



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

Processo n° 19515.721562/2013-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.181 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2018
Matéria IRRF
Recorrente GOURMAITRE COZINHA INDUSTRIAL E REFEIÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

NULIDADE - DIREITO DE DEFESA

O lançamento não é nulo por cerceamento ao direito de defesa, em primeiro lugar, porque corresponde à fase inquisitiva; em segundo lugar, porque concretamente os fundamentos fáticos e jurídicos foram levados ao conhecimento do acusado.

DECADÊNCIA - DOLO

Uma vez caracterizado o caráter intencional da conduta, o prazo decadencial, mesmo em relação aos tributos lançados por homologação, deve ser aferido pela regra estampada no art. 173, inciso I, do CTN.

DOLO - MULTA QUALIFICADA

Tendo sido caracterizado o caráter intencional da conduta, impõe-se a qualificação da multa de ofício.

SÓCIOS E ADMINISTRADORES. GRUPO ECONÔMICO. SONEGAÇÃO FISCAL E FRAUDE. RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Os sócios, administradores e empresas que compõe o grupo econômico, sejam formais ou de fato, com ou sem procuração para representar o contribuinte, que praticam, de forma comissiva ou omissiva, conjuntamente com o contribuinte os crimes de sonegação e fraude, respondem pelo crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas para, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários da Contribuinte e dos apontados como responsáveis solidários.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários oferecidos pelo contribuinte e por responsáveis tributários contra decisão da DRJ às fls. 3.842-3.861.

Para as peças iniciais do feito, tomo de empréstimo o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente processo de autos de infração de IRRF (fls. 874/881), lavrado por conta da existência de pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado. O total do crédito tributário atingiu o montante de R\$ 12.000.099,40 na data do lançamento.

Do Relatório de Verificação Fiscal (fls. 793/870) retiramos os seguintes fatos, entendidos como mais relevantes:

- Foram apontados como responsáveis tributários os Srs. Sílvio Marques, CPF 938.083.138-20; Hélio Vieira, CPF 087.991.608-70; Eloizo Afonso Gomes Durães, CPF 806.302.868-68; e as pessoas jurídicas SP Alimentação e Serviços Ltda, CNPJ 02.293.852/0001-40 e Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda., CNPJ 00.567.949/0001-78, pois, conforme os registros na ficha cadastral da JUCESP nº 073.172/005, sessão de 24/05/2000, o grupo "SP Alimentação" iniciou suas operações via Gourmaitre, introduzindo a Verdurama como sócia, representada pela Sra. Maria de Lourdes Dalazoana, exesposa do Sr. Eloizo. Os sucessivos registros na JUCESP apontam a troca de sócios como os Srs. Edvaldo Leite dos Santos, Sílvio Marques, Hélio Vieira e a própria Sra. Maria de Lourdes Dalazoana, todos ligados ao grupo SP Alimentação.

- Consta na ficha cadastral da JUCESP, registro nº 855.418/11-44, sessão de 27/09/2011, o bloqueio judicial pelo Sr. Juiz de Direito de Jandira/SP, vinculando a Gourmaitre ao grupo SP Alimentação, bem como os Srs. Eloizo Gomes Afonso Durães, Antônio Marques Franco, SP Alimentação, Verdurama e Ceazza Distrib. de Frutas, Verduras e Legumes Ltda.

- Conforme investigações efetuadas pelo GEDEC/Secretaria da Fazenda Estadual, foram lavrados autos de infração contra os contribuintes SP Alimentos e Serviços Ltda. (CNPJ 02.293.852/0001-40) e Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda. (CNPJ 00.567.949/001-78), onde ficou evidenciado que estas duas empresas, juntamente com a Gourmaitre, faziam parte do grupo SP Alimentação, tendo em vista que (a), no período de 2007 a 2009, houve intensa movimentação financeira entre as três empresas. A análise das solicitações para a realização de transferências bancárias entre as empresas, possibilitou identificar que foram assinados cheques por Sílvio Marques (sócio da Gourmaitre) e Antonio Marques Franco, que assinaram na mesma época autorizações/solicitações para transferências bancárias da Gourmaitre,

SP Alimentação e Serviços Ltda. e Ceazza Distribuidora de Frutas e Legumes Ltda.; (b) há registro na contabilidade de operações de empréstimos com a Verdurama e SP Alimentação; (c) o atual sócio da Gourmaitre, Sr. Silvio Marques, já foi sócio da SP Alimentação; (d) a Verdurama já foi sócia da Gourmaitre; (e) o sócio da SP Alimentação, Sr. Eloizo Gomes Afonso, foi sócio fundador da Verdurama; (f) movimentação de contas bancárias por pessoas comuns às empresas, destacando-se Antonio Marques Franco e Silvio Marques; (g) o *motoboy* Gilmar da Silva, encarregado dos saques na “boca do Caixa” dos bancos foi o mesmo que sacava os cheques da SP Alimentação e da Verdurama. Todas as informações deste tópico encontram-se detalhadas na denúncia oferecida pelo Grupo Especial de Repressão aos Delitos Econômico do Ministério Público de São Paulo a 10ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP (Apenso I - fls. 2496/2574 do presente processo).

– Em razão do conhecimento por parte da Receita Federal de fraudes fiscais praticados por empresas suspeitas de praticarem fraudes nas licitações de merenda escolar, dentre elas a Gourmaitre, por meio do Ofício/Defis/SPO/Comº/nº 075/2011, endereçado ao Delegado Regional Tributário – DRTC II (fls. 277/278), foram solicitados relatórios acerca da inidoneidade de empresas tidas como fornecedoras das empresas envolvidas na operação acima relatada. A secretária da Fazenda do Estado de São Paulo repassou cópia dos relatórios das empresas fornecedoras da Gourmaitre, mas comprovadamente inidôneas, sendo (a) Cenco Central de Com. de Gêneros Alimentícios Ltda., CNPJ 05.042.077/0001-36; (b) Cerealista Guimarães Ltda., CNPJ 06.184.172/0001-49; (c) Comércio varejista de Hortifrutigranjeiro Vila Sonia Ltda., CNPJ 67.893.362/0001-20; (d) CPA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ 07.061.726/0001-83; (e) Moema Hortifruiti Granjeiro Ltda.; CNPJ 01.616.391/0001-36; (f) Vinculo Distrib. de Produtos Alimentícios e Miudezas Ltda., CNPJ 08.795.471/0001-45 e (g) Genova Agro Comercial Ltda., CNPJ 05.422.205/0001-89.

- Essas empresas, ou encontravam-se inativas (a, b, e), ou não efetuaram operações com a Gourmaitre (c, g), ou serviram somente como fornecedora de notas fiscais inidôneas (d), ou tiveram seu nome utilizado para a confecção de notas fiscais falsas (f).

- Na denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual, em 05/03/2012, IP nº 050.07.095123-3 (fls. 2496/2574), contra diversas pessoas, dentre eles a Gourmaitre e seus sócios, foi consignado que o responsável pela obtenção das notas fiscais inidôneas foi o Sr. Baltazar Luiz de Melo, CPF 232.623.626,20, que tem endereço e domicílio em Belo Horizonte, fato que explica o porque das empresas utilizadas para a emissão de notas fiscais inidôneas e utilizadas pela Gourmaitre terem endereço nas cidades mineiras de Betim, Contagem e Belo Horizonte.
- Depois de várias intimações à empresa, sócios e ex-contadores, foram obtidos os livros e arquivos magnéticos da contabilidade do ano de 2007, estes em padrão PDF, fora dos padrões estabelecidos pela legislação em regência. A escrituração digital dos anos de 2008 e 2009 foi obtida junto ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED (fls. 2575/3571).
- Foram constatadas infrações à legislação tributária, relacionadas aos custos relativos aos fornecedores inidôneos, pagamentos sem causa, à apuração do PIS e da Cofins, falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL (Anexo 1 – fls. 1145/1978).
- O presente processo trata de IRRF incidente sobre os pagamentos sem causa, de sorte que os fatos relacionados às demais infrações, quando não interessarem à solução do presente litígio, não serão relatados.

Os autuantes apontam que ao analisarem a rubrica contábil “Fornecedores” foram identificados registros de pagamentos em nome das empresas relacionadas acima, tidas como inidôneas, nos montantes de R\$ 1.059.945,50, em 2007, R\$ 3.930.678,12, em 2008, e R\$ 2.578.258,44.

Na análise dos pagamentos das compras, foi apurado que nenhum dos cheques relacionados no Razão (Anexo 2 – Pagamentos Sem Causa IRRF - Planilhas e Razão – fls. 1979/2035) foi efetivamente destinado às referidas empresas, pelo contrário, foram destinados a pessoas físicas e jurídicas sem qualquer vínculo com os supostos fornecedores constantes na escrituração contábil, acarretando fraudes. As fraudes incidentes em simulação de pagamentos a fornecedores inexistentes acarretam em crimes contra o erário Público, que deixa de tributar os reais beneficiários dos recursos desviados.

Devido aos inúmeros repasses enquadrados nessa situação, foi considerada como data de pagamento, para efeito do IRRF, a data do último dia do mês de efetivo pagamento. Os registros contábeis e as cópias dos cheques referentes aos pagamentos encontram-se no Anexo 3 – Cópias de Cheques Ref. Pagamentos a Fornecedores Inidôneos (fls. 2036/2335).

Como não foram comprovadas as operações ou as respectivas causas dos pagamentos, foi efetuado o lançamento do imposto de renda na fonte, conforme determina o art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

- Foi aplicada a multa de 150%, conforme previsto no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pois parte das compras contabilizadas pelo contribuinte não existiram, sendo lastreadas em documentos inidôneos (notas frias). O contribuinte procurou com este subterfúgio aumentar indevidamente seus custos e despesas e a consequente redução das bases de cálculo e valores de IRPJ e CSLL, procedimento que caracteriza sonegação fiscal, nos termos do inc. I e caput do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964.
- Foi atribuída responsabilidade solidária dos créditos tributários a Eloizo Afonso Gomes Durães, CPF 806.302.868-68; aos sócios Sílvio Marques, CPF 938.083.138-20 e Hélio Vieira, CPF 087.991.608-70, e as pessoas jurídicas SP Alimentação e Serviços Ltda, CNPJ 02.293.852/0001-40 e Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda., CNPJ 00.567.949/0001-78, nos termos dos arts. 124 e 135 do Código Tributário Nacional. Os Termos de Declaração de Sujeição Passiva Solidária encontram-se às folhas 871 a 873.
- O contribuinte apresentou a impugnação de folhas 3594 a 3601, alegando, em síntese, o seguinte:
- Nulidade do auto de infração e do termo de sujeição passiva por terem sido lavrados por pessoa incompetente, nos termos do art. 59, inc. I, do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão da falta de assinatura do Delegado da Receita Federal de Fiscalização, ou de outorgação de poderes ao fiscal, conforme determina o art. 11, inc. IV, do referido Decreto.
 - Embora o fisco afirme sobre a inexistência de empresas vendedoras, inabilitando os documentos fiscais da época em que ocorreram as transações comerciais, não foi o que vivenciou, pois os respectivos documentos foram entregues pelos fornecedores, bem como adotou todas as cautelas, verificando a idoneidade das empresas vendedoras.
 - Os relatórios fiscais elaborados pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo foi que serviram de base para a declaração de inidoneidade das notas fiscais, sendo que somente algumas notas foram declaradas inidôneas.
 - Por mais elementos que apresentasse, jamais seriam suficientes ao convencimento da Receita Federal de que houve boa-fé nos atos ali praticados. Mesmo que outros documentos ou nomes fossem apresentados, todo o trabalho apresentado pela Receita Federal poderia ser entendido como verdade absoluta, marginalizando o fato de que fora vítima de um ardid. Isto porque as operações foram efetivadas e as notas fiscais apresentadas. Não tendo o poder ou competência para fiscalizar atos de terceiros, limitou-se, todavia, a agir com prudência em suas transações.
 - É contribuinte de boa-fé, por ser presumível da situação fática que as operações efetivamente ocorreram, por isso não poderia ser penalizado com as multas ora impostas.
 - Como o fisco somente pode tomar conhecimento da prática da ação inidônea do contribuinte no momento em que a ação está sendo praticada, ou posteriormente, e se a administração pública declara esta situação somente depois de um exaustivo trabalho, como poderia o contribuinte se antecipar aos fatos? Dessa forma restaria comprovada a sua boa-fé, o que excluiria a responsabilidade pela inidoneidade das notas fiscais. Nesse sentido, cita ementas do Superior Tribunal de Justiça relativas aos Resps 623.335/PR, 246.134/MG e 176.270/MG.
 - De acordo com o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, daí que não lhe caberia fazer buscas, pesquisas ou outras investigações no sentido que a Secretaria da Fazenda quer fazer parecer, pois só a ela caberia fazer.
 - Do art. 59, § 1º, item 3, do RICMS-00, do Estado de São Paulo, pode ser retirado o entendimento de boa-fé dos atos praticados, pois este dispositivo estabelece que o documento fiscal emitido por contribuinte regular perante o fisco é documento fiscal hábil, como no caso das referidas notas fiscais.
 - Outra conclusão não se pode existir, inclusive pela exegese do art. 112 do Código Tributário Nacional, que dispõe que a lei tributária que define infrações, ou comine penalidade, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensões dos seus efeitos.
 - Os pagamentos sem causa serviram de base para agravar as multas, sendo que seu aproveitamento contábil para IRRF não se deu com dolo, mas sim em virtude de mera consequência contábil, pois se os pagamentos foram contabilizados como aquisição de insumo, consequentemente seriam aproveitados como créditos de IRRF, portanto, devem ser desagravadas de tais multas.
- Por fim, requer que sua defesa seja julgada procedente, declarando insubsistente o auto de infração, e que a multa de ofício seja reduzida para 75%.
- Eloizo Gomes Afonso Durães apresentou a impugnação de folhas 3628 a 3647, alegando, em síntese:
- Nulidade do auto de infração e do termo de sujeição passiva por terem sido lavrados por pessoa incompetente, nos termos do art. 59, inc. I, do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão da falta de assinatura do Delegado da Receita Federal de Fiscalização, ou de outorgação de poderes ao fiscal, conforme determina o art. 11, inc. IV, do referido Decreto.
 - Cerceamento do direito de defesa por não ter recebido os apensos que acompanham os autos de infração e o Termo de Verificação fiscal. Com esta atitude o fisco tornou deficiente a instrução do

