



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16004.001027/2009-66
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.379 – 1ª Turma
Sessão de 5 de fevereiro de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes CINCO ESTRELAS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

ARBITRAMENTO. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL E NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. CABIMENTO.

A escrituração que contenha vícios e não reflita toda a movimentação da empresa implica o arbitramento do lucro, assim como a não apresentação, pela interessada, dos livros previstos pela legislação ou de qualquer outro documento para o qual tenha sido devidamente intimada, exige a adoção dos procedimentos previstos no artigo 530 do Decreto n. 3000/99.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ASPECTOS ECONÔMICO E JURÍDICO.

São solidariamente obrigadas aquelas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Pessoas atuando de maneira concorrente, valendo-se de construções artificiais e ardilosas para se esquivar de obrigações tributárias, são atraídas para o pólo passivo da obrigação tributária, vez que se caracteriza o interesse tanto econômico quanto jurídico, implicando na solidariedade prevista no art. 124, inciso I do CTN.

PIS E COFINS. FATO GERADOR. APURAÇÃO MENSAL.

O fato gerador do PIS e da COFINS é apurado mensalmente, sendo descabida a incidência dessas contribuições sobre o valor total da receita no fechamento do trimestre.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, apenas em relação à matéria arbitramento do lucro, nos termos do despacho de agravo e, no mérito, em negar-lhe provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial dos responsáveis solidários, Srs. Ernesto Lúcio Calegare, Walter Lúcio Calegare, Otávio Hernandez Juliato e Hélio Lúcio Roveri, apenas em relação à responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN, nos termos do despacho de agravo e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Em relação ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, acordam, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que lhe deu provimento.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego – Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

São Recursos Especiais interpostos por (i) Cinco Estrelas Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda. ("Contribuinte"), na qualidade de sujeito passivo direto (e-fls. 4873/4882), (ii) Ernesto Lúcio Calegare, Walter Lúcio Calegare, Otavio Hernandez Juliato e Hélio Lúcio Roveri, na qualidade de sujeitos passivos indiretos (e-fls. 5005/5016), e (iii) pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") (e-fls. 4836 e segs.), em face da decisão proferida no Acórdão nº 1401-001.541 (e-fls. 4.810 e segs.), pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 10/12/15, no qual foi negado provimento ao recurso de ofício e mantida a exclusão dos lançamentos de PIS e COFINS efetuados sob o período de apuração trimestral, e dado parcial provimento aos recursos voluntários para desqualificar a multa de ofício para a infração relativa a receitas já declaradas.

Resumo Processual

A autuação fiscal (e-fls. 693/764) teve como origem a Operação "Grandes Lagos" e promoveu o arbitramento do lucro considerando a omissão de receita com base em depósitos bancários não comprovados e a receita da atividade originalmente declarada, com a correspondente aplicação de multas qualificadas (150%). Foram apurados IRPJ, CSLL, PIS e

Cofins correspondentes aos anos-calendário de 2006 e 2007. Foram atribuídas responsabilidades solidárias às pessoas físicas ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTÁVIO HERNANDEZ JULIATO e HÉLIO LÚCIO ROVERI, bem como à pessoa jurídica FRIGOPOTI FRIGORÍFICO POTI LTDA.

Foram apresentadas impugnações pela Contribuinte e os sujeitos passivos indiretos FRIGOPOTI, HÉLIO LÚCIO ROVERI, OTÁVIO HERNANDEZ JULIATO, ERNESTO LÚCIO CALEGARE E WALTER LÚCIO CALEGARE.

A decisão de primeira instância (e-fls. 4606/4626) julgou procedente em parte as impugnações para excluir o PIS e a COFINS lançados sob regime de apuração trimestral. Foi efetuada remessa necessária (recurso de ofício) em razão do crédito tributário exonerado.

Foram interpostos recursos voluntários pela Contribuinte e sujeitos passivos indiretos. A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção do CARF (e-fls. 4.810/4834) negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício em relação à infração de receitas declaradas.

Foi interposto recurso especial pela PGFN (e-fls. 4836 e segs) para a matéria PIS e COFINS sob apuração trimestral, que foi admitido por despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 4845/4850). Foram apresentadas contrarrazões pela Contribuinte (e-fls. 4866/4867).

Foram interpostos recursos especiais pela (i) Contribuinte, e-fls. 4873/4882; (ii) pelos sujeitos passivos indiretos pessoas físicas ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTÁVIO HERNANDEZ JULIATO e HÉLIO LÚCIO ROVERI (e-fls. 5005/5016) e (iii) pelo sujeito passivo indireto pessoa jurídica FRIGOPOTI FRIGORÍFICO POTI LTDA (e-fls. 4954/4962). Os despachos de exame de admissibilidade de e-fls. 5061/5087 negaram seguimento aos recursos. Foram apresentados agravos pelas partes. O despacho de exame de agravo (e-fls. 5298/5312) rejeitou o agravo da FRIGOPOTI FRIGORÍFICO POTI LTDA, e acolheu parcialmente os agravos da Contribuinte para devolver a matéria "arbitramento do lucro em caso de movimentação financeira não escriturada" e de ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTÁVIO HERNANDEZ JULIATO e HÉLIO LÚCIO ROVERI para devolver a matéria "responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN".

A PGFN apresentou contrarrazões (e-fls. 5314/5321).

Foram opostos embargos de declaração pela FRIGOPOTI FRIGORÍFICO POTI LTDA que não foram conhecidos pela Presidência do CARF (e-fls. 5357/5359).

Na sequência, maiores detalhes sobre a autuação fiscal.

Da Autuação Fiscal

O Termo de Verificação Fiscal discorre sobre as infrações nos seguintes termos:

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado, constatou a autoridade que a escrituração por ele mantida é imprestável para determinação do lucro real, em

virtude de erros e falhas, razão pela qual seu lucro foi arbitrado.

Apurou, ainda, omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada. Em consequência, foram lavrados autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

(...)

Conforme esclarece o “Termo de Constatação e Descrição dos Fatos” de fls. 703/715, a CINCO ESTRELAS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA (doravante apenas CINCO ESTRELAS) foi constituída em 01/05/2005, tendo como sócios a empresa LUNAR TRADING INC (90% das quotas do capital social), sediada no Panamá, e o Sr. Hélio Lúcio Roveri. A CINCO ESTRELAS foi constituída por sucessão da empresa individual HÉLIO LÚCIO ROVERI - ME.

Em 22/06/2006, o Sr. Miguel Pizza Junior, ingressou na CINCO ESTRELAS, adquirindo, por R\$ 18.000,00, as quotas da LUNAR TRADING INC. Quando dessa alteração no quadro social, a CINCO ESTRELAS faturava mais de R\$ 2.000.000,00 ao mês.

O Sr. Miguel é gerente do FRIGOPOTI – FRIGORÍFICO POTI LTDA (doravante apenas FRIGOPOTI), empresa proprietária das instalações e equipamentos utilizados pela CINCO ESTRELAS, tendo recebido salário mensal de R\$ 2.650,00 no ano de 2008. Ele não possui bens móveis e imóveis registrados em seu nome e não recebeu rendimento tributável ou distribuição de lucros da CINCO ESTRELAS. Além disso, o Sr. Miguel reside em imóvel alugado em Potirendaba/SP, cujo fiador é o Sr. Ernesto Lúcio Calegare, sócio do FRIGOPOTI.

Diante de todas essas evidências, conclui a autoridade autuante que o Sr. Miguel Pizza Junior é sócio “laranja” da CINCO ESTRELAS.

O Sr. Hélio Lúcio Roveri, titular de 10% das quotas do capital social da CINCO ESTRELAS, é cunhado do Sr. Ernesto Lúcio Calegare, sócio principal do FRIGOPOTI. Os rendimentos declarados pelo Sr. Hélio são inferiores a R\$ 10.000,00 anuais. Ele é titular de um único imóvel e não possui veículos registrados em seu nome ou no do cônjuge.

A CINCO ESTRELAS está instalada em uma sala, no centro de Catanduva/SP, locada para o Sr. Hélio Roveri, e o telefone da empresa pertence à HÉLIO LÚCIO ROVERI – ME.

Nos anos de 2006 e 2007, a CINCO ESTRELAS faturou, respectivamente, R\$ 30.222.113,89 e R\$ 39.892.298,38, mas não informou débitos nas DCTFs apresentadas e não consta recolhimento de tributos, com exceção de pequenos valores de IRRF.

*A CINCO ESTRELAS apresentou um contrato de arrendamento, firmado com o FRIGOPOTI, datado de 19/03/2006, por meio do qual aquela pagaria a esta o conjunto de barrigada branca e vermelha e os resíduos para fabricação de farinha de carne. A propósito da execução desses pagamentos, **foram lavrados diversos autos de infrações pela Sefaz/SP**, em virtude da falta de documentos de transferências dos produtos que supostamente serviriam para pagamento do arrendamento das instalações, **além de outras irregularidades como falta de notas fiscais de venda de mercadorias.***

Constatou a autoridade autuante que a CINCO ESTRELAS efetuou diversas vendas de couro para a empresa COUROADA COMERCIAL E REPRESENTAÇÕES LTDA (doravante apenas COUROADA), mas os pagamentos foram destinados ao FRIGOPOTI.

Há, também, pagamentos da CINCO ESTRELAS para o Sr. Ernesto Lucio Calegare, sócio do FRIGOPOTI, e para a DISCAR DISTRIBUIDORA DE CARNES CATANDUVA LTDA (doravante apenas DISCAR), na qual o Sr. Ernesto também é sócio.

Da mesma forma, há pagamentos do FRIGOPOTI e da DISCAR para a CINCO ESTRELAS.

Diante desses fatos, conclui a autoridade que havia intenso fluxo financeiro entre essas empresas e que os caixas eram comuns.

*O contribuinte foi intimado a apresentar a escrituração e os documentos que serviram de suporte para ela. **Constatou a autoridade que os valores contabilizados eram ínfimos em comparação aos constantes dos sistemas internos, razão pela qual os extratos bancários foram solicitados diretamente junto às instituições financeiras.***

*A partir dos extratos bancários, **o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos recursos que ingressaram em suas contas bancárias nos anos de 2006 e 2007.** Em sua resposta, o contribuinte afirmou que “... pelos nossos levantamentos, a comprovação solicitada encontra-se nos documentos componentes da contabilidade da empresa, contabilidade essa que já se encontra em poder deste órgão federal, por força da fiscalização em processamento”.*

*Em seguida, o contribuinte foi intimado a justificar a resposta apresentada à intimação anterior, tendo em vista que nos livros apresentados **estava contabilizada apenas a conta corrente nº 31054, mantida junto ao Banco Bradesco. Também foi solicitada a apresentação de nova escrituração contábil, com toda a movimentação financeira.***

Após solicitar prorrogação de prazo, o contribuinte apresentou resposta nos seguintes termos: “Referimo-nos ao termo de intimação fiscal nº 05, com data de 20.10.2009, para reiterar

que a comprovação solicitada encontra-se nos documentos componentes da contabilidade da empresa, contabilidade essa que já se encontra em poder deste órgão federal, por força da fiscalização em processamento”.

Diante das respostas apresentadas, concluiu a autoridade autuante não ser possível identificar as origens e os destinos dos recursos movimentados em suas contas bancárias, de modo que não restou outra alternativa senão o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, tendo em vista o disposto no art. 530, II, “a” e “b”, do RIR/1999.

No cálculo da receita bruta conhecida, a autoridade computou as receitas omitidas, apuradas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, e as receitas declaradas em DIPJ, já que não é possível verificar se os depósitos bancários foram incluídos nas receitas declaradas.

Sobre os créditos tributários lançados foi aplicada multa qualificada (150%), tendo em vista que o contribuinte tem patrimônio declarado inferior a R\$ 6.000,00, é constituído por sócios sem condições econômico-financeiras e foi utilizado, para fins fraudulentos, pelo grupo econômico que controla o FRIGOPOTI para abate de animais e venda de produtos e subprodutos sem pagamento dos tributos devidos, de modo que ficou caracterizado o evidente intuito de fraudar a Fazenda Pública Federal.

Foi atribuída responsabilidade solidária, por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I, do CTN), aos senhores Ernesto Lúcio Calegare, Walter Lúcio Calegare, Otavio Hernandez Juliato e Hélio Lúcio Roveri, bem como ao FRIGOPOTI, pois a CINCO ESTRELAS pertence de fato a este grupo. Afirma a autoridade autuante que o FRIGOPOTI e seus sócios de direito e de fato foram os principais beneficiários das fraudes perpetradas pela CINCO ESTRELAS, já que o frigorífico efetuou abate de gado e venda de produtos e subprodutos sem pagamento dos tributos devidos. Além disso, anteriormente à utilização da CINCO ESTRELAS, o grupo econômico que controla o FRIGOPOTI utilizava notas fiscais de entrada de bovinos e saída de produtos e subprodutos decorrentes do abate desses animais emitidas pela FRINORTE COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE CARNES LTDA, empresa esta declarada inapta pelo Ato Declaratório Executivo nº 68, de 29/07/2008, sendo os documentos por ela emitidos declarados inidôneos desde sua constituição. (Grifei)

Da Fase Contenciosa

O contribuinte e os sujeitos passivos indiretos apresentaram impugnações aos autos de infração, com os respectivos argumentos de defesa. Na sessão de 27 de agosto de 2012, a 1ª Turma da DRJ/RPO, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte as impugnações, para excluir os créditos tributários de PIS e de COFINS lançados sobre as receitas dos dois primeiros meses de cada um dos trimestres dos anos de 2006 e 2007, tendo em vista que o fato gerador dessas exações é mensal. O restante das autuações e as imputações

de responsabilidade solidária foram mantidos. Da decisão houve recurso de ofício, por força do limite de alçada.

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. LUCRO ARBITRADO. MULTA QUALIFICADA.

Presume-se que correspondem a receitas omitidas os depósitos bancários de origem não comprovada. Arbitra-se o lucro quando a escrituração mantida pelo contribuinte não permitir a identificação da efetiva movimentação financeira, inclusive bancária e contiver vícios que a tornem imprestável para a determinação do lucro real. No cômputo das receitas conhecidas que servirão de base para a apuração do lucro arbitrado incluem-se as receitas omitidas. A manutenção, por dois anos seguidos, de contas bancárias não escrituradas, nas quais foram movimentados recursos vultosos e a constituição da empresa por interpostas pessoas, a fim de que não sejam pagos os tributos devidos em decorrência de suas operações dão fundamento à exasperação da multa de ofício. É descabida a imposição de multa qualificada sobre os créditos tributários apurados a partir de receitas espontaneamente declaradas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

AUTO REFLEXO.

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

AUTO REFLEXO - FATO GERADOR MENSAL.

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as

mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo. O fato gerador do PIS-Cumulativo é mensal, sendo descabida a incidência dessa exação sobre o total da receita trimestral no mês de fechamento do trimestre.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

AUTO REFLEXO - FATO GERADOR MENSAL.

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo. O fato gerador da Cofins-Cumulativa é mensal, sendo descabida a incidência dessa exação sobre o total da receita trimestral no mês de fechamento do trimestre.

Foram apresentados recursos voluntários pela Contribuinte e os sujeitos passivos indiretos. A 1ª Turma da 4ª Câmara, por meio do Acórdão nº 1401-001.541, na sessão de 10/12/2015, assim decidiu:

Acordam os membros do colegiado:

*1) por unanimidade de votos, **negar provimento ao recurso de ofício;***

*2) em relação ao recurso voluntário, **dar provimento parcial,** nos seguintes termos:*

*a) por unanimidade de votos, **dar provimento parcial para desqualificar a multa de ofício,** nos termos do voto do relator;*

*b) por maioria de votos, **negar provimento em relação à responsabilidade tributária** das quatro pessoas físicas, vencidos os Conselheiros Ricardo Marozzi Gregório (Relator), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano que cancelavam os termos de sujeição passiva solidária das quatro pessoas físicas, designado o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redigir o voto vencedor;*

*c) por unanimidade de votos, **negar provimento ao recurso quanto às demais matérias.***

A decisão teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

*ARBITRAMENTO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.
ESCRITURAÇÃO INADEQUADA.*

O arbitramento é medida que se impõe, por determinação legal, diante da constatação de que uma relevante movimentação financeira não foi adequadamente escriturada.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS. PRESUNÇÃO.

A presunção contida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza que o fato indiciário (depósitos bancários de origem não comprovada) seja equiparado ao fato presumido (omissão de receitas). Uma vez caracterizado o fato indiciário, a sua equiparação com o fato presumido é uma determinação legal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. CONLUIO.

Caracteriza sonegação e conluio a interposição de pessoas no quadro social da empresa atuada, a utilização da estrutura legal desta última com o fim de comercializar produtos de terceiros, bem como a prática reiterada de não escriturar a movimentação financeira.

MULTA QUALIFICADA. RECEITAS DECLARADAS.

É descabida a imposição de multa qualificada sobre os créditos tributários apurados a partir de receitas espontaneamente declaradas.

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE.
INTERESSE COMUM. CONFUSÃO PATRIMONIAL.*

Caracteriza a confusão patrimonial de esferas pessoais típica do interesse comum previsto no artigo 124, I, do CTN, com a consequente responsabilização solidária, beneficiar-se pela utilização da estrutura legal da empresa contribuinte com o fim de comercializar seus produtos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Aqueles que intencionalmente contribuíram para a consecução de ilícito tributário de ocultar do Fisco a realização do fato gerador ou qualquer dos critérios essenciais da obrigação tributária, como os sujeitos passivos tributários, demonstram possuírem interesse comum na situação que constitui o fato gerador, como dispõe o art. 124, I, do Código Tributário Nacional. Desse modo, devem responder solidariamente pelo crédito tributário daí decorrente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006, 2007 FATO GERADOR. ASPECTO TEMPORAL.

O fato gerador do PIS é mensal, sendo descabida a incidência dessa exação sobre o total da receita trimestral no mês de fechamento do trimestre.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2006, 2007

FATO GERADOR. ASPECTO TEMPORAL.

O fato gerador da COFINS é mensal, sendo descabida a incidência dessa exação sobre o total da receita trimestral no mês de fechamento do trimestre.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial no qual questiona apenas o cancelamento parcial dos lançamentos relativos ao PIS e à COFINS, nos dois primeiros meses de cada trimestre.

O recurso especial da PGFN **foi admitido** por despacho de exame de admissibilidade. O Contribuinte ofereceu contrarrazões, aduzindo que os acórdãos paradigmas seriam convergentes com a decisão recorrida e por isso o recurso não poderia ser conhecido.

O contribuinte interpôs recurso especial. Os sujeitos passivos indiretos ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTÁVIO HERNANDEZ JULIATO e HÉLIO LÚCIO ROVERI interpuseram recurso especial em conjunto. O sujeito passivo indireto pessoa jurídica FRIGOPOTI FRIGORÍFICO POTI LTDA também interpôs recurso especial. Despachos de exame de admissibilidade negaram seguimento aos recursos especiais. Todos os sujeitos passivos indiretos apresentaram agravo contra os despachos de exame de admissibilidade.

Os agravos foram apreciados pela Presidência do CARF, nos termos do artigo 71 do Anexo do Regimento, que decidiu:

*a) **REJEITAR** o agravo de Frigorífico Poti Ltda. e confirmar a negativa de seguimento ao recurso especial nesta parte.*

*b) **ACOLHER PARCIALMENTE** os agravos de:*

*– Cinco Estrelas Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda, para DAR seguimento ao recurso especial relativamente à matéria "**arbitramento do lucro em caso de movimentação financeira não escriturada**", mas apenas em relação ao paradigma nº 101-96.160;*

*– Otávio Hernandes Juliato, Walter Lucio Calegari e Helio Lucio Roveri e Ernesto Lucio Calegare, para dar seguimento ao recurso especial relativamente à matéria "**responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN**", mas apenas em relação ao paradigma nº 1402- 001.999;*

A Fazenda Nacional tomou ciência da decisão e apresentou contrarrazões aos recursos parcialmente admitidos.

O responsável solidário Frigorífico Poti Ltda., intimado da decisão que negou seguimento ao seu recurso especial, opôs embargos de declaração de e-fls. 5.338 e seguintes.

Despacho da Presidência da CSRF não conheceu dos embargos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura, Relator.

Em razão da pluralidade de recursos especiais e a necessidade de delimitação das matérias que foram admitidas como divergentes, o presente voto apreciará cada um dos recursos especiais em tópico específico.

I. DO RECURSO DA CINCO ESTRELAS DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA

Adoto as razões do despacho de agravo para conhecer parcialmente do recurso especial da Contribuinte, em relação à matéria o **arbitramento do lucro**.

Passo ao exame do mérito.

Discorre a recorrente:

Apenas a título de argumentação, ainda que omissão de receitas houvesse, não havia razão para arbitrar o lucro da recorrente vez que ausente de dúvidas o regime de tributação adotado pela empresa: lucro real trimestral, segundo suas DIPJ apresentadas.

Deflui disso que a apuração dos tributos, no lançamento ora impugnado, foi efetuada de maneira irreparavelmente equivocada, porque baseada em indevido arbitramento de lucro. É de se notar, ainda, que o item 002 do Auto de Infração não tem por base nenhuma infração, mas, apenas o próprio arbitramento indevido, incidindo sobre receitas já levadas à tributação com base no lucro real.

Assim, no entendimento da Contribuinte, caberia ao Fisco tributar a pessoa jurídica com base no artigo 288 do RIR/99, vale dizer, no regime de lucro real trimestral.

Ocorre que o fundamento para o arbitramento foi a **imprestabilidade** da contabilidade da interessada, acrescida às sucessivas negativas de apresentação dos livros e registros contábeis, mediante regular intimação.

Com efeito, a autoridade fiscal informou:

*O contribuinte foi intimado a apresentar a escrituração e os documentos que serviram de suporte para ela. **Constatou a autoridade que os valores contabilizados eram ínfimos em comparação aos constantes dos sistemas internos, razão pela qual os extratos bancários foram solicitados diretamente junto às instituições financeiras.***

*A partir dos extratos bancários, o contribuinte foi intimado a **comprovar a origem dos recursos que ingressaram em suas contas bancárias nos anos de 2006 e 2007.** Em sua resposta, o contribuinte afirmou que “... pelos nossos levantamentos, a comprovação solicitada encontra-se nos documentos componentes da contabilidade da empresa, contabilidade essa que já se encontra em poder deste órgão federal, por força da fiscalização em processamento”.*

*Em seguida, o contribuinte foi intimado a justificar a resposta apresentada à intimação anterior, tendo em vista que nos livros apresentados **estava contabilizada apenas a conta corrente nº 31054, mantida junto ao Banco Bradesco. Também foi solicitada a apresentação de nova escrituração contábil, com toda a movimentação financeira.***

Após solicitar prorrogação de prazo, o contribuinte apresentou resposta nos seguintes termos: “Referimo-nos ao termo de intimação fiscal nº 05, com data de 20.10.2009, para reiterar que a comprovação solicitada encontra-se nos documentos componentes da contabilidade da empresa, contabilidade essa que já se encontra em poder deste órgão federal, por força da fiscalização em processamento”.

*Diante das respostas apresentadas, **concluiu a autoridade autuante não ser possível identificar as origens e os destinos dos recursos movimentados em suas contas bancárias, de modo que não restou outra alternativa senão o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, tendo em vista o disposto no art. 530, II, “a” e “b”, do RIR/1999.*** (Grifei)

Ora, conforme atestado pela autoridade lançadora, a escrituração irregular e a não apresentação dos livros previstos pela legislação exige a adoção dos procedimentos previstos no artigo 530, do Decreto n. 3000/99, que trata das hipóteses de arbitramento:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal; (grifamos)

II- a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real; (grifamos)

III – o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (Grifei)

De se notar que os lançamentos com base no lucro arbitrado, efetuados pela autoridade fiscal, decorrem de comando normativo expresso, que se amolda perfeitamente aos fatos narrados nos autos.

Na hipótese, resta afastada a aplicação do artigo 288 do RIR/99, evocado pela interessada, pois este dispositivo se refere a forma de tributação baseada em registros contábeis hígidos e aptos a demonstrar a base legal dos tributos.

Como não foi possível identificar as origens e os destinos dos recursos movimentados em suas contas bancárias e a empresa em nenhum momento colaborou com a prestação das informações intimadas, não restou alternativa à fiscalização senão arbitrar o lucro e calcular os tributos devidos com base na receita bruta conhecida, que levou em consideração os depósitos de origem não comprovada e as receitas declaradas em DIPJ.

Ante a perfeita subsunção dos fatos à diretriz normativa, não há reparos a fazer no procedimento fiscal.

Assim, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso da Contribuinte em relação à matéria arbitramento do lucro nos termos do despacho de agravo e na parte devolvida **negar-lhe provimento**.

II. DO RECURSO DOS SUJEITOS PASSIVOS INDIRETOS ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTAVIO HERNANDEZ JULIATO E HÉLIO LÚCIO ROVERI

Adoto as razões do despacho de agravo para conhecer parcialmente do recurso especial da Contribuinte, em relação à matéria **responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN**.

Passo ao exame do mérito.

O recurso especial questiona a responsabilidade baseada no artigo 124, I, do CTN, nos seguintes termos:

Além do que já dito, ainda que se recorresse, além do art 124, I, do CTN, também ao artigo 135 do CTN, certo é que o Termo de Verificação Fiscal, no caso dos autos, não faz qualquer menção à prática de atos infracionais ou excesso de poderes pelos Solidários.

Em outras palavras, diante do que consta do TVF, é possível confirmar que não há uma única linha atribuindo qualquer ato ou infração, ficando claro que alguns foram considerados solidários pelo simples fato de constarem como sócios, outros

por parentesco, outros por manterem relação locatícia ou de fiança, além da acusação genérica de formarem com a empresa Frigopoti um grupo econômico, de modo que a imputação se deu de forma subjetiva e sem qualquer relação com o fato gerador da obrigação.

Concluindo, além das anteriores colocações, a permanência das pessoas físicas como "Solidárias" juntamente com a empresa Frigopoti, também consideradas "Solidária", das quais são sócias, se estaria diante de uma segunda Solidariedade, o que é inadmissível e torna imperativo o acolhimento do Recurso Especial.

Ao contrário do que alega a defesa, os fatos que demonstram o efetivo interesse comum dos solidários na situação que ensejou a autuação fiscal são sobejamente demonstrados nos autos.

É fato que a expressão "interesse comum" disposta no art. 124, inciso I do CTN deve ser analisada com bastante prudência:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Não se pode ignorar que o interesse econômico, por si só, não se mostra suficiente para a inclusão das pessoas físicas dos presentes autos no pólo passivo da relação obrigacional tributária. Também há que restar demonstrado o vínculo jurídico, consubstanciado na atuação em conjunto, concorrente, que se amolda à hipótese de incidência prevista na norma tributária.

E a atuação em conjunto pode se materializar de diversas maneiras, dentre as quais no caso tratado nos presentes autos, no qual se demonstra claramente que os sócios de fato valeram-se de artifícios para se esquivar das obrigações tributárias, com utilização de elementos fictícios e ardilosos.

O interesse jurídico resta caracterizado na medida em que a situação de fato revela que os Srs. ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTAVIO HERNANDEZ JULIATO E HÉLIO LÚCIO ROVERI, em atuação coletiva, empreenderam atos que se subsumiram à norma.

Restou comprovada nos autos, para além de qualquer dúvida, **a participação ativa, individual e concatenada dos quatro responsáveis solidários na prática dos ilícitos tributários** que foram descobertos no escopo da rumorosa operação "Grandes Lagos", que desbaratou um esquema de sonegação de bilhões de reais e que envolveu dezenas de empresas relacionadas à atividade frigorífica.

De forma sintética, a fiscalização atestou que o Sr. Hélio constituiu a empresa autuada (Cinco Estrelas), por sucessão da sua empresa individual "Hélio Lúcio Roveri", mediante sociedade com empresa sediada no Panamá. Esse mesmo senhor é cunhado do sócio da Frigopoti, Sr. Ernesto Lúcio Calegare e locatário da sala utilizada para a instalação da Cinco Estrelas.

O Sr. Otávio, que figurou como testemunha do contrato de arrendamento entre a Frigopoti e a Cinco Estrelas, é um dos proprietários da Frigopoti e também genro de Walter.

O Sr. Ernesto é o outro sócio da Frigopoti e também é titular de transferências com a Cinco Estrelas.

Por fim, o Sr. Walter (que é genro do Sr. Otávio), é sócio proprietário da Frigopoti e de outra empresa (Discar), que participou de diversos fluxos financeiros com a Cinco Estrelas.

Todos, **mediante articulação dolosa**, concorreram para promover o ilícito tributário, como bem concluiu a autoridade lançadora:

Conforme exhaustivamente comprovado neste termo, a empresa Cinco Estrelas Distribuidora de Carnes Ltda pertence, DE FATO, ao Grupo que comanda o Frigopoti - Frigorífico Poti Ltda., tendo como proprietários Srs. Ernesto Lúcio Calegare, Walter Lúcio Calegare, Otavio Hernandez Juliato (genro do Sr. Walter Lúcio Calegare) e Hélio Lúcio Roveri, não obstante o fato de as referidas empresa terem sido abertas em nome de alguns deles ou de pessoas interpostas (laranjas).

Também ficou cabalmente demonstrado que o Frigopoti e os seus sócios de direito e de fato foram os principais beneficiários das fraudes perpetradas pela fiscalizada, já que o frigorífico efetuou abate de gado e venda de produtos e subprodutos sem pagamentos dos tributos devidos.

Verifica-se que anteriormente a utilização da empresa Cinco Estrela Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda, o Grupo Econômico que controla o Frigopoti — Frigorífico Poti Ltda utilizava Notas Fiscais, de entradas de bovinos e saídas de produtos e subprodutos decorrentes do abate de animais, emitidas pela Fri-Norte Comércio e Distribuidora de Carnes Ltda (antiga Norte Riopretense Distribuidora Ltda), empresa esta já declarada inapta através do ADE n. 68, de 29.07.2008, sendo os documentos por ela emitidos declarados inidôneos desde sua constituição.

Conclui-se, portanto, que o Frigopoti — Frigorífico Poti Ltda e seus sócios de direito e de fato Srs. Ernesto Lúcio Calegare, Walter Lúcio Calegare, Otavio Hernandez Juliato e Hélio Lúcio Raven, têm interesses comuns nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente termo, sendo, portanto, solidariamente obrigados ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, de acordo com os artigos 121 e 124, inciso I, do CTN. (Grifei)

Vale reproduzir a clássica lição de Rubens Gomes de Souza, autor do anteprojeto do CTN¹:

¹ Compêndio de Legislação Tributária, Edições Financeiras, 3.ª ed, p 67.

“É solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação; por outras palavras, (...) pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado”.

A descrição dos fatos e a análise das provas colacionadas pela fiscalização parecem-me mais do que suficientes para reconhecer o interesse jurídico dos responsáveis solidários nos atos que ensejaram a obrigação tributária, apto a atrair a solidariedade prevista no artigo 124, I, do CTN.

Ademais, está comprovado que o estratagema ilícito utilizado trouxe-lhes vantagens econômicas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, sendo irrelevante, na espécie, o fato de que os valores sonegados não circularam por contas de sua titularidade, quando restou comprovado que os negócios eram por eles praticados e também os tinham como beneficiários.

Enfim, não há que se falar que seria necessária a aplicação do art. 135, inciso III do CTN, caso em que a responsabilidade dirige-se a *diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*, ou seja, pessoas com poder de gestão dentro da autuada. O art. 124, inciso I do CTN já se mostra suficiente, por si só, para a manutenção no pólo passivo das pessoas físicas alocadas nas empresas envolvidas na construção deliberadamente concebida para enganar o Fisco.

Assim, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso dos sujeitos passivos indiretos em relação à matéria responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN nos termos do despacho de agravo e na parte devolvida **negar-lhe provimento**.

III. DO RECURSO DA FAZENDA NACIONAL

Adoto as razões do despacho de exame de admissibilidade para conhecer do recurso especial da PGFN.

Passo ao exame do mérito.

Questiona-se o cancelamento dos lançamentos relativos ao PIS e à COFINS nos dois primeiros meses de cada trimestre, providência adotada pela DRJ e ratificada pela câmara baixa do CARF sob o argumento de que os lançamentos foram apurados em bases trimestrais, quando o correto seria considerar o **faturamento mensal**.

Aduz a PGFN que (grifos no original):

*Porém, não agiram corretamente a DRJ e a Egrégia Turma, pois tal lançamento é válido e exigível. Nos termos do art. 142 do CTN, a autoridade administrativa deve, na constituição do crédito tributário, verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação, determinar a matéria tributável, **calcular o montante do tributo devido**, identificar o sujeito passivo e aplicar a penalidade cabível, sendo que a atividade é plenamente vinculada e obrigatória.*

(...)

*Por outro lado, o art. 145, I, do CTN afirma que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser **alterado** em virtude de [a] impugnação do sujeito passivo; [b] recurso de ofício; ou [c] iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.*

*Observe-se bem: o lançamento deverá ser **alterado** em virtude impugnação do sujeito passivo. É claro que o CTN deu preferência à revisão do lançamento, quando esta puder ser validamente efetuada.*

*Por outro lado, afirma o art. 60 do Decreto nº 70.235/72, que “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior [auto de infração lavrado por autoridade incompetente ou decisão administrativa proferida por autoridade incompetente ou com preterição ao direito de defesa] não importarão em nulidade e **serão sanadas** quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”*

*Mais uma vez a legislação preferiu a **revisão** do lançamento à **anulação**. E essa escolha está de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Desse modo, o órgão julgador somente deve preferir a anulação do lançamento à sua revisão caso esta seja impossível no mundo dos fatos ou em virtude de óbice jurídico intransponível, o que não parece ser o caso dos autos.*

*Portanto, desnecessária e ilegal o cancelamento de todo o lançamento tributário nos dois primeiros meses, bastando sua **revisão** pela autoridade julgadora.*

Essa exclusão, inclusive, pode ser feita até mesmo em sede de execução do julgado, para sanar eventuais equívocos na determinação da matéria tributável, não havendo necessidade lógica em se excluir todo o lançamento nesses meses.

Admitido o recurso fazendário, passo à análise.

A despeito dos argumentos da PGFN, parece-me inequívoco que os fatos geradores do PIS e da COFINS são mensais, pois a autoridade fiscal, ao aplicar o regime de tributação mediante arbitramento, corretamente utilizou em relação a essas contribuições a sistemática cumulativa, como determinam os artigos 8º, II, da Lei nº 10.637/02 e 10, II, da Lei nº 10.833/03.

Contudo, houve equívoco no cálculo das contribuições, pois a fiscalização entendeu como fato gerador o final de cada trimestre relativo a 2006 e 2007 e considerou como valores tributáveis o total das receitas declaradas em cada um desses períodos, razão pela qual a decisão da DRJ cancelou os créditos tributários lançados incorretamente sobre as receitas declaradas nos dois primeiros meses de cada trimestre desses anos-calendário.

Acompanho, neste ponto, a opinião das instâncias de julgamento anteriores, no sentido de que se trata, na hipótese, de cancelamento dos lançamentos, por erro de direito, e não de revisão, como alega a douta PGFN.

Assim, voto no sentido de **conhecer e negar provimento** ao recurso especial da PGFN.

IV. CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de (i) **conhecer parcialmente** do recurso especial da Contribuinte em relação à matéria arbitramento do lucro nos termos do despacho de agravo e na parte devolvida **negar-lhe provimento**; (ii) **conhecer parcialmente** do recurso especial dos responsáveis solidários Srs. ERNESTO LÚCIO CALEGARE, WALTER LÚCIO CALEGARE, OTAVIO HERNANDEZ JULIATO E HÉLIO LÚCIO ROVERI em relação à matéria responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN nos termos do despacho de agravo e na parte devolvida **negar-lhe provimento**; e (iii) **conhecer e negar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura