



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

Processo nº 19515.722667/2012-37
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-002.050 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2017
Matéria LUCRO ARBITRADO - DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
Recorrente FLABACAR COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

NULIDADE. PEDIDO QUE SE AFASTA.

Não havendo caracterizada nenhuma circunstância daquelas previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, tampouco alguma condição de anulabilidade do art. 10 do mesmo regramento legal, impõe-se o afastamento do pedido de nulidade.

PRECLUSÃO PROCESSUAL. IMPUGNAÇÃO NÃO APRESENTADA E RECURSO VOLUNTÁRIO APRESENTADO. AUTUAÇÃO QUE SE MANTÉM.

Se a parte autuada não impugna o lançamento fiscal, configurada está a preclusão processual, devendo ser mantida a responsabilidade tributária a ela atribuída, mesmo que apresente posteriormente recurso voluntário tempestivo. Isto porque deve prevalecer, para ambos os lados da relação processual, o direito ao contraditório e o acesso ao duplo grau de jurisdição, o que seriam violados caso o recurso voluntário fosse admitido.

PRECLUSÃO PROCESSUAL. IMPUGNAÇÃO NÃO APRESENTADA. SOLIDARIEDADE QUE SE MANTÉM.

Se a parte autuada não impugna o lançamento fiscal, configurada está a preclusão processual, devendo ser mantida a responsabilidade tributária a ela atribuída.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS.

A falta de apresentação dos livros comerciais exigidos pela legislação deve ensejar o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, III, do RIR/1999.

ATIVIDADE DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS X ATIVIDADE DE INTERMEDIÇÃO. CARACTERIZAÇÃO PARA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO A SER TRIBUTADA.

Se a empresa autuada é quem negocia com os clientes, recebe os pedidos, efetua a encomenda no exterior dos veículos, embora não realize a importação, pagando, para isso, uma taxa para importadora, caracterizado está que a empresa autuada desenvolve atividade de compra e venda de veículos, devendo ser afastada alegação de que a atividade é de mera intermediação. Assim, correta a autuação com base em tal atividade de compra e venda de veículos.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Aos depósitos bancários creditados nas contas correntes da empresa, aplica-se a presunção de omissão de receitas conforme disposto no *caput* do art. 42, da Lei nº 9.430/1996. Em não se comprovando os depósitos, converte-se tal presunção em omissão de receitas, passíveis de tributação.

EXTRATOS BANCÁRIOS. REQUISIÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELA AUTORIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE.

O STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 601.314, julgado com repercussão geral, reconheceu a legalidade do fornecimento de informações sobre movimentação bancária dos contribuintes, pelas instituições financeiras ao fisco, para fins de apuração de créditos tributários.

MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DE SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. QUALIFICAÇÃO QUE SE MANTÉM POR SUAS RAZÕES.

Comprovada a intenção dolosa da empresa em deixar de declarar e tributar os impostos obrigatórios e inerentes à sua atividade mercantil, mormente pela prática reiterada de omitir informações durante 2 (dois) anos consecutivos, impõe-se a qualificação da multa de ofício, por subsunção da prática do sujeito passivo com o disposto no §1º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

CSLL, PIS E COFINS. REFLEXOS.

Pela íntima relação de causa e efeito, o lançamento do IRPJ aplica-se à CSLL, ao PIS e à COFINS.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. COMPROVAÇÃO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. CABIMENTO.

Comprovado que os sócios de fato e de direito praticaram atos dolosos com intenção de ocultar a ocorrência do fato gerador e/ou de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fiscal sobre a sua ocorrência, conclui-se pela manutenção da responsabilidade solidária ora atribuída.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

O interesse comum representa o interesse jurídico em relação à omissão dolosa da ocorrência do fato gerador ou de seu conhecimento por parte da

autoridade fiscal. Entretanto, em alguns casos, o interesse jurídico não está completamente dissociado do interesse econômico, razão pela qual se restar configurado o interesse econômico, pressupõe-se a ocorrência do interesse jurídico. Responsabilidade solidária que se mantém.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Quando sequer comprovado o interesse econômico do suposto responsável solidário, e sendo inaplicável o teor do art. 135, III, do CTN, em razão de não ter exercido a administração da empresa autuada, correto o afastamento da responsabilidade solidária outrora atribuída.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário apresentado por Juan Sabaté Font. Na parte em que conhecidos os recursos, acordam os membros do Colegiado em afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao Recurso de Ofício e aos Recursos Voluntários da empresa e do responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto, Daniel Ribeiro Silva e José Roberto Adelino da Silva. Ausentes, momentaneamente, as Conselheiras Livia De Carli Germano e Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (DRJ/JFA), que, por meio do Acórdão 09-46.225, de 05 de setembro de 2013, julgou improcedente a impugnação da empresa em epígrafe e do responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, CPF 516.438.20834, e, por outro lado, julgou procedente a impugnação do responsável solidário Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, CPF 138.913.558-06.

Quanto aos demais responsáveis solidários, Flávio Pedro de Moraes Nazarian Filho - CPF nº 036.672.898-98; Arthur de Almeida Prado - CPF 046.192.078-61; Eduardo Bandeira Barreto - CPF 028.377.778-89; Zeta Importação e Exportação Ltda - Massa Falida - CNPJ 03.837.719/0001-70; Juan Sabaté Font - CPF 029.925.828-91; e Ivaldo José Antero - CPF 192.109.142-87, a autuação foi mantida pela falta de apresentação de impugnação.

O crédito tributário lançado se refere à exigência do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e COFINS) - IR e CS pelo lucro arbitrado e Pis e Cofins pelo regime cumulativo - devidos nos anos-calendário 2007 e 2008, em decorrência de movimentação financeira incompatível com a receita declarada, cujo montante, na época dos fatos, atingiu a R\$ 9.094.185,03, incluídos multa e juros.

Em razão de conduta fraudulenta, a fiscalização aplicou a multa de ofício qualificada de 150%.

Como já adiantado acima, houve atribuição de responsabilidade solidária aos sócios de direito da recorrente e a demais pessoas (físicas e jurídicas) envolvidas no suposto esquema fraudulento apurado pela auditoria fiscal.

Por bem delineado, reproduzo relatório do acórdão da DRJ/JFA:

(início da transcrição do relatório constante no acórdão da DRJ/JFA)

Contra a contribuinte identificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 697 e seguintes, referentes ao IRPJ, PIS CSLL, Cofins e, que lhe exigem um crédito tributário de **R\$ 9.094.185,03** (nove milhões, noventa e quatro mil, cento e oitenta e cinco reais e três centavos), com juros de mora calculados até novembro de 2012, sendo:

IRPJ	993.440,58
Juros de Mora	484.194,04
Multa Proporcional (passível de redução)	1.490.160,84
TOTAL	2.967.795,46

PIS	281.196,16
Juros de Mora	139.490,76
Multa Proporcional (passível de redução)	421.794,19
TOTAL	842.481,11

CSLL	467.218,34
Juros de Mora	227.486,88
Multa Proporcional (passível de redução)	700.827,50
TOTAL	1.395.532,72

Cofins	1.297.828,74
Juros de Mora	643.803,95
Multa Proporcional (passível de redução)	1.946.743,05
TOTAL	3.888.375,74

Dos Autos de Infração, há que se destacar o seguinte:

IRPJ (fls. 706)

*Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2007 06/2007
09/2007 12/2007 03/2008 06/2008 09/2008 12/2008*

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

001 DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valor apurado conforme Termo de Constatação e Verificação.

...

PIS (fls. 717)

001 - PIS SOBRE OMISSÃO DE RECEITA

FALTA/INSUFICIÊNCIA DO PIS

Valor apurado conforme Termo de Constatação e Verificação.

...

Cofins (fls. 728)

001 - COFINS - OMISSÃO DE RECEITA

Valor apurado conforme Termo de Constatação e Verificação.

...

CSLL (fls.739)

001 - CSLL SOBRE OMISSÃO DE RECEITA

Valor apurado conforme Termo de Constatação e Verificação.

A seguir seguem trechos do Termo de Constatação e Verificação Fiscal, fls. 744 e seguintes:

4.1 O Termo de Início de Procedimento Fiscal foi elaborado em 01/08/2011, prevendo se a intimação pessoal do contribuinte.

Através do mesmo se intimava o contribuinte a apresentar no prazo de 20 (vinte) dias corridos à fiscalização os seguintes documentos, relativos aos anos calendário 2007 e 2008:

- Livros Diários e Razão.

- Livros de Registro de Entradas e de Saídas de Mercadorias e/ou Serviços.

- Extratos bancários de todas as contas correntes e aplicações financeiras.

- Esclarecimentos sobre a regular contabilização da movimentação financeira.

- Contrato Social e alterações correspondentes aos últimos cinco anos.

Quando do comparecimento ao endereço cadastral constante nos sistemas da Receita Federal do Brasil (RFB), para a intimação na mesma data da lavratura do Termo de Início, constatou-se que o mesmo não mais se encontrava estabelecido no local, a vista do que se elaborou o Termo de Constatação e Diligência n. 01, relatando o fato.

Posteriormente obteve-se a informação de que o contribuinte teria se mudado em junho/2009 para outro endereço localizado no Centro Comercial Alphaville em Barueri, sem informar à RFB, onde atuaria sob outra denominação.

Procedeu-se então a diligência no novo local informado, constatando-se que também neste o contribuinte não mais se encontrava, sendo na mesma data elaborado o Termo de Constatação e Diligência n. 02.

Considerando que o contribuinte, não foi localizado em seu domicílio tributário para ser intimado, o mesmo foi cientificado do início do procedimento fiscal através do Edital nº 227/2011 afixado em 05/12/2011 e retirado em 20/12/2011.

Em 02/03/2012, diante do não comparecimento do contribuinte e com vistas a obter os elementos solicitados, elaborou-se o Termo de Início de Procedimento Fiscal n. 02, enviado pelo correio para os responsáveis legais do mesmo, nos endereços residenciais que constavam nos sistemas da RFB, através de Avisos de Recebimento (AR).

Apesar de regularmente intimado, uma vez que o sócio administrador Flavio Pedro Moraes Nazarian Filho recebeu a intimação em 08/03/2012 e o sócio Arthur de Almeida Prado em 07/03/2012, o contribuinte novamente não atendeu à intimação,

não comparecendo, não enviando os documentos e nem apresentando qualquer justificativa.

Como última tentativa para obter os elementos solicitados, em 29/03/2012 foi elaborado o Termo de Reintimação Fiscal, enviado para os endereços residenciais dos responsáveis legais do contribuinte pelo correio, sendo o mesmo recebido por ambos.

Em 02/04/2012 foi elaborado o Termo de Intimação Fiscal com base em informações obtidas através de pesquisas realizadas na Internet, para o comparecimento de Eduardo Bandeira Barreto, para que este prestasse esclarecimentos e apresentasse elementos com relação ao contribuinte.

Eduardo Bandeira Barreto, segundo as informações, era o responsável pela empresa "Barreto Import", denominação pela qual a Flabacar era conhecida no mercado, a ponto de constar o nome daquela empresa na fachada do contribuinte, bem como em seu site na internet.

Saliente-se que "Barreto Import" e Eduardo Barreto na ocasião, eram referências no mercado de veículos importados de alto luxo em São Paulo e no País. Anteriormente, Barreto fora inclusive Presidente da Associação Brasileira de Comerciantes e Importadores Autônomos de Veículos Automotores.

Mesmo não fazendo parte do quadro societário da Flabacar, Eduardo Barreto era quem efetuava os contatos e negociações com os fornecedores e com os clientes, bem como coordenava as importações, segundo informações obtidas.

Intimado, o mesmo compareceu em 18/04/2012 à RFB e sucintamente declarou perante os auditores fiscais Eugênio Carlos Goffi e Esther Antonioli Guimarães:

a- Que trabalhara na Flabacar, como agente de negócios, não participando como sócio. Justificou este fato, sob o argumento de que na época estava se separando da esposa e que não queria ter bens que pudessem vir a ser partilhados na separação.

b- Que sua atuação na empresa se limitava à obtenção e venda de veículos, em função do conhecimento que tinha do mercado de importados. Nesse aspecto, informou que a "Barreto Import" fora criada por seu pai na década de 1950, com quem trabalhou por vários anos e sucedeu no comando do negócio.

c- Inquirido, declarou que na empresa o atendimento aos atuais e potenciais clientes, bem como as vendas de veículos, eram efetuadas tanto por ele como por Flávio Nazarian..

d- Que não tinha qualquer vínculo empregatício com a Flabacar, recebendo as comissões sobre as vendas de veículos que efetuava por meio de cheques. Afirmou que não trabalhava exclusivamente para a Flabacar, realizando também outros negócios.

e- Que não efetuava pagamentos, não assinava cheques ou recibos e que não tinha procuração para representar a empresa junto a instituições financeiras.

f- Que a sílaba "ba" no nome Flabacar, não se referia a Barreto.

g- Que sua ligação com a Flabacar terminara em fins de 2008, quando da queda nas vendas de veículos por importadores independentes. Após sair, mudou para Barueri, onde continuou atuando como "Barreto Import" por mais 6 (seis) meses.

h) Que fora pessoalmente denunciado na Operação Posseidon, operação efetuada pela Polícia Federal em conjunto com a Receita Federal no Porto de Vitória, por ser ele quem mantinha contato com a empresa importadora dos veículos comercializados pela Flabacar, denominada Zeta Importação e Exportação Ltda, bem como pelo fato de ser a Barreto Import e não Flávio Nazarian quem atuava no mercado de importados.

i) Por outro lado, inquirido sobre o fato de anteriormente ter sido denunciado por descaminho e falsidade ideológica na Operação Dilúvio havida em 2006, também efetuada pela Polícia Federal e pela Receita Federal no Paraná, informou já ter sido inocentado, o que posteriormente se comprovou.

As declarações dadas pelo depoente aos Auditores Fiscais da RFB, foram reduzidas a termo, sendo firmadas pelos mesmos.

Finalmente, em atendimento ao Termo de Reintimação Fiscal lavrado em 29/03/2012, compareceu também à RFB em 23/04/2012 o sócio administrador da Flabacar Flávio Pedro de Moraes Nazarian Filho, acompanhado da atual contadora da empresa, apresentando apenas os Livros Diários e Razão relativos aos anos calendário 2006, 2007, 2008 e 2009 todos sem o devido registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo Jucesp, fato este registrado no competente protocolo de recebimento da documentação entregue, bem como não refletindo a real movimentação da empresa, a vista do que a Contabilidade foi considerada imprestável para efeito de fiscalização. Quanto aos demais documentos solicitados nos Termos de Intimação e de Reintimação Fiscal, alegando dificuldades em obtê-los, solicitou um prazo adicional, ficando de apresentá-los à fiscalização em 04/05/2012.

Aproveitando a presença do sócio, obteve-se do mesmo uma série de esclarecimentos, os quais foram registrados como Termo de Declaração denominado de nº 2, elaborado na ocasião e cuja assinatura do depoente ficou marcada para 04/05/2012, quando de seu retorno para a apresentação dos documentos faltantes. Sucintamente, Flávio Nazarian Filho declarou na ocasião:

a- Que anteriormente à Flabacar, ele tivera outra empresa denominada Flabaru Comércio de Veículos, com o mesmo objeto social e que foi extinta em dezembro de 2006. A mesma fora criada, para aproveitar o "expertise" de um seu conhecido, Eduardo Bandeira Barreto, o qual era titular de uma tradicional empresa especializada na importação e comercialização de veículos importados, denominada "Barreto Import".

b- Na ocasião, afirmou, desconhecia o mercado de veículos, tendo entrado no negócio como sócio capitalista. Por outro lado, pelo fato de tanto ele como Eduardo Barreto terem restrições de crédito na época, a Flabaru foi constituída em nome de um seu primo chamado Ruy Pedro Nazarian Júnior e de sua então esposa Andréia Yasmin Duarte, os quais se limitavam aos aspectos formais, sendo a empresa gerida efetivamente por Eduardo Barreto.

c- Que em finais de 2006, constituíra a Flabacar, tendo como sócios ele, que era o sócio administrador e um amigo Arthur Almeida Prado, este colocado no contrato apenas porque para o registro na Jucesp eram necessários ao menos dois sócios. Segundo afirmou, Eduardo Barreto não constou formalmente na sociedade por estar em processo de separação matrimonial, mas era este que operava a empresa de fato, a exemplo do que ocorrera anteriormente na Flabaru, efetuando os contatos com os fornecedores e clientes bem como realizando as importações por meio de uma empresa denominada Zeta Importação e Exportação Ltda. Por ter a senha do banco, Barreto fazia também movimentações bancárias através da internet, em nome da Flabacar.

d) Que a Flabacar paralisou as atividades em março de 2009, em virtude do mercado de veículos importados por importadores independentes ter tido uma parada, quando da liberação das importações diretamente para as marcas produtoras. Informou que por ter débitos tributários, a empresa não encerrou formalmente as atividades e nem atualizou seus dados junto aos órgãos competentes.

Após a paralisação da Flabacar, Eduardo Barreto mudou-se para Barueri, onde continuou operando a "Barreto Import" por mais seis meses em um espaço cedido por um amigo.

e) A atual contadora da empresa, informou na ocasião, que ao assumir a contabilidade em 2010, constatou que a empresa havia apresentado declarações de IRPJ sem movimento para os anos de 2006 a 2009, a vista do que elaborara declarações retificadoras com base em dados e planilhas apresentadas a ela pelo sócio administrador Flávio Nazarian Filho, não tendo tido acesso a outros documentos, tais como extratos bancários, contratos de compra e venda de veículos ou notas fiscais..

Apesar de haver se comprometido a apresentar os documentos ainda faltantes em 04/05/2012, bem como a assinar o termo de declaração elaborado quando de seu depoimento, Flávio Nazarian não compareceu, não enviou os documentos solicitados e nem apresentou qualquer justificativa.

Em decorrência, em 07/05/2012 foi elaborado o Termo de Reintimação Fiscal nº 2, contendo as mesmas solicitações dos anteriores, enviado aos responsáveis legais por meio de AR's, recebidos por ambos em 08/05/2012, e novamente não atendido.

4.2. Considerando que o contribuinte não fora localizado no endereço constante no CNPJ, fato esse comprovado através de Termo de Diligência, bem como não apresentara todos os documentos solicitados, em 07/05/2012 foi elaborado também o Termo de Embaraço à Fiscalização, cuja comunicação foi efetuada para o contribuinte por meio do Edital 78/2012, afixado em 07/05/2012 e retirado em 28/05/2012, bem como para os responsáveis legais pela empresa através do Correio, sendo os respectivos AR's recebidos em 08/05/2012

Em 12/05/2012 foi elaborada também Representação Fiscal para Fins de Declaração de Inaptidão da Inscrição da Pessoa Jurídica no CNPJ/MF (Processo 19515.720538/2012-12), com base no artigo 216, parágrafo 4º do Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda).

4.3. Diante da não apresentação pelo contribuinte dos documentos solicitados, bem como para esclarecer as reais pessoas físicas e jurídicas envolvidas na gestão e administração dos negócios da empresa, foi elaborada a Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), aos Bancos ABN Amro Real S/A e Sofisa S/A instituições financeiras com as quais a empresa havia operado em 2007 e em 2008.

O Banco Sofisa S/A atendeu à solicitação em 24/05/2012, apresentando cópias dos extratos bancários da conta 000012172-1 na agência 00019 nos anos de 2007 e 2008, da proposta de abertura de conta PJ, das informações para cadastro da PJ, das informações para cadastro da PF e do cartão de assinaturas.

Sucintamente constava, que o único autorizado a assinar pela empresa era Flávio Pedro de Moraes Nazarian e que a movimentação financeira nos dois anos tinha sido muito pequena, ressaltando-se que no período não havia ocorrido lançamentos a crédito. A Conta havia sido aberta em 08/11/2006 e a única referência comercial informada pela Flabacar era a empresa Zeta Trading.

O Banco ABN Amro Real, atual Banco Santander, atendeu à solicitação em 11/07/2012, apresentando na ocasião apenas cópia dos extratos bancários da conta 1004913 na agência 0986, nos anos de 2007 e de 2008. Quanto aos demais documentos solicitados especificamente os cartões de assinatura, proposta de abertura da conta e eventuais procurações para representar a empresa junto ao banco, comunicou que necessitava de mais tempo para entregá-los.

4.4. Com o intuito de verificar a possível existência de procurações delegando poderes a terceiros para representar a Flabacar perante bancos e terceiros, procedeu-se durante o mês de junho/2012 à solicitação também de informações para todos os Tabelionatos de Notas da Capital.

Pelas respostas obtidas durante o decorrer dos meses de julho e agosto/2012, verificou-se que nenhuma procuração havia sido lavrada por Flávio Nazarian Filho ou pela empresa, para a "Barreto Import", Eduardo Barreto, Arthur de Almeida Prado ou outros.

4.5. Com base nos elementos apresentados pelos Bancos ABN Amro Real e Sofisa, durante o mês de agosto/2012, elaborou-se o "Demonstrativo da Movimentação Financeira da Flabacar – Valores Considerados", demonstrativo esse que relaciona e consolida todos os créditos recebidos pelo contribuinte por meio das instituições financeiras e que é apresentado em anexo.

Elaborado com o objetivo de subsidiar o questionamento dos responsáveis pela empresa quanto às diferenças apuradas entre os valores movimentados e os informados à RFB, discrimina os valores depositados a crédito na conta da empresa, tendo sido subtraídos dos montantes mensais os valores relativos aos cheques devolvidos.

Em 06/09/2012, com base nos valores discriminados no Demonstrativo da Movimentação Financeira acima citado, foi elaborado o Termo de Intimação Fiscal n. 03, através do qual a empresa, Flávio Nazarian Filho e Eduardo Barreto foram intimados a justificar as diferenças entre os valores declarados e os oferecidos à tributação.

A empresa foi cientificada por meio do Edital 174/2012, afixado em 06/09/2012 e retirado em 24/09/2012 e Flávio Nazarian Filho e Eduardo Barreto foram pessoalmente intimados pelo correio, por meio de AR's recebidos em 11/09/2012 por Eduardo Barreto e em 12/09/2012 por Flávio Nazarian Filho.

Flávio Nazarian Filho não atendeu à intimação e nem apresentou qualquer justificativa.

Eduardo Barreto enviou correspondência, acusando o recebimento da intimação e reiterando os termos de sua declaração de abril/2012, na qual afirmara que não tinha nem nunca tivera qualquer responsabilidade administrativa pela Flabacar e que portanto não poderia opinar ou comentar sobre movimentação financeira da empresa.

4.6. Ainda com base nas informações obtidas junto às instituições financeiras, devido as remessas de recursos nelas identificadas bem como em novas pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da RFB, com o objetivo de configurar o real quadro de pessoas físicas e jurídicas beneficiárias dos negócios da Flabacar, e para confirmar as relações comerciais havidas entre eles, foram abertos em meados de outubro/2012, Mandados de Procedimento Fiscais Diligências vinculados. Na sequência foram intimadas determinadas pessoas ou representantes de empresas que por terem participado dos fatos à época, poderiam contribuir para o esclarecimento da efetiva atuação de cada um deles, bem como eventualmente apresentar algum elemento de prova, a saber:

a) Zeta Importação e Exportação Ltda, empresa esta que efetuava as importações de veículos comercializados pela Flabacar e para a qual foram efetuados vultuosos depósitos.

b) Juan Sabate Font, um dos sócios administradores da Zeta.

c) *Arthur de Almeida Prado, sócio da Flabacar desde a sua constituição até sua paralisação, que apesar de intimado seguidas vezes ainda não comparecera.*

d) *Ruy Pedro Nazarian, que fora sócio administrador da Flabaru quando da constituição e posteriormente sócio desta.*

e) *Andréia Yasmin Duarte, ex esposa de Flávio Nazarian Filho e sócia administradora da Flabaru na maior parte da existência da empresa, que mesmo após o encerramento desta, recebeu em sua conta corrente bancária pessoal valores pagos pela Flabacar durante 2007 e 2008.*

f) *Marcelo Pedro Nazarian, irmão de Flávio Nazarian Filho e durante um pequeno período sócio da Flabaru. Ele também recebeu valores da Flabacar, depositados em sua conta corrente pessoal.*

g) *Darlene Maria Ferreira de Abreu Barreto, ex esposa de Eduardo Barreto.*

h) *N. Park Comércio Importação e Exportação Ltda, cliente que efetuara os maiores depósitos na conta da Flabacar, bem como Ricardo Skerlak, um dos seus sócios administradores.*

i) *Barra Peixe Participações Ltda, empresa que fora criada em maio/2008, no mesmo endereço da Flabacar, tendo como sócios dentre outros Flávio Nazarian Filho, Arthur de Almeida Prado, Eduardo Barreto, Armando Mellão e Marcos Dutra Pettinati. Destes, foram intimados os três últimos, em seus endereços residenciais.*

Compareceram à RFB apenas Juan Sabate Font; Ruy Pedro Nazarian, o pai de Marcelo Pedro Nazarian, o representando pois o mesmo atualmente mora em Manaus; Darlene Maria Ferreira de Abreu Barreto; e Ricardo Skerlak e Antonio Carlos Skerlak, estes representando a N. Park Ltda, os quais depuseram tendo sido lavrados a termo suas declarações.

A Barra Peixe Participações Ltda e Andréia Yasmin Duarte não puderam ser intimados uma vez que não foram localizados nos endereços cadastrais que constavam nos sistemas da Receita Federal. Os demais, apesar de regularmente intimados, não compareceram e nem apresentaram qualquer justificativa.

Os esclarecimentos prestados e os elementos apresentados pelas pessoas intimadas que compareceram, comprovaram os indícios de que Flabacar, Barreto Import, Flávio Nazarian Filho, Eduardo Barreto, Zeta e seus responsáveis legais trabalhavam em conjunto, com o objetivo de nacionalizar os veículos importados por valores subfaturados, bem como de omitir a participação da Flabacar nas negociações.

Sucintamente, a partir de uma encomenda efetuada por pessoa física ou jurídica com pagamento de sinal de aproximadamente metade do valor pactuado, Eduardo Barreto/Barreto Import solicitava a agentes de compra de sua confiança na Flórida/EUA a aquisição do veículo e seu envio para empresas localizadas em Miami/EUA. Estas, orientadas por Eduardo Barreto/Barreto

Import segundo informado, emitiam fatura de venda para a Zeta, em geral, com valor bastante inferior ao real.

A Zeta, ao receber o veículo, no porto de Vitória, onde gozava de isenções fiscais, registrava a Declaração de Importação no Brasil em seu nome e posteriormente emitia nota fiscal diretamente para a pessoa física ou jurídica que havia adquirido o veículo da Barreto Import/Flabacar, após o comprador efetivar o pagamento da parte restante a esta última, acrescido dos tributos alfandegários.

Desta forma, apesar de efetivamente receber os valores relativos às vendas dos veículos efetuadas para os compradores e de efetuar pagamentos à Zeta pela prestação de serviços, a Flabacar não aparecia formalmente, sonegando os tributos internos devidos.

4.7. Posteriormente, em finais de novembro/2012, o Banco ABN Amro Real enviou cópia da proposta de abertura de conta corrente PJ, através da qual se constatou que tanto Flávio Nazarian como Eduardo Barreto estavam autorizados a solicitar talões de cheques e cartões em nome da empresa. A pedido da fiscalização, o banco também apresentou esclarecimentos sobre uma série de lançamentos que haviam constado nos extratos bancários enviados anteriormente em julho/2012.

Pela análise desses lançamentos, verificou-se que haviam sido efetuados entre outros, uma série de depósitos para a Zeta Importação e Exportação Ltda além dos inicialmente identificados, assim como para o sócio desta, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer e para o sócio da Flabacar Arthur de Almeida Prado. Em anexo, é apresentada uma relação com alguns dos valores depositados para os mesmos.

Para comprovar, com documenteis hábeis e idôneos a natureza dos pagamentos recebidos da Flabacar, foram intimados pelo correio os sócios da Zeta Juan Sabate Font, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, Rubens do Nascimento Gonçalves Neto e Ivaldo José Antero, assim como pessoalmente o síndico da massa falida da Zeta Importação e Exportação Ltda Dr. Asdrúbal Montenegro Neto, uma vez que esta tivera sua falência decretada em 16/09/2011. Ressalte-se haverem sido identificados os sócios e o síndico da falência da empresa, com base em ficha cadastral simplificada da Jucesp.

Destes, apesar de regularmente intimados conforme comprovantes de recebimento dos AR's enviados, compareceram apenas os sócios Juan Sabate Font e Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, os quais alegaram que estavam impossibilitados de apresentar os documentos solicitados, uma vez que as instalações da empresa estavam judicialmente lacradas. Confirmaram, entretanto, que as Notas Fiscais relativas aos veículos eram emitidas diretamente para os consumidores finais da Flabacar e não para esta, o que foi formalizado através de Termo de Declaração, anexo.

Os sócios Rubens do Nascimento Gonçalves Neto e Ivaldo José Antero não compareceram e nem se justificaram.

Quanto ao síndico da massa falida, este apresentou declaração informando que a empresa até o momento não depositara em cartório nenhum documento ou mesmo os livros fiscais, ficando assim impossibilitado de atender à solicitação.

5. BASE DE CÁLCULO UTILIZADA E DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Tendo em vista que o contribuinte não apresentou qualquer documento que comprovasse as receitas auferidas e informadas à Receita Federal do Brasil, apesar de regularmente intimado, considerou-se com base de cálculo do IRPJ e dos reflexos, a movimentação financeira havida nas instituições financeiras. Os valores considerados são apresentados em anexo, no Demonstrativo da Movimentação Financeira da Flabacar Valores Considerados.

Por outro lado, aplicou-se ao crédito tributário constituído a multa prevista no artigo 957, inciso II, do Decreto 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda, por estar presente o intuito de fraude definido nos artigos 71 e 73 da Lei 4.502/64, uma vez que ficou demonstrado ao longo deste termo, a conduta do contribuinte e de seus responsáveis na tentativa de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

6. DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL.

Com base nos dados do Demonstrativo da Movimentação Financeira da Flabacar - Valores Considerados, se verificou que as receitas auferidas pela empresa foram de R\$ 26.246.469,80 (Vinte e seis milhões,duzentos e quarenta e seis mil e quatrocentos e sessenta e nove reais e oitenta centavos) em 2007 e de R\$ 17.014.491,12 (dezessete milhões , quatorze mil e quatrocentos e noventa e um reais e doze centavos) em 2008, valores muito superiores aos declarados como receita bruta para a Receita Federal do Brasil através das Declarações de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica DIPJ/2008 - Ano Calendário 2007 e DIPJ/2009 - Ano Calendário 2008, respectivamente nos valores de R\$ 854.753,41 (Oitocentos e cinquenta e quatro mil e setecentos e cinquenta e três reais e quarenta e um centavos) e de R\$ 164.346,41 (Cento e sessenta e quatro mil e trezentos e quarenta e seis reais e quarenta e um centavos)

Em termos mensais, as receitas auferidas pela empresa, em reais, com base na movimentação financeira foram de:

...

7. DO ARBITRAMENTO

O contribuinte foi intimado a apresentar a documentação do anos calendário de 2007 e 2008, conforme Termos de Início de Ação Fiscal, de Intimação Fiscal e de Reintimação Fiscal descritos no item 5, anteriormente.

*Conforme demonstrado acima, contribuinte não apresentou a documentação solicitada. No que tange a não apresentação da escrituração fiscal/contábil, a Fiscalização aplicou o critério de apuração pelo lucro arbitrado, com fulcro no inciso III do art. 530 do Regulamento do Importo de Renda, **in verbis**:*

...

Assim, o critério do arbitramento decorre de expressa previsão legal. A autoridade tributária, impossibilitada de aferir a exatidão da receita declarada em virtude da não apresentação, total ou parcial, de livros ou documentos pela pessoa jurídica regulamente intimada, como é o caso em questão, está legitimada a adotá-lo como meio de apuração da base de cálculo dos tributos e contribuições administradas pela Receita Federal do Brasil.

8. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Fruto da análise efetuada, concluiu-se que havia um liame inequívoco e complementar, entre as atividades exercidas pela Flabacar e seus responsáveis legais, pela Zeta e seus responsáveis legais e por Eduardo Bandeira Barreto / "Barreto Import", caracterizada pela vinculação gerencial ou operacional existentes.

Havia na prática, a formação de um grupo informal de empresas e de pessoas com um interesse comum.

Especificamente quanto à atuação na Flabacar, verificou-se que Flávio Nazarian Filho e Eduardo Barreto geriam e administravam a Flabacar em conjunto. Trabalhavam lado a lado na empresa, o primeiro cuidando mais da parte administrativa e o segundo mais da parte comercial, mas não exclusivamente. Ambos atendiam aos clientes, movimentavam valores e se comprometiam em nome da empresa.

Ressalte-se por exemplo, que nos recibos de pagamento emitidos, sobre o carimbo da Flabacar constavam conjuntamente as assinaturas de Eduardo Barreto e de Flávio Nazarian Filho. Por outro lado, constava no recibo, também o carimbo da "Barreto Import", sendo que neste último o endereço que constava era o da Flabacar.

Quanto ao sócio Arthur de Almeida Prado, constatou-se por meio de depósitos constantes nos extratos bancários da Flabacar, que o mesmo participava dos resultados da empresa.

Por fim, quanto à Zeta e aos seus sócios, para ratificar o fato de que também eram co-responsáveis, verificou-se que os mesmos participavam ativamente dos negócios através da nacionalização dos veículos sem a correta identificação do real destinatário e da emissão das notas fiscais diretamente para os clientes da Flabacar.

Assim, com base nos elementos verificados e nos depoimentos obtidos, devidamente comprovados pela documentação juntada nesse processo administrativo, fica evidente a responsabilidade solidária de todas as pessoas físicas e jurídicas e seus respectivos sócios relacionados a seguir, pelos créditos tributários imputados à Flabacar Comércio de Veículos Ltda, por ficar demonstrado de forma inequívoca, o interesse comum dessas pessoas nas situações que constituíram os fatos geradores da obrigação principal, conforme prescreve o artigo 124, inciso I, da Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, in verbis:

...

Desta forma, em decorrência do acima exposto, são considerados como responsáveis solidários pelos créditos tributários da Flabacar:

a) FLÁVIO PEDRO DE MORAES NAZARIAN FILHO - CPF nº 036.672.898-98 Al. Joaquim Eugênio de Lima 813 apto 74, Jardim Paulista, São Paulo, SP, CEP 01403-001.

Sócio Administrador da empresa Flabacar Comércio de Veículos Ltda, de 10/2006 até a presente data.

b) ARTHUR DE ALMEIDA PRADO - CPF 046.192.078-61 Rua Jaques Felix 162 Apto 71, VilaN. Conceição, São Paulo, SP, CEP 04509-000.

Sócio da Flabacar Comércio de Veículos Ltda, de 10/2006 até 09/12/2008.

c) EDUARDO BANDEIRA BARRETO - CPF 028.377.778-89 Rua Girassol 74, Vila Madalena, São Paulo, SP, CEP 05433-000.

Responsável pela "Barreto Import" e administrador de fato da Flabacar, ao menos de 10/2006 até finais de 2008.

d) ZETA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA - MASSA FALIDA

CNPJ: 03.837.719/0001-70

Av. Dr. Guilherme Dumont Villares 1.230, Conj. 112, Morumbi, São Paulo, SP, CEP 05640-002. Representada pelo Síndico da Massa Falida Dr. Asdrúbal Montenegro Neto, com escritório à Avenida Angélica 2.632-12º andar Pacaembu - São Paulo - CEP 01226-906.

e) ÁLVARO THOMAS RENAUX NIEMEYER - CPF 516.438.208-34. Rua Dr. Jesuíno de Abreu 306, Jardim Morumbi, São Paulo, SP, CEP 05662-010.

Sócio Administrador da Zeta Importação e Exportação Ltda, de 05/2000 a 09/2011

f) JUAN SABATE FONT - CPF 029.925.828-91 Av. San Diego 103, San Diego Park, Granja Viana, Cotia, SP, CEP 06710-850.

Sócio Administrador da Zeta Importação e Exportação Ltda, de 05/2000 a 09/2011.

g) RUBENS DO NASCIMENTO GONÇALVES NETO - CPF 132.913.558-06.

Avenida José Galante 334 Apto 53, Vila Suzana, São Paulo, SP, CEP 05642-000.

Sócio Administrador da Zeta Importação e Exportação Ltda, de 05/2000 a 09/2011.

h) IVALDO JOSÉ ANTERO - CPF 192.109.142-87.

Rua José Mathias 458, Tucura, Mogi Mirim, SP, CEP 13807-020.

Sócio Administrador da Zeta Importação e Exportação Ltda, de 09/2005 a 09/2011.

Quanto à atribuição de responsabilidade a terceiros, ressalte-se, a mesma está também legalmente amparada no artigo 128 do Código Tributário Nacional, que disciplina:

...

*Por outro lado, o sócio administrador da Flabacar Flávio Pedro de Moraes Nazarian Filho, é também pessoalmente responsável, com base no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, **in verbis**:*

...

9. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

*Pela não apresentação pelo contribuinte dos documentos solicitados pela fiscalização, bem como pelo fato do mesmo haver apresentado Declarações do Imposto de Renda PJ nos anos calendário 2007 e 2008, com valores de receita bruta muito inferiores aos reais, ficou configurado o crime contra a ordem tributária previsto no artigos 1º, inciso I da Lei 8.137/90, **in verbis**:*

...

Apresentaram impugnações:

- A autuada (fls. 823 e seguintes);

- Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, CPF 516.438.208-34
(fls. 831 e seguintes);
- Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, CPF 138.913.558-06
(fls. 943 e seguintes).

IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA

...

2) No mesmo Termo de Constatação e Verificação Fiscal já referido, no item 4.2, concomitantemente à elaboração do Termo de Reintimação Fiscal nº 2, em 07/05/2012, também foi elaborado Termo de Embaraço à Fiscalização, comunicado via Edital e afixado na mesma data, não se aguardando o prazo legal para apresentação da documentação. Em seguida, foi elaborado Termo de Sujeição Passiva Solidária para responsabilizar os sócios e desqualificar a pessoa jurídica.

3) Igualmente sem observar o prazo de 90 dias prescrito no art. 28, §2º, da Instrução Normativa da RFB nº 1.183, de 19 de agosto de 2011, em 12/05/2012, portanto cinco dias após a publicação do Termo de Reintimação, foi elaborada Representação Fiscal para Fins de Declaração de Inaptidão da Inscrição da Pessoa Jurídica, processo nº 19515.720538/2012-12.

4) Com base em dados obtidos por Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, foi lavrado Auto de Infração em 27/11/2012, IRPJ-CSLL-COFINS-PIS PORT 666-2008, processo nº 19515.722667/2012-37.

5) Finalmente, em 19/12/2012, foi feita Representação Fiscal p/ Fins Penais IRPJ, processo nº 19515.723033/2012-00.

6) Esclareça-se que, quando efetivamente intimada, a empresa respondeu, tempestivamente, se apresentando à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo (DFFIS/SP), entregando os documentos a que estava obrigada e prestando as informações requeridas. Deste modo, jamais causou embaraço à fiscalização. Houve sim desrespeito aos prazos que deveriam ser observados pela fiscalização antes de adotar outros procedimentos que agravam a situação do contribuinte, não abrindo oportunidade para sua defesa. Tornam-se assim nulos os atos praticados pela administração no tocante à Representação Fiscal para Fins Penais, processo nú19515.723033/2012-00.

7) Por outro lado, a empresa FLABACAR, requerente, tem como objeto social preponderante o **comércio sob consignação de veículos automotores**. Fato esse que não foi levado em consideração pela fiscalização, ou seja, participa tão somente intermediando a venda de veículos importados, não compra, não vende mercadoria própria, não mantém estoque dos produtos importados. Tem o cliente, de quem recebe os pagamentos, para

em seguida repassar para a importadora o preço da mercadoria, mais impostos e taxas. A receita bruta da requerente é uma ínfima parte do movimento apurado pelos Auditores Fiscais. Logicamente, se enquadra e cumpre seu sistema de tributação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica como Lucro Presumido, recolhendo ao Fisco por trimestre civil. Entregou a DIPJ para todos os períodos em que funcionou, inclusive para os anos de 2007 e 2008 objeto destes processos administrativos. Assim, cumpridas suas obrigações acessórias regularmente, não pode ser enquadrada como INAPTA, objeto do processo administrativo nº 19515.720583/2012-12.

Com esse agir não podem ser responsabilizados a empresa nem seus sócios, solidariamente, nos termos da Representação Fiscal para Fins Penais, uma vez que, espontaneamente, entregaram as DIPJ, compareceram tempestivamente à Delegacia da RFB competente para apresentar os documentos a que estavam obrigadas e prestar os esclarecimentos devidos.

8) De outra banda, o minucioso trabalho de levantamento de valores praticado pelo Sr. Auditor-Fiscal, tem por base informação sigilosa, extratos bancários, que não poderiam ser disponibilizados sem a devida autorização judicial, eivando de nulidade todos os procedimentos instaurados já referidos.

A base de cálculo encontrada pelo Sr. Auditor-Fiscal, diga-se, obtida ilegalmente, é imprestável para instaurar os procedimentos administrativos como neste caso.

Apenas para argumentar, vejamos os valores apontados pelo Fisco como sendo receita bruta, que não são verdadeiramente receitas.

No levantamento feito, apontam-se apenas as entradas, não considerando os pagamentos feitos à importadora, verdadeira vendedora das mercadorias, pois como já foi dito, a requerente é intermediadora da venda direta feita pela importadora. Como não poderia deixar de ser, consigna os pagamentos dos clientes para em seguida remeter o numerário para a importadora que procede, então, a venda quando do desembaraço da mercadoria importada, ficando apenas com o valor da corretagem dos negócios efetuados e concluídos.

Melhor explanando, os valores apurados como sendo receita bruta incluem remessas feitas à ZETA IMP. e EXP. Ltda empresa que efetuava as importações dos carros vendidos por intermediação da FLABACAR, e quando os mesmos eram desembarçados, a ZETA solicitava o pagamento, tanto das mercadorias como dos valores para recolhimento dos impostos, uma vez que o dinheiro se encontrava em poder da FLABACAR, tudo isto está amostrado no levantamento efetuado no Anexo 2 folhas 1 e 2.

Ainda existem outros valores que foram remetidos à importadora para quitação da importação e impostos, que não constam do

levantamento, mas que devem constar da base de dados em poder da fiscalização.

Além, não foram abatidos dos cálculos apresentados as corretagens recebidas, nem os impostos pagos pela importadora sobre os quais foram lançados os impostos reclamados, caracterizando verdadeira bitributação.

Essa operação de intermediação e corretagem sobre vendas é legítima, aceita pela fiscalização, uma vez que a contabilidade da empresa não foi desclassificada.

9) Aqui se afirma a idoneidade de toda documentação entregue à receita. Eventualmente, erros podem existir e que merecem ser apurados, regularizando-se a situação fiscal da empresa, porém, melhor esclarecendo os valores apontados.

Assim requer vista do processo administrativo para estudo e resposta, demonstrando que se há erro nas DIPJ podem ser sanados desde que apurados devidamente, pois as diferenças encontradas pelo levantamento estão muito além do efetivamente realizado. Aproveitando-se os mesmos procedimentos administrativos para sanar as irregularidades, já que, em caso contrário, respeitando-se os direitos do contribuinte, deverão ser considerados nulos.

IMPUGNAÇÃO DE ÁLVARO THOMAS RENAUX NIEMEYER

3) ... o Impugnante foi intimado a comparecer na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo DEFIS/SPO no dia 11/12/2012 às 11h30min para prestar esclarecimentos e apresentar documentação que, supostamente, estaria em seu poder.

4) O Impugnante compareceu, espontaneamente, à Receita Federal na data acima indicada, prestou os devidos esclarecimentos e informou que estava impossibilitado de apresentar os documentos solicitados pela Fiscalização, pois, fora decretada a falência da Zeta Importação e Exportação Ltda., em 16/09/2011, e o escritório estava lacrado, por ordem judicial, tudo conforme o Termo de Declaração anexo (doc. 05).

5) Tal fato, inclusive, era de conhecimento da Fiscalização, que intimou, também, o síndico da massa falida Dr. Asdrúbal Montenegro Neto.

6) Apesar da justificativa do Impugnante de, repita-se, impossibilidade de apresentar os documentos pelo fato de ordem judicial ter lacrado o escritório da empresa em razão da decretação de falência, a Fiscalização lavrou o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 05 com base no art. 124 do Código Tributário Nacional, declarando o Impugnante como devedor solidário.

7) Fundamentou sua decisão no fato de entender que, pela não apresentação da documentação requerida e por, supostamente, haverem indícios de que o Impugnante teria relação pessoal e

direta com a situação que constitui o suposto fato gerador o Impugnante deveria ser solidariamente responsabilizado e cientificado do Auto de Infração ...

II - DO DIREITO

8. Em que pesem as alegações do Senhor Auditor Fiscal, exaradas no Termo de Constatação e Verificação Fiscal nº 08.1.90.00-2011-1475-9, o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 05 não merece prosperar, devendo o Impugnante ser excluído do pólo passivo do processo administrativo em epígrafe pelos motivos a seguir expostos:

II. 1. DA FALÊNCIA

9) O suposto descumprimento de obrigação de apresentar documentos, atribuído, pela Fiscalização, no Termo de Constatação e Verificação Fiscal nº 08.1.90.00-2011-1475-9, ao Impugnante, há que ser afastado pelo fato de que o impugnante não pode ser obrigado pela esfera administrativa a descumprir determinação judicial.

10) Como já informado, a empresa da qual o Impugnante era sócio e que, supostamente, teria relação com a Flabacar, teve sua falência decretada pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais Foro Central Cível da Comarca de São Paulo SP, no processo nº 001633979.2010.8.26.0100 (100.10.016339-3) em 16/09/2011 e qualquer pedido de apresentação de documentos, deve ser requerido ao Juízo Universal da Falência uma vez que o devedor é afastado e a empresa passa a ser administrada, exclusivamente, pelo Síndico conforme previsto nos arts. 75 e 76 da Lei 11.101/05.

11) Diante do acima exposto, desnecessário tecer maiores comentários a respeito do tema, devendo esse fundamento para responsabilização do Impugnante ser afastado de ofício por esse E. Órgão Julgador.

II. 2. DA AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS DA RESPONSABILIDADE DO IMPUGNANTE.

12) Para se caracterizar a solidariedade tributária é necessária a comprovação de interesse jurídico, e não econômico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador.

13) Outrossim, a configuração da responsabilidade solidária de que trata o art. 124, I, do CTN, depende da prova inequívoca, cabal e insofismável de que os acusados têm interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

14) *Da leitura do Termo de Constatação e Verificação Fiscal nº 08.1.90.00-2011-1475-9, não se verifica nenhuma prova concreta que possa caracterizar a responsabilidade tributária do Impugnante.*

15) *Na verdade, conforme a regra do art. 124, I, do CTN, diante de, apenas indícios, as autoridades de fiscalização, dotadas que são de amplos poderes fiscalizatórios, devem se aprofundar nos trabalhos de obtenção de prova.*

16) *Porém, a Fiscalização se baseou somente em depoimentos de terceiros com interesse direto no processo, ou seja, sem a necessária isenção.*

17) *Vale aqui esclarecer que o Impugnante, nunca teve qualquer relação com a área de comercialização de veículos, até mesmo por força das regras contratuais a que estava sujeito.*

18) *Diante da ausência de prova inequívoca e insofismável da participação do Impugnante nas situações que constituem o fato gerador deve ser afastada a regra prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional, com a exclusão do Impugnante do pólo passivo do presente processo administrativo.*

19) *Nesse sentido, a Jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, consubstanciada na ementa abaixo transcrita cujo inteiro teor segue em anexo (doc. 07):*

...

20) *À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer o Impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 05 e deferida sua exclusão do pólo passivo dos processos administrativos em epígrafe, cancelando-se, ao menos contra si, o débito fiscal reclamado.*

IMPUGNAÇÃO DE RUBENS DO NASCIMENTO GONÇALVES NETO

...

Dentre as empresas localizadas e destacadas pelo I. Auditor Fiscal, está a Zeta Importação e Exportação Ltda., donde o ora Impugnante, RUBENS DO NASCIMENTO GONÇALVES NETO, fazia parte do quadro societário.

O I. Auditor Fiscal, ao trazer a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda. para seu relatório, dispõe informações e suposições sobre veículos importados e nacionalizados pela mesma, sugerindo a todo o tempo que a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda estava se beneficiando de alguma situação, o que de fato não ocorreu.

Sugere ainda que as empresas envolvidas trabalhavam em conjunto, com o objetivo de omitir a participação da Autuante, FLABACAR nas negociações comerciais.

Alega que a Empresa Zeta Importação e Exportação Ltda. deixou de apresentar seus livros fiscais e ignorou a condição atual da empresa, uma vez que a mesma se encontra em processo de falência e impossibilidade de apresentar qualquer documentação fiscal pertinente.

*E vai além, ao concluir que houve a formação de um grupo informal de empresas e pessoas com um interesse comum, vinculando assim, as atividades das empresas envolvidas em seu relatório, para concluir que tanto a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda. quanto os seus sócios, leia-se, **in casu**, o Impugnante, RUBENS DO NASCIMENTO GONÇALVES NETO, eram co-responsáveis, acarretando assim a responsabilidade solidária pelos créditos tributários imputados à Flabacar Comércio de Veículos Ltda., o que de fato, não ocorreu e não deve prosperar.*

Certo é que a presente autuação fiscal, no que diz respeito ao Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado em face do ora Impugnante, merece ser julgado IMPROCEDENTE, devendo ser CANCELADO e EXTINTO, na melhor forma de direito, pelos motivos que a seguir passa a discorrer.

Senão, vejamos.

11.1. DA EXCLUSÃO DO IMPUGNANTE DO POLO PASSIVO POR AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS E DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Como já dito anteriormente o ora Impugnante foi surpreendido com o recebimento de um Auto de Infração lavrado em nome de Flabacar Comércio de Veículos Ltda., onde consta um Termo de Sujeição Passiva Solidária em seu nome, alegando ser o ora Impugnante o responsável solidário pelos créditos tributários imputados à esta empresa, por entender o I. Auditor Fiscal que a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda., empresa esta que o Impugnante fazia parte do quadro societário e que se encontra em processo falimentar, realizou negócios comerciais com a empresa Flabacar Comércio de Veículos Ltda., quais sejam, a importação de veículos.

Para tanto, o I. Auditor Fiscal embasa suas alegações no que determinam os artigos 121, 124 e 128 do Código Tributário Nacional, bem como no artigo 210 do RIR/99 que nada mais é do que a conceituação do sujeito passivo na obrigação tributária.

...

Tudo isso, para que o I. Auditor Fiscal embasasse a autuação fiscal, na vã tentativa de incluir o ora Impugnante como sujeito passivo solidário da obrigação tributária.

Contudo, ao lavrar o Auto de Infração contra a empresa Flabacar Comércio de Veículos Ltda., e incluir como sujeito passivo solidário o ora Impugnante, o I. Auditor Fiscal deixou de observar um dos requisitos básicos necessários e primordiais do processo administrativo fiscal, que embasa o disposto no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, qual seja, A PROVA indispensável à comprovação do ilícito.

O I. Auditor Fiscal não trouxe ao Auto de Infração nenhuma prova do alegado em face do ora Impugnante, e sim, apenas indícios que não se comprovam e que por sua vez não possuem força para incluí-lo no polo passivo da demanda administrativa.

É sabido que o processo administrativo fiscal se presta a buscar a verdade material, através de provas e fatos e que devem ser apurados e embasados em provas lícitas. Provas essas que devem ser colhidas, coletadas pelo Auditor da Receita Federal, pois é dever da Administração a comprovação daquilo que está alegando.

Com relação à busca da verdade material, esse é o entendimento do Procurador Geral do Estado do Amazonas, Dr. Vítor Hugo de Menezes, que assim dispõe:

...

Cabe sim à quem alega, provar. O ônus da prova é da Administração, sob pena de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda., onde o ora Impugnante participava do quadro societário, operava e trabalhava como qualquer outra trading executando a prestação dos seus serviços normalmente, não exercendo qualquer influência ou gerência sobre a movimentação financeira ou contábil sobre a empresa Flabacar Comércio de Veículos Ltda., não podendo ser responsabilizada por qualquer irregularidade fiscal ou contábil apontada nesta empresa onde não exercia nenhuma influência ou até mesmo a gerência dos negócios.

Nesse sentido, o I. Auditor Fiscal, apesar de alegar, deixou de comprovar que o ora Impugnante tenha qualquer responsabilidade legal e até mesmo seja o sujeito passivo das obrigações tributárias oriundas do Auto de Infração, razão pela qual o mesmo deve ser excluído do polo passivo da demanda e o Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado em seu nome deve ser extinto.

Vale colacionar a seguir, por relevante, trecho do livro do Ilustre Tributarista Hugo de Brito Machado Segundo, que assim determina ...

Diante disso, resta evidente que a ausência de provas constitui verdadeiro cerceamento de defesa pois que o autuado, leia-se o ora, Impugnante, deixa de conhecer por completo o teor da acusação, dificultando assim o deslinde do processo, podendo acarretar inclusive na nulidade do processo administrativo fiscal, principalmente no que diz respeito à questão da sujeição passiva solidária, razão pela qual, o Impugnante deve ser IMEDIATAMENTE excluído do polo passivo do processo

administrativo, e por consequência, ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária.

11.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROVAS DOCUMENTAIS E DO PROCESSO DE FALÊNCIA DA EMPRESA ZETA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

...

Foi publicado no Diário Oficial de Justiça do Estado de São Paulo, em 14 de outubro de 2011, a decretação da Falência da empresa Zeta Importação e Exportação Ltda., que tramita na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, nos Autos do Processo nº 0016339-79.2010.8.26.0100, estando em poder do administrador judicial nomeado pelo Juízo, todos os documentos fiscais e contábeis da empresa que possam fazer prova em favor do ora Impugnante.

Diante disso, por mais que o Impugnante queira, não há qualquer possibilidade de obter documentos pertinentes à empresa Zeta Importação e Exportação Ltda., a qual o Impugnante faz parte do quadro societário, restando prejudicada esta questão.

11.3. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA NOS TERMOS DO ARTIGO 134 E 135 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Ademais, ainda que assim não fosse, na remota hipótese de se admitir a responsabilidade tributária de um terceiro, o que se admite apenas para se argumentar, resta evidente que é manifesta a ilegalidade em que se reveste a inclusão, pela Receita Federal, do ora Impugnante no polo passivo do Auto de Infração.

Com efeito, o Auto de Infração lavrado objetiva a cobrança de débito tributário de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL hipoteticamente devido pela principal devedora, Flabacar, empresa que tem endereço certo, bens próprios e da qual o ora Impugnante, frise-se, NUNCA FOI SÓCIO, E PORTANTO, NUNCA EXERCEU QUALQUER GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO NA EMPRESA, FICANDO TAL INCUMBÊNCIA SOB RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DOS SEUS VERDADEIROS SÓCIOS (O QUE DEVERÁ RESTAR DEVIDAMENTE COMPROVADO COM OS DOCUMENTOS ORA ANEXADOS), DE MANEIRA QUE ELE NUNCA TEVE QUALQUER RESPONSABILIDADE PELO PASSIVO FISCAL DA DEVEDORA PRINCIPAL.

Nesse passo, a Empresa principal deve responder isoladamente e com os seus próprios bens aos débitos que lhe são impostos, se

legítimos forem, não sendo lícito, portanto, perseguir qualquer pessoa, que não é ela, por débitos relativamente aos quais, ao menos em tese, figure como contribuinte.

*A matéria acha-se regulada, no que tange à espécie, no Código Tributário Nacional, com indiscutível "status" de Lei Complementar, que define, notadamente por seus artigos 134 e 135, a extensão da solidariedade dos sócios relativamente a débito da sociedade, solidariedade esta visivelmente **subsidiária**, na medida em que restrita aos casos de impossibilidade de se exigir o cumprimento da obrigação da própria Empresa, o que, à evidência, nem de longe ocorreu na hipótese.*

Com efeito, dispõem os invocados dispositivos legais, que:

...

Pelos primeiros dos dispositivos transcritos, infere-se que a responsabilidade do sócio, quando possível de ser imputada, será subsidiária e não solidária no sentido exato do instituto da solidariedade.

Ao credor não é dado o direito de executar o sócio antes de excutir os bens da sociedade, QUE DIRÁ, BENS DE OUTRA SOCIEDADE QUE NADA TEM A VER COM A SOCIEDADE AUTUADA E AINDA MAIS DO ORA IMPUGNANTE QUE É PESSOA FÍSICA.

A este respeito, cumpre transcrever ensinamento do Jurista ÉLCIO REIS, in "Revista de Direito Tributário" 7-8, pág. 276, "in verbis)":

...

Ora, não ocorrem, na hipótese, a todas as luzes, quaisquer das restritas hipóteses legais que permitem a responsabilização do sócio por dívida fiscal da sociedade, a ponto de incluí-lo de plano no pólo passivo da execução fiscal.

Com efeito, em nenhum momento destes autos logrou-se demonstrar, e sequer o I. Auditor Fiscal conseguiu alegar, a intervenção, pelo ora Impugnante, em qualquer ato ou sua responsabilidade por alguma omissão que desse causa ao pretenso débito ora autuado, restando claro que o Impugnante não deu causa ou sequer concorreu para dar causa qualquer desses valores devidos ao Fisco.

Por outro lado, nem de longe há qualquer tentativa por parte da Receita Federal de demonstrar a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, condição igualmente imprescindível para a tipificação da pretendida responsabilização.

Não bastasse, em nenhum momento restou demonstrada a ocorrência da hipótese do artigo 135 do CTN, o qual condiciona a responsabilização que prevê a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, igualmente não ocorrendo nos autos, portanto, a hipótese no mesmo contemplada.

E ainda que de fato isso ocorresse, e caso o I. Auditor Fiscal entendesse pela solidariedade, deveria ter incluído no rol dos sujeitos passivos apenas as pessoas jurídicas excluindo-se as pessoas físicas que, de fato, não concorreram nas hipóteses elencadas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, conforme já repisado.

*A "solidariedade" de que tratam os dispositivos 134 e 135 do CTN não decorrem puramente da lei, por força da natureza da sociedade, mas sim decorre da lei, por força da prática de certos atos anormais do sócio ou administrador, cumulada com a impossibilidade de se exigir a obrigação do contribuinte, **devendo tudo ser devidamente comprovado, o que não ocorre no caso.***

Aliás, a impossibilidade de uma empresa em responder isoladamente aos termos de uma execução, por inexistência ou insuficiência do patrimônio da sociedade, ou mesmo eventual participação dos sócios, seja comissiva ou omissiva, na impossibilidade de se exigir o cumprimento da obrigação da sociedade, sequer são passíveis de serem demonstradas num processo administrativo, ou mesmo num executivo fiscal.

A este respeito, extremamente oportuno transcrever as lições do emérito Professor Humberto Theodoro Júnior, em seu Processo de Execução, onde fez as seguintes assertivas:

...

E vale destacar que a jurisprudência, mormente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que essa absurda "responsabilidade presumida" do sócio da pessoa jurídica devedora apenas porque ele consta no contrato social da empresa como sócio pode ser elidida pela comprovação de que ele NÃO EXERCEU PODER DE GERÊNCIA NA EMPRESA TAL COMO DEMONSTRAM, NO CASO CONCRETO.

Nesse sentido, vale colacionar o seguinte julgado do E. STJ:

...

Em face de tudo quanto até aqui foi exposto, e tendo-se em conta os entendimentos jurisprudenciais colacionados, resta evidente que, sob qualquer enfoque que se aborde a questão, a inclusão do Impugnante no polo passivo do processo administrativo instaurado foi em visível afronta às normas que regem todo o procedimento administrativo-fiscal, bem como ao Código Tributário Nacional e, num âmbito mais abrangente, até à norma constitucional que garante o devido processo legal tanto na instância administrativa e judicial, consistindo-se, portanto, em flagrante e grave vício tanto de forma como de conteúdo.

REFORÇA-SE, NESSE PASSO, QUE O ARTIGO 135 DO CTN ESTABELECE QUE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS SÓ OCORRE NO CASO DE

COMPROVAÇÃO DE QUE OS MESMOS DERAM CAUSA EFETIVA FOU SEJA. NO EXERCÍCIO DE SEU PODER DE GERÊNCIA) COM A DÍVIDA FISCAL E MAIS. QUE TENHAM ASSIM CONTRIBUÍDO COMPROVADAMENTE "COM EXCESSO DE PODER" OU "COM INFRAÇÃO À LEI. CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS". O QUE DE FATO. NÃO RESTOU COMPROVADO NO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO I. AUDITOR FISCAL.

ORA. NO CASO CONCRETO. IMPOSSÍVEL QUE O IMPUGNANTE PUDESSE TER ASSIM DADO CAUSA AO DÉBITO FISCAL EM APREÇO. PELO SIMPLES FATO DE QUE NUNCA EXERCEU PODER DE GERÊNCIA NA EMPRESA ORA AUTUADA!

O Excipiente foi, como se vê, incluído no polo passivo sem qualquer causa lícita, sendo, pois, parte absolutamente ilegítima para figurar como co-responsável no presente Auto de Infração, a demandar a sua IMEDIATA EXCLUSÃO.

Assim, diante de todo o exposto, resta evidente a impropriedade da inclusão do Impugnante no polo passivo do presente Auto de Infração, sendo evidente a nulidade ora verificada, de forma que o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária, também em razão desse fato, é medida de rigor.

11.4. DA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS FACE MANIFESTA INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO

...

*Em face de todo o exposto, é a presente para requerer o Impugnante que, conhecida a presente impugnação, seja integralmente acolhida em todos os aspectos abordados, para que o Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado contra o Impugnante seja julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE e NULO**, com o seu conseqüente **CANCELAMENTO**, bem como seja **CANCELADA e ARQUIVADA** a Representação Fiscal para Fins Penais.*

(término da transcrição do relatório constante no acórdão da DRJ/JFA)

Em julgamento, a DRJ/JFA, por meio do Acórdão 09-46.225, de 05 de setembro de 2013, julgou improcedentes as impugnações da recorrente e do responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, CPF 516.438.20834, exonerando a responsabilidade atribuída a Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, CPF 138.913.558-06.

Quanto aos demais responsáveis solidários, a DRJ manteve a autuação por falta de apresentação de impugnação.

Segue ementa da decisão de piso:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE.

Respondem solidariamente pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE.

Não respondem solidariamente pelo crédito tributário, as pessoas, quando não caracterizado o interesse comum, e nem caracterizadas as hipóteses previstas no art. 210 do RIR/99.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

COMPRA E VENDA.

Mantida a tese de que as operações efetuadas pelo contribuinte foram de compra e venda, como caracterizado nos autos, e não a intermediação alegada pelo contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam-se como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

A decisão proferida em relação ao lançamento de IRPJ se aplica, no que couber, às exigências dele decorrentes.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão em 29/03/2014 - via Edital 80/2014 (e-fl. 1214) - e insatisfeita com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário em 23/04/2014 (e-fl. 1313 a 1327), em que apresenta os seguintes argumentos:

a) Pugna pela nulidade do acórdão recorrido, uma vez que faltou motivação para a decisão da instância *a quo*.

b) Pugna pela nulidade do auto de infração, com argumento de que as informações ali constantes são baseadas em presunções e aferições genéricas e subjetivas, que não correspondem à realidade dos fatos.

c) Alega que a relação entre a recorrente e a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda era de contratante e contratado, cliente e fornecedora de serviços, tendo como tinha como objeto social a consignação de veículos automotores, desenvolvendo atividade de mera intermediadora de serviços. Que não tinha nenhuma relação societária ou de grupo econômico com a empresa Barreto Import.

d) A fiscalização arbitrou o lucro da empresa ignorando o universo de documentos apresentados, não abatidas as despesas que envolvem a operação de intermediação, as corretagens recebidas, os tributos pagos pela importadora e demais despesas de importação.

e) Menciona o fato de que era uma empresa de pequeno porte e, como tal, estaria dispensada de apresentar uma série de documentos fiscais.

f) Afirma que a fiscalização desrespeitou os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e imparcialidade, por não ter comprovado a efetiva sonegação tributária.

g) Argumenta que não há comprovação de que a recorrente e as demais empresas envolvidas na autuação fiscal fizeram parte de um grupo econômico informal. O fato gerador é da importadora.

Ora, não se evidencia no caso em tela confusão patrimonial, confusão societária, confusão no controle societário, as empresas estão localizadas sequer no mesmo Estado, a única relação entre elas era comercial.

h) Alega que a fiscalização quebrou o seu sigilo bancário sem possuir medida judicial para tanto.

Cientificado da decisão em 24/03/2014 - via AR-ECF (e-fl. 1219) - e insatisfeito com a decisão, o responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer apresentou recurso voluntário em 15/04/2014 (e-fl. 1233 a 1250), em que apresenta os seguintes argumentos:

a) Alega que, para se caracterizar a solidariedade tributária, é necessária a comprovação de interesse jurídico, e não econômico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador. Que a fiscalização deveria apresentar prova inequívoca do interesse comum do acusado, e que não deveria apenas apresentar indícios de prova. Que os depósitos efetuados pela autuada ao responsável solidário não são aptos a caracterizar interesses econômicos, muito menos jurídicos. Transcreve lição de Paulo de Barros Carvalho:

Supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exhibir a concretude de sua existência, mediante prova direta, conferindo-lhe segurança e certeza.

...

São distintos os traços jurídicos da presunção e dos indícios. A primeira, quando acolhida no texto legislativo, dispensa o agente público de outras providências probatórias, sendo-lhe suficiente indicar a presença físico-material do sucesso que faz presumir o fato investigado. O indício, por sua vez, é o motivo para desencadear-se o esforço de prova; é pretexto jurídico que autoriza a pesquisa, na busca de comprovar-se o acontecimento factual.

b) Alega que a fiscalização baseou-se em depoimentos de terceiros com interesse direto no processo, sem a necessária isenção.

c) Que é frágil a tese da fiscalização, pois o outro sócio da empresa Zeta Importação e Exportação Ltda, Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, que cuidava desembaraço e comercialização dos veículos, foi excluído da lide.

d) Alega que a fiscalização não apurou todos os fatos referentes ao caso, desrespeitando o princípio da verdade material.

e) Por fim, alega violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do direito de propriedade; da vedação ao confisco; e da moralidade pública, caso a autuação seja mantida.

Por fim, apesar de não ter apresentado impugnação, o responsável solidário Juan Sabaté Font apresentou recurso voluntário em 24/06/2014 (e-fl. 1337 a 1354).

No CARF, o processo foi distribuído, cabendo a mim sua relatoria.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

RECURSO DE OFÍCIO

Do limite de alçada

Conforme Portaria MF nº 63, de 09/02/2017, publicada no Diário Oficial da União de 09/02/2017, o valor de alçada para fins de interposição de recurso de ofício é de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

A verificação do limite de alçada deve ser feita na época do julgamento do recurso de ofício, conforme disposto na Súmula CARF nº 103:

Súmula CARF nº 103: *Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.*

Uma vez que a responsabilidade solidária tratada no art. 121 do CTN não comporta benefício de ordem, quer dizer, o responsável solidário pode inclusive responder integralmente pelo débito aqui lançado - valor de R\$ 9.094.185,03, na época da lavratura do auto de infração - tem-se que o valor do recurso de ofício ultrapassou o limite de alçada. Esta interpretação foi confirmada pelo § 2º do art. 1º da Portaria MF nº 63:

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Diante disso, o recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade, devendo pois ser conhecido.

Análise do Recurso de Ofício

A delegacia de piso exonerou a relação obrigacional tributária o responsável solidário Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, CPF 138.913.558-06, por entender que não houve prova suficiente para que fosse configurado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

Entendo correta a decisão da DRJ/JFA.

A responsabilidade solidária atribuída ao Sr. Rubens decorre da conjugação do disposto no inciso II, do parágrafo único, do art. 121; e do art. 124, I, ambos do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Isto porque o Sr. Rubens não era representante legal da recorrente, mas sim da empresa Zeta Importação e Exportação. Em razão disso, a comprovação da responsabilidade solidária deve estar revestida de prova inequívoca da participação do terceiro envolvido.

Como visto no relatório deste acórdão, a empresa Zeta efetua as importações dos veículos encomendados junto à Flabacar e emitia as notas fiscais diretamente aos clientes da Flabacar, recebendo os valores da recorrente por conta destas importações.

Assim, o que se deve avaliar se o Sr. Rubens tinha interesse comum na situação que gerou o fato gerador da recorrente, ou, em melhores palavras, interesse na omissão dos fatos geradores ocorridos na empresa recorrente.

No processo administrativo fiscal, não há provas concretas de que o Sr. Rubens participou efetivamente na consecução das operações dadas por fraudulentas pela fiscalização. Não há citação, a ele, na planilha trazida pela fiscalização, que comprovassem o beneficiamento - mesmo que monetário - do responsável solidário pelo débito aqui lançado.

Desta forma, a decisão exarada pela delegacia de piso deve ser mantida, devendo ser negado provimento ao recurso de ofício, para ao fim exonerar a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, CPF 138.913.558-06.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Delimitação dos recorrentes

Além do recurso de ofício supra, este acórdão resume-se à análise dos recursos voluntários protocolados pela empresa autuada (Flabacar), doravante denominada recorrente, e pelo responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer.

Quanto ao recurso voluntário apresentado pelo responsável solidário Juan Sabaté Font convém observar que o referido responsável não apresentou impugnação à instância *a quo*. Desta forma, deve-se aplicar o teor do art. 17 do Decreto 70.235/1972, que considera não impugnada a matéria não trazida à lide em momento oportuno:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Por fim, aos demais responsáveis solidários com o débito aqui discutido, deve ser mantida a autuação fiscal, também pela falta de apresentação de impugnação. Além disso, não houve interposição de recurso voluntário.

Desta forma, a autuação fiscal deve ser mantida para os seguintes responsáveis solidários: Flávio Pedro de Moraes Nazarian Filho - CPF nº 036.672.898-98; Arthur de Almeida Prado - CPF 046.192.078-61; Eduardo Bandeira Barreto - CPF 028.377.778-89; Zeta Importação e Exportação Ltda - Massa Falida - CNPJ 03.837.719/0001-70; Juan Sabaté Font - CPF 029.925.828-91; e Ivaldo José Antero - CPF 192.109.142-87.

NULIDADE

Quanto ao pedido de nulidade, seguem os argumentos da recorrente:

a) Pugna pela nulidade do acórdão recorrido, uma vez que faltou motivação para a decisão da instância *a quo*.

b) Pugna pela nulidade do auto de infração, com argumento de que as informações ali constantes são baseadas em presunções e aferições genéricas e subjetivas, que não correspondem à realidade dos fatos. Conclui a recorrente com o que segue:

Em poucas palavras: a presunção é arbitrária e equivocada, eis que suscitada sem qualquer base fática ou prova inequívoca.

(...)

Em leitura do Recurso Voluntário, percebe-se que o primeiro pedido de nulidade da recorrente - falta de motivação - intenta desqualificar a autuação e manutenção da responsabilidade solidária que foi atribuída a seus sócios, à empresa Zeta Importação e Exportação Ltda e seus sócios. Isto porque a recorrente alega que a DRJ somente fundamentou seu voto pela preclusão em razão da falta de impugnação das pessoas responsáveis solidariamente com a recorrente pelo débito fiscal.

Pois bem.

A nulidade de um ato administrativo está consubstanciada no art. 59 da Decreto nº 70.235/1972, o que não percebo ter ocorrido no caso concreto:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Tampouco vejo no processo algum vício que pode ensejar a anulação da autuação, nos termo do art. 10 do mesmo decreto:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Como visto, não há nenhuma violação aos supracitados artigos capaz de ensejar a nulidade ou anulação do lançamento ou da decisão da DRJ, devendo ser afastada tal alegação.

Quanto ao pedido de nulidade alegado com base nas supostas presunções e aferições genéricas e subjetivas, que não correspondem à realidade dos fatos, e demais pedidos de nulidade, tenho que tais questões mais se encaixam às considerações de mérito; portanto serão enfrentadas mais à frente.

MÉRITO

O cerne da discussão neste processo é saber se a operação da recorrente era de compra e venda de veículos ou se a operação era de intermediação de venda de veículos, como quer fazer crer a recorrente.

A recorrente argumenta que desenvolvia atividade de intermediação de serviços, conforme seu objeto social de consignação de veículos automotores, mantendo com a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda relação comercial de cliente e fornecedora de serviços.

Pois bem.

Entendo que a recorrente figurou como empresa que compra e vende veículos. Os pedidos de importação eram efetuados diretamente à recorrente. Os clientes pagavam diretamente à recorrente, e não à importadora. A importadora recebia um taxa de 2% do valor do negócio, demonstrando nitidamente que ela somente tinha a responsabilidade de efetuar a importação dos veículos comercializados pela recorrente.

A DRJ também se enveredou na mesma conclusão aqui chegada, i.e., de que a empresa exercia atividade de compra e venda de veículos, veja-se (1.120 a 1.122):

Da análise do relatório supra, pode-se concluir, de antemão, que o cerne do presente litígio reside na identificação da correta natureza jurídica das atividades levadas a efeito pela pessoa jurídica autuada: se operações comerciais de compra e venda, conforme assim caracterizado pela fiscalização, ou, simplesmente, operações de intermediação, consoante alega a proponente.

Cumpre, inicialmente, tecer alguns comentários a respeito da atividade de representação comercial. A regulamentar o tema a Lei nº 4.886/1965, com alteração da Lei nº 8.420/1992, e também o Código Civil de 2002. Nos termos do artigo 1º da citada Lei 4.886/1965, pode ser assim conceituada: *“Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando proposta ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução de negócios”*.

O contrato de representação comercial, por sua vez, poderá ser de **agência** ou de **distribuição**, conforme a coisa esteja ou não à disposição do representante, ou

seja, **na agência**, os produtos permanecem na esfera de disposição do proponente, que se liga diretamente à clientela, cabendo ao agente uma comissão pelo agenciamento prestado. Por outro lado, **a distribuição**, na realidade, é um desdobramento do contrato de agência, ou seja, é um contrato de agenciamento de negócios em favor do proponente, com a particularidade de que os bens objeto do agenciamento encontram-se na posse do agente, que passa a ser chamado também de distribuidor. Veja que todo o capítulo a tratar do assunto no Código Civil – agência e distribuição corrobora tal constatação, desde a definição da distribuição como um derivado da agência (artigo. 710, CC) até as disposições sobre o direito do distribuidor à remuneração por negócios concluídos em sua zona sem sua interferência (art. 714, CC) e direito à indenização no caso de diminuição no atendimento de propostas (art. 715, CC), todas referentes apenas a contratos de aproximação entre comprador e vendedor e nunca à aquisição de produtos para revenda por conta própria.

Sobre o assunto, pode-se dizer ainda que o representante comercial é uma extensão da empresa representada, cabendo-lhe muitas funções e responsabilidades; fica obrigado a fornecer à empresa representada, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo ou verbal, quando lhes for solicitado, informações pormenorizadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.

Por outro lado, o representante terá garantia do recebimento de uma comissão pelas vendas por ele realizadas, ou por qualquer venda que se realiza em seu território, adquirindo o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas. O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia quinze do mês subsequente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais. As comissões pagas fora do prazo previsto (quinze dias) deverão ser corrigidas monetariamente. As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias. Os direitos do representante, no tocante às comissões, estão assegurados no art. 32 da Lei 4.886/65.

Isso considerado, pode-se definir o contrato de representação comercial como o pacto por meio do qual uma das partes o representante em favor e por conta da outra (o representado, normalmente empresa produtora ou fabricante), colhe e encaminha pedidos de compras, realizando-se, posteriormente, o negócio jurídico visado entre os interessados. Constitui, assim, contrato de aproximação ou de intermediação entre os interessados ou de receptação de clientela para posterior efetivação da venda **diretamente** pelo representado. Disso infere-se que, na realidade, a transação/o negócio jurídico ocorre diretamente entre o fornecedor/representado e o cliente/comprador, ou seja, o representante comercial apenas intermedeia a transação, sendo assim, um mero intermediário. Isso quer dizer que os valores envolvidos na transação, o preço dos produtos adquiridos pelo adquirente, são pagos/depositados diretamente pelo cliente/comprador ao fornecedor/vendedor, que, por sua vez, posteriormente, remunerará, a título de comissão, o representante comercial pela intermediação operada. Pelos serviços/negócios intermediados/prestados a empresa/o representante comercial fará jus a uma remuneração a título de comissão.

Conforme evidenciado nos autos, as operações levadas a efeito pela impugnante não caracterizam de fato intermediações, mas operações de compra e venda. Segue a transcrição de parte do Termo de Constatação e Verificação Fiscal:

Os esclarecimentos prestados e os elementos apresentados pelas pessoas intimadas que compareceram, comprovaram os indícios de que Flabacar, Barreto Import, Flávio Nazarian Filho, Eduardo Barreto, Zeta e seus responsáveis legais trabalhavam em conjunto, com o objetivo de nacionalizar os veículos importados

por valores subfaturados, bem como de omitir a participação da Flabacar nas negociações.

Sucintamente, a partir de uma encomenda efetuada por pessoa física ou jurídica com pagamento de sinal de aproximadamente metade do valor pactuado, Eduardo Barreto/ Barreto Import solicitava a agentes de compra de sua confiança na Flórida/EUA a aquisição do veículo e seu envio para empresas localizadas em Miami/EUA. Estas, orientadas por Eduardo Barreto/Barreto Import segundo informado, emitiam fatura de venda para a Zeta, em geral, com valor bastante inferior ao real.

A Zeta, ao receber o veículo, no porto de Vitória onde gozava de isenções fiscais, registrava a Declaração de Importação no Brasil em seu nome e posteriormente emitia nota fiscal diretamente para a pessoa física ou jurídica que havia adquirido o veículo da Barreto Import/Flabacar, após o comprador efetivar o pagamento da parte restante a esta última, acrescido dos tributos alfandegários.

Desta forma, apesar de efetivamente receber os valores relativos às vendas dos veículos efetuadas para os compradores e de efetuar pagamentos à Zeta pela prestação de serviços, a Flabacar não aparecia formalmente, sonegando os tributos internos devidos.

Ainda do Termo de Constatação e Verificação Fiscal:

Para comprovar, com documenteis hábeis e idôneos a natureza dos pagamentos recebidos da Flabacar, foram intimados pelo correio os sócios da Zeta, Juan Sabate Font, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, Rubens do Nascimento Gonçalves Neto e Ivaldo José Antero, assim como pessoalmente o síndico da massa falida da Zeta Importação ...

Destes, apesar de regularmente intimados conforme comprovantes de recebimento dos AR's enviados, compareceram apenas os sócios Juan Sabate Font e Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, os quais alegaram que estavam impossibilitados de apresentar os documentos solicitados, uma vez que as instalações da empresa estavam judicialmente lacradas.

Confirmaram, entretanto, que as Notas Fiscais relativas aos veículos eram emitidas diretamente para os consumidores finais da Flabacar e não para esta, o que foi formalizado através de Termo de Declaração, anexo.

Desta forma, correta a interpretação da fiscalização ao classificar a empresa recorrente como comercializadora de veículos.

Arbitramento do Lucro

A recorrente alega que a fiscalização efetuou o lançamento fiscal com base em presunções genéricas e subjetivas, que não correspondem à realidade dos fatos. Que a fiscalização ignorou o universo de documentos apresentados, não abateu as despesas que envolvem a operação de intermediação, as corretagens recebidas, os tributos pagos pela importadora e demais despesas de importação. Alega ainda que era uma empresa de pequeno porte, e por isso estaria dispensada de apresentar uma série de documentos fiscais.

Pois bem.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal e com os documentos acostados ao processo, a recorrente apresentou em 23/04/2012, livro diário e razão sem a devida autenticação, e, ainda, sem representar a sua real movimentação financeira, situação em que a contabilidade foi considerada imprestável. Tal conduta independe do porte da empresa, pois, na ausência dos livros comerciais obrigatórios, e desde que permitido, a empresa pode apresentar livro caixa, o que também não ocorreu.

Assim sendo, a fiscalização efetuou o arbitramento do lucro com base no inciso III, do art. 530, do RIR/99:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

Desta forma, correta a apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro arbitrado, e do Pis e da Cofins pelo regime cumulativo, que tiveram como base de apuração a atividade de compra e venda de veículos, conforme acertadamente concluiu a fiscalização.

Para o lançamento fiscal, a fiscalização não se utilizou de presunção genérica e subjetiva, mas sim de presunção legal de omissão de receitas decorrente de depósitos de origem não comprovada, conforme teor do art. 42 da Lei nº 9.430/1996:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Tal presunção inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo comprovar que determinados depósitos (ou sua totalidade) não merecem ser tributados.

Desta forma, incorreto o pedido da recorrente para aproveitamento das despesas e custos arcadas pela recorrente, pois o lançamento não trata da apuração pelo lucro real, que é a forma de tributação em que se aproveita os custos e despesas necessárias ao desenvolvimento das atividades das empresas, mas sim do lucro arbitrado.

Extratos Bancários

Quanto ao argumento da recorrente em relação à falta de permissão judicial para solicitação de extratos bancários perante as instituições financeiras, entendo que este assunto está superado por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário nº 601.314, com repercussão geral, que reconheceu a legalidade do

fornecimento de informações sobre movimentação bancária dos contribuintes pelas instituições financeiras para apuração de créditos tributários, confira:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DOS CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Grupo Econômico Informal

A recorrente alega que não tinha nenhuma relação societária ou de grupo econômico com a empresa Barreto Import e que não há comprovação de que a recorrente e as demais empresas envolvidas na autuação fiscal fizeram parte de um grupo econômico informal, o que pugna pela atribuição do fato gerador à importadora Zeta. Não há medida cautelar ou decisão judicial que tenha reconhecido o suposto grupo econômico. Não há confusão patrimonial.

Não entendo que tenha razão a recorrente.

O sujeito passivo da obrigação principal pode ser o contribuinte ou o responsável.

No caso, a recorrente é quem era o contribuinte, pois era responsável por toda a cadeia de comercialização de seu produto. Desta forma, por tudo que foi demonstrado pela fiscalização, restou comprovado que a recorrente é quem efetivamente praticou os fatos geradores das obrigações tributárias aqui destacadas, devendo seu argumento ser refutado.

Multa Qualificada

A recorrente não pugna claramente pelo afastamento da multa de ofício qualificada. Apenas cita tangencialmente de que não houve comprovação da sonegação de sua parte e pede, ao final do recurso voluntário, que seja afastada a representação fiscal para fins penais.

Mesmo assim, em respeito ao colegiado, enfrento tal questão.

A fiscalização fundamentou a qualificação da multa de ofício nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502/1964, cujo teor está replicado no art. 957 do RIR/99 (base legal no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996), uma vez que ficou demonstrada a conduta do contribuinte e de seus responsáveis na tentativa de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação principal. Seguem trechos legais:

Lei nº 9.430/1996

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

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

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

Lei nº 4.502/1964

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

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

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

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

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

Pois bem.

Conforme ensinamentos de De Plácido e Silva:

Fraude é o vocábulo derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), que serve para caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Portanto, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. É, por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regra jurídica, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empregada contra aquele com quem se contrata¹.

¹ Silva, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, Volume II - D-I, Editora Forense, 1978, pág. 718. Texto extraído do sítio: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=110238&key=2241519

A sonegação fiscal aproxima-se muito do conceito de fraude, apenas se diferenciando, a deleite do legislador, em razão do i) impedimento do conhecimento do fato gerador (sonegação); ou do ii) impedimento da ocorrência do fato gerador (fraude). Entretanto, ambos conceitos estão dentro do gênero de dolo, ou seja, a ocorrência de ambos pressupõe a intenção, a má-fé em lesar terceiros.

No caso concreto, superado o argumento da recorrente sobre seu objeto social, que, a meu ver, se encaixa na atividade de compra e venda de veículos, a conduta perpetrada pela recorrente e por todas as pessoas envolvidas na operação de importação e venda de veículos no mercado nacional, as quais, na busca da maior lucratividade possível, ludibriaram o fisco ao reduzir consideravelmente sua carga tributária, demonstram o nítido intento doloso de se beneficiar em detrimento de toda a regra tributária vigente.

Outrossim, a permanência de todo o período objeto do procedimento fiscal na clandestinidade, confiantes de que não teriam que arcar com eventuais dívidas surgidas em decorrência da fiscalização, comprovam que tinham interesse em sequer serem responsabilizados por condutas por eles próprios desencadeadas.

A fiscalização demonstrou que parte da renda do negócio fraudulento era revertida em prol das pessoas elencadas como responsáveis solidárias, comprovando, mais uma vez, que a conduta era dolosa, não cabendo sequer ponderações sobre eventual conduta legal elisiva.

Além disso, mister ressaltar que a recorrente omitiu reiteradamente, durante dois anos-calendário, as informações sobre a correta apuração de seu resultado contábil e fiscal. Em relação ao ano-calendário de 2007, a recorrente apresentou DIPJ 2008/ac 2007 em que informou ter auferido receita bruta de R\$ 854.753,41, quando movimentou junto aos Bancos ABN Amro Real S/A e Sofisa S/A um montante anual de R\$ 26.389.118,17. Para o ano-calendário de 2008, a respectiva DIPJ continha o montante de receita bruta de R\$ 164.346,41, quando movimentou junto aos mesmos bancos o valor de R\$ 17.962.580,75.

Desta comparação pode-se perceber o nítido intento da ora recorrente em encobrir a verdadeira receita que auferiu nos anos-calendário fiscalizados.

Como visto, não houve outra intenção, por parte da recorrente e de todas as pessoas envolvidas nas operações aqui descritas, a não ser o límpido caráter de sonegar tributos, sem nenhum temor.

Diante disso, voto por manter a qualificação da multa de ofício.

Outrossim, os argumentos de desrespeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e imparcialidade também devem ser afastados.

Responsabilidade Solidária

Conforme visto alhures, somente o recurso voluntário interposto por Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, CPF 516.438.20834, deve ser objeto de enfrentamento.

Pois bem.

Além de toda a demonstração de que a empresa Zeta Importação e Exportação Ltda, da qual o Sr. Álvaro era sócio, era a empresa que importava os veículos vendidos pela recorrente, tem-se que o Sr. Álvaro se beneficiou do resultado da fraude promovida pela recorrente, veja-se:

4.7. Posteriormente, em finais de novembro/2012, o Banco ABN Amro Real enviou cópia da proposta de abertura de conta corrente PJ, através da qual se constatou que tanto Flávio Nazarian como Eduardo Barreto estavam autorizados a solicitar talões de cheques e cartões em nome da empresa. A pedido da fiscalização, o banco também apresentou esclarecimentos sobre uma série de lançamentos que haviam constado nos extratos bancários enviados anteriormente em julho/2012.

Pela análise desses lançamentos, verificou-se que haviam sido efetuados entre outros, uma série de depósitos para a Zeta Importação e Exportação Ltda além dos inicialmente identificados, assim como para o sócio desta, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer e para o sócio da Flabacar Arthur de Almeida Prado. Em anexo, é apresentada uma relação com alguns dos valores depositados para os mesmos.

Para comprovar, com documentais hábeis e idôneos a natureza dos pagamentos recebidos da Flabacar, foram intimados pelo correio os sócios da Zeta Juan Sabate Font, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, Rubens do Nascimento Gonçalves Neto e Ivaldo José Antero, assim como pessoalmente o síndico da massa falida da Zeta Importação e Exportação Ltda Dr. Asdrúbal Montenegro Neto, uma vez que esta tivera sua falência decretada em 16/09/2011. Ressalte-se haverem sido identificados os sócios e o síndico da falência da empresa, com base em ficha cadastral simplificada da Jucesp.

Destes, apesar de regularmente intimados conforme comprovantes de recebimento dos AR's enviados, compareceram apenas os sócios Juan Sabate Font e Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, os quais alegaram que estavam impossibilitados de apresentar os documentos solicitados, uma vez que as instalações da empresa estavam judicialmente lacradas. Confirmaram, entretanto, que as Notas Fiscais relativas aos veículos eram emitidas diretamente para os consumidores finais da Flabacar e não para esta, o que foi formalizado através de Termo de Declaração, anexo.

(...)

Questionado sobre uma série de lançamentos, o banco revelou que se referiam a depósitos para a Zeta Importação e Exportação Ltda, além dos inicialmente identificados, assim como para o sócio desta, Álvaro Thomas Renaux Niemeyer e para o sócio da Flabacar, Arthur de Almeida Prado.

Quanto à falta de interesse comum, alegada pelo recorrente, adoto como razões de decidir o que foi estabelecido pela DRJ:

A despeito das assertivas do impugnante, inicialmente há que se registrar as lições conduzidas pelo renomado tributarista Marcos Vinicius Neder em obra que versou sobre o critério de aplicação do art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional (solidariedade de fato), partindo-se da acepção do termo “*interesse comum*”:

“Solidariedade de Fato

(...)

6.2. Conceito de interesse comum

O termo “interesse” contém, vários significados, o que dificulta sua exata delimitação semântica na seara jurídica. Um dos desafios mais importantes para todo o desenvolvimento deste ensaio é solucionar a seguinte questão: “Qual significado deveríamos atribuir à expressão ‘interesse comum’ utilizada no art. 124 do CTN?”

(...)

A palavra interesse, segundo Alf Ross, pode ser tomada em sentido amplo e em sentido estrito. O sentido amplo abrange todo o estado de consciência que encerra uma atitude. Nesse sentido, estamos interessados em tudo aquilo a respeito do que experimentamos; uma atitude positiva ou negativa. Por outro lado, quando dizemos que uma ação nasce dos interesses de uma pessoa, a palavra é tomada em sentido estrito. E prossegue o mestre dinamarquês, os interesses são atitudes baseadas em necessidades, que geram um impulso no sentido de seu atendimento, ao contrário das atitudes morais, que são baseadas em necessidades (desinteressadas).

No campo processual, interesse, observa Cândido Dinamarco, associa-se à idéia de utilidade, de modo que o provimento jurisprudencial postulado pela parte deve ser efetivamente útil ao demandante, operando uma melhora em sua vida comum. O interesse processual, é por essência instrumental.

Como o que nos inquieta é o interesse na situação jurídica subjacente ao fato gerador, cumpre examinar o seu significado à luz de uma relação jurídica privada (...). Recorremos, então, aos ensinamentos de Pontes de Miranda para quem os direitos subjetivos surgem apenas a partir da incidência de regras jurídicas que são os veículos aptos a distribuir bens da vida, ou alterar sua distribuição. Se há interesse subjacente a tal distribuição, não pertencem à dimensão jurídica, mas à dimensão política, salvo onde esse interesse á regra jurídica entendeu caber proteção. Assim, ensina o Mestre, os direitos subjetivos como produto da incidência de regra jurídica, protegem determinados interesses.

Nos direitos de crédito particular, um dos interesses tutelados, tanto do lado do credor como do lado do devedor, é extinção regular da relação jurídica pelo adimplemento da obrigação pactuada.

A partir dessas várias acepções para o vocábulo “interesse”, é possível extrair um elemento significante comum, qual seja: interesse é uma atitude voltada ao atendimento de uma necessidade (v.g., econômica, moral e social) e, no campo obrigacional, estruturam-se direitos subjetivos que tutelam tais interesses.

(destacou-se)

Resta, ainda, discorrer a respeito da qualificação “comum” conferida pela lei, ou seja, examinaremos quais as hipóteses em que o “interesse” será considerado “comum” na situação jurídica privada que constitua o fato gerador. No plano das situações jurídicas, defrontamo-nos com relações em que participam pluralidade de sujeitos e, por conseguinte, surge uma pluralidade de titulares de direitos (...). Nessas situações, para que se verifique interesses comuns que se irradiam dessa relação jurídica.

Alf Ross, com muita habilidade, faz a distinção entre os interesses comuns e coincidentes. Nos primeiros, as pessoas interessadas são vinculadas por circunstâncias externas formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que os une; enquanto, nos coincidentes, o vínculo visa apenas atender a uma necessidade específica (tarefa).

Nos negócios jurídicos privados de compra e venda mercantil com pluralidade de pessoas, por exemplo, podemos encontrar entre os contratantes interesses coincidentes, contrapostos e comuns. Afinal, vendedores e compradores têm interesse coincidente na realização do negócio (tarefa), mas interesses contrapostos na execução do contrato (necessidades opostas). Já os interesses comuns situam-se em cada um pólos da relação: entre o conjunto de vendedores e, de outro lado, entre os compradores. (...)

Não é outro entendimento de Paulo de Barros Carvalho, que sustenta que, nas ocorrências em que o fato se consubstancia pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo pólo da relação, se, e somente se, for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação.

Também a esta conclusão chegou Hugo de Brito Machado: “O fato de serem partes em um contrato apenas significa que o legislador pode, por disposição expressa, instituir solidariedade entre elas (...). Uma coisa é duas ou mais pessoas terem interesse na situação. Outra é terem duas ou mais pessoas interesse comum na situação. Comprador e vendedor têm interesse na compra e venda, mas não se trata de interesse comum e sim de interesses contrapostos”.

Conclui-se, portanto, que o fato jurídico suficiente à constituição da solidariedade não é o mero interesse de fato, mas sim o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e deveres comuns entre pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. (Neder, Marcos Vinícius, in Responsabilidade Tributária / Coordenadores Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder, São Paulo, Dialética, 2007, p. 39/42).

No presente caso, a responsabilidade do Sr. ÁLVARO THOMAS RENAUX NIEMEYER salta aos olhos, independentemente de quaisquer documentação da empresa ZETA que tenha deixado de ser apresentada pelos motivos por ele expostos.

Como registrado, quando da análise acerca de “intermediação” e “compra e venda” a empresa ZETA, da qual o Sr. Álvaro é sócio-administrador, participava dos procedimentos de venda dos veículos, recebendo-os no Porto de Vitória (as faturas eram emitidas em nome da Zeta, segundo informado, com valores bem inferiores ao real) emitindo Notas Fiscais diretamente para a pessoa física ou jurídica que havia adquirido o veículo da Barreto Import/Flabacar.

Além do acima exposto, verificou-se que foram efetuados depósitos para a Zeta, assim como para o Sr. Álvaro, como afirmado no Termo de Constatação e Verificação Fiscal, fato que o referido senhor não logrou desconstituir em sua impugnação.

Deve ser registrado que o próprio senhor Álvaro confirmou o fato de as Notas Fiscais relativas aos veículos serem emitidas diretamente para os consumidores finais da Flabacar e não para esta, o que foi formalizado através de Termo de Declaração.

A propósito, o Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) estabelece, em seu artigo 332, que Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos [...]; e, em seu artigo 131, que O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos [...], dispositivo que tem um correlato no artigo 63 do Decreto nº 7.574, de 30 de setembro de 2011 (Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção [...]).

Nesse contexto, em última análise, todas as informações contidas no processo constituem o rol de elementos (indícios) sobre os quais o julgador promove o raciocínio para chegar à presunção judicial, que servirá de base para formar a convicção necessária para solucionar o litígio.

Sobre esse tema, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, amparando-se em trechos das obras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Amaral Santos, discorrem do seguinte modo:

A presunção judicial resulta do raciocínio do juiz, que a estabelece. Forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção. Há necessidade de o indício (fato-base) estar provado:

“... a sistemática de ‘produção’ das presunções em juízo não difere, em nada, da produção de qualquer prova; será necessário produzir-se uma prova, com a ressalva de que essa prova não incidirá sobre os fatos da causa, mas sobre fato externo a esta, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio lógico.”

AMARAL SANTOS pontua que a importância das presunções simples se apresenta quando se pretende provar estados do espírito – a ciência ou a ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. – e especialmente as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas. Este processo mental é desenvolvido pelo magistrado sem qualquer intervenção do legislador. “As presunções simples, por sua própria natureza, valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz. Mais do que qualquer outra prova, não são susceptíveis de regras legais que meçam ou avaliem a sua eficácia. Resultado do raciocínio do juiz, a este e a mais ninguém cabe estimá-las e conforme o seu poder de convencer o juiz tal o valor que o juiz lhes conferirá”.

Oportuno transcrever o que diz Maria Rita Ferragut:

Assim, tem a Administração Pública o poder-dever de investigar livremente a verdade material diante do caso concreto, analisando todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca da existência e conteúdo do fato jurídico, já que é uma constatação a prática de atos simulatórios por parte do contribuinte, visando diminuir ou anular o encargo fiscal. E essa liberdade pressupõe o direito de considerar fatos conhecidos não expressamente previstos em lei como indiciários de outros fatos, cujos eventos são desconhecidos de forma direta.

A presunção hominis de forma alguma significa que a tributação ocorrerá baseando-se em mera verossimilhança, probabilidade ou verdade material aproximada. Pelo contrário, veiculará conclusão provável do ponto de vista fático, mas certa do ponto de vista jurídico. Por isso, resta uma vez mais observar que também a prova direta leva-nos à certeza jurídica e à probabilidade fática, já que não relata com certeza absoluta o evento, inatingível. Detém, apenas, maior probabilidade do fato corresponder à realidade sensível.

A jurisprudência administrativa, em reiteradas manifestações dos seus Órgãos Julgadores de primeira e segunda instâncias, segue a mesma direção, como se depreende dos trechos a seguir reproduzidos de ementas de julgados do contencioso administrativo [sem os grifos, no original] :

[...] MEIOS DE PROVA A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive a presuntiva, com base em indícios veementes, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador (arts. 131 e 332 do CPC. e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972). (Acórdão nº 10421347, Primeiro Conselho de Contribuintes, Data da Sessão: 26/01/2006)

IPI. SIMULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Uma vez não afastadas as robustas provas realizadas pelo Fisco, quando da fiscalização da contribuinte e de empresa terceira, é de serem aceitas as presunções e indícios resultantes do conjunto fático probatório apurado, pois que graves e precisos, a ponto de se reconhecer que se trata na hipótese a "cisão" de operação simulada, levada a efeito com o fim de se desobrigarem os interessados de suas responsabilidades tributárias. (Acórdão nº 20313.032, Segundo Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara, Sessão de 01 de julho de 2008).

IRPJ/CSLL OMISSÃO DE RECEITAS MEDIANTE INTERPOSIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA — PROVA INDICIÁRIA

A prova indiciária é meio idôneo para referendar uma autuação, desde que ela resulte da soma de indícios convergentes. É o caso dos autos, em que resta patente a interposição de pessoa jurídica inexistente de fato [...]. (Acórdão nº 10709.175, Primeiro Conselho de Contribuintes, Sétima Câmara, Sessão de 16 de outubro de 2007).

[...] MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. O Fisco não sofre qualquer restrição de investigação e, assim, quando sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizá-la através de todos os meios lícitos admitidos em Direito, inclusive com base em presunção simples, desde que firmada com indícios veementes. As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fé geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas da infração. Multa Qualificada. Se as provas carreadas aos autos pelo Fisco evidenciam a intenção dolosa de evitar a ocorrência do fato gerador, pela prática simulada de desviar receitas da tributação, cabe a aplicação da multa qualificada [...] (DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM CAMPINAS – 2ª TURMA ACÓRDÃO Nº 0533021 de 18 de Março de 2011)

Por fim, oportuna é a evocação do voto vencedor do acórdão nº CSRF/0102.743, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tomando por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Indícios de omissão de receitas é que não faltam. A propósito, como relembra o preclaro mestre Hely Lopes Meirelles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “indícios vários e concordantes são prova”, com o que, de plano, este relator poderia dar o assunto por encerrado. (STF, RTJ 52/140 apud Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 97.)

[destaques acrescidos]

Com esteio na fundamentação exposta, e tendo em vista que a autuada não conseguiu afastar o conjunto indiciário, mantém-se a sujeição passiva solidária de Álvaro Thomas Renaux Niemeyer, expressa no Termo de fls. 798 e seguintes, com base nos arts 210 do RIR/99 (base legal é do art. 135 do CTN), 121, Prg únicoII, 124, I e 128 do CTN. Registre-se que em sua impugnação o Sr. Álvaro somente se referiu ao art.124, I.

Desta forma, ao pagar menos tributo, as pessoas envolvidas tiveram oportunidade de lucrar mais, efetuar retiradas, que não se sabe se seriam possíveis se a empresa pagasse seus tributos em seguimento às regras tributárias. Aliás, a pessoa jurídica é uma ficção, não tem capacidade de dizer se quer ou não pagar tributo. Quem determina isso é sempre uma

pessoa física, que, em se demonstrando que participou efetivamente da conduta delituosa de recolher menos tributos aos cofres públicos, e comprovado que se beneficiou deste resultado, comprovado estará o interesse comum com pilar no art. 124, I, do CTN.

Assim, deve ser mantida a responsabilidade tributária do Álvaro Thomas Renaux Niemeyer.

Conclusão

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário apresentado pelo responsável solidário Juan Sabaté Font. Na parte conhecida, voto por AFASTAR a preliminar de nulidade e, no mérito, voto por NEGAR provimento ao recurso de ofício, para exonerar a responsabilidade solidária de Rubens do Nascimento Gonçalves Neto, e NEGAR provimento ao recurso voluntário da empresa e do responsável solidário Álvaro Thomas Renaux Niemeyer.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa

