razão, conforme demonstrativo constante do TVF (fl. 5074 e 5075) e **outras receitas**, com base nos art. 536 do RIR, de 1999 (fls. 5077) para apurar a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Assim, diante dos fatos apontados pelo Fisco, foram lavrados os autos de infração relativos aos citados tributos, sendo aplicada a multa prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I e § 1º (150%), prevista para os casos em que ocorrem as hipóteses previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

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 contra esta o Termo de Responsabilidade Solidária com base na Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, (CTN) art. 124, I.

Cientificadas dos lançamentos e do Termo de Sujeição Passiva Solidária a autuada e a VULCAN, ingressaram com as impugnações de fls. 5183/5216 e 5131/5150, respectivamente, nas quais alegam:

Impugnação da INCORVIL:

Nulidade do auto de infração por vício insanável no lançamento.

A Constituição Federal (CF) no seu art. 37, dispõe que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios da legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência”. Portanto, os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que esta se passando. Possa saber se e quando o seu direito está sendo violado. Mas, não é o que esta a ocorrer no presente caso, em que o contribuinte encontra dificuldades para montar a defesa de seus direitos.

O art. 142 do CTN dispõe que compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário em procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Hely Lopes Meireles, utilizando-se dos ensinamentos do moderno Bielsa, diz que as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de **fato** (motivos- pressupostos) e de direito (motivos- determinantes da lei).

Cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo, o que, no caso de lançamento de tributo ou multa, é a ocorrência do “Fato Gerador”, isto é, tem a obrigação de demonstrar a ocorrência do fato descrito no antecedente da norma tributária, que fez nascer o direito subjetivo do credor exigir o seu crédito do sujeito passivo.

Se o Agente Público não respeitar esta regra, não terá acabado a sua obra, invalidando o seu ato, tornando nulo o auto de infração, por vício formal insanável, por falta de motivação e elementos probatórios indispensáveis à comprovação do ilícito.

Pis e Cofins declarados em DCTF

O auditor fiscal utilizou a receita bruta escriturada da empresa impugnante, somada a alguns valores constantes na contabilidade como recuperação de despesas para a cobrança do PIS e Cofins. Ocorre que no ano de 2007 a impugnante declarou em DCTF valores desses tributos em vários meses, de modo que esses valores deveriam ser excluídos do cálculo realizado para lançamento de ofício, pois a entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Assim, parte do crédito tributário objeto do auto de infração, foi devidamente declarado em DCTF no ano de 2007, restando evidente que essa parte não poderia ser objeto de autuação.

Foram declarados em DCTF, referentes de janeiro a maio de 2007, os montantes de R\$ 230.739,86 e R\$ 50.094,83, respectivamente à Cofins e ao PIS. Portanto devem ser excluídos do crédito tributário esses valores, para que não haja ilegítima bitributação.

Inconstitucionalidade da multa aplicada. Caráter confiscatório.

A multa aplicada não se coaduna com o sistema jurídico tributário, porquanto se reveste de caráter absolutamente confiscatório.

Embora a multa aplicada ao caso seja um castigo ao contribuinte, que lhe obrigará a maior sacrifício, ela deve obedecer a parâmetros, a limites, ou seja, a multa deve estar revestida por certos contornos que atinjam a função social a que veio.

A Constituição Federal no art. 150, IV veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Em que pese a CF trazer em sua literalidade a palavra 'tributo', há de se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, aplicando-se a referida vedação às multas.

Ao compararmos a multa aplicada ao caso com os ditames da CF verifica-se uma dissonância, posto que a Carta Maior não admite que a multa tenha caráter confiscatório. Assim, cabe aos julgadores diminuir a multa aplicada ao caso, por patente inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido ser pertinente estipular multa entre 20% e 30%. Todavia, entende que o percentual deva ser reduzido para 2% conforme a prevista no art. 52 da Lei nº 9.298, de 1996.

Inocorrência de fraude. Impossibilidade de aplicação da multa agravada.

O art. 72 da Lei nº 4.502 de 1964, define fraude como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Para haver fraude nos termos do referido artigo, o contribuinte deve praticar condutas dolosas que impeçam ou retardem o nascimento do liame obrigacional entre ele e o Fisco ou que modifiquem ou excluam suas características. Em outras palavras deve praticar condutas ardilosas com o intuito de infringir normas tributárias impedindo ou retardando a ocorrência dos fatos impositivos, modificando ou excluindo as suas características. Dessa forma é inequívoco que a conduta da impugnante não se amolda ao conceito legal de fraude, uma vez que a insuficiência de declaração dos tributos, cobrados por meio do auto de infração, se deu por mero erro contábil. Isto não caracteriza fraude ou dolo.

A mera omissão de receita desprovida do intuito deliberado de fraudar a lei, não é suficiente para a aplicação da multa agravada de 150%.

Ofensa a princípio norteador da administração. Moralidade

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência devem nortear a Administração Pública. Estão expressamente citados no caput do art. 37 da CF.

No caso em tela, ferido o princípio da moralidade. Isto porque, conforme amplamente esposado, a Impugnante está sendo compelida ao pagamento de multa de 150% por suposta fraude, o que efetivamente não ocorreu.

Como admitir que o procedimento da Administração, de imputar multa de 150% sobre débitos não declarados por mero erro contábil, pauta-se no princípio da moralidade?

Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Taxa Selic.

Com o advento da Lei nº 9.065, de 1995, foi estabelecida a incidência da Taxa Selic para débitos tributários ocorridos após 1º de janeiro de 1996.

No entanto, essa lei não pode ser aplicada pois afronta diversos Princípios Constitucionais, previstos nos arts. 5º, 150, I, entre eles, o da Legalidade Tributária, da Anterioridade e o da Indelegabilidade de Competência Tributária.

Ainda que se admitisse a lei ordinária criando e regulamentando a Taxa Selic para fins tributários, interpretando-se o art. 161, 1º do Código Tributário Nacional, chegaríamos à conclusão de que é permitido fixar o percentual de juros em patamar igual ou inferior ao estabelecido no CTN, que é de 1% (um por cento) ao mês.

Caso desejasse superar esse limite, o legislador teria que se utilizar do mesmo instrumento legislativo, qual seja, a lei complementar.

A ressalva “se a lei não dispuser de modo diverso” não significa que a Lei nº 9.065, de 1995, legitimou a incidência da Taxa Selic. A lei ordinária pode estabelecer juros iguais ou inferiores a 1%; nunca superiores ao limite estipulado no CTN.

Requer:

A autuada requer que sua impugnação seja julgada totalmente procedente, excluindo da autuação os valores declarados a título de Pis e Cofins, reduzido o percentual da multa aplicada para 2%, em razão do nítido caráter confiscatório ou para 75% por não estar caracterizada a fraude, além de ser afastada a correção do débito pela Taxa Selic. Além disso, provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, sem exclusão de qualquer que seja.

Impugnação da VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA

Responsabilidade tributária

Contestou a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída, sob alegação de que o sujeito passivo da obrigação tributária é o sujeito que pratica o fato descrito na hipótese de incidência da norma que institui a exação. Assim, praticado o fato, após a sua versão em linguagem competente, instaura-se a relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte, tendo por objeto o pagamento de determinada quantia em dinheiro.

A exigência do tributo, portanto, deve ser feita somente daquele que praticou o fato descrito na hipótese de incidência da norma, podendo haver, em alguns casos, mais de um sujeito passivo na relação jurídica tributária, justamente o caso da solidariedade.

Nos termos da legislação civil, “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação à dívida toda”, (art. 904, caput, do Código Civil).

A solidariedade, portanto, não é forma de inclusão de terceiro na relação jurídica tributária, mas sim a gradação da responsabilidade de coobrigados pela dívida, de modo que para haver a responsabilização solidária no campo do direito tributário é necessário que duas ou mais pessoas pratiquem conjuntamente o fato descrito na hipótese de incidência do tributo.

Destarte, só podem ser solidariamente obrigados ao pagamento do crédito tributário aqueles sujeitos de direito que já compõem o polo passivo da obrigação tributária.

Com efeito, o Código Tributário Nacional disciplina o tema no bojo do seu artigo 124, utilizado pelo Sr. Fiscal para justificar a

sujeição passiva da Impugnante. Importante trazer à baila o texto do referido artigo:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Tendo em vista que o Código Tributário fala em "interesse comum" é de fundamental importância analisar o referido termo, para identificarmos o seu alcance semântico.

A expressão "interesse comum" não pode ser interpretada como um mero interesse econômico. A análise sistemática do Código Tributário impõe a interpretação de que "interesse comum", para caracterização da solidariedade, é a existência de dois ou mais sujeitos de direito que estejam aptos a compor o polo passivo da obrigação tributária, isto é, que pratiquem conjuntamente a conduta descrita na hipótese de incidência da norma tributária.

Conforme se depreende da doutrina e dos julgados colacionados, só há responsabilidade solidária tributária por força do artigo 124, I do CTN, quando dois sujeitos pratiquem conjuntamente o mesmo fato gerador, como por exemplo, a prestação do mesmo serviço por duas pessoas a um único tomador.

In casu, não restou demonstrado pelo Sr. Fiscal que a empresa Impugnante praticou os fatos impositivos em conjunto com a empresa Incorvil. Com efeito, a autoridade administrativa se pautou unicamente em procurar demonstrar que havia um vínculo entre as empresas, deixando de comprovar que ambas poderiam ser sujeitas passivas das obrigações tributárias, por praticarem em conjunto os respectivos fatos impositivos.

Ora, não é o suposto vínculo alegado pelo Sr. Fiscal que tem o condão de caracterizar a responsabilidade solidária da empresa Impugnante. Deveria o Sr. Fiscal para cobrança dos tributos lançados, comprovar que a empresa Impugnante, em conjunto com a empresa Incorvil, auferiu renda e lucro sobre a mesma atividade empresarial (IRPJ e CSLL) e faturou valores decorrentes da mesma atividade (PIS e COFINS).

Ocorre que não há nenhum indício de que isto ocorreu, pois as duas empresas são distintas, com personalidade jurídica própria e estabelecimentos industriais autônomos.

Em face do exposto, a medida que se impõe é a exclusão da Impugnante do polo passivo do presente processo administrativo, pois não pode ser responsabilizada solidariamente com a empresa INCORVIL.

Multa confiscatória

A multa aplicada no percentual de 150% configura abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado, ofendendo frontalmente o princípio do não confisco.

É forçoso concluir que a CF ao vedar o confisco para as espécies tributárias, também o fez com relação às penalidades. Se é vedado o confisco por via da instituição de tributos, é lógico afirmar-se que não se pode fazê-lo por meio da instituição de penalidades ou multas tributárias, pois seria uma clara forma de burlar tal princípio.

A cobrança da multa equivalente a 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto, como está sendo cobrado no presente caso, é absolutamente extorsiva. Até porque o fim da economia inflacionária também gerou efeitos par os débitos fiscais e o momento atual é marcado pela estabilidade da moeda. Por isso, é evidente a necessidade de alterar esse percentual para 20% do valor do débito.

Não subsunção dos fatos à hipótese de incidência de multa agravada.

Considera que não há subsunção dos fatos à hipótese de incidência da multa agravada, aplicável nos casos de fraude, sonegação ou conluio.

Aduziu que fraude ocorre quando o contribuinte dolosamente pratica ação ou omissão para impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador, visando o não pagamento de tributos. Por isso, a mera omissão de receitas não é suficiente para caracterizar a fraude e a conseqüente majoração da multa.

*A multa de ofício, em regra é aplicada no percentual de 75%, sendo duplicada quando da existência de fraude, sonegação ou conluio, previstas nos artigos 72 da Lei nº 4502, de 1964. A fraude ocorre quando o contribuinte **dolosamente** pratica ação ou omissão para impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador, com o intuito de enganar o Fisco, ou seja, visando o não pagamento de tributo. Mera omissão de receitas não é suficiente para caracterizar a fraude e a conseqüente majoração da multa. Assim, esse percentual deve ser reduzido para 75%.*

Juros de Mora - Ilegalidade

Os juros de mora com base na Taxa Selic ofende o princípio da legalidade previsto no art. 150, I da CF que dispõe que é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Em que pese a legislação determinar a aplicação da taxa Selic aos débitos tributários, não há previsão legal do que seja essa taxa. A lei apenas manda aplicá-la sem indicar nenhum percentual, delegando indevidamente seu cálculo a ato governamental, que segue as naturais oscilações do mercado financeiro.

Interpretando-s o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, chegamos à conclusão de que é permitido à lei ordinária somente fixar o percentual de juros em patamar igual ou inferior ao estabelecido no CTN, que é de 1% (um por cento) ao mês. Caso se desejasse superar esse limite, teria o legislador que se valer do mesmo instrumento legislativo usado primeiramente, qual seja, a lei complementar.

Tampouco pode ser desprezado o disposto no art. 193, § 3º da CF, que dita taxa de juros não superior a 12% (doze por cento) ao ano.

Tendo em vista que da data do vencimento do tributo até hoje, a taxa Selic ficou em patamares inferiores a 1% ao mês, requer o seu afastamento caso ela ultrapasse esse percentual.

Requer:

Seja acolhida a preliminar argüida, para excluí-la do polo passivo do processo e, caso não acolhida a preliminar, no mérito seja julgada procedente a impugnação para reduzir a multa de 150% para 20% em razão do nítido caráter confiscatório, ou para 75% por não haver fraude, além de ser afastada a correção do débito pela taxa Selic, caso o índice ultrapasse 1% ao mês.

Protesta provar o alegado por todos os meios admitidos em direito, sem exclusão de qualquer que seja, para comprovação das alegações tecidas ao longo da presente impugnação.

Examinadas as razões de defesa a DRJ de origem julgou parcialmente procedente a impugnação para excluir a exigência do PIS/Cofins que haviam sido declarados em DCTF.

Irresignada, apenas a responsável tributária interpôs recurso voluntário onde reproduz, em síntese, as mesmas razões expostas na impugnação ao lançamento (fl. 5354 e ss.).

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

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;

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, recepcionou os Auditores-Fiscais e declarou que:

a)- O seu contato na empresa INCORVIL é feito com o Sr. Herick Camargo cujo e-mail é herick.camargo@vulcan.com.br, telefones: 11-4784-9003 e 7834-5154/fax: 11-4784-1739;

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 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 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 Asssociados - localiza-se 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: 773.597.120-67 - 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;

(...)

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: 03.156.784/0001-30: Intimada em 01/11/2011, apresentou em 08/11/2011 cópias das Notas Fiscais nºs: 11530; (...)

1.1) No e-mail 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 Ltda-CNPJ: 33.066.952/0001-67 cuja data de admissão consta como 09/08/2004.

(...)

3) - Polyornanic Tecnologia Ltda - CNPJ: 96.677.646/0001-87. intimada em 26/10/2011, apresentou 28/10/2011 cópias das Notas Fiscais nºs: 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 e-mail antonio.thomaz@vulcan.com.br. No corpo das Notas Fiscais constam as seguintes informações: NF nº 18309- "Seu pedido nr. 23982 Sr.Antonio"; NF nº 18494: "Seu pedido nr. 24176 Sr. Antonio; NF nº 18829: "Seu Pedido de Compra nr 024124-André"; NF nº 19157: "Seu Pedido de Compra Verbal-André"; NF nº 20090: "Seu pedido de compra verbal - André Bender" que como já visto é funcionário da VULCAN.

(...)

5) A Guerra S/A Implementos Rodoviários - CNPJ: 59.187.385/0001-90 - 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 e-mail. Nas ordens de compra, o e-mail informado como sendo da INCORVIL é: stephanie.gomes@vulcan.com.br, conforme se verifica das ordens de compra nºs 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 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 CNIS-Cadastro 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 nºs: 161936; 161937; 162140; 162141, 161151, 162513, 162514, 165047 emitidas pela empresa Marbel RC-Comércio Importação e Exportação Ltda; e NF nº 44456 emitida por Savon-Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda.

(...)

5)- As Notas Fiscais nºs 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: 33.066.952/0001-67- conforme consulta RENAVAM anexa. As Notas Fiscais nº 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: 33.066.952/0001-67, 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 (33.066.952/0004-00);

6)- As Notas Fiscais nºs 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: 33.066.952/0001-67, 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 (33.066.952/0004-00).

(...)

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 Confecções de Uniformes Ltda; NF n.º 1127 e NFS n.º 56 emitidas em 19/12/06 por Comercial de Pneus L.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 nº 1092 e 1103 emitidas em 01/06/07 e 01/07/07 respectivamente por BL Assessoria, Consultoria e Planejamento Empresarial Ltda; NF nº 259 emitida em 07/07/07 por Gráfica Cistiam Ltda; NF nº 620 e 607 emitidas em 26/07 e 05/07/07 respectivamente por Tudo em Transporte Editora Ltda; NF nº 2138 emitida em 19/09/07 por Comercial Gardini Ltda-ME; NF nº 28.789 emitida em 02/07/07 por ADREL Aplic.Distr.Revestimentos Decorativos Ltda; NF nº 11828 emitida em 30/08/07 por Barbieri Indústria de Confecções Ltda; NFs nºs 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 nºs 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 nº 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 Toth-Administração, 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.

3) DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Alega a recorrente ser incabível a imposição da multa de 150% incidente sobre o valor dos tributos devidos, primeiro em razão de seu caráter confiscatório, e segundo porque não restou comprovado o dolo.

Quanto ao caráter confiscatório da multa há que se dizer que, de acordo com o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito, esse argumento não pode ser apreciado por este Colegiado haja vista que implicaria o exame da constitucionalidade do art. 44 da Lei nº 9.430/96 frente ao art. 150, IV, da Constituição.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Em relação à conduta da contribuinte e da responsável tributária, observa-se, pela multitude dos fatos narrados no item anterior deste voto, que não foi fruto de mero erro contábil ou negligência por parte dessas empresas, mas sim de sua vontade livre e consciente de se evadir do pagamento dos tributos devidos ao Erário Público.

4) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a responsabilidade tributária da recorrente Vulcan Material Plástico Ltda.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto