



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

Processo n° 19515.721137/2017-86
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-003.428 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2019
Matéria COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FRAUDE
Recorrente SUPERMERCADO JACARANDA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014

LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade quando o lançamento observa todos os requisitos previstos no artigo 142 do CTN e no artigo 59 do Decreto n° 70.235/72.

COMPENSAÇÃO FRAUDULENTA. CRÉDITO ILEGAL. MULTA QUALIFICADA.

Verificado que houve sonegação, com apresentação de DCTF com valores zerados, além de conluio com a empresa detentora dos títulos da dívida pública ao persistir na compensação com estes créditos sabidamente inexistentes, revelando verdadeira fraude todo o esquema perpetrado, cabendo a qualificação da multa de ofício.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SÓCIOS - ADMINISTRADORES

São responsáveis pelos créditos tributários lançados, com base no art. 135, III, do CTN, os sócios-administradores que comprovadamente atuaram na prática das infrações tributárias apuradas, pois tinham ciência do procedimento fraudulento de compensação com créditos inexistentes, sem que houvesse regularização da situação, em que pese intimados.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONFISCO. SÚMULA CARF.

Este colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, ou sobre sua legalidade, conforme Súmula CARF n° 2.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF n° 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

DECORRÊNCIAS. CSLL. Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Lucia Miceli - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Ricardo Marozzi Gregorio, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata o processo de auto de infração para cobrança dos seguintes tributos relativos ao ano-calendário de 2014, com multa de ofício qualificada em 150% e juros de mora:

Tributo	Valor
IRPJ	R\$ 70.361,01
CSLL	R\$ 32.070,87

O lançamento decorre da constatação de procedimento de compensação fraudulenta dos tributos utilizando créditos relativos a títulos da dívida pública emitidos no início do século XX, apresentando DCTF com valores zerados. Foi imputada responsabilidade solidária aos sócios administradores Luiz Carlos Massita e Sra. Cecília Mitiko Massita.

Em sessão do dia 20 de junho de 2018, a 15ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto/SP julgou improcedente a impugnação, lavrando o Acórdão nº 14-86.514, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF).

O mandado de procedimento fiscal representa um simples procedimento da Administração Tributária na gestão das ações fiscais, o qual não repercute na validade do crédito tributário constituído de ofício.

PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

É inquisitório o procedimento fiscal instaurado com o objetivo de se examinar a regularidade fiscal do contribuinte e constituir eventual crédito tributário não recolhido, não se aplicando a ele os princípios do contraditório e da ampla defesa.

SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Na hipótese de o sócio administrador praticar ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, será ele responsabilizado, solidariamente, pelo pagamento do crédito tributário constituído, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizada a sonegação, a fraude e o conluio previstos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, impõe-se a multa de ofício de 150%, nos termos do artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

A legislação tributária autoriza a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, nos termos do artigo 161 do CTN bem como dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430, de 1996.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. *Em se tratando de exigência reflexa que tem por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejulgado na decisão dos lançamentos decorrentes.*

Transcrevo relatório da decisão recorrida por bem retratar o auto de infração:

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 4245/4257, o Auditor-Fiscal atuante contextualizou o lançamento do crédito tributário, expondo as fundamentações da exação fiscal.

Depois de esclarecer que a autuada já havia sido fiscalizada em relação ao ano calendário 2014, período objeto do lançamento fiscal em exame, expõe que a fiscalizada é sociedade empresarial limitada, sem filiais, que se encontra ATIVA nos cadastros do Fisco e exerce a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados.

Ademais, os seus sócios administradores, desde 2007 até a presente data, são Luiz Carlos Massita (com participação de 70% no Capital Social) e Cecília Mitiko Massita (com participação no Capital Social de 30%).

No período fiscalizado, é optante pela tributação pelo Lucro Real Trimestral, tendo apresentado, para o ano-calendário 2014: Escrituração Contábil Fiscal (ECF), EFD, DCTF zeradas e GFIP que informavam a compensação dos débitos devidos.

Relata ao Auditor-Fiscal que encaminhou à contribuinte, por via postal, intimação para que comprovasse o pagamento dos tributos listados, apurados nas ECF, EFD e ECD por ela transmitidas.

Decorrido o prazo estabelecido, o contribuinte não apresentou qualquer documento e/ou esclarecimento, o que ensejou o encaminhamento, por via postal, do Termo de Re-Intimação Fiscal nº 01 (TIF nº 01), que foi devolvido pelos correios com o aviso: MUDOU-SE.

A Autoridade Fiscal, então, compareceu no endereço do domicílio fiscal do contribuinte, constatando que lá havia uma loja comercial de 2 pavimentos, onde estava instalado um estabelecimento da empresa de razão social Supermercado Porto Seguro Taboão Ltda. (CNPJ 19.994.642/0002-62). Conforme informou o sub-gerente desta loja, o ocupante anterior do imóvel, Supermercado Jacarandá Ltda. vendeu o estabelecimento para o ocupante atual há dois anos. Declarou, ainda, que tem recebido intimações para a empresa Supermercado Jacarandá, repassando-as para os seus responsáveis. Explicou que os sócios do Supermercado Porto Seguro Taboão são distintos dos sócios do Supermercado Jacarandá, inexistindo grau de parentesco entre eles.

Em razão dos fatos expostos, não se realizou a intimação pessoal do contribuinte fiscalizada. Ato contínuo, procedeu-se com a intimação por edital eletrônico. Decorridos 15 dias da publicação do edital, nenhum representante legal do contribuinte compareceu na RFB.

Na sequência, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal nº 02 (TIF nº 02) com o propósito de se intimar o contribuinte a atualizar o endereço do seu domicílio fiscal perante a RFB, sob pena de declaração de inaptidão ou baixa do seu CNPJ. A ciência do aludido termo também foi promovida por edital eletrônico. Decorridos 15 dias da publicação do edital, nenhum representante legal do contribuinte compareceu na RFB.