processo, ferindo flagrantemente os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

- Uma vez que não recebeu cópia de todos os documentos que deveriam instruir os autos de infração, viu-se impossibilitado de verificar as informações constantes no processo para poder aditar documentos e prestar esclarecimentos que poderiam mudar o curso da defesa contra a injusta imposição que lhe foi feita.

- As informações contidas no auto de infração não são suficientes para apresentar uma defesa precisa, tomando essa atitude o fisco tornou deficiente a instrução do processo, ferindo flagrantemente o princípio do contraditório.

- Em razão desses fatos, requer que lhe seja entregue uma cópia dos documentos que instruíram o presente processo ou que lhe seja disponibilizada vista dos autos, com a consequente devolução do prazo a fim de elaborar e apresentar sua defesa com perfeição.

- Que jamais pertenceu ao quadro societário da Gourmaitre, como jamais a administrou, não podendo ser penalizado com a lavratura do termo de sujeição passiva solidária. O fato de ter sido sócio da Verdurama não significa que tenha sido sócio ou administrador da Gourmaitre, simplesmente pelas meras alegações do Ministério Público Paulista, que até agora nada comprovou daquilo que fora alegado, lembrando que à todos os réus de qualquer processo criminal é conferida a presunção de inocência.

- O art. 128 do Código Tributário Nacional dispõe que a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo a este em caráter supletivo o cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Contudo, dentro da classificação da responsabilidade tributária, está a responsabilidade de terceiros, dentre estes a dos sócios, prevista nos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional, que pode ser solidária e subsidiária.

- A responsabilidade solidária está descrita no art. 124 do Código Tributário Nacional e, através de sua leitura, resta evidente não existir qualquer compatibilidade com a sujeição passiva solidária que lhe foi atribuída, eis que não é sócio administrador do sujeito passivo e não se enquadra em nenhum dos incisos existentes na referida norma.

- O art. 134 do Código Tributário Nacional deixa claro que só existe solidariedade nos casos da impossibilidade de exigência e cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, o que não é o caso, já que o sujeito passivo é empresa constituída e o sócio compareceu para atender o procedimento fiscal.

- Cita entendimento de Eduardo Marcial Ferreira Jardim (Manual de Direito Financeiro e Tributário, Saraiva, 1999 p. 232), no sentido de que a responsabilização de terceiros, prevista no art. 134 do Código Tributário Nacional, se condiciona a dois requisitos indispensáveis que seriam a impossibilidade de o contribuinte satisfazer o débito e a circunstância de o responsável solidário praticar ato omissivo ou comissivo no tocante ao fato jurídico tributário. Assim, não havendo um desses requisitos, não lhe pode ser estendida a obrigação do sujeito passivo principal, pois nem é sócio da empresa autuada e não é procurador que possui poderes de gerência na sociedade.

- No caso de prevalecer a responsabilização tributária, conforme previsto no art. 134 do Código Tributário Nacional, esta somente se aplica às penalidades moratórias e não às penalidades decorrentes da infração praticada pelo contribuinte, ressalvada a hipótese de existência de dolo do responsável tributário, o que não ocorreu no caso em tela.

- Segundo o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, não é suficiente e, por que não dizer justo, que lhe impute os fatos alegados pelo único fato de o Ministério Público Paulista afirmar a existência de um grupo econômico supostamente organizado pelo impugnante, sem que o processo judicial sequer tenha sido julgado em primeira instância. Logo, o auto de infração prima pela inconsistência dos fatos descritos e pelo obscurantismo jurídico, visto que baseado em meras suposições, que não encontram respaldo no mundo jurídico, já que o que se busca em todo e qualquer processo, seja administrativo, seja judicial, é a verdade material dos fatos.

- A questão de se saber quem deve pagar o crédito tributário é exclusivamente processual e deve ser decidida em sede de processo executivo, jamais em sede de procedimento administrativo, cuja finalidade é definir a existência ou não do direito material do entre tributado. Logo, quem tem competência exclusiva para apurar, processar e julgar fraudes fiscais é a Justiça Criminal.

- Se o processo administrativo busca a verdade real ou material, como lhe imputar a sujeição passiva, se apenas foi baseada em alegações de um processo criminal cujas provas sequer foram apreciadas? O Ministério Público finca sua tese em depoimentos de um sujeito que diz e apenas diz, fazendo uso da delação premiada que sequer foi homologada pelo Poder Judiciário. Se ele pode vier a ser o delator, somente ele é que assume a culpa por qualquer delito então praticado até o trânsito em julgado do processo.

- Decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2007.

Por fim, requer (i) que seja acolhida a preliminar de nulidade do procedimento fiscal; (ii) ou, se assim não for entendido, que lhe sejam entregues os documentos que acompanham o auto de infração ou a disponibilização dos autos para vista com devolução do prazo para a defesa e (iii) seja declarado insubsistente o termo de sujeição passiva solidária.

Silvio Marques e Helio Vieira apresentaram as impugnações de folhas 3688 a 3697 e 3711 a 3720, alegando, preliminarmente, a nulidade do auto de infração e do termo de sujeição passiva por terem sido lavrados por pessoa incompetente, nos termos do art. 59, inc. I, do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão da falta de assinatura do Delegado da Receita Federal de Fiscalização, ou de outorgação de poderes ao fiscal, conforme determina o art. 11, inc. IV, do referido Decreto.

No mérito, apresentam os mesmos argumentos já apresentados pelo próprio sujeito passivo, relacionadas à boa-fé dos atos praticados pela Gourmaitre, à interpretação das normas de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensões dos seus efeitos, e ao agravamento da multa de ofício.

Por fim, requerem que sejam julgadas procedentes suas defesas para declarar insubsistentes os Termos de Sujeição Passiva Solidária e reduzir a multa de ofício para 75%.

SP Alimentos e Serviços Ltda. apresentou a impugnação de folhas 3735 a 3748, tecendo os mesmos argumentos já apresentados pela própria Gourmaitre, apenas acrescentando que é evidente o vício formal no agravamento da multa, pois a Gourmaitre transacionou com as empresas vendedoras, recebeu as mercadorias, os documentos fiscais hábeis foram escriturados e contabilizados, tudo nos moldes da legislação vigente. E mais, à época dos fatos as empresas vendedoras existiam de fato e de direito e os documentos fiscais que ampararam as transações comerciais eram hábeis e, por isso, não poderiam ser glosadas.

Acrescenta que o agravamento não deve prevalecer, pois decorre de escrituração contábil, e é entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que a hipótese de agravamento da multa de ofício deve ser interpretada restritivamente, e aplicada somente nos casos de fraude, em que tenha ficado demonstrado pela fiscalização que o contribuinte agiu dolosamente.

Alega ter ocorrido a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2007.

Alega que o processo administrativo busca a verdade real ou material, como lhe imputar a sujeição passiva, se apenas baseada em alegações de um processo criminal cujas provas sequer foram apreciadas? O Ministério Público finca sua tese em depoimentos de um sujeito que diz e apenas diz, fazendo uso da delação premiada que sequer foi homologada pelo Poder Judiciário. Se ele pode vier a ser o delator, somente ele é que assume a culpa por qualquer delito então praticado até o trânsito em julgado do processo.

Por fim, requer que seja acolhida a preliminar de nulidade do procedimento fiscal e, alternativamente, que a multa de ofício seja reduzida para 75%.

Verdurama Comércio Atacadista de alimentos Ltda. apresentou a impugnação de folhas 3797 a 3800, alegando ter ocorrido a decadência em relação aos fatos geradores do mês de julho de 2007 para trás.

Alega nulidade do auto de infração por descumprimento da norma do art. 11 do Decreto nº 70.235, de 1972, tendo em vista que o auto de infração não está assinado pelo Delegado da Receita Federal, como, também, não há nenhuma autorização à funcionários para a lavratura destes autos.

Alega que a presente acusação está amparada em indícios que não condizem com os fatos, uma vez que o demandado agiu de acordo com a lei. Os documentos apontados como inidôneos foram, de fato, entregues pelos fornecedores, tendo o demandado adotado as cautelas de praxe quanto a idoneidade das empresas vendedoras.

As sanções impostas pela inidoneidade de algumas notas fiscais, das quais acreditava serem válidas, não podem prosperar, devendo ser canceladas, pois o demandado é contribuinte de boa-fé pelas operações que efetivamente ocorreram.

Alega que não caberia ao demandante fazer buscas, pesquisas ou outras investigações no sentido que a Secretaria da Fazenda quer fazer parecer.

Alega que os pagamentos tidos como sem causa, serviram de base para agravar as multas. Contudo, o seu aproveitamento contábil para o IRRF não se deu com dolo, mas sim em virtude de mera consequência contábil, pois se os pagamentos foram contabilizados com aquisição de insumos, consequentemente seriam aproveitados como créditos de IRRF, devendo, portanto, serem desagravadas tais multas.

Por fim, requer que seja declarado insubsistente o auto de infração, com a redução da multa de ofício para 75%.

DA DECISÃO RECORRIDA

A Delegacia de Julgamento, por meio da decisão de fls. 3.842-3.861, deu provimento parcial apenas para reconhecer a decadência de alguns períodos, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. DOLO.

Nos casos de tributos com lançamento por homologação, tendo ocorrido as hipóteses de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

NULIDADE DO LANÇAMENTO E DO TERMO DE SUJEIÇÃO

PASSIVA POR AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO CHEFE DO ÓRGÃO.

A falta da assinatura do chefe do órgão local da Receita Federal no lançamento não é causa de nulidade, tendo em vista que a competência para lavratura do Auto de Infração é do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pelo procedimento fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não ocorre cerceamento do direito de defesa quando o lançamento proporciona ao contribuinte o pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas, expondo a realidade dos fatos e provas que fundamentaram o direito de a Fazenda Pública exigir o crédito tributário, notadamente, quando a defesa demonstra, por meio de sua substancial argumentação, que entendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada.

IRRF. PAGAMENTOS SEM CAUSA.

Incide imposto de renda na fonte sobre os pagamentos efetuados por conta de aquisições bens, direitos e mercadorias ou de utilização de serviços quando o sujeito passivo não comprova a operação ou causa do pagamento.

SÓCIOS E ADMINISTRADORES. GRUPO ECONÔMICO. SONEGAÇÃO FISCAL E FRAUDE. RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Os sócios, administradores e empresas que compõe o grupo econômico, sejam formais ou de fato, com ou sem procuração para representar o contribuinte, que praticam, de forma comissiva ou omissiva, conjuntamente com o contribuinte os crimes de sonegação e fraude, respondem pelo crédito tributário.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

É cabível o agravamento da multa de ofício quando presentes os elementos abrangidos pelos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, relacionados às operações que deram causa ao lançamento tributário.

Em razão do provimento parcial, recorreu de ofício da sua decisão.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Foram apresentados recursos voluntários por (i) GOURMAITRE COZINHA INDUSTRIAL E REFEIÇÕES LTDA, na condição de contribuinte (fls. 3.926-3.941; peça repetida duas vezes às fls. 4.037-4.102 e 4.237-4.252) e os responsáveis SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (fls. 3.984-4.002) Eloízo Gomes Afonso Durães (fls. 4.039-4.057), Sílvio Marques (fls. 3.880-3.897; peça repetida às fls. 4.193-4.210) e Hélio Vieira (fls. 4.146-4.164).

Todos os recursos repetem as mesmas razões apresentadas nas impugnações; aliás, são praticamente cópias literais de peças inaugurais de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

DO RECURSO DE OFÍCIO

O valor do crédito exonerado foi de R\$ 1.127.976,80 (IRRF de R\$ 451.190,72 + multa de ofício de R\$ 676.786,08), acima do limite de alçada da época que era de R\$ 1.000.000,00.

Esse limite, porém, deve ser aferido na data da análise do recurso. Assim, o recurso não deve ser conhecido, uma vez que o limite atualmente é de R\$ 2.500.000,00, conforme a Portaria MF nº 63/2017.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Preliminar de decadência

Apesar de ter sido afastada parte da autuação em razão da decadência (cujo recurso de ofício não conhecemos acima), alega-se novamente esse instituto. A decisão recorrida não reconheceu a decadência na extensão pedida, pois adotou o prazo do art. 173 do CTN e não o previsto no § 4º, art. 150 da mesma codificação.

Nada temos a reparar à decisão recorrida, uma vez que se caracterizou o caráter doloso da infração, o que impede a aplicação da regra mais favorável ao contribuinte. Abaixo, trataremos do caráter doloso ao analisarmos a aplicação da multa qualificada de 150%.

Nego, pois, a preliminar suscitada de decadência.

Demais preliminares

Antes de passarmos à análise, vale registrar o que dispõe o art. 57 do RICARF, especialmente seu parágrafo 3º:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

(Nosso destaque)

Pois bem, conforme registramos no relatório, todos os recursos não só reiteraram as mesmas razões das impugnações, como correspondem a peças literalmente iguais.

Passamos, assim, à transcrição do voto condutor da decisão recorrida na parte das preliminares:

1. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DOS TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA

Não procedem as alegações de nulidade do auto de infração e nos termos de sujeição passiva, fundadas no fato de não haver outorga de poderes pelo Delegado da Receita Federal aos auditores-fiscais que subscrevem o auto de infração, em face do disposto no art. 11 do Decreto nº 70.235, de 1972.

O referido Decreto dispõe no art. 9º que a exigência do crédito tributário deve ser formalizada por auto de infração ou notificação de lançamento distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade. Nos arts. 10 e 11, estabelece os requisitos formais que devem ser observados pelas autoridades administrativas quando da lavratura de auto de infração e de notificação de lançamento. Tanto o auto de infração, como a notificação de lançamento, são atos administrativos que formalizam a exigência do crédito tributário, mas são atos distintos, na medida em que refletem a forma como as autoridades administrativas tomaram conhecimento da infração tributária cometida pelo contribuinte. Portanto, é importante distingui-las.

Na notificação de lançamento a autoridade administrativa toma conhecimento da infração à legislação tributária no âmbito da verificação realizada a partir das informações prestadas pelo próprio contribuinte, que tem obrigação de prestar ao órgão de administração tributária um grande número de informações sobre suas operações e estabelecimentos, bem como por sistemas informatizados, que tornam cada vez mais possível a identificação da prática de infrações tributárias sem que se realize procedimentos de fiscalização junto aos contribuinte. Nessas hipóteses, por ter sido a infração identificada pelo órgão, a autoridade competente para formalizar a exigência do crédito tributário é o titular do órgão que administra o tributos, no caso o Delegado ou Inspetor da Receita Federal do Brasil, conforme prevê o art. 11 do Decreto nº 70.235, de 1972, abaixo:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

- I - a qualificação do notificado;*
- II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;*
- III - a disposição legal infringida, se for o caso;*
- IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico. (Grifamos)

O auto de infração difere tecnicamente da notificação de lançamento porque a autoridade administrativa toma conhecimento da infração tributária no curso de procedimento de fiscalização, que é a atividade investigatória desenvolvida pelo Estado visando identificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e que permite ao agente fiscal ampla liberdade investigatória e probatória, inerente à função estatal, fundamentalmente no poder de polícia que ao Estado compete exercer com discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade, conforme art. 142 do Código Tributário Nacional e art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Neste caso, a autoridade competente é o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, conforme previsto pelo art. 6º, I, a, da Lei nº 10.593, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007, cuja atividade é vinculada pelos arts 3º e 142 do Código Tributário Nacional.

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

- I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:*
 - a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;*
 - b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;*
 - c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;*
 - d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;*
 - e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;*
 - f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;*
- II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

No caso dos autos, a infração à legislação tributária foi identificada em procedimento de fiscalização, portanto, a autoridade competente para assinar o auto de infração é o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil incumbido do procedimento, como também os termos de sujeição passiva, e não o chefe do órgão que administra o tributo.

Portanto, não são nulos, por incompetência do agente, o auto de infração e os termos de sujeição passiva de que tratam os autos.

(...) [Suprimimos a parte relativa à análise da decadência]

3 . CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

A alegação de cerceamento de defesa somente foi feita pelo responsável tributário Eloizio Gomes Afonso Durães, argumentando que não teria recebido cópia dos apensos do Auto de Infração e do termo de verificação fiscal. Em razão disso, requer que lhe seja fornecida cópia dos documentos que instruíram o processo ou que lhe seja disponibilizada vista aos autos.

Primeiro destaca-se que existem dois apensos nos autos. O apenso 1 próprio processo em si, trata-se de cópia da denúncia do Ministério Público de São Paulo na qual o Sr. Eloizo é um dos denunciados. O apenso 2 contém o razão contábil da própria empresa relativo aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009. E as informações retiradas desse razão contábil estão devidamente discriminadas no relatório fiscal.

Todas as referências aos anexos e apensos no termo de verificação fiscal foram feitas indicando pertencerem ao “presente e-processo”.

De acordo com o aviso de recebimento de fls. 3572/3573, foram enviados ao Sr. Eloizio os seguintes documentos:

- Termo de verificação fiscal: com o relatório completo de todo o procedimento fiscal e de suas constatações.
- Auto de infração: IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e IRRF.
- Termo de sujeição passiva solidária: envolvimento do contribuinte dentro dos ilícitos apurados.
- Termo de entrega de documentos.

Tais documentos demonstram detalhadamente como foi realizada a fiscalização, com as análises do fisco e suas respectivas intimações; abrangência da fiscalização; apuração da existência do grupo econômico; existência de fornecedores inidôneos; registros das operações irregulares; apuração dos tributos devidos; glosas de custos e de créditos; registros de pagamentos sem causa; aplicação da multa isolada e qualificada; enquadramento legal; representação fiscal para fins penais; termos lavrados; envolvimento do contribuinte como responsável solidário; entre outros.

O contribuinte, inclusive, defende-se desses aspectos em sua impugnação.

Como é sabido, a Constituição Federal assegura o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal. Nesse sentido, nas “orientações ao sujeito passivo”, documento que acompanhou o auto de infração encaminhado ao contribuinte (fls. 883), consta a orientação no sentido de que a vista do processo, no caso de optante pelo DTE, poderia ser feita por intermédio do Portal e-CAC com certificado digital, ou presencialmente no endereço da DERAT – São Paulo, rua Luis Coelho, nº 197, Consolação – São Paulo/SP, ou em qualquer outra unidade da Receita Federal do Brasil.

Aliás, em se tratando de defesa elaborada por procurador advogado, cabe registrar que a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 7º, inc. XIII, garante o direito ao advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, com procuração quando sujeitos a sigilo, conforme é o caso dos autos, além de assegurar a obtenção de cópias dos mesmos, legislação que, obviamente, é de conhecimento do patrono do impugnante.

Assim, caso entendesse necessário vistas ao processo para formulação de sua defesa, o contribuinte deveria ter acessado o processo via Portal e-CAC ou ter solicitado, dentro do prazo legal de impugnação, cópia ou vistas aos autos em qualquer repartição da Receita Federal do Brasil.

Não há nenhuma omissão no relatório de verificação fiscal a ensejar o cerceamento do direito de defesa e todos os elementos que fundamentam a autuação, referidos no nesse relatório, encontram-se nos autos. Nessas condições, o pedido de vistas dos autos toma caráter meramente protelatório e dilatador do prazo, já que o impugnante não agiu com a diligência necessária para obter os elementos necessários à sua defesa dentro do prazo legal de impugnação.

Portanto, não ocorreu cerceamento de defesa no caso dos autos.

Os recursos repetem as mesmas razões das impugnações e não dialogam com a decisão atacada. Assim, por concordar plenamente com a decisão de primeiro grau, adoto suas mesmas razões com base no parágrafo 3º, art. 57 da Portaria MF 343/2015 (RICARF).

Mérito

Também quando ao mérito, tal qual fiz em relação às preliminares, transcrevo o teor da decisão recorrida para adotar as suas mesmas razões, por concordar integralmente com elas:

4. DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE

A questão relativa ao imposto de renda incidente na fonte sobre pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado, lançado em face da inidoneidade do documento fiscal ou da pessoa jurídica fornecedora de bens ou serviços deve ser analisada levando-se em conta os seguintes artigos do RIR/99:

Art. 217. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários, em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ tenha sido considerada ou declarada inapta (Lei nº 9.430, de 1996, art.82).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços (Lei nº 9.430, de 1996, art.82, parágrafo único).

Art. 674. Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61).

§ 1º A incidência prevista neste artigo aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 1º).

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 2º).

§ 3º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 3º).
(grifos nossos)

Primeiro, a leitura do parágrafo único do art. 217, deixa claro que na hipótese de haver a comprovação do pagamento e do recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou a utilização dos serviços o documento fiscal produzirá efeitos tributários, mesmo que seja inidôneo ou tenha sido emitido por pessoa jurídica inapta. Se assim não fosse, ficaria prejudicado o terceiro adquirente de boa-fé, que consegue comprovar que houve a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou a utilização dos serviços. Nessas condições não haveria em que se falar de incidência do imposto de renda na fonte a incidir sobre os pagamentos.

Segundo, a leitura do art. 674 e seus parágrafos, permite concluir que a incidência do imposto de renda na fonte somente está reservada para aquelas situações em que o Fisco prova a existência de um pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

É o caso dos autos, que trata de registros contábeis de aquisição de mercadorias de fornecedores que, comprovadamente, encontravam-se inativos (Cenco Central de Com. de Gêneros Alimentícios Ltda., Cerealista Guimarães Ltda. e Moema Hortifrutigranjeiro Ltda.), que não efetuaram operações com o contribuinte (Comércio varejista de Hortifrutigranjeiro Vila Sonia Ltda. e Genova Agro Comercial Ltda), serviram somente de fornecedores de notas fiscais inidôneas (CPA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.) ou que tiveram seu nome utilizado para a confecção de notas fiscais falsas (Genova Agro Comercial Ltda.), e cujos pagamentos foram efetuados por meio de cheques, em sua maioria, nominais à própria Gourmaitre.

O anexo 2 (fls. 1979/2035) traz planilhas de *resumo dos pagamentos contabilizados a serem tributados pelo irrf – pagtos sem causa e demonstrativo dos pagamentos contabilizados- razão*. Neste último demonstrativo o autuante relaciona todos os pagamentos relativos às notas fiscais dos referidos fornecedores, identificando a data, conta, histórico do lançamento onde é indicado o número da nota fiscal o nome do fornecedor e o número do cheque correspondente ao pagamento, número do lançamento e linha do razão e o valor. Esse demonstrativo é completo, não omite nenhum elemento necessário para que o contribuinte identificasse com precisão qual o pagamento foi considerado sem causa e assim pudesse produzir prova do recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou a utilização dos serviços consignados nas notas fiscais e que o pagamento foi realizado ao respectivo fornecedor.

Não houve essa prova. Tanto o contribuinte, como os responsáveis solidários, não apresentaram nenhum documento ou indicaram elementos dos autos suficientes para afastar a acusação fiscal.

O anexo 3 (fls. 2036/2335) traz cópias de cheques relativos aos pagamentos em questão, nos quais se constata que quase a totalidade deles tem como beneficiário a própria Gourmaitre, sem que

houvesse a contabilização do ingresso dos recursos na conta caixa. Esse procedimento permite ao contribuinte destinar os recursos para terceiros, pessoas físicas ou jurídicas sem qualquer vínculo com os ditos fornecedores, o que afasta qualquer dúvida quanto a efetividade do pagamento. Tal fato reforça a certeza de que os registros de aquisição de bens, mercadorias e serviços, relacionados no Anexo 2, serviram unicamente para gerar custos, despesas, créditos e para dar causa a pagamentos a beneficiários não identificados ou para entrega de recursos a terceiros ou sócios, sem que tenha havido uma operação com a pessoa jurídica. Por isso deve ser mantida a exigência do imposto de renda na fonte na forma em que foi efetuado o lançamento.

5 . SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Embora a lei instituidora do tributo defina sempre quem deve figurar no pólo passivo da obrigação tributária, o Código Tributário Nacional estatui a possibilidade de alcançar aqueles que, embora não incluídos expressamente no rol dos obrigados a arcar com o tributo ou contribuição, praticam atos ou negócios com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme prevê o art. 135 do Código Tributário Nacional, abaixo:

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (gn)

O pressuposto para a incidência desta norma é a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social pelo gestor ou representante da empresa. Os elementos trazidos aos autos pelos autuantes (itens 6, 7 e 8 do termo de verificação fiscal –fls. 798/801) são provas sólidas, obtidas do próprio contribuinte mediante intimações, em diligências, em depoimentos e informações de outros órgãos públicos, como a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado de São Paulo, que identificaram irregularidades em licitações para fornecimento de merendas a escolas públicas, em atuação que ficou conhecida como “Operação Pratos Limpos”. Estas últimas informações foram utilizadas apenas de forma subsidiária, e não como base para o lançamento.

Reproduz-se parte das conclusões do PGFN/CRJ/CAT nº 55, de 2009, que trata da responsabilidade solidária:

*k) a análise sistemática da ordem jurídica aponta para a responsabilidade solidária dos administradores, visto que estes, no regramento do Código Civil (art. 1.016), **respondem solidariamente** perante terceiros (inclusive o Estado) pela prática de atos ilícitos; não haveria sentido em ser o crédito tributário menos garantido que o crédito comum;*

l) a obrigação do responsável é autônoma à da pessoa jurídica no que tange à natureza (licitude ou ilicitude do fato jurídico), ao nascimento (momento do surgimento) e à cobrança (exigência simultânea ou não), mas é subordinada no que tange à existência, validade e eficácia; a obrigação da pessoa jurídica contribuinte, por sua vez, independe da obrigação do responsável no que tange a esses elementos;

...

q) Quando incide o art. 135, III, do CTN, não se tem uma obrigação solidária, senão duas ou mais obrigações solidárias; trata-se de solidariedade imprópria, em que obrigações distintas são atadas pelo nexo de adimplemento.

r) Por se tratar de solidariedade imprópria, que não se dá entre contribuintes, mas sim entre contribuinte e responsável, não precisa este último estar mencionado no lançamento do crédito tributário como sujeito passivo; sua responsabilidade, como já se disse, pode ser atestada em ato apartado ...

Ficou comprovada a relação entre as pessoas físicas e jurídicas discriminadas no Termo de Sujeição Passiva Solidária com a Gourmaitre (Senhores Eloizio Durães, Sílvio Marques e Hélio Vieira, e as empresas SP Alimentação e Verdurama), a partir do momento em que ficou caracterizado o **grupo econômico** formado com estrutura hierárquica e empresarial no intuito de fraudar as licitações e o erário público.

Essa ligação está respaldada pelos seguintes elementos: a) intensa movimentação financeira entre as três empresas; b) transferências bancárias assinadas por sócios das empresas na mesma época; c) plano de contas com previsão de empréstimos entre elas; d) sócios com atuação em mais de uma dessas empresas; e) empresa sócia de outra (Verdurama para com a Gourmaitre); f) sócio de uma empresa fundador de outra (Sr. Sílvio Marques, sócio da Gourmaitre fundou a SP Alimentação); g) contas bancárias das empresas movimentadas por pessoas comuns, como os Srs. Antônio Marques Franco e Sílvio Marques); h) declaração do Sr. Gilmar da Silva (moto-boy) que sacava cheques nos

bancos para todo o grupo, entregando o dinheiro sacado conforme determinação para o pessoal da diretoria ou do departamento financeiro das mesmas.

Além da formação de grupo econômico da Gourmaitre junto com as empresas SP Alimentação e Verdurama, temos os sócios solidários com participação efetiva no esquema: a) Eloízio Gomes Afonso Durães – sócio-administrador da SP Alimentação e Serviços Ltda.; b) Sílvio Marques – sócio da Gourmaitre; c) Hélio Vieira – sócio da Gourmaitre.

Aliás, a constatação da existência desse grupo econômico formado pelas três empresas não foi só alvo do Estado de São Paulo, como no caso desses autos, mas também de outras investigações, como por exemplo no Estado do Rio Grande do Sul. Apurou o Ministério Público do RS que as empresas Gourmaitre e Verdurama são coligadas da SP Alimentação, em questões envolvendo os municípios de Canoas e de Sapucaia do Sul¹, em fraude similar a desse processo:

Ação civil pública aponta fraudes, favorecimento na licitação e enriquecimento ilícito do prefeito e de outros envolvidos

O procurador da República no município de Canoas (RS) Adriano dos Santos Raldi pediu liminarmente que o prefeito de Sapucaia do Sul, Marcelo Machado, o vice-prefeito, Gilberto Alves, além de secretários, envolvidos no caso da merenda escolar, sejam afastados dos cargos até o julgamento final da ação.

O requerimento faz parte da ação civil pública, cumulada com ação de improbidade administrativa, protocolada hoje, 25 de novembro, na Justiça Federal de Canoas. A investigação desenvolvida pelo Ministério Público Federal apurou, também, o enriquecimento ilícito do prefeito e sua mulher, Ivete Beatriz da Rocha, após o início do mandato, em janeiro de 2005.

O pedido de afastamento, de acordo com o procurador da República, se faz necessário devido à gravidade dos elementos reunidos no processo, composto por 48 volumes, totalizando mais de nove mil páginas. O MPF requer, ainda, a suspensão do contrato de terceirização da merenda em curso atualmente (com a empresa Verdurama) e a proibição de as empresas SP Alimentação, Verdurama e Gourmaitre celebrarem contratos com o município de Sapucaia do Sul.

O procurador destaca que o procedimento investigatório instaurado no MPF deu origem a ação de improbidade administrativa contra o atual prefeito, seu vice, secretários municipais, as empresas SP Alimentação e Serviços Ltda., Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda e Gourmaitre Cozinha Industrial e Refeições Ltda, entre outros. No total, 20 réus deverão responder por atos de improbidade administrativa decorrentes de fraudes no processo de licitação e na contratação para fornecimento da merenda escolar em Sapucaia do Sul.

"À semelhança do caso da merenda escolar em Canoas, a investigação em Sapucaia do Sul apontou favorecimento à empresa SP Alimentação, de São Paulo, bem como o envolvimento das empresas coligadas Verdurama e Gourmaitre, em processo licitatório fraudulento, superfaturamento do contrato e até mesmo baixa qualidade na merenda servida aos alunos da rede municipal de ensino", explica Raldi.

...

O número do processo na Justiça Federal é 2008.71.12004434-4.

Assessoria de Comunicação

Procuradoria da República no Rio Grande do Sul

Portanto, deve-se manter a sujeição passiva solidária das pessoas físicas e jurídicas relacionadas no termo de sujeição passiva solidária de folhas 871 a 873.

6. DA MULTA DE OFÍCIO

Dispõe o art. 44, inc. I, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Para o agravamento da multa de ofício, conforme previsto no § 1º do art. 44, acima transcrito, deve estar presente o dolo na conduta do sujeito passivo, que é o elemento que se relaciona com a consciência e a vontade de agir, presente em todos os tipos penais de que trata a Lei nº 4.502, de

1964 (arts. 71, 72 e 73), ou seja, a vontade de praticar a conduta, para a subsequente obtenção do resultado. Deve estar claro que a conduta foi praticada conscientemente, voltada a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo ou contribuições devidos e a esconder da fazenda pública a ocorrência dos fatos geradores.

Esses elementos estão presentes no caso do presente processo. O autuante demonstrou de forma consistente que os integrantes do grupo SP Alimentação buscaram de forma dolosa benefícios tributários, mediante fraude e sonegação fiscal. Para tanto, conforme descrito no termo de verificação fiscal (fls. 793/870), praticaram um conjunto de irregularidades assim resumidas:

- alguns fornecedores estavam com as atividades paralisadas, outros desativadas, nos períodos de emissão das notas fiscais;
- fornecedores declararam nunca ter operado com a Gourmaitre;
- existência de carimbos falsos em nome dos mesmos;
- impressão de talonários e notas fiscais junto a Gourmaitre eram inidôneas, visto que não batiam com os dados constantes nos fornecedores;
- incompatibilidade entre o que foi fornecido no histórico da operação das notas fiscais e a estrutura que alguns dos fornecedores possuíam;
- inexistência de empresa nos endereços cadastrais;
- atividades de fornecedor somente no mercado varejista e não atacadista;
- adulteração de notas fiscais;
- falsificações de dados nos documentos em geral;
- inexistência de registros das notas fiscais nos órgãos estaduais;
- nos pagamentos a esses supostos fornecedores através de cheques, constatou-se que os valores foram na verdade destinados a outras pessoas físicas e jurídicas.

Esses fatos configuram, sem dúvida, a conduta dolosa com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, ou de excluir ou modificar as suas características, enquadrando-se nas hipóteses previstas nos art. 71 (sonegação) e 72 (fraude) da Lei nº 4.502, de 1964.

Portanto, deve-se manter o agravamento da multa de ofício.

Com base no parágrafo 3º, art. 57 da Portaria MF 343/2015 (RICARF) adotamos as mesmas razões de decidir para manter a exigência principal, a multa qualificada e as imposições de responsabilidade tributária.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto, quanto aos recursos voluntários, para rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento a todos.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes