



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

Processo n° 18088.000245/2009-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.929 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2015
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente FRIGORÍFICO DOM GLUTÃO LTDA., coobrigados RUY SCHEFER CORTE, FELIPE SCHEFER CORTE, DIRCEU JOSÉ CORTE e DEDIER RIBAS FERREIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Correta a imputação da multa qualificada quando demonstrado nos autos que o sujeito passivo utilizou documentação emitida por terceiros para o registro das próprias atividades, visando ocultar da autoridade a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso da pessoa jurídica e, por voto de qualidade, dar provimento ao recurso dos coobrigados. Vencidos os Conselheiros Maria Elisa Bruzzi Boechat, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Carlos Pelá que votaram por manter a responsabilização dos coobrigados. Ausente o Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar. Participou do julgamento a Conselheira Maria Elisa Bruzzi Boechat.

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Paulo Roberto Cortez, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Leonardo de Andrade Couto.

CÓPIA

Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o relatório da decisão recorrida que abaixo transcrevo:

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi apurada omissão de receitas para o segundo, o terceiro e o quarto trimestres de 2004 e para o primeiro trimestre de 2005. Para os três últimos trimestres de 2004 houve arbitramento do lucro, tendo em vista que o contribuinte não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais. Como consequência, foram lavrados autos de infração de IRPJ (fls. 06-09), PIS (fls. 15- 17), COFINS (fls. 22-25) e CSLL (fls. 29-32).

Conforme descrito no "Termo de Conclusão de Procedimento Fiscal" de fls. 33-38, a ação fiscal foi desenvolvida no âmbito da chamada "Operação Grandes Lagos", que desbaratou uma organização criminoso, criada com o objetivo de fraudar a Administração Tributária, por meio da interposição de pessoas, físicas e jurídicas, com o objetivo de eximir os titulares de fato do pagamento de tributos.

O FRIGORÍFICO DOM GLUTÃO LTDA (doravante apenas DOM GLUTÃO) foi constituído em 05/01/2004, tendo como sócios o Sr. Dirceu José Corte e a Sra. Ana Luiza Schefer Corte. Em 25/03/2004 as constas destes foram transferidas para seus filhos, Ruy Schefer Corte e Felipe Schefer Corte. Na 4ª Alteração do Contrato Social, datada de 01/01/2007, constam como únicos sócios o Sr. Dedier Ribas Ferreira e o Sr. Dirceu José Corte.

No relatório da Polícia Federal elaborado no curso das investigações conduzidas na "Operação Grandes Lagos" consta que a DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS SÃO PAULO LTDA (doravante apenas DISTRIBUIDORA) atua, na verdade, como distribuidora de notas fiscais, já que confecciona e vende notas fiscais a terceiros. Em 15/05/2008, foi publicado no DOU o Ato Declaratório executivo nº 53, por meio do qual o Delegado da DRF/SÃO JOSÉ DO RIO PRETO declara inapta a inscrição no CNPJ da DISTRIBUIDORA, com efeitos que valem a partir de 01/01/1999, de modo que são inidôneos os documentos emitidos por esta empresa desde então.

Constatou a autoridade autuante que o DOM GLUTÃO utilizou notas fiscais da DISTRIBUIDORA para efetivar suas vendas. Em depoimento prestado na DRF/SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, em 05/02/2007, a Sra. Ana Cláudia Valente Fioravante afirmou que trabalhou na DISTRIBUIDORA entre os anos de 1999 a 2006, exercendo, a partir de 2002, a função de faturista, vale dizer, era responsável pela emissão das notas fiscais da empresa. Ela esclareceu que havia um sistema de códigos para a emissão de notas que identificavam o local do abate e o proprietário da carne. Confirmou, quando confrontada com uma relação de códigos extraída dos arquivos magnéticos apreendidos na DISTRIBUIDORA, que o código "72" era do DOM GLUTÃO na cidade de Ibitinga. Reconheceu, ademais, que o DOM GLUTÃO situa-se na Rodovia SP 331, km 51, pois mandava as notas fiscais para esse endereço.

Ao examinar as notas fiscais a autoridade concluiu que nas de entrada esse código está preenchido, enquanto nas de saída não consta o código, tendo em vista

que elas eram encaminhadas em branco para o DOM GLUTÃO preencher. A DISTRIBUIDORA adotava a prática, quando enviada notas fiscais em branco, de receber, após a utilização das notas, um arquivo para controle, no qual inseria o código do "cliente". Essa é a razão pela qual nas notas fiscais de vendas impressas não consta o código "72", mas no arquivo magnético há esta informação.

Nos arquivos magnéticos apreendidos na DISTRIBUIDORA foi possível identificar todas as notas fiscais emitidas com o código "72", relativas às vendas efetuadas pelo DOM GLUTÃO.

Esse fato foi confirmado em diversas diligências realizadas. A C L PAULISTA ALIMENTOS LTDA informou que todas as compras eram efetuadas via telefone com o representante do vendedor, Sr. Dedier. Apresentou cópias de Certificados Sanitários emitidas pelo Serviço de Inspeção Federal SIF 111 Ibitinga, nos quais consta como remetente e embarcador o DOM GLUTÃO. O transporte era efetuado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e os pagamentos eram creditados na conta da D F COMÉRCIO EMPREENDEIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e, em alguns casos, para a TAPEJARA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. A DISTRIBUIDORA enviava carta em papel timbrado autorizando o comprador a depositar o crédito nas contas bancárias das referidas empresas, mas verifica-se que o número do fax utilizado para o envio da carta de autorização coincide com o do DOM GLUTÃO e a assinatura do representante da DISTRIBUIDORA é semelhante à do funcionário do DOM GLUTÃO, Sr. Ailton Dias. Também a NOVO RUMO COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA e a PRODUTORA DE CHARQUE ROSARIAL LTDA seguiam esse esquema quanto ao transporte e aos pagamentos, havendo as mesmas coincidências relativamente às autorizações e assinaturas.

A COUROADA COMERCIAL E REPRESENTAÇÕES LTDA informou que o contato era com o Sr. Dirceu, que atendia na Rodovia SP 331, Km. 51, Ibitinga/SP, mesmo endereço do DOM GLUTÃO.

A BRASINHA COMÉRCIO DE CARNES LTDA informou que retirava os produtos no DOM GLUTÃO, à Rodovia SP 331, Km 51, Ibitinga/SP e os pagamentos eram feitos no escritório do frigorífico por meio de cheques.

ALOÍSIO DE SOUZA PINTO ME informou que as compras eram efetuadas por telefone, sendo as mercadorias transportadas pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e o pagamento feito com boletos bancários, tendo como cedente DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA.

BRAMBILLA & CIA LTDA asseverou que os contatos eram feitos por telefone e o transporte era realizado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA, sendo o pagamento feito com boletos bancários, tendo como cedente DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA.

PAULO JOSE SALINA & CIA LTDA informou que os vendedores eram os senhores Dirceu José Corte e Dedier Ribas Ferreira, por meio de contatos telefônicos.

Apresentou cartões de visita segundo os quais eles representavam o DOM GLUTÃO e o produtos saíam deste frigorífico, sendo os pagamentos efetuados mediante depósitos em conta da D F EMPREENDEIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

A **RP** DE CAMPINAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS informou que as compras eram realizadas por telefone e o transporte era feito pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA, sendo os pagamentos efetuados para a D F COM. EMP. PARTICIPAÇÕES LTDA.

A P M DELBIN afirmou que as compras era feitas por telefone, o transporte era realizado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e os pagamentos eram efetuados por meio de boletos bancários, constando como cedente a DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA.

Também foram realizadas diligências junto aos produtores rurais. José Villela de Andrade Neto informou que teve contato apenas com o Sr. Antonio Francisco Carmona, que visitava a fazenda e carregava o gado com o caminhão de placas BWS 8855 ou em caminhões da TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA. Consta das notas fiscais de produtor o código "72" e a observação de que o abate era realizado no DOM GLUTÃO. O Sr. Leonésio de Freitas Carvalho afirmou que teve contato apenas com o Sr. Dirceu Curti, "salvo engano proprietário do Frigorífico Dom Glutão, com sede na Rodovia SP 331, Km 51". Informou que os abatements eram realizados no DOM GLUTÃO, constando nas notas fiscais de entrada da DISTRIBUIDORA o código "72".

Constatou a autoridade autuante que as empresas que recebiam os créditos relativos às notas fiscais da DISTRIBUIDORA utilizadas para comercializar produtos do DOM GLUTÃO têm vínculo com este. Os sócios da DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA são os filhos do Sr. Dirceu José Corte, Ruy e Felipe S. Corte. Além disso, Dedier Ribas Ferreira é sócio da D F COM. EMP. E PART. LTDA. Finalmente, a TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA consta das declarações de bens do ano-calendário de 2004, 2005 e 2006 de Ruy Schefer Corte e Felipe Schefer Corte e no ano-calendário de 2007 consta da declaração de bens de Dirceu José Corte e como vendida nas declarações daqueles.

Constatou-se, ademais, que a movimentação financeira das empresas que recebiam os créditos não guarda compatibilidade com as receitas declaradas.

O contribuinte foi intimado, em 20/02/2009, a reconhecer as receitas relativas às notas fiscais emitidas em nome da DISTRIBUIDORA e a escriturar os livros Diário e Razão com inclusão dessas receitas, sob pena de arbitramento do lucro, bem como a informar, por escrito, a existência de custos e despesas operacionais não escrituradas. Solicitou prorrogação de prazo e, em 23/04/2009, solicitou autorização para retificar a declaração de IRPJ do ano-calendário 2004. Foi informada de que após o início da ação fiscal não se admite a retificação de declaração, em razão da perda de espontaneidade. Tendo em vista a ausência de manifestação do contribuinte acerca dos elementos solicitados na intimação de 20/02/2009, as receitas de vendas efetuadas com notas fiscais em nome da DISTRIBUIDORA foram reputadas receitas omitidas. Para o ano-calendário 2004 o contribuinte havia apresentado declaração de inatividade, e, em razão da falta de apresentação de livros e documentos, o lucro foi arbitrado. Para o ano-calendário 2005 o contribuinte apurou imposto de renda com base no lucro real, razão pela qual os autos de infração foram lavrados com base nessa sistemática de tributação.

Sobre os créditos tributários apurados foi aplicada multa qualificada em virtude da conduta fraudulenta do contribuinte, reportando-se a autoridade autuante aos fatos narrados no "Termo de Constatação e Intimação Fiscal" de 20/02/2009, que demonstraram o propósito deliberado de fraudar ou sonegar. Os fatos narrados nesse "Termo" são os mesmos referidos no "Termo de Conclusão de Procedimento Fiscal" de fls. 33-38

Foi atribuída responsabilidade solidária pelos créditos tributários lançados, com base no art. 124, I, do CTN, a Ruy Schefer Corte e Felipe Schefer Corte, pois à época dos fatos estes eram os proprietários do DOM GLUTÃO com poderes de

administração. Na gestão deles, o contribuinte apresentou declaração de inatividade para o ano-calendário 2004, mesmo tendo auferido receitas no período. Além disso, a empresa utilizou notas fiscais inidôneas da DISTRIBUIDORA e eles assinavam e controlavam as contas bancárias do frigorífico, conforme atestam as fichas-proposta de abertura de conta/cartão de assinaturas — pessoa jurídica enviadas pelo Banco Bradesco. Conforme DIRPF do ano-calendário 2004, eles eram sócios e receberam pró-labore da DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA e da TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA, sendo a primeira receptora de recursos do DOM GLUTÃO e a segunda prestadora de serviços de transporte para este. Finalmente, receberam pró-labore do DOM GLUTÃO no ano-calendário 2005, conforme registrado no Livro Diário, sendo tais rendimentos informados na DIRPF do período.

Os senhores Dirceu José Corte e Dedier Ribas Ferreira constam como "únicos sócios componentes e titulares da totalidade das quotas sociais da sociedade empresarial", consoante a 4ª alteração do contrato social, datada de 01/01/2007. Conforme demonstram as diligências realizadas, estes apresentavam-se como representantes do DOM GLUTÃO e receberam recursos do esquema de notas fiscais inidôneas por meio da D F COM. EMP. E PART. LTDA, da TRANSPORTADORA DIRCEU e da DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI. Portanto, também a eles foi atribuída responsabilidade solidária pelos créditos tributários lançados, com base no art. 124, I, do CIN.

Inconformados, apresentaram impugnações o DOM GLUTÃO (fls. 1329-1366), o Sr. Dirceu José Corte (fls. 1368-1386), o Sr. Felipe Schefer Corte (fls. 1388-1409), o Sr. Ruy Schefer Corte (fls. 1413-1434) e o Sr. Dedier Ribas Ferreira (fls. 1436-1457).

No recurso apresentado pelo DOM GLUTÃO são deduzidas as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

Tece o contribuinte extensas considerações acerca dos princípios constitucionais, da hierarquia das normas e dos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, com fartas citações doutrinárias, para concluir que houve cerceamento ao direito de defesa, pois a autoridade valeu-se de informações unilaterais de terceiros, não constantes da cópia do lançamento encaminhado ao contribuinte, chegando-se à presumida conclusão de que o código 72 utilizado nas notas fiscais da DISTRIBUIDORA pertence ao DOM GLUTÃO. Não foram descritos claramente os fundamentos do lançamento, pois junto dele não foram encaminhadas: I- cópia da relação de notas fiscais utilizadas; II- cópia das declarações unilaterais de terceiros e sem a participação do contribuinte, que levaram à conclusão presumida; III— descrição e provas de que os supostos destinatários das mercadorias comercializadas pela DISTRIBUIDORA as compraram do DOM GLUTÃO e pagaram o preço; IV- a descrição exata de quais foram as notas fiscais utilizadas para o arbitramento. A análise do lançamento demonstra que houve apenas a elaboração de uma planilha genérica com a base de cálculo total. Esta planilha não espelha o auto de infração lavrado, já que neste a base de cálculo foi apurada para o trimestre de 2005 (março), enquanto na planilha há um total atribuído ao mês de janeiro de 2005. A própria fiscalização confirma que não houve envio dos documentos que dão suporte aos autos de infração ao afirmar que o contribuinte pode solicitar vista e cópia do processo administrativo. Tais vícios trazem prejuízo insanável ao exercício do direito de defesa. Cita decisões do Conselho de Contribuintes em abono a seus argumentos.

Foi violado o art. 10 do Decreto 70.235/1972, pois o auto de infração foi lavrado em São José do Rio Preto/SP e a infração apontada teria ocorrido em Ibitinga/SP, de modo que a lavratura deveria ocorrer em Ibitinga, pela Agência da

346.084/PR. Também é inconstitucional a majoração da alíquota da COFINS para 3%, promovida pelo art. 8º da Lei nº 9.718/1998, por ofensa ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não apurar lucro ficará submetido à alíquota de 3%, enquanto o contribuinte que auferir lucro estará sujeito à alíquota de 2%, dada a possibilidade de compensação de 1% com a CSLL. Tal discriminação não possui qualquer pertinência lógica. Finalmente, pelo princípio da hierarquia das leis, não pode a Lei nº 9.718/1998 revogar a Lei Complementar nº 70/1991. Alega o contribuinte que tampouco o ICMS pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois não configura faturamento e não tem relação com o conceito de receita. Há inclusive decisões judiciais acolhendo tal entendimento.

O art. 161, § 1º do CTN autoriza a definição de taxa de juros diversa de 1% ao mês. Esta norma deve ser interpretada como limite máximo para as taxas de juros moratórios, de modo que é descabida a aplicação da taxa Selic, prevista em norma de patamar de lei ordinária. O art. 161, § 1º do CTN não pode, ademais, ser interpretado no sentido de que a lei que regulamente a matéria pode delegar a quantificação dos juros a órgão da administração federal, que é parte interessada na cobrança do tributo.

As multas aplicadas, no montante de 150% do tributo apurado, ofendem os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e da proibição do confisco, previstos na Constituição Federal, razão pela qual devem ser reduzidas, no mínimo, ao patamar de 20%, de conformidade com o art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/1996. Ao menos, há que se reduzi-las para 75%, uma vez que não se justifica a aplicação de multa qualificada por força de omissão de receitas relativas aos depósitos bancários. Não houve dolo, apenas omissão de receitas apuradas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada. Ademais, a autoridade somente descreveu texto abstrato da lei, sem apontar quais foram as condutas realizadas que configurariam os tipos legais.

Por fim, pede que seja julgado improcedente o lançamento e, caso assim não se entenda, requer a baixa dos autos para diligência, pelo princípio da verdade material.

Na impugnação apresentada pelos senhores Dirceu José Corte, Felipe Schefer Corte, Ruy Schefer Corte e Dedier Ribas Ferreira são argüidos os seguintes argumentos:

Foi apresentado extenso arrazoado versando sobre os princípios da supremacia da Constituição, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, com várias citações doutrinárias, para concluir que houve violação ao princípio do devido processo legal, pois a responsabilidade tributária não consta do auto de infração lavrado, havendo menção a ela apenas do relatório fiscal. Afirma que o lançamento, regularmente notificado, é ato obrigatório para a constituição do crédito tributário, seja contra o contribuinte ou contra o responsável. Cita precedente do STJ no sentido de que o responsável solidário deve constar do lançamento, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Reitera que a atribuição de responsabilidade foi irregular, pois não consta do auto de infração lavrado, havendo apenas citação no relatório fiscal.

As pessoas físicas e jurídicas têm personalidades jurídicas distintas. Não se deve confundir a pessoa jurídica com seus sócios. O art. 124, I, do CTN contempla a atribuição de responsabilidade solidária pelo crédito tributário àquele que tiver interesse comum na situação que constitua o fato gerador. A prova do interesse comum e ônus da Administração, que não pode se pautar por meros indícios ou presunções. "O auto de infração encaminhado, sem qualquer documentação,

inclusive, inviabilizando o pleno exercício do direito de defesa, em momento algum aponta fatos concretos e documentais que apresentariam a vinculação direta com o fato gerador dos tributos exigidos da pessoa jurídica." Inexiste qualquer situação que configure o interesse comum na constituição do fato gerador dos créditos tributários descritos. A atribuição de responsabilidade solidária com base no art. 124, I, do CTN só pode se dar aos participantes do fato gerador. O interesse comum referido pela norma não é um interesse meramente de fato, mas um interesse jurídico, não devendo as pessoas partícipes do fato gerador estar em situação oposta no ato, fato ou relação negocial, conforme reconhecem a doutrina e a jurisprudência. Tais requisitos não estão presentes na situação de que trata o presente processo administrativo, de modo que é descabida a atribuição de responsabilidade solidária. Presume-se, no lançamento realizado, que as notas fiscais da DISTRIBUIDORA são da DOM GLUTÃO. Não se pode atribuir responsabilidade solidária por práticas realizadas por outra pessoa jurídica, sem descrição exata e comprovação dos fatos.

O art. 135, III, do CTN autoriza a atribuição de responsabilidade pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos aos diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado. Portanto, apenas os atos de gestão em virtude dos quais a pessoa jurídica se tornou insolvente e praticados com infração à lei, ao contrato ou estatuto social podem ensejar atribuição de responsabilidade. O simples inadimplemento não configura infração à lei, pois interpretação nesse sentido transformaria a exceção em regra. Deve estar presente o elemento subjetivo da conduta, qual seja, má-fé, conluio, fraude ou dolo. Tal elemento não foi comprovado nos autos. Sequer há inadimplemento do contribuinte, pois se trata de eventual inadimplemento de terceira pessoa jurídica.

Por fim, pedem que seja julgado improcedente o lançamento no tocante à atribuição de responsabilidade tributária.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto – SP prolatou o Acórdão 14-31.825 (sessão de 06/12/2010) considerando totalmente improcedente a impugnação, em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador:

30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004, 31/03/2005

LOCAL DA LAVRATURA . AUTORIDADE COMPETENTE . PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA . UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS "FRIAS" . PRESUNÇÃO . SELIC . MULTA QUALIFICADA . RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA A lavratura do auto de infração na repartição não é vedada pela lei. É permitida a lavratura de auto de infração por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil lotado em unidade diversa daquela a que está subordinado o contribuinte. A ação fiscal é procedimento inquisitório até que o contribuinte seja intimado de eventual auto de infração lavrado, quando se abre a possibilidade de impugnar o lançamento, garantindo-se o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, inclusive com acesso ao processo administrativo e às provas produzidas. A utilização

de notas fiscais "frias" emitidas por terceiros caracteriza omissão de receitas, não havendo que se falar, nesta hipótese, em aplicação de presunção. Juros moratórios calculados com base na taxa Selic, nos termos da lei. É cabível a aplicação de multa qualificada quando ficar caracterizado o dolo. É responsável solidário pelo crédito tributário lançado aquele que tiver interesse comum na situação que constituiu o fato gerador apurado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Data do fato gerador: 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004, 31/03/2005

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: 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005.

AUTO REFLEXO – INCONSTITUCIONALIDADE

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. Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/04/2004

AUTO REFLEXO - INCONSTITUCIONALIDADE *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. Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.*

Devidamente cientificado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário a este Colegiado, transcrevendo as razões de impugnação em sua integralidade.

Em primeira apreciação, a turma julgadora determinou o retorno dos autos à Unidade Local para que os coobrigados fossem formalmente intimados da decisão de primeira instância.

Processo nº 18088.000245/2009-26
Acórdão n.º **1402-001.929**

S1-C4T2
Fl. 7

Cumprida a exigência e saneado o processo pela apresentação de recurso pelos coobrigados, retornam os autos para julgamento.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto

Os recursos foram apresentados tempestivamente e por signatários devidamente legitimados, motivo pelo qual deles conheço.

RECURSO VOLUNTÁRIO DA PESSOA JURÍDICA

A peça recursal da pessoa jurídica tem conteúdo idêntico à impugnação anteriormente apresentada e, a meu ver, muito bem analisada pela decisão recorrida. Faço minhas as razões de decidir lá explanadas limitando-me a salientar algumas considerações.

Descabe a arguição de cerceamento do direito de defesa pela não entrega de alguns documentos embaixadores da autuação, eis que o acesso aos autos foi franqueado ao sujeito passivo durante o prazo de impugnação, quando poderia requerer cópia de quaisquer elementos que entendesse necessários.

A nulidade da autuação em função do lançamento ter sido formalizado por Unidade da RFB que não jurisdiciona a interessada também não merece ser acolhida. Conforme entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência, local de verificação de falta não significa onde a infração foi cometida mas sim onde foi constatada podendo ocorrer dentro da Unidade da RFB onde o procedimento fiscal se realizou. Nesse caso, foi exatamente o que ocorreu pois, ao que tudo indica, os trabalhos fiscais referentes à operação que implicou na presente autuação foram concentrados na Unidade de São José do Rio Preto – SP.

No que se refere ao ônus da prova, esclareça-se que as conclusões do Fisco não tiveram por base exclusivamente o depoimento de uma funcionária da empresa emissora dos documentos fiscais. Transcreve-se a seguir várias evidências que nortearam e fortaleceram o trabalho da Fiscalização:

- No relatório da Polícia Federal elaborado no curso das investigações conduzidas na "Operação Grandes Lagos" consta que a DISTRIBUIDORA atua, na verdade, como distribuidora de notas fiscais, já que confecciona e vende notas fiscais a terceiros. Em 15/05/2008, foi publicado no DOU o Ato Declaratório executivo nº 53, por meio do qual o Delegado da DRF/SÃO JOSÉ DO RIO PRETO declara inapta a inscrição no CNPJ da DISTRIBUIDORA, com efeitos que valem a partir de 01/01/1999, de modo que são inidôneos os documentos emitidos por esta empresa desde então.

- Em depoimento prestado na DRF/SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, em 05/02/2007, a Sra. Ana Cláudia Valente Fioravante afirmou que trabalhou na DISTRIBUIDORA entre os anos de 1999 a 2006, exercendo, a partir de 2002, a função de faturista, vale dizer, era responsável pela emissão das notas fiscais da empresa. Ela esclareceu que havia um sistema de códigos para a emissão de notas que identificavam o local do abate e o proprietário da carne. Confirmou, quando confrontada com uma relação de códigos extraída dos arquivos magnéticos apreendidos na DISTRIBUIDORA, que o código "72" era do DOM GLUTÃO na cidade de Ibitinga. Reconheceu, ademais, que o DOM GLUTÃO situa-se na Rodovia SP 331, km 51, pois mandava as notas fiscais para esse endereço.

- Nos arquivos magnéticos apreendidos na DISTRIBUIDORA foi possível identificar todas as notas fiscais emitidas com o código "72", relativas às vendas efetuadas pelo DOM GLUTÃO.

- Esse fato foi confirmado em diversas diligências realizadas. A C L PAULISTA ALIMENTOS LTDA informou que todas as compras eram efetuadas via telefone com o representante do vendedor, Sr. Dedier. Apresentou cópias de Certificados Sanitários emitidas pelo Serviço de Inspeção Federal SIF 111 Ibitinga, nos quais consta como remetente e embarcador o DOM GLUTÃO. O transporte era efetuado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e os pagamentos eram creditados na conta da D F COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e, em alguns casos, para a TAPEJARA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. A DISTRIBUIDORA enviava carta em papel timbrado autorizando o comprador a depositar o crédito nas contas bancárias das referidas empresas, mas verifica-se que o número do fax utilizado para o envio da carta de autorização coincide com o do DOM GLUTÃO e a assinatura do representante da DISTRIBUIDORA é semelhante á do funcionário do DOM GLUTÃO, Sr. Ailton Dias. Também a NOVO RUMO COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA e a PRODUTORA DE CHARQUE ROSARIAL LTDA seguiam esse esquema quanto ao transporte e aos pagamentos, havendo as mesmas coincidências relativamente às autorizações e assinaturas.

- A COUROADA COMERCIAL E REPRESENTAÇÕES LTDA informou que o contato era com o Sr. Dirceu, que atendia na Rodovia SP 331, Km 51, Ibitinga/SP, mesmo endereço do DOM GLUTÃO. A BRASINHA COMÉRCIO DE CARNES LTDA informou que retirava os produtos no DOM GLUTÃO, à Rodovia SP 331, Km 51, Ibitinga/SP e os pagamentos eram feitos no escritório do frigorífico por meio de cheques. ALOÍSIO DE SOUZA PINTO ME informou que as compras eram efetuadas por telefone, sendo as mercadorias transportadas pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e o pagamento feito com boletos bancários, tendo como cedente DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA. BRAMBILLA & CIA LTDA asseverou que os contatos eram feitos por telefone e o transporte era realizado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA, sendo o pagamento feito com boletos bancários, tendo como cedente DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA. PAULO JOSÉ SALINA & CIA LTDA informou que os vendedores eram os senhores Dirceu José Corte e Dedier Ribas Ferreira, por meio de contatos telefônicos. Apresentou cartões de visita segundo os quais eles representavam o DOM GLUTÃO e o produtos saíam deste frigorífico, sendo os pagamentos efetuados mediante depósitos em conta da D F EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

- Também a VIA LESTE COMÉRCIO DE CARNES LTDA informou que o contato, via telefone, era efetuado com o Sr. Dedier e os pagamentos eram realizados na conta da D F EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. A **RP DE CAMPINAS** INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS informou que as compras eram realizadas por telefone e o transporte era feito pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA, sendo os pagamentos efetuados para a D F COM. EMP. PARTICIPAÇÕES LTDA. A P M DELBIN afirmou que as compras era feitas por telefone, o transporte era realizado pela TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA e os pagamentos eram efetuados por meio de boletos bancários, constando como cedente a DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA.

- Foram, ainda, realizadas diligências junto aos produtores rurais. José Villela de Andrade Neto informou que teve contato apenas com o Sr. Antonio Francisco

Carmona, que visitava a fazenda e carregava o gado com o caminhão de placas BWS 8855 ou em caminhões da TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA. Consta das notas fiscais de produtor o código "72" e a observação de que o abate era realizado no DOM GLUTÃO. O Sr. Leonésio de Freitas Carvalho afirmou que teve contato apenas com o Sr. Dirceu Curti, "salvo engano proprietário do Frigorífico Dom Glutão, com sede na Rodovia SP 331, Km 51". Informou que os abatimentos eram realizados no DOM GLUTÃO, constando nas notas fiscais de entrada da DISTRIBUIDORA o código "72".

- Constatou a autoridade autuante que as empresas que recebiam os créditos relativos às notas fiscais da DISTRIBUIDORA utilizadas para comercializar produtos do DOM GLUTÃO têm vínculo com este. Os sócios da DISTRIBUIDORA DE CARNES VALE DO MOGI LTDA são os filhos do Sr. Dirceu José Corte, Ruy e Felipe S. Corte. Além disso, Dedier Ribas Ferreira é sócio da D F COM. EMP. E PART. LTDA. Finalmente, a TRANSPORTADORA DIRCEU LTDA consta das declarações de bens do ano-calendário de 2004, 2005 e 2006 de Ruy Schefer Corte e Felipe Schefer Corte e no ano-calendário de 2007 consta da declaração de bens de Dirceu José Corte e como vendida nas declarações daqueles.

- Constatou-se, ademais, que a movimentação financeira das empresas que recebiam os créditos não guarda compatibilidade com as receitas declaradas.

Ressaltando-se que NENHUM dos fatos supra mencionados foi objeto de contestação quanto a sua ocorrência, vê-se que a Fiscalização apurou e utilizou diversos outros elementos que corroboraram as conclusões do trabalho fiscal. Não há que se falar na inexistência de provas ou utilização indevida da presunção.

Ainda nessa mesma ótica, demonstrado que as operações de venda supostamente realizadas por terceiros pertenceriam de fato à interessada, não há que se falar em receita não conhecida para efeito de arbitramento. A receita foi auferida por ela. Simples assim.

Em relação à CSLL, PIS e Cofins, tratam-se de autuações reflexas pela constatação de omissão de receitas. Não há que se falar na utilização de presunção inclusive porque, diferentemente do suscitado na defesa, a tributação não envolveu extratos bancários nos termos do art. 42, da Lei nº 9.430/96.

A inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98 é matéria estranha ao feito, pois a tributação envolveu receitas decorrentes das atividades operacionais indevidamente registradas em documentos fiscais em nome de terceiros.

Quanto à majoração da alíquota da Cofins, está pacificada quanto à legalidade. Mesmo que assim não o fosse, não competiria a este Colegiado analisar argumentos de natureza constitucional (Súmula CARF nº 2). Esse mesmo argumento aplica-se à questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Não há previsão legal para a exclusão suscitada e a matéria está sob exame no STF no regime de Repercussão Geral ainda sem definição.

No que se refere à imputação da multa qualificada, a defesa argumenta que não seria cabível em autuações tendo como base extratos bancários. Tal alegação é inaplicável ao caso pois, como já afirmado, a exigência não teve como base a presunção legal referente a depósitos bancários.

A utilização de interposta pessoa para o registro das operações que na verdade pertenceriam à interessada demonstra claramente a intenção fraudulenta de omitir da

autoridade fiscal a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Correta a imputação da exasperadora.

De todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica.

RECURSO VOLUNTÁRIO DOS COBRIGADOS

A autoridade lançadora lavrou termo de sujeição passiva solidária contra Ruy Schefer Corte, Felipe Schefer Corte, Dirceu José Corte e Dedier Ribas Ferreira, com base nos artigos 121 e 124, do CTN. Pelas razões expostas no Termo de Conclusão de Procedimento Fiscal, a responsabilização baseou-se fundamentalmente na circunstância de serem sócios com poderes de administração.

Nesse ponto, é fundamental para o deslinde o fato de que a solidariedade não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.¹

Tanto é assim, que o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador. Daí a fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.²

¹ Derzi, Misabel Abreu. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729

² BARCELOS, Soraya Marina. Os Limites da Obrigação Tributária Solidária Prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional e o Princípio da Preservação da Empresa. Disponível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2011>. Acesso em 31/08/2012.

Mais ainda, é necessário que o interesse comum não seja simplesmente econômico mas sim jurídico, entendendo-se como tal aquele derivado de uma relação jurídica de qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitima a postular em juízo em defesa do seu interesse.

Em outras palavras, o interesse jurídico se caracteriza quando a situação realizada por uma pessoa é capaz de gerar os mesmos direitos e obrigações para a outra. Não é o caso dos sócios administradores.

Caberia à autoridade lançadora demonstrar a prática de atos com excesso de poderes ou infração a lei nos termos do art. 135, do CTN. Ainda assim, registre-se que esse dispositivo só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade. Caso não o seja, a responsabilidade tributária será da pessoa jurídica. Isto porque, se o ato do administrador não contrariar as normas societárias, contrato social ou estatuto, quem está praticando o ato será a sociedade, e não o sócio, devendo a pessoa jurídica responder pelo pagamento do tributo.

Importante destacar que a infração à lei capaz de gerar a responsabilidade do administrador é aquela de natureza societária. Afinal, o que objetiva este artigo é justamente responsabilizar o administrador que age à revelia dos interesses da sociedade, e a forma com a qual ele age de tal modo é descumprindo as normas societárias que prescrevem que a sua atuação deve observar os interesses da empresa, dentro de determinados limites.³

Do exposto, voto por excluir a responsabilização imputada ao sócios da autuada.

Leonardo de Andrade Couto - Relator

³ BARCELOS, Soraya Marina. A responsabilidade dos administradores prevista no art. 135, III do CTN: hipótese de responsabilidade solidária, subsidiária ou exclusiva?. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3089, 16 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20662>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

Processo nº 18088.000245/2009-26
Acórdão n.º **1402-001.929**

S1-C4T2
Fl. 10

CÓPIA