Os TIF nºs 01 e 02 também foram encaminhados, via postal, aos domicílios fiscais dos sócios administradores do contribuinte, Sr. Luiz Carlos Massita e Sra. Cecília Mitiko Massita, os quais foram recebidos em 06/10/2017, conforme AR. Expirado o prazo concedido para atendimento dos termos, os sócios do contribuinte não apresentaram nenhum documento ou esclarecimento.

**CONFRONTO DOS VALORES DE TRIBUTOS DECLARADOS
X LANÇADOS NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL**

Com vistas a verificar se os tributos devidos reconhecidos na contabilidade foram devidamente declarados, a Fiscalização examinou as seguintes contas contábeis:

QD 03 - CONTAS CONTÁBEIS A AUDITAR	
Cód. Conta	Conta
253.005-8	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A RECOLHER
254.005-3	IRPJ A RECOLHER

A análise dos lançamentos contábeis registrados permitiu à Autoridade Fiscal elaborar a seguinte tabela comparativa:

QD 04 - APURAÇÃO DE IRPJ E CSLL DEVIDOS A LANÇAR

Tributo (A)	PA (B)	Valor Contabilidade (C)	Valor DIPJ/ ECF (D)	Valor DCTF (E)	Diferenças Apuradas a Lançar (F)=Maior[(C) ou (D)](H)E
IRPJ	1º Trim/2014	1.087,10	1.087,10	0,00	1.087,10
IRPJ	2º Trim/2014	19.186,83	19.186,83	0,00	19.186,83
IRPJ	3º Trim/2014	31.200,03	31.200,03	0,00	31.200,03
IRPJ	4º Trim/2014	18.887,05	21.194,02	0,00	18.887,05
CSLL	1º Trim/2014	652,26	652,26	0,00	652,26
CSLL	2º Trim/2014	9.067,26	9.067,26	0,00	9.067,26
CSLL	3º Trim/2014	13.392,01	13.392,01	0,00	13.392,01
CSLL	4º Trim/2014	8.959,34	9.789,85	0,00	8.959,34

COMPENSAÇÃO EFETUADA

A Autoridade Fiscal informa que o contribuinte apresentou à RFB pedidos de compensações dos débitos ora apurados, entre outros, com créditos relativos a títulos da dívida pública emitidos no início do século XX. Tal pedido de compensações também foi formalizado perante a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que o indeferiu.

Sobre o procedimento examinado, relata o Auditor-Fiscal que a empresa APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA (CNPJ 15.511.847/0001-08), dizendo-se detentora de créditos relativos a títulos da dívida pública junto à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), efetuou a cessão desses direitos a vários contribuintes, dentre eles a fiscalizada, para que fossem oferecidos ao Fisco nas compensações dos seus débitos tributários.

Para tanto a empresa APPEX, representando estes contribuintes em decorrência dessa cessão de créditos, formalizou, mensalmente, processos administrativos junto à STN para solicitar emissão de DARF SIAFI com vistas a pagar os tributos devidos.

Adicionalmente, a APPEX orientava os seus clientes a não declararem os débitos a compensar em DCTF, sob a alegação de que a própria STN é quem vai comunicar à RFB os débitos e a sua respectiva extinção por compensação. Caso já tenha havido a entrega da DCTF, orientam a retificá-la para excluir os débitos em questão.

A STN, por sua vez, indeferiu todos os pedidos formulados por falta de amparo legal, dando ciência do despacho denegatório à solicitante (APPEX), bem como, em alguns casos, para as empresas representadas. Não obstante, tais indeferimentos, a APPEX permaneceu protocolizando os pedidos, o que levou a STN a encaminhar cópias deles à RFB, a qual já vinha recebendo comunicados de quitação de tributos por meio de créditos de títulos da dívida pública (Processo n° 13811.726.457/2012-97, protocolizado na DERAT/SP).

A Autoridade Fiscal registra que foram encaminhadas, via caixa postal, em 24/4/2015, carta aos contribuintes interessados nos requerimentos formalizados junto à STN, na qual foram fornecidas orientações sobre a impossibilidade de pagamentos de tributos pela forma pleiteada, com o objetivo de que os contribuintes promovessem a autorregularização perante o Fisco.

E destaca:

No caso, o contribuinte fiscalizado, não acatou as orientações da carta enviada e não retificou as DCTFs originais apresentadas, referentes ao período fiscalizado, nas quais não declarou débitos dos tributos abrangidos pela ação fiscal.

RAZOES DO INDEFERIMENTO DAS COMPENSAÇÕES PLEITEADAS

Explica o Auditor-Fiscal que o contribuinte pretendeu realizar as compensações em apreço com suporte na Lei n° 10.179, de 2001. Ocorre, no entanto, que o aludido diploma legal não lhe serve de fundamento, visto que, nos termos do artigo 6° da mencionada lei, apenas os títulos listados no artigo 2°, desde que vencidos, estariam aptos a serem oferecidos na compensação tributária. Para maior clareza, transcrevem os artigos 2° e 6° da Lei n° 10.179, de 2001:

Art. 2° Os títulos de que trata o caput do artigo anterior terão as seguintes denominações:

- Letras do Tesouro Nacional - LTN, emitidas preferencialmente para financiamento de curto e médio prazos;

- Letras Financeiras do Tesouro - LFT, emitidas preferencialmente para financiamento de curto e médio prazos;

III - Notas do Tesouro Nacional - NTN, emitidas preferencialmente para financiamento de médio e longo prazos.

Parágrafo único. Além dos títulos referidos neste artigo, poderão ser emitidos certificados, qualificados no ato da emissão, preferencialmente para operações com finalidades específicas definidas em lei.

(...)

Art. 6° A partir da data de seu vencimento, os títulos da dívida pública referidos no art. 2° terão poder liberatório para pagamento de qualquer tributo federal, de responsabilidade de seus titulares ou de terceiros, pelo seu valor de resgate.

Acrescenta:

Trata-se de fraude contra o Tesouro Nacional e contra a Administração Tributária, cuja engenharia complexa consiste na apropriação indevidamente das receitas originárias - os tributos - que entrariam destinados aos cofres públicos, como forma de usufruir arditosamente do reconhecimento dos valores por eles atribuídos aos títulos públicos.

A Secretaria do Tesouro Nacional que é responsável pela Emissão, Controle e Resgate dos Títulos Públicos Federais e tem como atribuição o zelo pela manutenção da saúde econômico-financeira do país, nos termos da Lei 10.179/2001 e Decreto nº 3.859/2001, tem tratado como fraude os pedidos/autorização para quitação de tributos federais com estes pretensos créditos, fundamentados indevidamente no artigo 6º da lei 10.179/2001.

Por fim, informa que a STN, a RFB, a PGFN e o MPU elaboraram, conjuntamente, uma cartilha (<http://www.pgfn.gov.br/noticias/Cartilha%20Fraudes.pdf>) com o objetivo de explicar, de forma clara e didática, que todos os títulos emitidos na forma da Lei nº 10.179/2001 foram resgatados nos respectivos vencimentos, não havendo nenhum na condição de vencido. No que tange aos títulos emitidos no início do século passado, em outros países, em moeda estrangeira, não possuem os valores a eles atribuídos nem se prestam ao pagamento de tributos federais.

APURAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO

Ante o exposto e considerando que o contribuinte não declarou, em DCTF, os tributos devidos à União, foi realizado o lançamento fiscal com o objetivo de se exigirem os tributos provisionados pelo contribuinte em sua contabilidade, conforme tabela abaixo:

QD06-Valores Apurados a Lançar		
Tributo	PA	Divergências Apuradas Contábil x DCTF
IRPJ	1º Trim/2014	1.087,10
IRPJ	2º Trim/2014	19.186,83
IRPJ	3º Trim/2014	31.200,03
IRPJ	4º Trim/2014	18.687,05
CSLL	1º Trim/2014	652,26
CSLL	2º Trim/2014	9.067,26
CSLL	3º Trim/2014	13.392,01
CSLL	4º Trim/2014	8.959,34

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

A Autoridade Fiscal inicia sua exposição, lembrando que o contribuinte não colaborou com a Fiscalização, posto que não prestou os esclarecimentos solicitados acerca da declaração e do pagamento dos tributos reconhecidos contabilmente.

Recorda o indeferimento, pela STN, do procedimento adotado pela APPEX, o qual consistiu em ceder seus títulos a diversos contribuintes para que eles compensassem os tributos por eles devidos.

Rememora, também, a orientação da APPEX de declarar DCTF zeradas, sem a informação de que tributos devidos estariam sido compensados, e a ausência de regularização mediante a entrega de DCTF retificadora, mesmo depois de o contribuinte ter recebido comunicado da RFB informando a improcedência da compensação pretendida.

Acrescenta:

Adicionalmente, no decorrer desta ação fiscal, o contribuinte fiscalizado e os seus sócios administradores foram intimados e reintimados a esclarecer as divergências apuradas, sendo que até a presente data, não apresentaram qualquer documento ou esclarecimento referente a este assunto.

Portanto, em vez de seguir o rito normativo estabelecido pela Receita Federal do Brasil, o contribuinte optou por não confessar em DCTF os tributos devidos, provavelmente motivados pelas supostas quitações dos mesmos através de compensações com créditos inexistentes, o que deu azo ao retardo das providências de cobrança de tributos pelo fisco, sendo necessário o lançamento de ofício para constituição do crédito tributário devido e sua respectiva cobrança.

Em seguida, coteja os débitos informados nos pedidos de parcelamento (sic) com aqueles lançados nas autuações em exame, com o objetivo de demonstrar a correlação entre o procedimento fraudulento e o crédito constituído:

QD07 - Comparativo entre valores a lançar e pedidos de compensação efetuados na STN			
Tributo	PA	Diferenças Apuradas a Lançar	Valor dos Pedidos de Compensação via STN
IRPJ	1º Trim/2014	1.087,10	10.593,41
IRPJ	2º Trim/2014	19.186,63	21.398,68
IRPJ	3º Trim/2014	31.200,03	31.200,02
IRPJ	4º Trim/2014	18.887,05	18.887,06
CSLL	1º Trim/2014	652,26	4.533,63
CSLL	2º Trim/2014	9.067,26	9.157,93
CSLL	3º Trim/2014	13.392,01	13.392,01
CSLL	4º Trim/2014	8.959,34	8.959,34

Conclui, enfim, pela incidência dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, o que conduz à imposição da multa qualificada de 150%, nos termos do § 1º e do inciso I, ambos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA

Os sócios administradores da empresa, Srs Luiz Carlos Massita (CPF 768.734.478-20) e Cecília Mitiko Massita (004.167.488-05), constantes na Ficha Cadastral da JUCESP e no cadastro do CNPJ, foram responsabilizados solidariamente pelos créditos tributários apurados por terem realizado compensações fraudulentas de débitos tributários mediante o oferecimento de títulos públicos emitidos no início do século XX.

Mesmo depois de cientificados sobre o processo fraudulento de compensação que o contribuinte estava praticando e das suas possíveis consequências jurídicas, os administradores da empresa permaneceram omissos, deixando de declarar reiteradamente os débitos devidos em DCTF e de recolher os tributos devidos aos cofres públicos.

Diante desta conduta, incide o disposto no artigo 135 do Código Tributário Nacional, o qual prevê que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado tornam-se responsáveis solidariamente pelo pagamento dos tributos devidos por elas.

A Autoridade Fiscal também registra que o contribuinte fiscalizado foi considerado como inexistente de fato, por não ser encontrado em seu domicílio fiscal nem terem os sócios informado novo endereço, não obstante expressamente intimados para tanto. Restou, assim, caracterizada a dissolução irregular, assim tratada na Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

A ciência da decisão de primeira instância ocorreu nas seguintes datas:

Sujeito Passivo	Ciência	Comprovante
Supermercado Jacaranda LTDA	11/07/2018	Edital fls. 4537
Luiz Carlos Massita	03/07/2018	AR fls. 4629
Cecília Mitiko Massita	03/07/2018	AR fls. 4630

O recurso voluntário da autuada e dos responsáveis solidários foi apresentado em conjunto, na data de 31/07/2018, às fls. 4.548/4.605, com as seguintes alegações:

Do direcionamento à pessoa física dos sócios/administradores

- em preliminar, acerca da responsabilização solidária imputada nas pessoas físicas de seus sócios, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, esclarece que estes foram vítimas de um golpe praticado pela empresa APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, que oferecia vantagens para pagamento dos seus tributos federais com créditos de títulos da dívida pública, por meio de compensações que não foram homologadas, e são objeto de lançamento.

- somente nesta fiscalização os sócios tomaram conhecimento de que referidos créditos não são reconhecidos pela Secretaria do Tesouro Nacional e, conseqüentemente, a vedação legal para utilização desses títulos na extinção de débitos tributários.

- o procedimento de compensação perante a STN foi efetuado pela APPEX, assim como a ausência de declarações dos débitos de DCTF foi orientação da consultora, sob a alegação de que a própria STN iria comunicar à RFB os débitos e sua extinção por compensação.

- a recorrente não agiu de má-fé, pois acreditou que esse seria o procedimento correto e adequado para as operações de compensações.

- cita decisões judiciais que reconhecem a empresa APPEX como especializada em consultoria tributária, e que o crédito vendido era desde o início imprestável, comprovando que a empresa e os sócios foram induzidos ao erro, vítimas de um golpe praticado com diversas empresas, não podendo os sócios serem responsabilizados solidariamente pelos créditos tributários apurados pela fiscalização.

- os sócios e a recorrente foram enganados pela empresa APPEX, não podendo os sócios serem responsabilizados pelas compensações realizadas.

- a pessoa jurídica tem personalidade distinta dos sócios e administradores, e que a legislação tributária prevê que o sujeito passivo da obrigação tributária poderá ser o contribuinte, com relação direta com o fato gerador, ou o responsável, designado por lei.

- sem a eleição do terceiro, como expressa previsão da lei, na condição de responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar ou desconsiderar o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária a terceiro, como ocorreu com a inclusão da pessoa física como responsável solidário no presente auto de infração.

- não há dispositivo legal específico no âmbito do direito tributário que contemple a desconsideração da personalidade jurídica e em consonância com os interesses tutelados e as peculiaridades desse ramo do direito.

- não se pode massacrar o artigo 146, inciso III da CF/88 em detrimento de argumentações trazidas e que sequer passaram pelo juízo probatório e de conhecimento da via administrativa.

- a inclusão dos sócios no pólo passivo da ação fiscal viola a Constituição Federal, tendo em vista a inobservância do artigo 146, inciso III.

Da ausência de abertura de mandado de procedimento fiscal em face da pessoa física do sócio/administrador

- o mandado de procedimento fiscal abriu fiscalização em face da pessoa jurídica, afrontando o direito à ampla defesa e ao contraditório dos sócios, previsto no artigo 5º, inciso LV, assim como a obrigatoriedade de publicidade dos atos administrativos, nos termos do artigo 37 da CF/88.

- constata-se que todas as medidas para exigir o crédito tributário não foram acompanhadas por meio do processo administrativo adequado, devendo os sócios serem excluídos do pólo passivo da presente ação fiscal.

Da impossibilidade de responsabilização em face da pessoa física / responsabilidade pessoal dos sócios/administradores de acordo com o Código Tributário Nacional

- o julgador *a quo* afirmou que a situação em análise configura caso de liquidação irregular de sociedade.

- esclarece que tomou todas as providências para regularizar o CNPJ, demonstrando que não houve encerramento irregular da sociedade, conforme comprova documentação anexada aos autos.

- toda documentação relacionada aos procedimentos adotados estão acostados aos autos do processo administrativo nº 19515.721146/2017-77, que trata da cassação do CNPJ da recorrente.

- além dos argumentos acima, a inclusão não preenche os requisitos de responsabilização dos sócios e administradores previsto no CTN.

- de acordo com o artigo 135, inciso III do CTN, deve o fisco comprovar que o sócio ou administrador agiu com excesso de poder, ou infração de lei ou contrato social, sendo que a simples falta de recolhimento do tributo não implica infração da lei.

- não existindo atos ilícitos praticados pelos sócios, a responsabilidade é toda da empresa, nos termos do artigo 121 do CTN.

- não consta nos autos, em nenhum momento qualquer ato dos recorrentes, que demonstre sua solidariedade com a pessoa jurídica, sendo que apenas seu cargo de sócio não é suficiente para tal caracterização.

- pelo exposto, devem os sócios serem excluídos do pólo passivo.

Da nulidade por cerceamento de defesa

- ainda em preliminar, alega nulidade, pois o auditor fiscal não foi claro acerca da metodologia utilizada para calcular os valores exigidos, ensejando o cerceamento do direito de defesa, pois foi-lhe imputada autuação sem a descrição clara e precisa da origem do lançamento.

- afirma, ainda, que é impossível a aplicação da multa de ofício de 150%, já restou demonstrado que não houve sonegação, pois a recorrente foi vítima de um golpe aplicado pela empresa APPEX.

- a recorrente não agiu com intuito de sonegar imposto, pois todos os procedimentos foram no sentido de realizar a compensação tributária.

- a não declaração dos débitos em DCTF partiu de uma orientação da APPEX, sob a alegação de que a própria Secretaria da Tesouro Nacional seria responsável por comunicar à Receita Federal os débitos e sua respectiva extinção por compensação, acreditando estar procedendo corretamente.

- seu intuito foi seguir as orientações da empresa APPEX para realizar as compensações dos créditos relacionados ao título da dívida pública com os débitos tributários, não podendo ser penalizada com a aplicação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%.

- não há dúvidas que houve uma infração, qual seja a não declaração dos débitos a compensar em DCTF, mas isso não significa que o contribuinte agiu com dolo, pois sua intenção nunca foi burlar a fiscalização ou omitir os débitos existentes.

Da impossibilidade de aplicação da multa de 150%

- a aplicação da multa de 150% não possui embasamento legal e sua capitulação não guarda correlação lógica com a sua natureza jurídica, revelando-se confiscatória, inadmissível perante o ordenamento jurídico.

- a multa punitiva deve guardar consonância com os princípios constitucionais tributários aplicados ao dever principal, sob pena de quebra da coerência da interpretação sistemática.

- a exigência da multa sem proporcionalidade, representa um verdadeiro excesso de exação porque pune exageradamente o contribuinte que age com evidente boa-fé.

- ainda que fosse admitida a regularidade do lançamento, de qualquer modo, a multa exigida seria ostensivamente ilegal porque o seu valor não guarda qualquer respaldo do ponto de vista infracional, uma vez que não houve prática de qualquer ato pelo contribuinte que justifique a multa neste patamar.

Da impossibilidade de incidência de Taxa Selic sobre a multa de ofício.

- contesta, ainda, a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício.

Do pedido

- finaliza requerendo: (i) receber e processar o recurso voluntário; (ii) suspender a exigibilidade do crédito tributário; (iii) reformar o acórdão, para decretar a nulidade do auto de infração, bem como a ilegitimidade passiva dos sócios; (iv) caso mantido o lançamento, que seja afastada a multa qualificada e (v) reconhecida a inaplicabilidade dos juros moratórios sobre a multa de ofício, e que os encargos sejam computados a partir do esgotamento do prazo de 30 (trinta) dias após a decisão administrativa que eventualmente mantiver o lançamento.

Os responsáveis solidários também apresentaram recurso voluntário, em 02/08/2018, fls. 4633/4690, repetindo as alegações da autuada.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Lucia Miceli - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele eu conheço.

O presente lançamento decorre da constatação de compensação de débitos com suposto crédito oriundo de títulos da dívida pública junto à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), com amparo na Lei nº 10.179/2001. Analisando os fatos narrados pelo auditor fiscal, entendo ser importante trazer aos autos que recentemente noticiou-se operação conjunta da Procuradoria da Fazenda Nacional, Receita Federal e Polícia Federal, denominada Operação Fake Money, com o objetivo de identificar as pessoas envolvidas com este procedimento de compensação de tributos federais com créditos desta natureza, tratados como fraude pela STN.

Em que pese este lançamento, cuja ação fiscal se iniciou em 31/08/2017, não estar diretamente vinculada a Operação Fake Money, de acordo com informativo publicado no *site* da Receita Federal em 28/09/2018, esta fraude vem sendo perpetrada desde 2012, e basicamente tem o seguinte esquema, que retrata bem os fatos narrados pelo auditor fiscal no Termo de Verificação Fiscal:



Consta no site que diversas ações já foram realizadas para combater esta fraude, incluindo o lançamento da cartilha "Prevenção à Fraude Tributária com Títulos Públicos Antigos" no ano-calendário de 2012. Desde então, outras ações vêm sendo tomadas para evitar esta fraude. Informa, ainda, que a RFB já teria identificado os usuários deste esquema (compradores dos tais créditos podres) e alerta que aqueles que não regularizarem espontaneamente a situação perante o Fisco serão objeto de ação fiscal ou auditoria interna. E, uma vez iniciado o procedimento fiscal, ocorrerá a perda da espontaneidade, e o sujeito passivo deverá arcar, além do valor principal devido, multa de ofício que poderá chegar a 225% do tributo.

Importante destacar que a recorrente foi um dos contribuintes que, na posição de compradora destes créditos, foi avisada deste procedimento ilegal. No TVF, a autoridade fiscal registrou que foram encaminhadas, via caixa postal, em 24/4/2015, carta aos contribuintes interessados nos requerimentos formalizados junto à STN, na qual foram fornecidas orientações sobre a impossibilidade de pagamentos de tributos pela forma pleiteada, com o objetivo de que os contribuintes promovessem a autorregularização perante o Fisco.

Feita esta contextualização, passo a julgar, esclarecendo que a autuada e os responsáveis solidários apresentaram o mesmo recurso voluntário. A ordem das alegações será alterada, julgando-se primeiro a preliminar de nulidade do lançamento, depois as questões de mérito, e, por fim, as questões acerca da imputação da responsabilidade tributária dos sócios.

Constituição dos créditos tributários - nulidade por cerceamento de defesa

Os recorrentes alegaram que o lançamento seria nulo porque a Fiscalização não teria sido clara a respeito da metodologia utilizada no cálculo dos tributos exigidos.

Não merece acolhida esta alegação. Está claro no Termo de Verificação Fiscal que os débitos constituídos neste lançamento são aqueles obtidos nos arquivos digitais via SPED - EFD Contribuições, ECF e ECD Contábil. Os tributos de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de 2014 não foram declarados na DCTF, sendo necessário a sua constituição via auto de infração.

Ou seja, os valores são exatamente aqueles informados nos arquivos digitais transmitidos pela própria recorrente, não havendo que se falar em dúvida quanto à metodologia utilizada na autuação.

A seguir, transcrevo parte do voto da decisão recorrida, da qual concordo e adoto como razão de decidir:

Ora, se foi o próprio contribuinte que realizou todos os cálculos necessários à apuração da dívida fiscal e se a Fiscalização aceitou-os, sem alterações, não é possível se aceitar a tese de que tenha havido mácula no lançamento fiscal. Neste contexto, para que os impugnantes tenham conhecimento de cada detalhe dos cálculos elaborados e da metodologia aplicada, basta revistarem os registros contábeis elaborados pela empresa.

Por fim, esclareço que um auto de infração será considerado nulo se os procedimentos não estiverem dentro do previsto no artigo 142 do CTN, bem como no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. No presente caso, compulsando os autos, verifica-se que todos os requisitos estão atendidos, pois houve a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível.

Por todo acima exposto, afasto a preliminar de nulidade.

Constituição dos créditos tributários - da inaplicabilidade da multa de ofício qualificada

Quanto ao mérito do lançamento, as recorrentes alegam que a multa de ofício qualificada deve ser afastada, seja em razão da sua ilegalidade e efeito confiscatório, seja em razão de não terem agido com intenção dolosa nas operações em questão.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a multa qualificada de ofício tem como fundamento legal o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

Já os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 tipificam o que seria sonegação, fraude e conluio:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

De pronto, com relação às alegações de ilegalidade e efeito confiscatório, uma vez que os citados dispositivos legais estão vigentes, esta conselheira deve observar a Súmula CARF nº 2, que assim determina:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Continuando, verifica-se que, no entendimento do auditor fiscal, o procedimento adotado pelos recorrentes caracteriza sonegação, fraude e conluio, tipificados nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. As seguir, as razões que levaram o auditor fiscal a esta conclusão:

=> durante a ação fiscal, os recorrentes não apresentaram qualquer esclarecimento acerca das divergências constatadas entre os tributos apurados de acordo com a escrituração digital e a ausência de declaração ou recolhimento destes valores.

=> os pedidos de compensação dos débitos com os créditos relativos a títulos da dívida pública, protocolados pela empresa APPEX na Secretaria do Tesouro Nacional, foram todos indeferidos.

=> a recorrente, seguindo orientação da APPEX, não declarou os débitos em questão e respectivas compensações na DCTF.

=> a STN comunicou o procedimento irregular à Receita Federal do Brasil, que por sua vez informou aos contribuintes da impossibilidade da compensação requerida, e orientou que fosse providenciada a autorregularização, com apresentação de DCTF retificadora, declarando os tributos devidos, procedimento não acatado pela recorrente.

Assim conclui o auditor fiscal:

Portanto, em vez de seguir o rito normativo estabelecido pela Receita Federal do Brasil, o contribuinte optou por não confessar em DCTF os tributos devidos, provavelmente motivados pelas supostas quitações dos mesmos através de compensações com créditos inexistentes, o que deu azo ao retardo das providências de cobrança de tributos pelo fisco, sendo necessário o lançamento de ofício para constituição do crédito tributário devido e sua respectiva cobrança.

(...)

Isto comprova que apesar da omissão do contribuinte no esclarecimento das divergências apuradas nesta ação fiscal, os créditos tributários ora constituídos decorrem da compensação fraudulenta efetuada pelo mesmo em conivência com a empresa APPEX.

A decisão recorrida acatou a tese da auditoria fiscal, nos seguintes termos:

A conduta dos sócios revelou que eles agiram dolosamente por permitirem que a APPEX realizasse por diversos meses o procedimento fraudulento que tentar compensar tributos sem qualquer respaldo em lei.

O complexo procedimento realizado envolveu a entrega de diversas petições junto à Secretaria do Tesouro Nacional, a transmissão de DCTF zeradas ao Fisco e a comunicação de quitação à DERAT/SP. Além disso, mesmo diante de indeferimento dos pedidos apresentados à STN, foi dado prosseguimento às condutas, como se nada tivesse acontecido, demonstrando, assim, a irrelevância do entendimento da STN.

Saliente-se, ainda, que, mesmo depois de recebido carta da RFB comunicando a ilicitude das compensações pretendidas e da necessidade de se recolher os tributos devidos, os interessados permaneceram silentes, sem apresentar qualquer exteriorização de surpresa ou inconformismo.

Estão, portanto, presentes as condições para a imposição da multa de 150%, prevista no §1º e no inciso I do artigo 44 da Lei nº9.430, de 1996

Não há reparo na decisão recorrida. A conduta dos recorrentes torna sem respaldo a tese de que foram vítimas de golpe, e que agiram de boa fé. A inércia em regularizar

sua situação fiscal, ainda que ciente da impossibilidade de compensar os débitos com crédito sabidamente inexistente, demonstra o intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador (**sonegação**). A justificativa de estar sob a orientação da APPEX, demonstra a conivência, ainda que ciente da irregularidade do procedimento, caracterizando o **conluio entre os envolvidos**. Por fim, a **fraude** é demonstrada por todo o esquema de compensação de tributos com créditos relativos a títulos da dívida pública já alcançados pela prescrição, com a transmissão da DCTF, sem a declaração dos valores devidos a título de IRPJ e CSLL. Ressalto que o esquema só foi possível pois os recorrentes atuaram como cessionários destes créditos. A empresa APPEX não conseguiria, sozinha, levar a termo este procedimento se não tivesse atuando junto com os recorrentes.

É preciso ressaltar que a fraude utilizando supostos créditos de títulos da dívida pública já era caso amplamente noticiado, desde 2012, com publicação de cartilha com orientações aos contribuintes. A despeito dos esforços das autoridades em evitar que este procedimento se perpetrasse, com a emissão da citada cartilha e aviso direto aos envolvidos, vários contribuintes, incluindo a recorrente, em sintonia com a APPEX, mantinham com o esquema fraudulento, formalizando vários processos administrativos junto à STN para solicitação de quitação dos tributos mediante emissão de DARF SIAFI, e também apresentando estes mesmos pedidos junto à Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária DERAT/SP, comunicando esta quitação, por meio do processo administrativo nº 13811.726.457/2012-97. Tanto na STN quanto no âmbito da Receita Federal do Brasil, todos os pedidos foram negados. Entretanto, os pedidos de compensação continuaram a ser apresentados, incluindo débitos da recorrente. E, dificultando ainda mais o trabalho fiscal, as DCTF continuam a ser apresentadas sem a declaração destes tributos.

Ainda com relação ao processo administrativo nº 13811.726457/2012-97, em pesquisa aos sistemas da Receita Federal do Brasil, verifica-se que ele foi protocolizado pela APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, cujo assunto seria "reconhecimento de direito de crédito". Atualmente se encontra no CARF para julgamento de Recurso Voluntário.



Ministério da Fazenda
Comprot - Comunicação e Protocolo

Consulta de Processo

Dados Básicos Movimentos Posicionamentos

Dados do Processo	
Número:	13811.726457/2012-97
Data de Protocolo:	31/10/2012
Documento de:	REQSN
Origem:	
Procedência:	PROCESSO DIGITAL
Assunto:	RECONHECIMENTO DIREITO DE CREDITO - ASS TRIB DIVERSOS
Nome do:	APPEX CONSULTORIA TRIBUTARIA LTDA
Interessado:	
CNPJ:	15.511.847/0001-08
Tipo:	Digital
Sistemas:	Profisc: Não e-Processo: Sim SIEF: Aguardando Cadastramento SIEF

Nestes termos, é importante esclarecer que este processo administrativo não possui o condão de confessar créditos tributários. As declarações apresentadas pelos contribuintes que comportam a confissão de créditos tributários, considerando a atual legislação tributária, seria a DCTF, DACON e, por ventura, Declaração de Compensação.

Mas não é só.

A recorrente também foi autuada, pelos mesmos motivos, para cobrança de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2013, no processo administrativo nº 10882.723592/2016-82. No Termo de Verificação Fiscal consta a seguinte informação:

A Receita Federal do Brasil já tinha se manifestado contrária ao procedimento do contribuinte, no processo administrativo nº 10.882.723675/2012-48, com ciência ao sujeito passivo sobre orientações contidas na cartilha sobre fraudes com Títulos Públicos, através de intimação, em 12/09/2012

O processo administrativo nº 10882.723675/2012-48, trata de divergências entre débitos declarados e pagamentos a menor, foi lavrado o seguinte despacho, do qual a recorrente teve ciência em 12/09/2012:

PROCESSO:	10882.723.675/2012-48
INTERESSADO:	SUPERMECADO JACARANDA LTDA.
CNPJ:	03.804.842/0001-94
DEBCAD:	40.414.224-9
AÇÃO JUDICIAL:	0036761-30.2012.4.01.3400/DF

Sra. Chefe,

Trata-se o presente processo aberto em função de divergências geradas pelo batimento débitos declarados e pagamentos a menor. Segundo o contribuinte, a divergência foi causada por causa da existência de crédito judicial em fase de execução contra a Fazenda Nacional e o INSS em trâmite pela 19ª Vara da Subseção Judiciária do Distrito Federal (processo judicial acima citado).

Segundo o contribuinte em sua petição, a divergência deverá ser saneada com a compensação através da conversão em renda de títulos públicos, lastreado com créditos do Decreto Lei nº 6.019/78, não necessitando de trânsito em julgado.

Considerando as informações no sítio da Receita Federal sobre a existência de Fraude Tributária com Títulos Públicos Antigos – que ensejou o lançamento da Cartilha “Prevenção a Fraude Tributária com Títulos Públicos Antigos” com “o objetivo de alertar aos contribuintes sobre o perigo de serem vítimas de armadilhas envolvendo fraudes tributárias, com especial interesse nos tributos administrados pela Receita Federal”.

E considerando que esta cartilha reproduz entendimento legal e jurisprudencial que “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro” e que “não há possibilidade legal alguma de que os títulos executados venham a ser convertidos em renda da União para fins de pagamento de tributos”, proponho a cobranças dos débitos constante neste processo.

Diante destes fatos, restou cabalmente comprovado que a recorrente, incluindo os sócios, tinham ciência de todo o esquema fraudulento da empresa APPEX, atuando em conjunto com o objetivo de deixar de pagar os tributos devidos.

Por todo acima exposto, concluo que deva ser mantida a multa de ofício qualificada.

Constituição dos créditos tributários - da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Ainda quanto ao mérito do lançamento, os recorrentes contestam a cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Ocorre que esta matéria já se encontra sumulada pelo CARF, devendo esta conselheira observá-la:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Logo, na determinação do crédito tributário devido, os juros de mora deverão incidir sobre a multa de ofício, e calculados tendo por base a taxa SELIC.

Por todo acima exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário para manter o auto de infração nos exatos termos em que foram lançados.

A seguir, passo a analisar as questões acerca da imputação da responsabilidade tributária aos sócios, Luiz Carlos Massita e Cecília Mítulo Massita, com fundamento no artigo 135, inciso III do CTN.

Do direcionamento à pessoa física dos sócios/administradores

Em preliminar, os recorrentes alegam que não caberia o redirecionamento do lançamento à pessoa física dos sócios. Afirmam que foram vítimas de um golpe, que tomaram conhecimento da vedação legal para compensação no curso da ação fiscal, e que agiram de boa fé, seguindo as orientações da APPEX, sendo induzida ao erro. Aduzem, ainda, que a empresa, sujeito passivo da obrigação tributária, tem personalidade jurídica distinta da pessoa física dos sócios.

Para dirimir esta questão, me reporto ao meu voto quanto à aplicação da multa de ofício qualificada. Não há como acatar a tese de vítima de golpe se os fatos constatados indicam uma **omissão por parte dos sócios** no que diz respeito à regularização da situação fiscal, em que pese cientes da ilegalidade das compensações, e antes de iniciada a ação fiscal relativa ao ano-calendário de 2014. Sequer houve o atendimento das intimações, recebidas em seus endereços pessoais, lavrados pela autoridade fiscal, para que fossem esclarecidas as divergências entre os valores relativos aos tributos devidos, constantes na escrituração digital, com aqueles declarados na DCTF.

A imputação da responsabilidade tem como base legal o artigo 135, inciso III do CTN, que é muito claro ao afirmar que os sócios, diretores e gerentes serão incluídos no pólo passivo da obrigação tributária que decorrem de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei. Logo, a alegação de que a empresa tem personalidade jurídica distinta do sócio não tem lugar quando é constatado, como no presente caso, que os sócios agiram com infração à lei, ao compensar tributos com crédito sabidamente inexistentes, e ainda deixando de declarar estes valores na DCTF, ainda que intimados para regularizar a situação fiscal.

No mais, não há afronta ao artigo 146, inciso III do CTN, até mesmo porque o nosso Código Tributário Nacional foi recepcionado com status de Lei Complementar (artigo 34, § 5º do Ato das Disposições Transitórias).

Da ausência de abertura de mandado de procedimento fiscal em face da pessoa física do sócio/administrador

Os recorrentes alegam que o MPF abriu fiscalização em face da pessoa jurídica, fato que cerceia o direito à defesa e ao contraditório dos sócios, bem como fere a obrigatoriedade de publicidade dos atos administrativos.

Não merece acolhida as alegações dos recorrentes.

O MPF - Mandado de Procedimento Fiscal, é instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização. Tem também o objetivo de informar ao contribuinte os anos-calendário e os tributos que serão fiscalizados. Ele deve ser formalizado em nome do sujeito passivo cujos créditos tributários serão auditados, procedimento este que não impede que os sócios sejam incluídos no pólo passivo quando necessário, se constatados fatos que ensejam a aplicação do artigo 135, inciso III do CTN.

Cumpra ainda alertar que o Mandado de Procedimento Fiscal, por si só, não é capaz de macular o lançamento, que deve sim, obrigatoriamente, observar o rito previsto nos artigos 7º ao 10º do Decreto nº 70.235/72, ou seja, se o contribuinte tomou a devida ciência do Termo de Início da Ação Fiscal, dos Termos de Continuidade da Ação Fiscal e do Auto de Infração.

Além disso, já é jurisprudência pacífica que o procedimento fiscal, que antecede a constituição do crédito tributário, é inquisitório, prescindindo, por vezes, da intimação da fiscalizada para prestar esclarecimentos. Basta constatar a irregularidade que o auditor fiscal deve proceder ao lançamento para constituição do crédito tributário. Logo, a abertura do Mandado de Procedimento Fiscal em nome da empresa não impede que os sócios sejam incluídos no pólo passivo.

Com relação ao princípio da publicidade, este deve ser observado, mas sem desconsiderar o sigilo fiscal, previsto no artigo 198 do CTN, que assim dispõe:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de qualquer informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.”

Diante dos dispositivos acima citados, é importante distinguir a publicidade do processo administrativo tributário - a abertura do MPF e os Termos de Constatação Fiscal - do sigilo em relação às informações. No presente caso, durante a ação fiscal, a empresa foi intimada. Diante da inexistência de resposta, e constatado que já não mais existia no endereço informado nos sistemas da Receita Federal do Brasil, os sócios foram intimados, sem qualquer resposta. Assim, no mínimo é de estranhar a alegação de inobservância da publicidade dos atos administrativos já que os sócios foram chamados ao processo durante a ação fiscal, mas preferiram ficar silente.

Ademais, só se pode falar em cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório após a constituição do crédito tributário, quando então os sujeitos passivos devem ter acesso a todo processo, fato que ocorreu no presente caso.

Da impossibilidade de responsabilização em face da pessoa física - Responsabilidade pessoal dos sócios/administradores de acordo com o Código Tributário Nacional.

Alega que tomou todas as providências para regularizar o CNPJ, demonstrando que não houve encerramento irregular da sociedade. Afirma, ainda, que não houve comprovação de atos ilícitos dos sócios, condição de aplicação do artigo 135, inciso III do CTN.

Mais uma vez, a inércia dos recorrentes não ajudam na defesa. Como relatado nos autos, o auditor fiscal compareceu no endereço indicado nos registros da Receita Federal, onde encontrou outra empresa em pleno funcionamento há mais de dois anos. Em que pese os sócios intimados, também não providenciaram a regularização do CNPJ. Nestes termos, tem razão o auditor fiscal quando afirma que trata-se de dissolução irregular da sociedade, citando a Súmula 435 do STJ, abaixo transcrita:

Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

(Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

E, com relação aos documentos anexados ao processo administrativo nº 19515.721146/2017-77, que trata da cassação do CNPJ da empresa, compulsando aqueles autos, verifiquei que foi publicado Ato Declaratório Executivo nº 003343081, em 18/10/2018, dando baixa de ofício da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica:

ADE nº 003343081, de 18/10/2018



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE FISCALIZAÇÃO EM SAO PAULO - SP

Número do Ato Declaratório Executivo: 003343081
Data da Publicação: 18/10/2018

Baixa de ofício de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

Pelo presente Ato, considerando o que consta no processo administrativo nº 19515.721146/2017-77 e com fundamento no parágrafo 2º do art. 31 da Instrução Normativa RFB nº 1.634 de 06 de maio de 2016, declara-se:

Art.1º BAIXADA de ofício por INEXISTENTE DE FATO a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) de nº 03.804.842/0001-94 do contribuinte SUPERMERCADO JACARANDA LTDA, em virtude de falta de atendimento à intimação referida no parágrafo 1º do artigo 31 da IN RFB 1634/2016, ou em virtude de não terem sido acatadas as contraposições apresentadas.

Art.2º O presente Ato Declaratório entra em vigor na data de sua publicação.


MARIA INES KIYOKO NAGAMINE
 DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
 Matrícula - 877859

Quanto à alegação de que não teria sido comprovado os atos ilícitos dos sócios, condição de aplicação do artigo 135, inciso III do CTN, entendo que pelos fatos aqui relatados já ficou bem claro que esta alegação é totalmente descabida. E, apenas para concluir este voto, transcrevo parte da decisão recorrida, cujos fundamento adoto como razão de decidir:

Com isso, sopesando que (i) o contribuinte, por meio de seus sócios, contratou os serviços da APPEX que lhes prometeu compensações tributárias infundadas, baseadas em procedimentos não respaldados em lei, mediante a entrega de

DCTF zeradas, sem qualquer sinal da existência de tributos devidos, pagou ou compensados; (ii) o procedimento foi todo realizado pela APPEX sem sinal de que tenha havido qualquer acompanhamento sério e criterioso dos resultados por parte da contratante e de seus sócios; (iii) os sócios, quando informados da irregularidade do procedimento, permanecerem silentes, não manifestando qualquer inconformismo ou revolta, conclui-se que os sócios assumiram o risco de agir com infração à lei, o que revela uma conduta reprovada pelo ordenamento jurídico apta a ensejar a responsabilização pelo pagamento do crédito tributário exigido, nos moldes do artigo 135, III, do CTN.

Verifica-se, portanto, que os atos fraudulentos praticados para que o contribuinte não recolhesse aos cofres públicos os tributos devidos devem resultar na imposição de responsabilidade dos sócios, os quais não podem sair ilesos, como se fossem vítimas inocentes e bem-intencionadas.

CONCLUSÃO

Por todo acima exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e negar provimento aos recursos voluntários.

Maria Lucia Miceli - Relatora