



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 15956.720264/2016-37
Recurso Embargos
Acórdão n° 1402-004.224 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2019
Embargante CONTERN CONSTRUÇOES E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

MATÉRIA SUPOSTAMENTE SIMILAR A OBJETO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM TRÂMITE NO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL ATESTADA. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PEDIDO REJEITADO.

Não há arrimo legal para o sobrestamento do feito administrativo diante da demonstração de que matéria *simular* estaria sendo tratada em Recurso junto ao E. STF, mesmo com o reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional lá suscitada, principalmente após a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do anexo II da Portaria MF ° 256/2009.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os Embargos de Declaração para, sem efeitos infringentes, complementar o Acórdão n° 1402-003.342 a fim de ser sanada a omissão apontada, rejeitando a alegação e o pedido da Contribuinte de sobrestamento do julgamento, em razão da repercussão geral prevista no Recurso Extraordinário n° 640.452.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Murillo Lo

Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu e Paulo Mateus Ciccone
(Presidente).

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração (fls. 1995 a 2003), apostos contra o v. Acórdão n.º 1402-003.342 (fls. 1912 a 1953), que julgou Improcedente o Recurso Voluntário da Contribuinte (fls. 1702 a 1725), assim como os demais *Apelos* apresentados pelos Sujeitos Passivos solidários.

Por bem resumir a demanda, adota-se a seguir o relatório empregado pelo I. Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, no v. Acórdão n.º 1402-003.342:

Trata o presente feito de Recurso Voluntário interposto em face da r. decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da r. DRJ de Brasília que por unanimidade de votos decidiu IMPROCEDENTE a impugnação apresentada, mantendo integralmente o crédito tributário exigido.

Ante ao minucioso relatório empreendido pela DRJ adoto-o em sua integralidade complementando-o ao final no que necessário:

Versa o presente processo sobre impugnações apresentadas pelo contribuinte e por responsáveis tributários em face dos autos de infração: do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ (a fls. 1.108/1.156); Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (a fls. 1.158/1.201); Imposto de Renda Retido na Fonte (a fls. 1.203/1.227).

Cientificada dos lançamentos em 15/12/2016 (AR a fls. 1.369), a contribuinte apresentou impugnação em 11/01/2017 (Termo a fls. 1.379 e segs.), na qual aduz as seguintes razões de defesa:

a) que, conforme se depreende das autuações, os detalhes de cada um dos lançamentos são os seguintes:

“IRPJ Demonstrativo do Crédito Tributário:

R\$ 5.747.343,62 Imposto

RS 1.924.618,55 Juros de Mora

RS 8.621.015,41 Multa Proporcional (150%)

RS 4.631.974,63 Multa exigida Isoladamente

Total: R\$ 20.924.952,21

Imposto: Contabilização de despesas com base em documentos inidôneos. Fatos Geradores ocorridos entre 01/10/2010 a 31/12/2014.

Enquadramento Legal: art. 3º da Lei n.º 9.249/95, artigos 217, 247, 248, 249, inciso I, 251, 256, 277, 278 e 299 do RIR/99. Multa Proporcional (150%): artigo 44, inciso I c/c parágrafo 1º da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores.

Multa Isolada: Falta de pagamento do IRPJ incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Fatos Geradores ocorridos entre 30/03/2012 a 31/05/2014.

Enquadramento Legal: artigos 222 e 843 do RIR/99 e artigo 44, inciso II, alínea "b" da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores.

CSLL

Demonstrativo do Crédito Tributário:

RS 2.495.240,93 Contribuição

RS 817.957,90 Juros de Mora

. RS 3.742.861,37 Multa Proporcional (150%)

. RS 1.675,064,88 Multa exigida Isoladamente

Total: R\$ 8.731.125,00

Demonstrativo do Crédito Tributário: Contribuição: Contabilização de despesas com base em documentos inidôneos. Fatos Geradores ocorridos entre 01/10/2010 a 31/12/2014. Enquadramento Legal: artigo 2º da Lei n.º 7.689/88 e outros da legislação.

Multa Proporcional (150%): artigo 44, inciso I c/c parágrafo 1º da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores.

Multa Isolada: Falta de pagamento da CSLL incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balances de suspensão ou redução.

Fatos Geradores ocorridos entre 30/03/2012 a 31/05/2014.

Enquadramento Legal: artigo 28 da Lei n.º 9.430/96 e artigo 44, inciso II, alínea "b" da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores.

IRRF

R\$ 50.034.062,19 Imposto

R\$ 19.293.597,30 Juros de Mora

R\$ 75.051.092,91 Multa Proporcional (150%)

Total: R\$ 144.378.752,40

Imposto: Valor do IRRF incidente sobre pagamento sem causa ou de operação não comprovada a alíquota de 35%.

Fatos Geradores ocorridos entre 07/01/2011 a 26/12/2014.

Enquadramento Legal: artigos 674 e 675 do RIR/99 e artigo 70, inciso I, alínea "a" da Lei n.º 11.196/2005.

Multa Proporcional (150%): artigo 44, inciso I c/c parágrafo 1º da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores."

b) que a fiscalização considerou ter a IMPUGNANTE entabulado com várias pessoas jurídicas contratos fictícios, sem que tivessem os contratados prestado efetivamente serviços;

c) preliminarmente, alega:

c.1) que os autos são nulos nos termos do artigo 59, inciso I do Decreto n.º 70.235/72, porque a DRF/Ribeirão Preto e os AFRFs autuantes a ela vinculados não possuem competência para constituir crédito tributário do IRPJ CSLL e da IRRF contra a impugnante, pois tal competência é privativa da DRF/São Paulo e dos servidores a ela vinculados, por ser o IR e a CSLL tributos cujas questões fiscais devem ser realizadas por fiscais com jurisdição

no domicílio fiscal da empresa (São Paulo, Capital), ressaltando ainda não ser possível sequer a delegação de competência, por expressa vedação legal prevista no artigo 13, inciso III da Lei Ordinária n.º 9.784/99;

c.2) que nenhum momento no TVF, a fiscalização nega terem os prestadores de serviços deixado de declarar os pagamentos realizados pela impugnante, logo não seria possível exigir sobre esses pagamentos o IRRF previsto nos artigos 674 e 675 do RIR/99 e artigo 61 da Lei n.º 8.981/95 e muito menos realizar a glosa geradora do IRPJ e da CSLL exigidos da impugnante por implicar a exigência de mais de uma cobrança de tributos sobre a mesma base (bis in idem).

c.3) que por não ter contestado o fato de os Prestadores terem contabilizado para fins do IR e da CSLL os valores recebidos, a Fiscalização, no máximo, poderia aplicar contra a impugnante disposições envolvendo o descumprimento de alguma obrigação acessória e apenas exigir dos Prestadores eventuais valores de IR e da CSLL não recolhidos, razão pela qual os autos de infração merecem ser cancelados diante da inadequação da fundamentação legal utilizada para garantir a validade dos lançamentos;

c.4) que pela grande possibilidade dos prestadores de serviços terem contabilizado os pagamentos realizados pela impugnante na apuração do seu IRPJ e CSLL e até pago tais tributos, uma vez que a fiscalização não contestou essa situação, os 3 (três) autos de infração merecem ser cancelados por terem sido lavrados com CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA da impugnante, pois a fiscalização deveria ter demonstrado como condição elementar dos autos de infração que os Prestadores são inexistentes, não contabilizaram os valores pagos pela impugnante, não consideraram esses valores na apuração do IRPJ e da CSLL e, por isso, jamais pagaram tais tributos sobre tais montantes porque, somente assim, seria possível exigir da CONTERN valores a título dos tributos constituídos, sem considerar outras razões defendidas nessa impugnação;

c.5) que, como nada foi provado ou contestado, presume-se ter a fiscalização admitido que tais Prestadores contabilizaram os valores para fins do seu IR e da CSLL e efetuaram os pagamentos devidos, logo essa presunção já bastaria para acarretar o cancelamento dos 3 (três) autos de infração, mas admitindo-se apenas para considerar que a mesma não seja aceita, de qualquer forma, restaria mais um motivo para a nulidade dos lançamentos, já que os trabalhos fiscais seriam viciados porque a fiscalização deixou de realizar os levantamentos probatórios necessários para demonstrar os fatos acima indicados e motivar a constituição do crédito tributário do IRPJ, da CSLL e da IRRF, ou seja, os autos de infração merecem ser cancelados por terem sido lavrados com base em LEVANTAMENTO FISCAL PRECÁRIO;

c.6) que a presente impugnação também merece ser provida porque a impugnante não foi intimada previamente para se manifestar sobre o encerramento da fase instrutória dos trabalhos fiscais, sendo que esse direito está previsto no artigo 44 da Lei n.º 9.784/99, o qual exige a intimação do interessado do fim da fase instrutória do processo fiscal para fins de exercer o seu direito de se manifestar sobre o mesmo no prazo de 10 (dez) dias;

d) quanto ao mérito alega que:

d.1) no concerne à prestação dos serviços:

d.1.1) que os serviços prestados pelas Prestadoras de Serviços listadas no referido TVF existiram, como foi comprovado pela impugnante nas suas respostas apresentadas à fiscalização juntadas neste PAF;

d.1.2) que, em todos os casos, a fiscalização defendeu os contratos eram simulados, pois as Pessoas Jurídicas prestadoras de serviços não existiriam realmente, sendo que, em alguns casos, não disporia de patrimônio próprio e não possuiria capacidade operacional, ressaltando-se que, no caso da CREDENCIAL, ela foi declarada inexistente pelo Ato Declaratório Executivo n.º 45/2016;

d.1.3) que esse posicionamento não merece ser considerado, porque a impugnante apresentou as Notas Fiscais, provas de pagamento e esclareceu os serviços prestados pelas Pessoas Jurídicas relacionadas no TVF;

d.1.4) que os serviços prestados na forma esclarecida pela impugnante ocorreram, porque se constituíram em sua maioria em trabalhos intelectuais, de consultoria, de indicação de profissionais e de definição estratégias, como ocorreu no caso da ARAGUAIA e da VISCAYA;

d.1.5) que, em nenhum momento a fiscalização provou que tais pessoas, por intermédio de seus sócios, não prestaram os serviços indicados pela impugnante, uma vez que, como a empresa prestou esse esclarecimento, competiria, ao menos, a fiscalização contestar tais esclarecimentos mediante, por exemplo, busca de depoimentos dos sócios de todas as Prestadoras de Serviços indicadas;

d.1.6) que, no caso da VISCAYA, aliás, existem provas robustas da atuação dessa em prol da impugnante e de empresas a ela relacionadas, não existindo razões para ser acatado o entendimento defendido pela fiscalização porque todos os documentos juntados pela impugnante comprovam a efetiva prestação de serviços e razões para a contratação dessa empresa e da ARAGUAIA especialmente para a solução de demandas contra terceiros;

d.1.7) que, se algumas das Prestadoras de Serviços foram envolvidas em questões envolvendo outras empresas, no âmbito da Operação Lava Jato, isso não poderia gerar para a impugnante uma presunção similar de inexistência de prestação de serviços, porque a empresa comprovou ter contratado os trabalhos de tais pessoas, demonstrou contratualmente aquilo que foi contratado e, se não apresentou algum relatório, é porque muitos trabalhos foram realizados de forma consultiva, mediante atuação e auxílio, sem que disto pudesse resultar a inexistência da prestação de serviços;

d.2) no que concerne ao IRRF:

d.2.1) que o auto de infração do IRRF merece ser cancelado, porque está sendo exigido um valor com fundamento nos artigos 674 e 675 do RIR/99 e artigo 61 da Lei n.º 8.981/95, sem que tenha existido renda, proventos e demais montantes indicados pelos artigos 43 e 44 do CTN como sendo fato gerador e base de cálculo do IR;

d.2.2) que os pagamentos realizados pela impugnante, por não representarem e motivarem a presença de fato gerador do IR jamais poderiam ter sido considerados como causa para a exigibilidade do imposto justamente porque não demonstram a ocorrência das situações necessárias para a sua exigibilidade nos termos do CTN;

d.2.3) que, se não bastasse isto, a verdadeira natureza do IRRF exigido da impugnante é de penalidade decorrente dos atos descritos pela fiscalização,

ocasionando mais um motivo da nulidade da autuação, porque simultaneamente foi constituído o crédito tributário da multa qualificada na ordem de 150% (cento e cinquenta por cento) ocasionando, na totalidade, uma penalização de 185% (cento e oitenta e cinco por cento) calculada sobre o valor dos pagamentos acarretando bis in idem e uma situação impossível de ser admitida por configurar confisco;

d.2.4) que esse Juízo Administrativo deve considerar que os objetivos dos artigos 674 e 675 do RIR/99 e artigo 61 da Lei n.º 8.981/95 é de tributar receitas (pagamentos) que não seriam postas a tributação em razão de um anonimato do seu recebedor, algo que não acontece no caso tratado nestes autos em que a fiscalização citou expressamente as empresas envolvidas (prestadoras de serviços) e nunca contestou terem deixado essas de reconhecerem os valores em suas contabilidades;

d.2.5) que também merece ser cancelado por não serem aplicados ao caso os artigos 674 e 675 do RIR/99 e artigo 61 da Lei n.º 8.981/95, uma vez que: as Prestadoras de Serviços foram identificadas; a fiscalização nunca negou que suas receitas deixaram de ser declaradas nas DIPJs; e a operação realizada foi comprovada pelos documentos apresentados a fiscalização;

d.2.6) que o auto de infração de IRRF também merece ser cancelado porque o tributo não foi exigido sobre o valor pago pela impugnante aos Prestadores de Serviços, como demonstra a anexa planilha apurada nos termos dos documentos juntados neste PAF ofendendo as disposições legais que estabelecem esse IR (doc. 02);

d.3) no que concerne ao IRPJ e CSLL, alega que, como acontece para o IRRF, os autos de infração do IRPJ e da CSLL também merecem ser julgados improcedentes porque a fiscalização demonstrou, implicitamente, que os Prestadores de Serviços contabilizaram os valores recebidos em suas declarações de IR, “impedindo a exigibilidade dos tributos constituídos da impugnante”[sic];

d.4) no que concerne à multa qualificada:

d.4.1) que os autos de infração também não merecem persistir quanto à aplicação da Multa de 150% (cento e cinquenta por cento);

d.4.2) que não existiu por parte da impugnante a prática de sonegação, fraude e conluio objetivando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do imposto como causas da qualificação da Multa especialmente porque, como indicado acima, o pagamento não representa motivo da cobrança do IR conforme os artigos 43 e 44 do CTN;

d.4.3) que, demais disso, como indicado acima, no caso não existiu anonimato da fonte recebedora dos pagamentos, porque todos os Prestadores de Serviços foram identificados;

d.4.4) que, por outro lado, a Multa também não pode ser aplicada porque não estão presentes nenhuma das hipóteses capituladas no caput do artigo 44 e no seu §1º, especialmente quanto a este, que deixou de ter qualquer eficácia porque os seus incisos foram revogados;

d.4.5) que, como se não bastasse isto, como as faltas supostamente praticadas pela impugnante geraram o lançamento do IRRF, jamais poderia ter sido aplicada a Multa de 150%, pois a consequência do ato supostamente praticado pelo contribuinte gerou um efeito específico previsto na legislação como

representa a exigibilidade do referido tributo sendo um entendimento aplicado pelo CARF como demonstra a decisão que transcreve em sua peça de defesa;

d.4.6) que, além das razões defendidas anteriormente, no caso do IRRF, a Multa Qualificada de 150% não poderia ser aplicada porque o IRRF possui natureza de penalidade e nunca a impugnante esteve em mora para ser exigida tal penalidade;

d.4.7) que nunca esteve em mora porque os pagamentos realizados para as Prestadoras de Serviços, por não implicarem acréscimo patrimonial da impugnante, não geram IR devido e por isso nunca deixou de efetuar pagamento desse tributo sobre essa realidade fática, sendo assim, nunca poderia ter sido exigida essa Multa Qualificada, porque como se depreende do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96 essa possui natureza moratória como algo que, em relação a impugnante, jamais aconteceu;

d.4.8) que tal fato também acontece no caso do IRPJ e da CSLL, porque a impugnante declarou todas as despesas derivadas dos pagamentos realizados aos Prestadores de Serviços, apenas permitindo, quando muito, sem considerar outras razões, a aplicação da multa por declaração espontânea na ordem de 20%;

d.5) no que concerne à multa isolada:

d.5.1) que não existe a permissão na legislação de ser aplicada a multa isolada no caso tratado nestes autos, considerando já ter sido a impugnante penalizada pela multa de ofício em razão da falta de pagamento dos tributos;

d.5.2) que, no caso da falta de pagamento de tributo incide somente o Artigo 44 da Lei n.º 9.430, de 30 de dezembro de 1996, não existindo a possibilidade de ser aplicada em duplicidade as multas de ofício e a isolada da forma praticada pela fiscalização;

d.5.3) que a aplicação conjunta das duas multas, como realizado no auto de infração, implica bis in idem porque é inadmissível, por se penalizar duas vezes a impugnante em decorrência do mesmo fato gerador, algo que há muito tempo vem sendo observado pelo Egrégio Conselho de Contribuintes ao declarar a impossibilidade da cumulação;

d.5.4) que considerando serem as multas de ofício superiores a multa isolada, respectivamente, de 75% (setenta por cento) e 50% (cinquenta por cento) do valor do tributo, não existe a possibilidade de cumulação, porque aquela absorve esta, nos termos já decididos pela DRJ em Brasília (Terceira Turma - Acórdão n.º 367, de 29 de novembro de 2001)

d.5.5) que a aplicação em duplicidade de multa em razão do mesmo fato implica inconstitucionalidade por possuir natureza confiscatória, contrária ao Artigo 150, Inciso IV da Constituição Federal de 1988, por não ser proporcional a suposta infração cometida pela empresa;

d.6) quanto aos juros de mora incidentes sobre a multa:

d.6.1) que a presente impugnação também merece ser acolhida para afastar a exigibilidade dos juros de mora calculada sobre as multas aplicadas, pois esta cobrança é flagrantemente inconstitucional e ilegal por contrariar o caput, do artigo 161 do CTN, pois somente permite a exigibilidade dos juros de mora sobre o valor do tributo devido;

d.6.2) que a observância do referido dispositivo do CTN é garantida pelo artigo 146, inciso III, alínea "b" da Constituição Federal de 1988, por ser a norma

geral de direito tributário que regula a matéria envolvendo a cobrança de juros de mora na área tributária;

d.7) no que concerne ao pedido de diligência/perícia:

d.7.1) que diante dos argumentos defendidos pela fiscalização e a falta de apuração da contabilização para fins de IR dos valores pagos pela impugnante aos Prestadores de Serviços indicados no TVF, a empresa requer a realização de diligência e perícia em todos os Prestadores de Serviços;

d.7.2) que estas se justificam porque não existe a possibilidade da exigibilidade do IRPJ, da CSLL e da IRRF caso os Prestadores de Serviços tenham considerado os pagamentos realizados pela impugnante em suas contabilidades e para fins fiscais do IR uma vez que, caso isso tenha ocorrido, a exigibilidade de tais tributos da impugnante representaria bis in idem como defendido nestes autos;

d.7.3) que, como a impugnante não possui Poder de Polícia para solicitar essas informações e exigir a sua apresentação por tais pessoas, bem como por possuir a RFB totais meios para obter tais informações, existe necessidade para o seu deferimento sob pena de deixar de estar presente elementos essenciais para o julgamento do caso por este Juízo Administrativo;

d.7.4) que, para a perícia a Recorrente nomeia o Sr. Gustavo Bortolan Martins, CRC: 1SP220651/0-9, com endereço profissional no mesmo endereço da impugnante;

d.7.5) que seguem os quesitos que devem ser respondidos na diligência e na perícia mediante a análise dos documentos dos Prestadores de Serviços listados no TVF, são os seguintes: 1- Os Prestadores de Serviços registraram os valores pagos pela Impugnante para fins de IR e pagamento de tributos ? 2- Os tributos devidos decorrentes desses pagamentos foram pagos pelos Prestadores de Serviços ?

d.8) ao fim, requer:

d.8.1) o provimento da presente impugnação para ser cancelado integralmente o Auto de Infração;

d.8.2) a intimação prévia da impugnante do dia e hora do julgamento na DRJ dessa defesa para o fim de exercer o seu direito de realizar a sustentação oral, apresentar Memoriais e praticar o seu direito ao contraditório e a ampla defesa por si ou por profissional habilitado;

d.8.3) a realização da diligência/perícia como proposto;

d.8.4) o sobrestamento da apreciação dessa impugnação até o julgamento final do Recurso Extraordinário n.º 640.452 pelo STF sob o regime de repercussão geral por tratar do caráter confiscatório de penalidades aplicadas contra os contribuintes em situação similar a tratada nestes autos. Os responsáveis passivos solidários Reinaldo Bertin, Natalino Bertin, Silmar Roberto Bertin, João Bertin Filho, Fernando Antonio Bertin tiveram ciência dos lançamentos em 15/12/2016, conforme ARs a fls. 1370 a 1374. Reinaldo Bertin, Silmar Roberto Bertin, João Bertin Filho, Fernando Antonio Bertin apresentaram, em 12/01/2017 (termo a fls. 1413, 1437, 1461 e 1482), respectivamente, as impugnações a fls. 1414/1428, 1438/1432, 1462/1476 e 1483/1497.

Natalino Bertin apresentou em 13/01/2017, a impugnação a fls. 1504/1518. Todos responsáveis solidários aduziram os mesmos fundamentos de defesa nas suas respectivas impugnações, os quais podem ser assim sintetizados:

a) em preliminar:

a.1) que tomou conhecimento de ter sido incluído, com fundamento no artigo 135, incisos I e III do CTN, como responsável tributário solidário em relação aos créditos tributários constituídos contra a CONTERN nos autos de Infração de IRPJ, CSLL e IRRF lavrados contra esta empresa e objeto do presente processo;

a.2) que nada obstante ter a CONTERN apresentado documentos envolvendo a prestação de serviços que atestam que nunca assinou qualquer contrato com tais pessoas, conforme demonstram os documentos juntados nesse PAF, foi incluído como responsável apenas pela sua condição de administrador nada obstante existirem outros administradores na empresa também incluídos como responsáveis;

a.3) que jamais poderia ter sido incluído como responsável tributário solidário ao crédito tributário objeto das autuações fiscais, seja em razão de serem todos os lançamentos improcedentes como será defendido pela CONTERN, seja por não terem sido provadas as circunstâncias de sua responsabilização e a presença das condições exigidas pela legislação, como restará demonstrado;

a.4) que deve ser excluído na condição de responsável tributário, porque não foi lavrado em seu nome o Termo de Sujeição Passiva Solidária conforme se depreende dos documentos anexados no Auto de Infração, pois este Termo é exigido pela Portaria RFB n.º 2.284, de 29 de novembro de 2010, o qual deve descrever de forma pormenorizada a motivação da inclusão de determinada pessoa como responsável solidária;

a.5) que a sua inclusão como responsável tributário também foi irregular porque deveria ter sido emitido em nome dele um Mandado de Procedimento Fiscal específico, justamente por ser sujeito passivo do crédito tributário contestado, para a realização de quaisquer procedimentos fiscais passíveis de resultar na lavratura de auto de infração, a legislação exige a prévia emissão de MPF-F para cada um dos sujeitos passivos envolvidos, seja contribuinte, seja responsável, conforme se depreende dos Artigos 2º, Inciso I e 3º, Inciso I da Portaria RFB n.º 3.014/2011;

a.6) que também não pode ser responsabilizado porque não existe nos autos de infração prova de ter participado da contratação dos Prestadores de Serviços e a fiscalização tem o ônus da prova da participação específica do responsável solidário nos atos geradores das autuações fiscais;

a.7) que sendo demonstrado nestes autos que nunca assinou qualquer contrato com os prestadores de serviços, não existem elementos que o vinculem a tais contratações;

a.9) que, como restou demonstrado no PAF, a CONTERN possui ou possuiu vários administradores na época das contratações, assim, jamais poderia ser imputado ao impugnante responsabilidade se não tiver sido demonstrado que participou em tais contratações com os prestadores de serviços listados no TVF, sendo que, sem essa prova não resta demonstrado também o nexo de causalidade exigido pelo citado artigo 135 do CTN como também pelo artigo 136 do Código Tributário Nacional;

a.10) que, da mesma forma, é impossível ser responsabilizado também com fundamento no Artigo 137 do CTN, pois este dispositivo prescreve a responsabilidade pessoal do agente que praticou a infração, excluindo qualquer responsabilidade do contribuinte quando não realizou os atos

infracionais previstos na legislação, demonstrando a impossibilidade do impugnante ser responsabilizado;

a.11) que a sujeição do impugnante como responsável tributário ainda deve ser cancelada porque, da forma que foi realizada, cerceou o direito de defesa ao não demonstrar quais atos específicos teria praticado para ser responsabilizado;

a.12) que, conforme consta nestes autos, a sua responsabilização está baseada no fato de ser um dos administradores da CONTERN sem que, no entanto, tivesse a fiscalização demonstrado ter participado na contratação dos prestadores de serviços indicados no TVF, sem prejuízo dos demais argumentos defendidos nesses autos;

a.13) que ser apenas administrador não representa, nos termos do Artigo 135 do CTN, elemento para garantir a responsabilização, devendo ser apurado e provado ter efetivamente o “responsabilizado pessoa física” adotado posturas das quais resultaram os atos descritos no referido dispositivo legal, o que, porém, conforme se depreende destes autos, isso não existiu para o impugnante, ocasionando um cerceamento do direito de defesa, porque não foram demonstrados os efetivos atos por ele praticados individualmente;

a.14) que a presente impugnação também merece ser julgada procedente, porque os Auditores Fiscais não provaram ter o impugnante agido com infração a lei e se beneficiado com a operação;

a.15) que nada disto foi apresentado e provado, porque os únicos elementos de responsabilização foi o fato de ter sido administrador

b) no mérito:

b.1) que não pode ser incluído como responsável tributário nos autos de infração objeto do presente processo, por não estarem presentes as condições previstas no artigo 135, incisos I e III do CTN

b.2) que a sua inclusão está baseada na falta de pagamento de tributos pela CONTERN, por não ter sido provado nenhum ato específico de sua pessoa, algo que jamais poderia ter sido realizado, porque já está pacificado na jurisprudência não ser possível a responsabilização pela mera falta de pagamento

b.3) que esse juízo deve considerar que a infração a lei prevista no artigo 135, inciso III do CTN não é aquela derivada exclusivamente da obrigação tributária, mas uma infração de outra natureza, porque se fosse possível aplicar a responsabilização sempre quando tivesse existido um ilícito tributário de não pagar tributo, o próprio sentido da responsabilidade estaria alterado, pois essa sempre seria solidária ou pessoal do ócio;

b.4) que, por isso, não existe a possibilidade de ser incluído como responsável, porque a única motivação da sua inclusão foi a infração à legislação tributária praticada pela CONTERN, algo vedado pela jurisprudência do C. STJ, sendo até matéria sumulada (Súmula 430)

b.5) que, se não bastasse isso, ser apenas administrador da pessoa jurídica nunca foi causa para a aplicação do artigo 135, incisos I e III do CTN porque, nos termos deste dispositivo, apenas será possível a responsabilização solidária e pessoal quando estiver provada a prática de atos efetivos contrários aos estatutos, contrato social ou infração à lei;

c) ao fim, requer a sua exclusão como responsável tributário.

Por último, vale ressaltar que consta despacho da DERAT/SP a fls. 1557, no qual é informado o seguinte:

“Trata o presente processo de Autos de Infração cujos lançamentos foram impugnados tempestivamente pelo contribuinte em 11 de janeiro de 2017, pelos responsáveis passivos solidários Reinaldo Bertin, Silmar Roberto Bertin, João Bertin Filho, Fernando Antonio Bertin em 12 de janeiro de 2017 e pelo responsável passivo solidário Natalino Bertin em 13 de janeiro de 2017 (ciência via correios em 15/12/2016 – fls. 1369 a 1374).”.

Após analisar a impugnação, a r. DRJ proferiu decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

GLOSA DE DESPESA. DEVIDA. Nas autuações de IRPJ em razão de glosa de despesas, é irrelevante o fato de o beneficiário ter ou não oferecido o pagamento recebido à tributação. Se não é possível identificar sequer as causas dos pagamentos, muito menos saber se eram relativos a despesas lícitas e necessárias às atividades da impugnante e a manutenção da respectiva fonte produtora.

MULTA QUALIFICADA. DEVIDA. Há que se manter a qualificação da multa, uma vez demonstrada a conduta dolosa com o fito de impedir ou retardar o conhecimento do Fisco das circunstâncias materiais do fato gerador, pela simulação de contratos de prestação de serviços, com o fito de dissimular os verdadeiros fins e destinatários dos pagamentos.

MULTA ISOLADA. A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A melhor exegese do caput do art. 30 da Lei nº 10.522/02 leva à conclusão de que tal dispositivo é aplicável aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, razão pela qual, incidem juros de mora calculados pela taxa Selic sobre as multas de ofício ad valorem.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. É nítida a responsabilidade tributária dos sócios administradores, com base no art. 135, III, do CTN, quando resta demonstrado que houve simulação de contratos de prestação de serviços, para dissimular os fins e os destinatários de pagamento feitos, sendo que tais contratos simulados serviram também para lastrear os lançamentos contábeis desses pagamentos como despesas dedutíveis das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA. O art. 61 da Lei 8.981/95 encontra seu fundamento de validade no parágrafo único do art. 45 do CTN, sendo perfeito o enquadramento da situação fática nele, quando a real causa de pagamentos é dissimulada por meio de contratos de prestação de serviços simulados.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. IRRF. Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao

lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, aos lançamentos da CSLL e do IRRF.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignados com a r. decisão, foram apresentados Recursos Voluntários pela contribuinte CONTERN-CONSTRUÇOES E COMERCIO LTDA e pelo solidário FERNANDO ANTONIO BERTIM.

I – RECURSO VOLUNTÁRIO DE CONTERN-CONSTRUÇOES E COMERCIO LTDA

A Recorrente alega preliminarmente a ausência de competência da DRJ de Brasília para julgar a matéria, haja vista ter seu domicílio fiscal no Município de São Paulo, nos termos do anexo único da Portaria RFB nº 2231/2014 o que configuraria nulidade da r. decisão proferida nos termos do art. 59, II do Decreto 70.235/72.

Alega ainda que diversos de seus argumentos aduzidos na impugnação teriam sido preteridos pela ocasião do julgamento em primeira instância:

Alega ainda que merece ser cancelada a decisão por não ter deferido pedido de diligência e de perícia formulados na impugnação. A perícia justificar-se-ia pelo fato de não poder se exigir IRPJ, CSL e IRRF caso o valor pago aos prestadores de serviço tivessem sido submetidos a tributação, uma vez que neste caso configurar-se-ia bis in idem.

Sustenta ainda a ilegitimidade da DRF/Ribeirão Preto para lavrar o auto de infração, nos termos do art. 59, I do Decreto 70.235/72. Isto porque o art. 13, III da Lei 9784/99 impediria a delegação da competência para julgamento. A súmula 27 do CARF não cobriria a atuação de DRF diversa, tratando tão somente de auditor diverso.

Aduz ainda que a fiscalização não negou que os prestadores teriam declarado o pagamento recebido da decorrente, o que configuraria a existência de erro de direito no auto de infração. Afirma que ao não ter negado, a fiscalização confirmo implicitamente que tais valores teriam sido contabilizados para fins de IR, afastando a possibilidade de tais viores serem autuados sob os arts. 674 e 675 do RIR/99 e do art. 61 da Lei nº 8981/95.

Tal erro de direito macularia o auto de infração constituindo ofensa ao art. 37, caput, da CF, 3º, 142 e 144 do CTN, pois confirmaria a ausência de fundamentação jurídica, atraindo sua nulidade com fulcro no art. 10 do Decreto 70.235/72.

Alega ainda que houve cerceamento de seu direito de defesa, uma vez não ter sido determinada a notificação dos prestadores de serviço para confirmar o pagamento ou não dos impostos sobre os valores recebidos da recorrente. Sustenta que não possui poder de polícia para demandar que tais prestadores forneçam a referida informação.

Reforça que o levantamento e a acusação fiscais são precários, pois foram realizados com base em informações insuficientes. Não levando em consideração se houve ou não pagamento de impostos pelos prestadores de serviço.

Alega ainda que não foi intimada para se manifestar sobre o fim da fase instrutória nos termos do art. 44 da Lei nº 9784/99. A referida fase instrutória seria anterior ao processo e não regulamentada pelo Decreto 70.235/72. A ausência de intimação eivaria de nulidade os autos lavrados.

No mérito, defende que os serviços cuja dedutibilidade foi impugnada, foram devidamente prestados, tendo sido apresentadas notas fiscais, provas de pagamento e esclarecimento quanto aos serviços prestados.

Alega que a fiscalização não prestou provas para invalidar os esclarecimentos prestados. O envolvimento de tais empresas prestadoras de serviço no âmbito da Operação Lava-Jato não gera a presunção de ilicitude de todos os contratos por ela prestados.

Afirma ainda que a fiscalização desconsiderou documentos juntados em Câmaras de arbitragem e processos trabalhistas que demonstrariam a atuação da empresa em prol dos interesses da Recorrente.

Em relação ao IRRF, insiste que a fiscalização não apurou se foram realizados pagamentos de impostos pelas prestadoras de serviço, hipótese em que não poderia ter sido autuada pelo IRRF com fulcro no art. 61 da Lei 8981/95.

Além disso, estaria sendo cobrado o IRRF sobre algo que não é renda, salvo se a fiscalização tivesse provado que os provedores não pagaram o IR, só então poderia ter sido cobrada o IRRF, sob o risco de se configurar Bitributação. Sustenta ainda que somente a fiscalização poderia confirmar se houve ou não o pagamento desses valores, pois a Recorrente não possui poder de polícia para exigir tal confirmação das prestadoras de serviço.

Também não poderia prosperar entendimento esposado pela DRJ de que o IRRF cobrado teria natureza de penalidade, pois já haveria a cobrança de multa de ofício. Cobrança de multa e de IRRF à título de penalidade configuraria confisco.

Não seriam aplicáveis os arts. 674 e 675 do RIR e art. 61 da Lei 8981/95, pois as prestadoras de serviço foram identificadas e nunca se negou que tais valores teriam sido declarados por elas.

Os mesmos argumentos valeriam para CSLL.

Afirma não subsistir a multa qualificada, pois não há fraude, conluio ou sonegação. Afirma não estarem configurados os pressupostos do art. 44 da Lei 9.430/96. Afirma que:

Afirma que não cabe a multa isolada, por já ter sido aplicada ao caso a multa de ofício, configurando-se a consunção.

Sustenta a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Por fim, afirma ter erro na apuração da base de cálculo do IRRF.

II – RECURSOS VOLUNTÁRIOS DE FERNANDO ANTONIO BERTIM E OUTROS:

Em sede de preliminares sustenta a exclusão do polo passivo por não ter sido lavrado o termo de sujeição passiva solidária, nos termos da Portaria RFB 2284/2010.

Sustenta ainda a nulidade dos trabalhos fiscais, pois não foi MPF específico para o solidário. A portaria RFB 3.014/2011 elenca as hipóteses em que os

autos de infração podem ser lavrados sem a expedição de MPF-F. Referida portaria teria revogado por incompatibilidade a Portaria RFB 2.284/2010.

Afirma ainda inexistirem provas da participação do Recorrente na contratação das prestadoras de serviço. De sorte que não haveria nexo de causalidade para que lhe fosse imputada a responsabilidade.

Ao não demonstrar quais atos teriam desencadeado a responsabilidade solidária teria se configurado o cerceamento de defesa. Afirma ainda não terem sido comprovados os pressupostos do art. 135, do CTN.

No mérito, afirma que só foi incluído no polo passivo pela ausência de pagamento do tributo, que não estão preenchidas as condições do art. 135 do CTN. Aplicar-se-ia a súmula 430 d STJ.

Por fim, afirma que há presunção de participação do Recorrente nas negociações por parte da fiscalização.

É o relatório.

Processado o feito, na sessão de julgamento de 14 de agosto de 2018, foi proferido por esta C. 2ª Turma Ordinária o v. Acórdão n.º 1402-003.342, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA- IRPJ

Ano-calendário: 2010

MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA.

O art. 61 da Lei 8.981/95 encontra seu fundamento de validade no parágrafo único do art. 45 do CTN, sendo perfeito o enquadramento da situação fática nele, quando a real causa de pagamentos é dissimulada por meio de contratos de prestação de serviços simulados.

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS. CONSTATAÇÃO DE SIMULAÇÃO. TRATAMENTO E DECLARAÇÃO COMO TOMADA SERVIÇOS E CONTRATAÇÃO DE CONSULTORIA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE.

Evidenciada a ausência de prova da efetiva prestação de serviços que deram margem a custo/despesa deduzidos, bem como a falsidade dos termos contratos em que, supostamente, estes foram avençados, deve se manter a glosa procedida.

Em face de tal v. Aresto, a Contribuinte e os Sujeitos Passivos apresentaram, individualmente, Embargos de Declaração, apontando para supostas obscuridades e omissões.

Ao seu turno, por meio do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 2048 a 2067, a então I. Presidentes desta C. 2ª Turma Ordinária rejeitou os Aclaratórios dos Sujeitos Passivos, admitindo apenas os Embargos de Declaração da Contribuinte, em relação específica à omissão quanto à apreciação do *pedido de sobrestamento do julgamento em razão da repercussão geral em que foi recebido o Recurso Extraordinário n.º 640.452*.

Posteriormente, os autos foram novamente sorteados e encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Conforme já analisado e atestado, confirma-se que os Embargos Declaratórios são tempestivos.

Para melhor delimitar o objeto dos Declaratórios oposto, confira-se o trecho conclusivo do r. Despacho de Admissibilidade *a quo*:

Conclusão

Em síntese e conclusão, por todo o exposto, e com fulcro no art. 65, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), REJEITO os embargos de declaração opostos pelos responsáveis Natalino Bertin, Silmar Roberto Bertin, Fernando Antonio Bertin, e Reinaldo Bertin, e ADMITO PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos pelo contribuinte, para que seja sanada a omissão mencionada no item 'ii.7' dos embargos (pedido de sobrestamento do julgamento em razão da repercussão geral em que foi recebido o Recurso Extraordinário n.º 640.452).

Na presente oportunidade, este Conselheiro confirma a presença da omissão apontada, devendo, então, ser acolhidos os Embargos de Declaração da Contribuinte, nos exatos termos e limites do r. Despacho de Admissibilidade de fls. fls. 2048 a 2067, para a devida correção de tais *lapsos*. Acata-se, também, os seus fundamentos e motivos, já constantes dos autos, evitando-se repetições.

Como se observa e já relatado, existe apenas uma matéria a ser enfrentada: *o pedido de sobrestamento do julgamento em razão da repercussão geral em que foi recebido o Recurso Extraordinário n.º 640.452.*

Pois bem, no Recurso Voluntário da ora Embargante, assim se alegou e se pleiteou:

Como neste caso o pagamento realizado pela RECORRENTE não gera crédito tributário algum, repita-se, por não existir renda e proventos de qualquer natureza, o caso tratado nestes autos é similar aquele objeto do RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 640.452 com REPERCUSSÃO GERAL admitida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no qual se discute o caráter confiscatório da multa isolada por descumprimento de obrigação acessória na ordem de 5% a 40% relacionada a operação que não gerou crédito tributário.

(...)

Requer, por fim, o sobrestamento da apreciação desse Recurso até o julgamento final do Recurso Extraordinário n.º 640.452 pelo STF, sob o regime de repercussão geral por tratar do caráter confiscatório de penalidades aplicadas contra os contribuintes em situação similar a tratada nestes autos.

Posto isso, em primeiro lugar, diferentemente daquilo alegado pela então Recorrente, a *identidade* ou mesmo a *similitude* entre a matéria referente as sanções aqui enfrentadas e a aquela debatida no RExt n.º 640.452 (Tema 487 do STF, reconhecida sua repercussão geral) é muito questionável.

Como as próprias informações sobre tal feito e peças dele constantes - ainda em trâmite no E. Supremo Tribunal Federal - atestam¹, o objeto daquele *Apelo* Extraordinário é o caráter confiscatório da “multa isolada” por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental.

Já no presente caso, o IRRF exigido, as glosas efetuadas e todas as multas aplicadas, em nada se relacionam com o descumprimento de *deveres instrumentais* propriamente tratados na legislação.

Mais importante do que isso, sendo a verdadeira *ratio decidendi* do presente voto, não existe previsão legal, processual ou regimental para embasar o deferimento do pedido da Embargante.

O processo administrativo fiscal federal rege-se pelo *princípio da oficialidade*, devendo sempre ser dado prosseguimento à sua regular tramitação, quando não existem óbices para tanto.

Nos termos da Lei n.º 9.784/99, do Decreto n.º 70.235/72 e do RICARF vigente, o simples fato existir suposta matéria *similar a aquele objeto do RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 640.452 com REPERCUSSÃO GERAL*, em nada influencia na apreciação da causa, não sendo motivo para o sobrestamento do feito.

Esta C. 2ª Turma Ordinária já apreciou tal tema, decidindo por unanimidade, no Acórdão n.º 1402-003.271, de relatoria do I. Conselheiro Marco Rogério Borges, de 24/07/2018, da seguinte forma:

Assunto: Simples Nacional

1

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4071634&numeroProcesso=640452&classeProcesso=RE&numeroTema=487>

Ano-calendário: 2009

SOBRESTAMENTO. MATÉRIA SIMILAR. STF. RICARF. REVOGAÇÃO.

Com a revogação do §§ 1º e 2º do art. 62-A do anexo II da Portaria MF ° 256, de 22/06/2009, não vige mais o entendimento de sobrestar o processo aguardando decisão final do STF em caso de matéria similar cuja constitucionalidade esteja sendo arguida.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR. ÉPOCA DOS FATOS. RESPONSABILIDADE.

Demonstrado de forma cabal que os sócios se retiraram da sociedade no contrato social, mas continuaram administrando-a, e os novos sócios eram pessoas interpostas, cabe a aqueles a responsabilidade solidária por dissolução irregular.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de diplomas legais vigentes.

Dessa forma, não merece provimento a arguição da ora Embargante, rejeitando-se o pedido de sobrestamento.

Diante do exposto, acolho os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, complementando o v. Acórdão n.º 1402-003.342, para sanar a omissão apontada, rejeitando a alegação e o pedido da Contribuinte de sobrestamento do julgamento, em razão da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n.º 640.452.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella