



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

Processo nº 19515.722140/2012-11
Recurso nº . Voluntário
Acórdão nº **3301-002.968 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de maio de 2016
Matéria PIS e Cofins Insuficiência de Recolhimento - Responsabilidade Solidária
Recorrente VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

A receita apurada junto à escrituração contábil da empresa que deixar de ser oferecida à tributação deve ser objeto de lançamento de ofício.

GLOSA DE CRÉDITOS.

Os créditos não-cumulativos utilizados pelo contribuinte na apuração do tributo devido que não forem comprovados devem ser glosados pela fiscalização.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Deve ser mantido o Termo de Sujeição Passiva lavrado pela fiscalização quando ficar demonstrada a responsabilidade solidária do recorrente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação

às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

A receita apurada junto à escrituração contábil da empresa que deixar de ser oferecida à tributação deve ser objeto de lançamento de ofício.

GLOSA DE CRÉDITOS.

Os créditos não-cumulativos utilizados pelo contribuinte na apuração do tributo devido que não forem comprovados devem ser glosados pela fiscalização.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO.

Recurso voluntário apresentado em desacordo com o prazo legal estabelecido pelas normas de regência não deve ser conhecido.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Deve ser mantido o Termo de Sujeição Passiva lavrado pela fiscalização quando ficar demonstrada a responsabilidade solidária do recorrente.

Recurso Voluntário Negado

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário do responsável solidário ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES e por não conhecer do recurso voluntário do responsável solidário GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS, por intempestividade, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, Paulo Roberto Duarte Moreira, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA, empresa acima identificada, foi submetida a procedimento fiscal. Durante a realização dos trabalhos de auditoria, a fiscalização constatou os seguintes fatos, relativos aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, narrados no Termo de Verificação, de fls. 298/310:

A fiscalização foi iniciada em 18/03/2011 mediante o Termo de Início de Fiscalização, com ciência pessoal dada ao então sócio da empresa Leandro Santos. Foi exigida a apresentação dos livros comerciais e fiscais, e dos arquivos digitais das notas fiscais.

Em 31/03/2011 foi reiterada a exigência da apresentação dos arquivos digitais, bem como a memória de cálculo demonstrando a apuração mensal da COFINS.

De forma sistemática, a fiscalizada não tem atendido às exigências feitas através do Termo de Início de Fiscalização, e nem tampouco com relação a todas as Intimações subsequentes. Não foram apresentados quaisquer documentos e/ou esclarecimentos solicitados. Foi lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização pela falta injustificada da apresentação dos extratos da sua movimentação financeira. Assim, a auditoria foi realizada à luz dos documentos e informações disponíveis.

Pela falta de atendimento pelo sujeito passivo, nos prazos fixados pelas intimações, será aplicado agravamento de penalidade, com fundamento no art. 44, § 2º da Lei nº 9.430/1996, sem prejuízo das demais penalidades aplicáveis.

O arquivo da escrituração contábil digital do ano-calendário 2007 foi obtido através da diligência de coleta de arquivos contábeis, de acordo com o Termo de Intimação e os relatórios de acompanhamento gerados pelo aplicativo SINCO, validado e autenticado pelo aplicativo SVA, conforme a determinação do MPFD nº 0819002009025030 (vide cópias anexas).

Os arquivos da escrituração contábil digital (ECD) dos anos-calendário 2008 e 2009 foram obtidos do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, conforme as requisições de cópia de escrituração contábil digital anexos. Tendo sido constatada a ocorrência de lançamentos resumidos de compras de mercadorias em 2009, a fiscalizada foi intimada (Intimação Fiscal nº 4, 20, e 22) para apresentar os livros auxiliares em meio digital, mas nada apresentou.

O ex-sócio Genivaldo Marques dos Santos esclareceu em resposta subscrita através dos seus advogados em 19/07/2012:

A empresa Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda pertence ao Grupo SP Alimentação e Serviços Ltda, controlado por Eloiso Afonso Gomes Durães. A Verdurama tem como sócio-proprietário um ex-funcionário da SP Alimentação e Serviços Ltda, Vilson do Nascimento. Também já figuraram como sócios da Verdurama os Srs. Edvaldo Leite dos Santos e Genivaldo Marques dos Santos, que não tinham poder de administrar a empresa, sendo verdadeiros "testas de ferro" e, por esse motivo, nomearam procuradores específicos outros Diretores do Grupo SP Alimentação, como Olésio Magno de Carvalho e Silvio Marques. Os valores que foram depositados por empresas ligadas ao Grupo SP Alimentação (inclusive a Verdurama), apenas transitavam em suas contas bancárias e de seus familiares mais próximos, entre elas Sandra Aparecida Marques dos Santos, cônjuge, Maria Simone da Silva cunhada, e a empresa L&S Comércio e Serviços Ltda. A L&S é uma empresa registrada com o CNPJ 03.944.635/000135 sob a denominação L & S Comercial e Sérvios Ltda, que tinha como sócios Genivaldo Marques dos Santos e Amauri Ferreira Leonel, funcionário da SP Alimentação e Serviços Ltda até 2009, conforme a pesquisa no Sistema DIRF e ficha cadastral completa da Jucesp. Genivaldo declarou também que esses valores nunca lhe pertenceram.

Neste aspecto foi exigido pela Intimação Fiscal nº 4 o esclarecimento sobre os valores recebidos da Verdurama em 2008, que ora foi atendido.

Conforme o Termo de Declarações, prestado em 08/04/2010 junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, "os valores que formavam o "Caixa 2" eram obtidos da seguinte forma: inicialmente a SP ALIMENTAÇÃO comprava as notas frias de Baltazar Luis de Melo e Maria Aparecida Maia, lançando-as no livro caixa, juntamente com as duplicatas, como se fossem pagamentos normais; em seguida o dinheiro era sacado por meio de cheque ao portador, caso em que, no banco, era escrito no título o nome da SP ALIMENTAÇÃO, que em seguida efetuava o endosso, por meio de Olésio Magno, Osmar Henrique, Antonio Franco, Eloizo Durães e Silvio Marques". Esclareceu também que passou a utilizar as contas bancárias da L&S Comercial e Serviços Ltda, e que por determinação de Eloizo Durães, ele (Genivaldo) movimentava essas contas para receber o dinheiro da SP ALIMENTAÇÃO e da Verdurama, e em seguida efetuou saques que formavam o "Caixa 2". Esses valores eram utilizados também para pagamento de propina a agentes públicos e outras despesas do "Caixa 2".

A empresa Verdurama (assim como outras empresas ligadas pertencentes ao Grupo SP Alimentação) transferia vultosas quantias para sua conta corrente pessoal (vide o anexo da Intimação Fiscal nº 4 emitida para Genivaldo Marques dos Santos), que depois eram sacados em dinheiro, geralmente realizadas nos dias subseqüentes. Os valores tinham duas destinações específicas: (i) durante os primeiros dias do mês, os valores eram utilizados para efetuar o pagamento "por fora" de

salário de colaboradores do alto escalão da Verdurama; (ii) durante o restante do mês, o valor era utilizado primordialmente para pagar "propinas" a políticos e funcionários públicos, destinados a garantir que empresas do Grupo SP Alimentação não apenas se sagrassem vencedoras de certames licitatórios, como também mantivessem os referidos contratos.

Confirmamos através do cadastro da Verdurama junto ao Banco Indusval Multistock a informação de que Olésio Magno de Carvalho ocupava o cargo de Superintendente e era procurador (vide anexo 7 de Termo de Verificação), e que Antonio Marques Franco era Gerente Financeiro e Silvio Marques o Tesoureiro, sendo ambos também procuradores.

A situação alegada na letra "b", onde consta a informação de que Genivaldo Marques dos Santos não tinha poder de administrar a empresa, não possui fundamento, pois apuramos que esse sócio assinou cheques do Bradesco agência 3394, conta-corrente 613738, destinadas ao pagamento das notas fiscais inidôneas, conforme o quadro demonstrativo abaixo. Tinha, portanto, poder de administrar a empresa assinando por ela

Na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2007 o sócio Vilson do Nascimento informou possuir dívida e ônus junto à Verdurama no valor de R\$ 3.840.000,00 em 31/12/2007. Em 31/12/2008 declarou a quantia de R\$ 5.610.000,00, e em 31/12/2009 R\$ 3.940.000,00. Esclareceu em resposta à intimação que a aquisição da participação no capital social de Verdurama deu-se mediante assunção de dívida pelo sócio perante a empresa.

Contrariando essas afirmações, na contabilidade da Verdurama desse período há apenas um saldo de conta-corrente de sócio a receber no valor de R\$ 28.839,22 em 30/05/2008.

Efetivamente, não comprovou a aquisição das cotas no valor de R\$ 1.800.000,00 de Genivaldo Marques dos Santos, e nem a capacidade financeira para possuir os outros R\$ 4.800.000,00 em cotas da sociedade.

O ex-sócio Eloiso Gomes Afonso foi um dos fundadores da Verdurama em 20/07/1994, junto com Valmir Rodrigues dos Santos, sendo que ambos são os atuais sócios das empresas SP Alimentação e Serviços Ltda e Ceazza Distribuidora de Frutas e Legumes Ltda. Alternou-se no quadro societário com o seu ex-cônjuge Maria de Lourdes Dalazoana, conforme a ficha cadastral completa da Jucesp. Quanto aos demais sócios da empresa (Valmir Rodrigues dos Santos, Edivaldo Leite dos Santos (sobrinho de Valmir), Genivaldo Marques dos Santos, e Leandro dos Santos) pode-se notar que se tratavam de pessoas humildes que residiam em bairros da periferia (sem capacidade financeira para adquirir as cotas da sociedade), o que pode ser conferido pela pesquisa com as fotos dos locais onde estão domiciliados (conforme o endereço constante no contrato social

ou cadastro das pessoas físicas), obtidos do sítio do "Google Maps"

Ressalta-se ainda que Vilson do Nascimento foi um dos sócios fundadores da SP Alimentação e Serviços Ltda em 05/09/1997. Deixou a sociedade em 30/09/2005, e em seguida ingressou como sócio na Verdurama em 10/10/2005.

Após intimado (Intimação Fiscal nº 1), o sócio Leandro Santos apresentou esclarecimentos, por escrito, em 23/04/2012, onde demonstrou que o seu nome fora utilizado indevidamente, e que moveu uma ação judicial para a sua exclusão do quadro societário da empresa. Foi contratado em 24/03/2008 como estagiário, sendo posteriormente promovido a assistente jurídico em abril de 2009, na ocasião em que ingressou no quadro societário. Declarou que:

"Esclareço que nunca fui de fato sócio da referida Verdurama, sendo que o Sr. Vilson pediu que eu emprestasse meu nome vez que pela Lei, O Contrato Social não pode ficar mais de 6 meses com apenas um sócio, mas que seria alguns dias, pois já havia a negociação com novo sócio; pela minha subordinação, fui compelido a aceitar o pedido e me colocaram como sócio da empresa" (sic).

Diante do acima exposto ficou caracterizada a interposição de pessoas no quadro societário, haja vista que o sócio minoritário Leandro Santos declarou que teve o seu nome usado, ao passo que o sócio majoritário Vilson do Nascimento não demonstrou possuir capacidade financeira para adquirir as cotas atribuídas ao seu nome.

Ficou evidente que as empresas SP Alimentação e Serviços Ltda (CNPJ nº 02.293.852/000140), Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda (CNPJ nº 00.567.949/000178), e Gourmaitre Cozinha Industrial e Refeições Ltda (CNPJ nº 00.567.949/000178) fazem parte do mesmo grupo, com estreita ligação entre elas

No período fiscalizado de 2007 a 2009 o contribuinte apurou o Imposto de Renda Pessoa Jurídica através do lucro real, ficando portanto sujeito à apuração das contribuições do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo.

a) No Dacon do último trimestre de 2008 e no ano inteiro de 2009 a fiscalizada não informou nenhum valor para a base de cálculo do PIS e da COFINS, enquanto que a escrituração apresentou as seguintes receitas tributáveis, extraídas da sua Escrituração Contábil Digital, das contas 310100100001 e 310100100002. Os demonstrativos da apuração da receita bruta, se encontram detalhados em planilhas anexas.

Nesse período na DCTF constaram débitos "zerados". Será efetuado o lançamento de ofício para a exigência das contribuições do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo.

pois a fiscalizada apurou o Imposto de Renda Pessoa Jurídica pelo lucro real e deixou de apurá-los na forma devida.

b) Glosa de créditos da não cumulatividade do PIS e COFINS, do período de janeiro/2007 a setembro de 2008, por falta da apresentação dos documentos que deram origem aos créditos.

No período de outubro/2008 a dezembro de 2009 os valores apresentados no DACON encontram-se totalmente "zerados". Foi devidamente intimada (Intimações Fiscais nº 8 e 18) para apresentar a memória de cálculo demonstrando a apuração do PIS e COFINS de todo o período sob fiscalização, assim como apresentar toda a documentação relativa aos créditos a deduzir. Apesar de ter sido novamente intimada (intimações Fiscais nº 19 e 20), não logrou apresentar a memória de cálculo e nem a documentação que deu origem aos créditos. Desta forma, não há como computar crédito da não cumulatividade do PIS e COFINS, sem a devida comprovação através de documentação hábil e idônea, conforme o previsto no art. 3º da Lei nº 10.637/02 e alterações posteriores, e do art. 3º da Lei nº 10.833/03 e alterações posteriores.

Como consequência, TODOS os créditos informados serão, portanto, objetos de glosa. Conforme o que foi amplamente detalhado nos itens 6, Da interposição de pessoas no quadro societário e 7 Da formação de grupo econômico, a responsabilidade passiva solidária dos créditos tributários ora constituídos serão atribuídos ao verdadeiro controlador da Verdurama e mentor das infrações praticadas, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES CPF nº 806.302.86868, também sócio e responsável perante a RFB da empresa SP Alimentação e Serviços Ltda, VÍLSON DO NASCIMENTO CPF 007.004.03892 sócio controlador com 99% das quotas do capital social, e GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS CPF Nº 093.310.46855 no período em que foi sócio e assinou pela empresa (01/01/2007 a 13/11/2008), nos termos dos artigos 124 e 135 do CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966).

Em decorrência das infrações apuradas, foram lavrados os seguintes autos de infração:

a) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS (fls. 1.807/1.808): Total do crédito tributário de R\$ 42.394.824,15, incluídos o tributo, multa de ofício e juros de mora calculados até 12/2012. O fundamento legal foi citado nas fls. 1.810/1.811 e 1.813;

b) Contribuição para o PIS/PASEP (fls. 1.824/1.825): Total do crédito tributário de R\$ 9.203.557,23, incluídos o tributo, multa de ofício e juros de mora calculados até 12/2012. O fundamento legal foi citado nas fls. 1.827/1.829 e 1.831.

Em decorrência dos fatos descritos no Termo de Verificação foram lavrados os seguintes Termos de Sujeição Passiva:

a) Termo de Sujeição Passiva em face de ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES CPF nº 806.302.86868 (fls. 1.799/1.801);

b) Termo de Sujeição Passiva em face de VÍLSON DO NASCIMENTO CPF 007.004.03892 (fls. 1.802/1.803);

c) Termo de Sujeição Passiva em face de GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS CPF Nº 093.310.46855 (fls. 1.804/1.805);

O contribuinte e os sujeitos passivos solidários foram cientificados do Termo de Verificação, dos Termos de Sujeição Passiva e dos Autos de Infração por via postal, conforme Avisos de Recebimento de fls. 3.891 (24/12/2012, GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS), 3.893 (27/12/2012, VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA), 3.895 (23/12/2012, VÍLSON DO NASCIMENTO) e 3.897 (22/12/2012, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES).

O Sr. GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS apresentou a impugnação de fls. 3.901/ 3.905 em 18/01/2013, que pode ser assim sintetizada:

a) Requer que as notificações e intimações sejam feitas, exclusivamente, em nome de CARLOS VIEIRA COTRIM, OAB/SP 69.218 e enviadas pelo correio para o escritório situado na Rua Vergueiro;

b) Ocorre que, apesar do Impugnante constar no quadro societário como "gerente administrador" e, ainda, ter assinado cheques pela empresa VERDURAMA, como apurado na fiscalização, este na realidade nunca atuou como sócio-gerente;

c) Tais fatos foram claramente esboçados na delação premiada realizada pelo Impugnante perante o Ministério Público, onde o mesmo relatou o "esquema de propinas" e "pagamentos indevidos", perpetrados pela empresa investigada;

d) Os atos praticados pelo Impugnante na qualidade de "sócio-gerente" da Verdurama, durante o período de 29/03/04 a 22/09/08 não podem ser considerados como "atos de gestão" ou "com excesso de poderes", pois o mesmo apenas conduzia os negócios da empresa como "testa de ferro";

e) O Impugnante é pessoa simples e os lucros indevidos das movimentações relatadas na fiscalização não geraram proveito direto ao seu patrimônio, mas sim, ao patrimônio dos reais responsáveis pelo esquema, nos amplos termos relatados ao Ministério Público Estadual;

f) Registre-se que a empresa Verdurama não se dissolveu após a saída do Impugnante do seu quadro societário. Nesse passo, aplicável o entendimento de que somente no caso de dissolução irregular, se poderia responsabilizar os sócios;

g) Impõe-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão da presente impugnação, até o julgamento definitivo do procedimento fiscal;

h) Protesta-se, provar o alegado por todos os meios admitidos em direito

ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES apresentou impugnação de fls. 3.922/3.936 em 22/01/2013, na qual alega:

a) O Sr. Delegado da Receita Federal, que deveria ter assinado o auto de infração não o fez; tampouco autorizou seus subordinados (o chefe de equipe de fiscalização e o chefe de fiscalização) e muito menos autorizou o Sr. Fiscal, deixando, assim, de observar todos os pressupostos legais contidos no artigo 11 do Decreto 70235, pelo que, É NULO O LANÇAMENTO;

b) Não tendo sido o auto de infração assinado pelo chefe do órgão expedidor ou por outro servidor autorizado, o Sr. Fiscal é incompetente para assiná-lo, motivo pelo qual impõe-se a nulidade do auto de infração conforme estabelece o artigo 59 do decreto 70.235;

c) O Auto de Infração é passível de nulidade, eis que o Termo de Verificação Fiscal menciona diversos apensos NÃO RECEPCIONADOS pelo Defendente;

d) Sem a consulta dos documentos, o Defendente está incapacitado de elaborar com perfeição sua defesa sendo visível o cerceamento de defesa ora praticado pelo Fisco;

e) Houve ofensa aos princípios da legalidade, segurança jurídica, do contraditório e da oficialidade;

f) Requer seja entregue cópia dos documentos que instruíram o presente processo ou seja disponibilizada vista dos autos à Defendente com consequente devolução de prazo a fim de elaborar e apresentar sua Defesa com perfeição sob pena de Cerceamento de Defesa;

g) Reitera que o Sr. Eloizo retirou-se da sociedade Verdurama em março de 2004 e não podendo ser penalizado mais de cinco anos após deixar a sociedade, com a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária eis que não gerencia a Verdurama desde sua saída do quadro societário;

h) O fato do Sr. Eloizo continuar como pessoa autorizada a movimentar as contas bancária da Verdurama e o fato de manter conta de mútuo com pessoas ligadas na Verdurama em 30/06/2009, não significa que continua gerindo a empresa. Efetivamente, o presente Termo de Sujeição Passiva Solidária foi embasada em indícios e presunção que deve ser afastada em nome da Justiça;

i) A responsabilidade solidária está descrita no artigo 124, do Código Tributário Nacional e através de sua leitura é evidente não existir qualquer compatibilidade com a sujeição passiva solidária atribuída ao Defendente, eis que NÃO É sócio administrador do sujeito passivo e não se enquadra em nenhum dos incisos existentes na referida norma;

j) Resta claro que só existe solidariedade nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte VERDURAMA, o que não vem ao caso, já que o sujeito passivo é empresa constituída e o sócio compareceu para atender o procedimento fiscal;

k) Importante atentar-se para o previsto no parágrafo único, do artigo 134, do Código Tributário Nacional, que prevê somente a aplicação das penalidades moratórias, o que

significa dizer que o responsável tributário somente seria atingido pelo atraso no pagamento do tributo e não pelas penalidades decorrentes da infração efetivamente praticada pelo contribuinte, ressalvada a hipótese de existência de dolo do responsável tributário, que não foi o que ocorreu no caso em tela;

l) Não se aplica ainda o disposto no inciso III, do artigo 135 do CTN, eis que o Sr. Eloizo não é diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado (Verdurama); não há como comprovar excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto pois NÃO É SÓCIO ADMINISTRADOR DA VERDURAMA DESDE 29/03/2004;

m) Requer à Vossa Senhoria, acolha a preliminar aduzida, determinando a nulidade do procedimento fiscal; ou caso assim não entenda, entrega dos documentos (apensos) que acompanham auto de infração ou a disponibilização dos autos para vistas e assim devolver prazo para apresentar defesa sob pena de cerceamento de defesa;

n) Protesta provar a veracidade do alegado por todos os meios de prova em direito admitidos;

o) Requer, se digne Vossa Senhoria conhecer a presente Defesa e julgá-la totalmente procedente, declarando insubsistente o Termo de Sujeição Passiva Solidária.

O Sr. VÍLSON DO NASCIMENTO apresentou a impugnação de fls. 3.944/3.954 em 29/01/2013, em que alega a nulidade do auto de infração e do Termo de Sujeição Passiva e requer a redução das penalidades aplicadas e a produção de todas as provas em direito admitidas.

A empresa VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA manifestou seu inconformismo contra o lançamento de ofício por intermédio da impugnação de fls. 3.956/3.963, protocolizada em 29/01/2013, na qual entende ser nulo o auto de infração e o Termo de Sujeição Passiva, requer a redução das penalidades aplicadas e produção de todas as provas em direito admitidas.

A DRJ/SP1 indeferiu a impugnação com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano calendário: 2007, 2008, 2009

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

A receita apurada junto à escrituração contábil da empresa que deixar de ser oferecida à tributação deve ser objeto de lançamento de ofício.

GLOSA DE CRÉDITOS.

Os créditos não-cumulativos utilizados pelo contribuinte na apuração do tributo devido que não forem comprovados devem ser glosados pela fiscalização.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano calendário: 2007, 2008, 2009

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

A receita apurada junto à escrituração contábil da empresa que deixar de ser oferecida à tributação deve ser objeto de lançamento de ofício.

GLOSA DE CRÉDITOS.

Os créditos não-cumulativos utilizados pelo contribuinte na apuração do tributo devido que não forem comprovados devem ser glosados pela fiscalização.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO.

As impugnações apresentadas em desacordo com o prazo legal estabelecido pelas normas de regência não devem ser conhecidas.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Deve ser mantido o Termo de Sujeição Passiva lavrado pela fiscalização quando ficar demonstrada a responsabilidade solidária do recorrente.

O acórdão recorrido também decidiu:

1) Deixar de conhecer as impugnações apresentadas por VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA e VÍLSON DO NASCIMENTO CPF nº 007.004.03892, por serem intempestivas;

2) Considerar improcedentes as impugnações apresentadas por ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES CPF nº 806.302.86868 e GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS CPF nº 093.310.46855.

ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES CPF nº 806.302.86868 e GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS CPF nº 093.310.46855, apresentaram recurso voluntário, em que repetem os argumentos das respectivas impugnações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas, Relator.

Preliminarmente, cumpre informar que o responsável solidário GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS foi cientificado do acórdão da DRJ em 12/01/2014, conforme Aviso de Recebimento de fl. 4.029 e apresentou recurso voluntário em 18/02/2014. Portanto o recurso voluntário é intempestivo e não será conhecido.

O responsável solidário ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES apresentou recurso voluntário tempestivo.

A empresa autuada apurou o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica por meio do lucro real, nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, sujeitando-se assim ao regime não-cumulativo, para fins de tributação do PIS e da COFINS neste período.

Ao analisar as DCTF apresentadas pelo contribuinte, referentes aos períodos de apuração de 10/2008 a 12/2009, fls. 3.979/3.993, observou-se que nada foi declarado como débito de PIS e de COFINS.

Na escrituração contábil digital do contribuinte, mais precisamente nas contas 310100100001 e 310100100002 fica demonstrado que a empresa autuada auferiu relevantes receitas mensais. A título de exemplo, nos meses de Outubro/2008 e Novembro/2008, auferiu R\$ 12.989.367,05 e R\$ 12.321.405,03, respectivamente.

Não há nenhum documento que indique que a receita bruta apurada na Escrituração Contábil Digital do contribuinte contenha erros. Assim, está correto o procedimento fiscal que apurou PIS e COFINS decorrentes do faturamento indicado na escrituração contábil da empresa.

Por intermédio da Intimação Fiscal nº 18 (fl. 264), cientificada ao contribuinte em 21/05/2012 (fl. 265), a empresa autuada foi instada a comprovar os créditos não-cumulativos de PIS e de COFINS apurados nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, entretanto, o interessado não comprovou os créditos não-cumulativos de PIS e de COFINS.

Em consequência foram glosados os seguintes créditos relevantes de PIS e de COFINS não-cumulativos. A título de exemplo, nos meses de Agosto/2008, computou créditos de PIS de R\$ 176.565,96 e de R\$ 813.273,61 para a Cofins. Já em Setembro/2008 computou R\$ 239.987,53 para o PIS e R\$ 1.105.397,11 para a Cofins.

Da mesma forma, não se identificam documentos capazes de demonstrar a idoneidade destes créditos, assim, deve ser mantida a glosa efetuada pela fiscalização.

A fiscalização aplicou a penalidade equivalente a 112,5 % do tributo devido, com fundamento no artigo 44, I e § 2º, da Lei nº 9.430/1996, por falta de atendimento no prazo devido das intimações.

Como bem dito no acórdão recorrido, encontram-se nas fls. 6 a 297 cerca de 26 intimações para esclarecimentos, apresentação de documentos e arquivos que deixaram de ser atendidas ou foram cumpridas a destempo pelo contribuinte, fato que se subsume ao disposto no artigo 44, I e § 2º, da Lei nº 9.430/1996:

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)

(....)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

Feito esse preâmbulo sobre o auto de infração, passo à análise do recurso voluntário apresentado pelo responsável solidário:

O responsável solidário ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES apresentou recurso voluntário tempestivo, onde, apesar de isso não estar claro no texto do recurso, aparentemente o recorrente queria atacar o mérito da autuação e também atacar a responsabilidade solidária. Portanto analisarei todos as matérias apresentadas.

Preliminarmente, o responsável solidário ataca aspectos formais do lançamento, questionando o fato de o Delegado da Receita Federal do Brasil não ter assinado os autos de infração em tela.

O responsável solidário alega também cerceamento ao direito de defesa, pois diversos apensos citados no Termo de Verificação Fiscal não teriam lhe sido entregues.

Não assiste razão ao recorrente. Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972

Em relação aos apensos do auto de infração, como bem dito no acórdão recorrido, caso o responsável solidário entendesse que os apensos citados no Termo de

Verificação seriam importantes para a formulação de sua defesa, ele deveria ter se dirigido a qualquer unidade da RFB, com o intuito de obter cópias destes documentos, tendo em vista que os autos são digitais. De nenhuma maneira seria concebível que estes apensos fossem encaminhados por via postal pois as peças processuais enviadas ao contribuinte são mais do que suficientes para a formulação da defesa.

O Sr. Eloizo contesta o Termo de Sujeição Passiva, que teria sido lavrado com base em indícios e presunções. Afirma que teria se retirado da sociedade em março de 2004 e a autorização para a movimentação da conta bancária da Verdurama não significaria de forma alguma o exercício da gerência desta empresa.

A fiscalização entendeu *“que o verdadeiro controlador e gestor da Verdurama é o Sr. Eloizo Gomes Afonso Durães”*. Entendeu também que *“Mesmo não constando mais no quadro societário da Verdurama, Eloizo Gomes Afonso Durães continuou gerenciando, de fato, a Verdurama”*.

Para corroborar este entendimento a fiscalização fez remissão à denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Sr. Eloizo, entre outros, que se encontra no anexo 6 do Termo de Verificação (fls. 565/644).

Este trabalho, elaborado pelo Grupo Especial de Repressão aos Delitos Econômicos, teve como fulcro demonstrar que o impugnante associou-se a outras pessoas *“com a finalidade de exercer domínio do mercado no fornecimento de merenda às escolas públicas municipais, mediante ajustes e acordos, que visavam controlar os vencedores dos certames e permitir um rodízio entre as empresas cartelizadas”*.

Especificamente quanto à ligação existente entre o Sr. Eloizo e a empresa Verdurama, o Ministério Público relatou os seguintes fatos, transcritos no Termo de Sujeição Passiva:

(...)

d) em 30/11/2007. Eloíso Gomes Afonso Durães foi avalista de "cédula de crédito bancário" em contrato entre a "Verdurama" e o Banco do Brasil (fls. 53 PIC 13/09);(..)

f) em 8/1/2008. Eloíso figurou como garantidor de mútuo feito pela "Verdurama" junto ao Bic Banco (fls. 38/41 PIC 13/09);(...)

g) em março de 2007. Eloíso figurou como fiador de financiamento feito pela "Verdurama" junto ao Banco do Brasil (fls. 42/48 PIC 13/09);

h) em 24/10/2008. ELOISO foi surpreendido tendo no portamalas do veículo BMW, de placas FRA 5460 (SP), registrado em nome da "Verdurama", uma bolsa contendo R\$ 150 mil em espécie (fls. 3410 PIC 7/08). As notas estavam dentro de um envelope com os dizeres: "De merenda Londrina para Rose Diretoria";

Os fatos acima narrados demonstram a relação mantida entre o Sr. Eloizo e a empresa Verdurama, mesmo após sua retirada dos quadros societários desta empresa. Afinal

qual interesse teria uma pessoa física em assumir a responsabilidade pelo pagamento de dívidas contraídas por uma empresa estranha.

Outro fato que demonstra esta ligação e ressalta a influência do Sr. Eloizo na empresa Verdurama, é a posse de um automóvel de luxo de propriedade da Verdurama.

A administração da empresa Verdurama pelo Sr. Eloizo ficou evidenciada também pela existência de autorização expressa para que ele pudesse movimentar contas bancárias da Verdurama, conforme destacado pela fiscalização (fl. 302):

Ressalta-se que apesar de não ser mais sócio da Verdurama, Eloizo Gomes Afonso Durães ainda figurou no cadastro dos bancos Daycoval, Pine e Safra como habilitado para assinar pela empresa.

Por fim, o próprio sócio da empresa Verdurama Genivaldo Marques dos Santos, em depoimento prestado à Polícia Civil de São Paulo em 26/04/2011, ratificou a atividade gerencial exercida pelo responsável solidário:

(...) afirma o declarante que quem gerenciava a Verdurama era Eloizo Durões, sócio majoritário da SP Alimentação.

Por todos estes fatos entendo ser correto o procedimento fiscal que resultou na lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado em face do recorrente, nos termos do artigo 135, III, do CTN, assim fundamentado pela fiscalização:

Mesmo não constando mais no quadro societário da Verdurama, Eloizo Gomes Afonso Durães continuou gerenciando, de fato, a Verdurama, o que configurou infração ao contrato social ou estatuto.

O recorrente entende que deve cumprir a obrigação tributária somente no caso de o contribuinte não ser capaz de honrá-la, entretanto, este benefício de ordem não existe quando se trata do instituto da responsabilidade solidária, sendo reservado à responsabilidade subsidiária.

Em relação ao requerimento para a produção de todas as provas em direito admitidas, cabe ressaltar que as provas admitidas no processo administrativo fiscal são a diligência, perícia e prova documental.

Não há razão para aceitar a solicitação para a realização de diligência, se as provas necessárias para a autuação e para a defesa já estão nos autos.

Portanto, entendo que não assiste razão ao recorrente responsável solidário. Como dito, o responsável solidário GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS foi cientificado do acórdão da DRJ em 12/01/2014, conforme Aviso de Recebimento de fl. 4029 e apresentou recurso voluntário em 18/02/2014. Portanto o recurso voluntário é intempestivo.

Assim, voto por negar provimento ao recurso voluntário do responsável solidário ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES e voto por não conhecer do recurso voluntário do responsável solidário GENIVALDO MARQUES DOS SANTOS por ter apresentado recurso voluntário intempestivo.

Processo nº 19515.722140/2012-11
Acórdão n.º **3301-002.968**

S3-C3T1
Fl. 1.417

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator

(ASSINADO DIGITALMENTE)

LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS

CÓPIA