



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

Processo nº 16707.003332/2006-22
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.640 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de maio de 2014
Matéria PIS E COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente BANK'S SEGURANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA SUCESSÃO. PROVA.

Improcedente a nomeação de terceiro como responsável solidário por sucessão quando não ficar provado que o nomeado responsável é sucessor.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. PROVA.

Improcedente a nomeação de preposto como sujeito passivo solidário sem prova do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da exação ou no fato que ensejou o lançamento de ofício.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Paulo Guilherme Déroulède e Maria da Conceição Arnaldo Jacó, que negavam provimento ao recurso. A conselheira Maria da Conceição Arnaldo Jacó apresentará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 11/07/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Fabiola Cassiano Keramidas, Mônica Elisa de Lima, Gileno Gurjão Barreto e Paulo Guilherme Déroulède.

Relatório

Contra a empresa BANK'S SEGURANÇA LTDA foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins, relativo a fatos geradores ocorridos entre 01/2001 e 12/2003, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada não pagou e nem declarou em DCTF as exações lançadas, conforme Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls.28/31.

A Fiscalização nomeou o Sr.Francisco Bezerra Júnior como sujeito passivo solidário do crédito tributário apurado, conforme termo de fls. 153/154.

Tempestivamente, o sujeito passivo solidário insurge-se contra a exigência fiscal e a sua nomeação, conforme impugnação às fls. 168/203, cujos argumentos de defesa estão sintetizados às fls. 225/227 do acórdão recorrido, que leio em sessão.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE manteve o lançamento, e a sujeição passiva do recorrente, nos termos do Acórdão nº 11-18.853, de 07/05/2007, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

IMPUGNAÇÃO. CONHECIMENTO.

Embora a matéria tratada nos autos não tenha sido contestada pela empresa contribuinte, conhece-se da impugnação apresentada pelo Sujeito Passivo Solidário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Para o procedimento fiscal, consta nos autos emissão de MPF-F e MPF-C, além de que a autorização específica por MPF para a fiscalização não é razão suficiente para a declaração de nulidade do lançamento.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO. COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS.

A COFINS e o PIS incidirão sobre o faturamento do mês, tendo os lançamentos fiscais sido efetuados a partir de documentos disponibilizados ao Fisco Federal pela contribuinte e pelas empresas tomadoras dos serviços da contribuinte, tudo regularmente documentado no presente processo.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será aplicada à multa de ofício de 150%.

SUJEIÇÃO PASSIVA. CONTRIBUINTE. RESPONSÁVEL.

O lançamento de ofício, para exigência de crédito tributário a pessoa jurídica legalmente estabelecida, enseja-lhe a condição de contribuinte e pólo passivo da relação jurídico-tributária, tendo a identificação do sócio de fato, na ação fiscal, o objetivo de considerá-lo responsável pelo crédito tributário constituído. A qualificação do responsável pelo crédito tributário é inerente aos procedimentos de cobrança e execução do débito, caracterizando-se como questão subsidiária no julgamento administrativo, cujo foco é a constituição do crédito tributário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS.

As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Cientes da decisão de primeira instância (fls. 241 e 249) empresa autuada e sujeito passivo solidário ingressaram com recurso voluntário (fls. 252/297 e 298/309, respectivamente).

No seu recurso voluntário, o sujeito passivo solidário repisa os argumentos da impugnação e levanta a preliminar de nulidade da decisão recorrida, que não apreciou seus argumentos sobre a sujeição passiva solidária, caracterizando, no seu entender, cerceamento do direito de defesa.

Por seu turno, a empresa autuada alega que não foi intimada para apresentar defesa dos autos de infração e que a RFB deveria, ao invés de intimar a empresa por edital, ter encaminhado a intimação para o endereço do responsável pela empresa nos registros da RFB, solicitando, ao final, que seja anulado a decisão recorrida, permitindo a apresentação da impugnação.

Distribuído, o Recurso Voluntário foi a julgamento na sessão do dia 05/08/2008, da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que anulou a decisão recorrida para que fosse apreciado os argumentos do responsável solidário sobre a sujeição passiva, nos termos do Acórdão nº 201-81.298, cuja ementa se transcreve.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA. NULIDADE. FALTA DE APRECIACÃO DE ARGUMENTO FUNDAMENTAL.

A falta de apreciação de argumentos fundamentais apresentados na impugnação caracteriza cerceamento do direito de defesa do contribuinte, ensejando a nulidade da decisão.

A DRJ em Recife – PE proferiu nova decisão para manter a nomeação do responsável solidário e, no mérito, também manter o lançamento, nos termos do Acórdão nº 11-24.286, de 30/10/2008 (fls-e. 675/699).

Ciente da decisão em 16/03/2009, o Sujeito Passivo Solidário, FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR, apresentou Recurso Voluntário no dia 08/04/2009, no qual repisa os argumentos da impugnação e acrescenta novos argumentos em razão das razões de decidir do acórdão recorrido.

A empresa autuada, mesmo ciente do acórdão da DRJ, não apresentou recurso voluntário.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Preliminarmente, frise-se que este Colegiado é competente para julgar a lide porque, mesmo tendo sido apurado omissão de receita pelo confronto entre a contabilidade e as DIRF's, o Recorrente não impugnou o valor da receita omitida apurada pela Fiscalização. Essa receita serviu de base para o lançamento do IRPJ, CSSL, PIS e COFINS e não foi impugnada e, portanto, neste processo não há lide a ser decidida pela 1ª Seção de Julgamento.

Quanto à sujeição passiva, a mesma não foi apreciada pela 1ª Seção de Julgamento que, através do Acórdão 1302-06.006, de 29/07/2009, manteve o entendimento da DRJ de não apreciar essa matéria e Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes determinou que a DRJ apreciasse a matéria, nos termos do Acórdão nº 201-81.298, de 05/08/2008.

Isto posto, adentremos no exame da lide.

Como relatado, trata-se de autos de infração de PIS e de Cofins, lavrados contra a empresa BANK'S SEGURANÇA LTDA por ter a mesma apresentado, no período objeto da autuação, as DCTF e DIRPJ sem nenhum valor de tributo e/ou de receita.

A empresa autuada não impugnou o lançamento. A impugnação foi apresentada exclusivamente pelo Sujeito Passivo Solidário, FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR, que contestou a integralidade do lançamento, levantando diversas preliminares de nulidade dos autos de infração e, no mérito, contesta a sua nomeação como sujeito passivo

solidário, a falta de responsabilização dos tomadores de serviços pelos tributos não retidos e a imposição de multa de ofício qualificada.

Ao julgar a impugnação, a DRJ não apreciou os argumentos do Recorrente sobre a sujeição passiva e manteve o lançamento. Dessa decisão o sujeito passivo responsável ingressou com Recurso Voluntário que restou julgado para anular a decisão recorrida e determinar que nova fosse proferida, desta feita apreciando os argumentos sobre a sujeição passiva, nos termos do Acórdão nº 201-81.298, de 05/08/2008.

Cumprindo a determinação do Colegiado, a DRJ em Recife – PE proferiu nova decisão, analisou os argumentos do Recorrente sobre a sujeição passiva para concluir pela procedência do lançamento e da sujeição passiva. Dessa decisão o Sujeito Passivo Solidário tomou ciência e, tempestivamente, ingressou com Recurso Voluntário, no qual repisa os argumentos da impugnação e acrescenta outros específicos sobre os fundamentos da decisão recorrida.

A empresa autuada, mesmo ciente da decisão da DRJ, não apresentou recurso voluntário.

Por questão de coerência, analisarei em primeiro lugar os argumentos relativos à sujeição passiva, adentrando nas questões preliminares e de mérito do lançamento apenas e tão somente se o Colegiado decidir pela manutenção do referido TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Entendendo o Colegiado pela improcedência da nomeação do Recorrente como sujeito passivo solidário, o Recorrente perde a legitimidade para questionar o crédito tributário em tela, posto que sobre o mesmo passa a não ter nenhuma relação jurídica. Portanto, nessa hipótese, deixa de existir lide sobre as demais matérias trazidas pelo Recorrente FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR.

Esclareça-se que, havendo reforma dessa decisão pela CSRF, o Recurso Voluntário voltará para a Turma de Julgamento apreciar as questões preliminares e de mérito do lançamento, argüidas pelo Recorrente. Caso contrário, a lide será encerrada e as contribuições lançadas passam a ser exigíveis da empresa autuada.

Analisemos, então, a nomeação de sujeição passiva solidária.

O TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA foi lavrado contra o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR com base nos seguintes elementos de prova:

1- Declaração da Associação das Pioneiras Sociais e do Banco do Brasil de que o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR era preposto da empresa autuada;

2- Declaração do Presidente do Sindicato dos Vigilantes, datada de dezembro de 2000, de que o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR é proprietário da empresa autuada;

3- Procuração outorgada pela empresa autuada conferindo amplos poderes para o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR participar em processo licitatório;

4- Existência de decisão do TRT-21ª Região (Recurso Ordinário nº 02-03189-00-0) reconhecendo a sucessão entre as empresas Triunfo Empreendimentos e Serviços Ltda, da qual o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR é sócio, e Bank's Segurança Ltda (empresa autuada);

5- O endereço da filial 04 da Triunfo Empreendimentos é o mesmo da empresa autuada, conforme consta do cadastro da RFB, corroborando a conclusão do acórdão do TRT-21ª Região.

A referida nomeação de sujeição passiva funda-se nos arts. 124, I, e 135, II, ambos do CTN e abaixo reproduzidos:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

[...]

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

Começando pela responsabilidade prevista no inciso II, do art. 135 do CTN. Essa responsabilidade alcança os mandatários, os prepostos e os empregados. No caso em tela, o Recorrente é mandatário e preposto da BANK'S. É mandatário da BANK'S em processos de licitação que ela Recorrente participou junto a potenciais clientes que efetuam compras via licitação, conforme procuração constante dos autos. É preposto da BANK'S junto ao Banco do Brasil e, também, junto a clientes da BANK'S, a exemplo da Associação das Pioneiras Sociais.

A responsabilidade pessoal do mandatário ou preposto limita-se às “obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, nos termos do *caput* do referido art. 135 do CTN. As obrigações tributárias resultante de atos praticados por outras pessoas não pode alcançar o mandatário ou preposto.

Portanto, para a nomeação do responsável pessoal pelo crédito tributário é necessário provar o vínculo dele com a infração fiscal objeto da autuação. Passemos à análise das provas trazidas pela Fiscalização do vínculo do Recorrente com as infrações imputadas à BANK’S.

As provas do vínculo do Recorrente aos fatos que levaram à autuação (apresentação de declaração “zerada” e omissão de receita) são:

1- Declaração da Associação das Pioneiras Sociais e do Banco do Brasil de que o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR era preposto da empresa autuada;

2- Declaração do Presidente do Sindicato dos Vigilantes, datada de dezembro de 2000, de que o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR é proprietário da empresa autuada;

3- Procuração outorgada pela empresa autuada conferindo amplos poderes para o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR participar em processo licitatório;

4- Existência de decisão do TRT-21ª Região (Recurso Ordinário nº 02-03189-00-0) reconhecendo a sucessão entre as empresas Triunfo Empreendimentos e Serviços Ltda, da qual o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR é sócio, e Bank’s Segurança Ltda (empresa autuada);

5- O endereço da filial 04 da Triunfo Empreendimentos é o mesmo da empresa autuada, conforme consta do cadastro da RFB, corroborando a conclusão do acórdão do TRT-21ª Região.

Embora respeite as decisões da DRJ, mas no caso em tela não se vislumbra relação sólida entre essas provas e os fatos que levaram à autuação. Senão vejamos.

As declarações da Associação das Pioneiras Sociais e do Banco do Brasil dizem que o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR era preposto da autuada, sem informar que tipo de poderes e de ingerência ela tinha na autuada.

Com relação à declaração das Pioneiras Sociais, o fato de o Recorrente tratar dos contratos de prestação de serviços, inclusive negociando preços e condições, com interesse de aumentar o faturamento da autuada, não o vincula à falta de declaração à RFB dos tributos devidos. Para isto, há necessidade de prova, com alguma consistência, de que o Recorrente participava da gestão da empresa autuada na data da apresentação das DCTF e das DIRPJ.

Com relação à declaração do Banco do Brasil, ao contrário do alegado pelo Recorrente, consta no Cadastro da BANK’S que ele Recorrente é preposto da autuada. No entanto, o limite dos poderes de um preposto junto a um Banco é bastante restrito e não prova a vinculação e o interesse do Recorrente nem com o fato gerador do PIS e da Cofins e nem com os fatos que levaram à autuação.

Com relação à declaração do Presidente do Sindicato dos Vigilantes a mesma não serve de prova do interesse do Recorrente no fato gerador do PIS e da Cofins e, conseqüentemente, da nomeação do Recorrente como responsável solidário pelo crédito tributário lançado. É uma declaração muito forte, mas desacompanhada de prova do seu conteúdo não pode servir de prova da sujeição passiva.

Quanto à procuração com amplos poderes para participar de licitação, como bem disse o Recorrente, além de ser necessária à participação da empresa em licitações, não pode extrapolar a finalidade para a qual foi constituída. Ou seja, a procuração não serve de prova da gerência do Recorrente na empresa autuada e muito menos da sua participação nos fatos que levaram à autuação.

Sobre a sucessão ou fusão das empresas Triunfo Empreendimentos e Serviços Ltda, da qual o Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR é sócio, e a Bank's Segurança Ltda., as provas trazidas (decisão do TRF 21ª Região e unidade de endereço) são indiciárias, necessitando de mais elementos de prova que as empresas, por exemplo, têm gestão comum e agem como se uma única empresa fosse. Mais ainda, mesmo que se prove a fusão das empresas, ainda assim é necessário identificar que atos decorrentes dessa fusão/incorporação foram praticados pelo Recorrente que resultaram no lançamento de ofício. No caso, não há essa prova.

Em conclusão, não há nos autos indicação e prova de algum ato praticado pelo Sr. FRANCISCO BEZERRA JÚNIOR com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos que resultaram na infração fiscal apurada na ação fiscal que resultou na lavratura do auto de infração controlado neste processo.

Por essas razões, entendo que deve ser excluída a responsabilidade do Recorrente e cancelado o referido TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Em face dessa decisão, perde objeto as alegações do Recorrente sobre os elementos intrínsecos dos autos de infração, posto que ele não está mais vinculado ao crédito tributário, devendo-se manter integralmente os lançamentos por estarem conforme a lei.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para cancelar o referido TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA, mantendo integralmente o crédito tributário lançado contra o sujeito passivo.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

Declaração de Voto

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Conselheira

Solicitei vistas do processo para melhor compreensão dos fatos, especialmente acerca da responsabilidade solidária.

Em face de entendimento divergente ao proferido no voto vencedor, apresento declaração de voto, a seguir:

Como se vê, contra a empresa BANK'S SEGURANÇA LTDA, por meio deste processo, foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins, relativo a fatos geradores ocorridos entre 01/2001 e 12/2003, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada não pagou e nem declarou em DCTF as exações lançadas, conforme Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls.28/31

Pela análise dos autos, constata-se que a fiscalização, com o intuito de apurar a responsabilidade de terceiros nas infrações à legislação tributária imputadas à contribuinte, efetuou intimações à pessoa física de Luiz Charles de Araújo (intimada a apresentar cópia do contrato de locação de um imóvel e indicar o nome do preposto com quem eram tratados os negócios) e a diversas empresas, intimadas a apresentar cópias de contratos de prestação de serviços celebrados com a empresa BANKS SEGURANÇA e instrumentos de procuração caso existissem, bem como indicar o nome do preposto com quem eram tratados os negócios.

Em consequência das apurações daí advindas, a fiscalização nomeou o Sr.Francisco Bezerra Júnior como sujeito passivo solidário do crédito tributário apurado, conforme TERMO SUJEIÇÃO PASSIVA de fls. 489 a.490 do Volume I.

O processo foi a este Conselho encaminhado em face dos recursos voluntários interpostos pela contribuinte (e-fls.642 a 653 VII)e pelo o responsável solidário (e-fls. 596 a 641 VII).

O recurso voluntário da contribuinte foi apresentado em face da primeira decisão prolatada pela DRJ/Recife, por meio do Acórdão 11-18.853 - 2 Turma da DRJ/REC, 07 de maio de 2007, que foi, em seguida declarada nula pelo o Acórdão nº 201-81.298, de 05 de agosto de 2008, o qual anulou, igualmente, todos os atos dela decorrente, aí incluído, o recurso voluntário então apresentado pela contribuinte Banks Segurança.

Prolatada nova decisão pela DRJ/Recife (Acórdão nº 11- 24.286, 30 de outubro de 2008), a contribuinte não mais apresentou Recurso. Mas, de qualquer forma, mesmo que se assim o tivesse feito, tal não mereceria ser conhecido, haja vista que a mesma não instaurou o litígio, posto que deixou de apresentar a impugnação ao lançamento, embora intimada por - Edital de Intimação nº 17 de 24 de agosto de 2006 (e-fl 498). Apenas o responsável solidário impugnou o lançamento.

Tendo em vista a alegação de nulidade decorrente da ciência da contribuinte contida no recurso voluntário apresentado pelo o apontado responsável solidário, que a considerou irregular, é de se ressaltar a legalidade do procedimento adotado referente à ciência por edital, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, haja vista que, segundo o TERMO DE CONSTATAÇÃO (e-fl 491), o fiscal, com o objetivo de dar ciência pessoal dos Autos de infração do Imposto de Renda, da Contribuição Social, do PIS e da COFINS, compareceu ao

domicílio fiscal da empresa BANK'S SEGURANÇA LTDA, CNPJ 00.988.638/0001-82 e ali constatou que o imóvel se encontrava fechado e que a empresa deixara de funcionar, restando, assim, improficua a tentativa de cientificar a contribuinte por meio pessoal.

O Recurso Voluntário interposto pelo o apontado responsável solidário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser acolhido e conhecido.

O responsável solidário, em seu recurso voluntário, apresenta diversas preliminares de nulidade, que foram devidamente rebatidos pelo o Acórdão recorrido, cujos fundamentos adoto e ratifico, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

No entanto, destaco a preliminar acerca de vício formal, apresentada sob o argumento de ofensa ao art. 9.º, §1.º, do Decreto n.º 70.235/72.

O recorrente alega que:

“(…)

54. - Nesse sentido, cabe frisar que, muito embora tenha o AFRF elaborado um auto de infração para cada tributo, separou os autos de infração em dois processos, sob os n.ºs 16707.003333/2006-77 (IRPJ e CSLL) e 16707.003332/2006-22 (PIS e COFINS), apesar de a comprovação do suposto ilícito depender dos mesmos elementos de prova, afrontando, assim, os termos do §1º do art. 9º do Decreto 70.235/72 e do art. 1.º, inciso I, alínea "a", da Portaria SRF n.º 6.129/2005.

“(…)

59. As informações nos autos de infração de COFINS e PIS são reflexos do IRPJ, autuado nos autos do Processo n.º 16707.003332/2006-22, tendo o Fisco Federal desobedecido o que determina o art. 1.0, inciso I, alínea a, da Portaria SRF n.º 6.129/2005.

60. Ex positis, pugna-se pela nulidade do lançamento realizado, eis que desobedecida a norma do art. 9. 0, § 1.º, do Decreto n.º 70.235/72 e do art. 1. 0, inciso I, alínea "a", da Portaria SRF n.º 6.129/2005.”

Pois bem, o §1º do art. 9º do Decreto n.º 70.235/72 estabelece:

"Art. 9.º. (...).

§ 1º Quando, na apuração dos fatos, for verificada a prática de infrações a dispositivos legais relativos a um imposto, que impliquem a exigência de outros impostos da mesma natureza ou de contribuições, e a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova, as exigências relativas ao mesmo sujeito passivo serão objeto de um só processo, contendo todas as notificações de lançamentos e autos de infração.”

Tal dispositivo tem o intuito de evitar decisões conflitantes. Não obstante, não é caso de nulidade. A separação em processos distintos não trouxe prejuízo à recorrente. O responsável apontado apresentou a sua defesa em ambos os processos.

Contudo, entendo que seria o caso de se levantar de ofício a PRELIMINAR DE COMPETENCIA, em face do art. 2º, IV, do anexo II do RICARF (Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009) que dispõe:

“Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; (Portaria MF nº 586/2010)”.

É que o procedimento deu-se com base no mesmo MPF e os lançamentos decorreram do levantamento de receitas escrituradas e não declaradas e, também, de receitas omitidas, estas levantadas com base nas DIRF das empresas tomadores de serviços da autuada. O Responsável tributário não questiona os valores levantados. Também, são os mesmos fatos caracterizadores do ilícito que ensejaram a responsabilidade solidária.

Tanto é assim que o processo de Representação Fiscal para Fins Penais de nº 16707.003340/2006-79 (cópia à e-fls. 493 a 497, Volume I), encontra-se apensado, fisicamente, ao processo 16707.003333/2006-77(IRPJ), consoante informação constante à e-fl. 911, Volume III.

Consoante pesquisa no e-processo, detectou-se que o processo nº 16707.003333/2006-77 (IRPJ/CSLL) foi votado por meio do AC 1302. 06.006 – 3ªC/2ªTO, em 29/07/2009, no qual se decidiu, tal qual a decisão da DRJ, que a responsabilidade tributária é matéria estranha ao Processo Administrativo Fiscal - PAF, e que defesa deveria ser na execução fiscal. Entretanto, contra tal decisão foi apresentado embargos de declaração, tendo sido designado o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado para se pronunciar sobre o juízo de admissibilidade.

Mas, devido falhas na digitalização, a peça está incompleta e retornou para a DRF complementar. De modo que, tal matéria ainda encontra-se pendente, e, portanto, em atendimento ao disposto no art. 2º, IV, do anexo II do RICARF (Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009) deveria esta turma declinar da competência do julgamento deste recurso.

Porém, tendo sido vencida nesta preliminar, declaro o meu voto acerca da questão da responsabilidade solidária, consoante se segue:

DA RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS - ART. 135 CTN

O Art. 135 do CTN assim estabelece:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.” (grifei)

A responsabilidade de terceiros disciplinada neste art. 135 do CTN refere-se ao crédito tributário e à penalidade pecuniária (obrigação tributária principal), abrangendo inclusive as penalidades de caráter moratório.

Tal responsabilidade pode ser aplicada junto ao contribuinte, solidariamente, posto que não há o afastamento legal da contribuinte.

Entende-se por preposto aquele que representa e que tem conhecimento dos fatos.

No caso específico, não há dúvidas de que o SR. Francisco Bezerra Júnior é preposto da empresa BANK'S SEGURANÇA LTDA , ora autuada.

Verifica-se dos autos que as provas indiciárias convergem no sentido de demonstrar que houve por parte do preposto atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos quanto a obrigação tributária do PA fiscalizado. Vejamos:

1) fls 418 - ASSOCIAÇÃO DAS PIONEIRAS SOCIAIS – preposto Sr. Francisco Bezerra.

2) FL 433- BANCO DO BRASIL: Ofício 001. Natal (RN), 09 de fevereiro de 2006: *“apesar de não figurar, legalmente, como proprietário/representante da BANKS, o senhor Francisco Bezerra Júnior, celular 9982.6038, domiciliado na Rua do Sol, 3.409, Bairro Candelária, cep 59065.600, Natal (RN), sempre se apresentou nas Agências como verdadeiro dono.”*

3) FL 437 – RESPOSTA DO BANCO DO BRASIL: *“Informamos que, conforme agência de relacionamento do cliente, não foram identificados instrumentos de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta corrente no período solicitado.”*

4) fls. 438 a 441- cadastro no Banco do Brasil - Constata-se que não havia procuração para o SR. Francisco Bezerra Junior, porque este já constava no Cadastro do Banco como o contato da empresa.

5) FL 447 – DECLARAÇÃO SINDIVIGILANTES - Natal/RN, 19 de dezembro de 2000. Foi uma prévia denúncia enviada à RFB, devidamente assinada.

6) decisão do TRT — 21 a Região, reconhecendo a sucessão entre as empresas Triunfo Empreendimentos e Serviços Ltda, sócios Aldeide da Silva Maia Bezerra e Francisco Bezerra Júnior, e Bank's Segurança Ltda, sócios Remo José Pinheiro de Araújo e Alessandra Pessoa de Farias. (...).

“intricado envolvimento entre os sócios, na condição de patrão e empregado sucessivamente da empresa TRIUNFO e BANK'S, numa mistura que tem toda a conotação de tentativa de fraude e indução à confusão entre o que seria, ou não, uma empresa e outra, ou entre o que seria sucessora e sucedida neste verdadeiro tumulto de circunstâncias e fatos, os quais incutir no julgador um bloco de dúvidas sobre o que efetivamente ocorreu entre ambas as empresas.”

Sabe-se que em situações de sonegação, fraude e conluio, e, particularmente e em casos de interposição de pessoas em operações sujeitas a tributação -, os envolvidos têm a intenção de mascarar, especialmente perante os órgãos estatais de fiscalização, a realidade dos fatos.

É indiscutível a dificuldade de obtenção de provas diretas e pontuais das circunstâncias efetivamente sucedidas.

Tal como ocorre em um jogo de quebra-cabeça - em que cada uma de suas peças, sozinha, não desvenda a imagem resultante da correta união destas peças – normalmente no contexto de sonegação, fraude e conluio, cada um dos indícios colhidos, isoladamente, não permitem visualizar, com suficiente clareza, a realidade que é nitidamente revelada pela adequada concatenação destes indícios.

Nas comentadas situações não se pode deixar de conferir força probante ao conjunto de indícios que, entrelaçados, desnudam os fatos aparentes e revelam os ocultados. Não fosse assim, estar-se-ia convalidando, na sonegação, na fraude e no conluio, a reprovável conduta dirigida à ocultação da realidade, e, por consequência, instaurar-se-ia surreal situação em que determinados contribuintes, valendo-se destes artifícios, acabariam se livrando, por ausência de provas diretas dos fatos, da devida imposição tributária, enquanto os demais, que não se utilizam destas manobras, estariam submetidos à tributação!!!

Sendo assim, deve-se atribuir ao Sr. Francisco Bezerra Junior a solidariedade do art. 124 do CTN, que assim estabelece:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

Ressalte-se, em face do disposto no parágrafo único acima transcrito, que não cabe ao devedor solidário exigir que o Estado, credor da obrigação, observe certa ordem de preferência, em razão de estar a contribuinte mais diretamente relacionado com a situação geradora do tributo.

E, no caso específico, existe um agravante, qual seja, o fato de a contribuinte não mais se encontrar em atuação. De fato, conforme consta dos autos, já em 10/04/2006, quando da reintimação da contribuinte a mesma já não estava mais funcionando no local, tendo sido reintimada por edital. e-fls 442/444, o que foi confirmado pelo o Termo de Constatação de e-fl. 491, já acima mencionado, o que demonstra a intenção de evadir-se. Em consequência, promover lesão ao erário público.

Com base no acima exposto, no mérito, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo o Lançamento em sua integralidade e a responsabilidade solidária do SR. Francisco Bezerra Junior.

É como voto.

Conselheira MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