



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

Processo nº 10952.000394/2010-81
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **1201-000.088 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 11 de setembro de 2012
Assunto PEDIDO DE DILIGÊNCIA
Recorrente COMERCIAL M DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, CONVERTER o julgamento do recurso voluntário em diligência. Vencido o Relator que, por considerar inaplicável ao caso o benefício da Lei nº 11.941/2009, que trata da redução da multa de ofício em face da adesão ao parcelamento da referida Lei, a considerava desnecessária. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Junior.

(documento assinado digitalmente)

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

(documento assinado digitalmente)

João Carlos de Lima Junior – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Plínio Rodrigues Lima, (Suplente Convocado), Marcelo Cuba Netto, André Almeida Blanco (Suplente convocado), Regis Magalhães Soares de Queiroz e João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário interpostos nos termos dos arts. 33 e 34 do Decreto nº 70.235/72, contra acórdão exarado pela 2ª Turma da DRJ em Salvador – BA.

Por bem descrever os fatos litigiosos objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 872 e ss.):

Tratam-se de autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), fls. 02/25, decorrentes da apuração de receitas da atividade escrituradas e não declaradas, em relação aos fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2005 e 2006, segundo o Relatório de Verificação Fiscal de fls. 26/49, que tem o seguinte teor:

1. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL:

- o sujeito passivo foi selecionado para verificação de omissão e/ou insuficiência de declaração e recolhimento de PIS, Cofins, CSLL e IRPJ, nos anos-calendário de 2005 e 2006, tendo em vista a existência de divergências entre os valores de vendas de mercadorias e/ou prestação de serviços informados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio de Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, e os valores de receita bruta informados à RFB em DIPJ, constatadas em cruzamento de informações da RFB com o órgão estadual, conforme demonstrado a seguir:

Ano-calendário de 2005

Saída de Merc. (...) em DMA R\$ 35.461.676,93

Receita Bruta informada em DIPJ (original) R\$ 6.305.451,23

Diferença R\$ 29.156.225,70

Ano-calendário de 2006

Saída de Merc. (...) em DMA R\$ 40.921.643,79

Receita Bruta informada em DIPJ (original) R\$ 0,00

Diferença R\$ 40.921.643,79

2. INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL:

- a fiscalização teve início em 22/09/2009, com a ciência pessoal do Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 66/67), tendo sido a empresa, no ato, representada por seu procurador (fl. 69), Marcos Eriberto Moreno Freitas, CPF nº 261.173.205-15;

- a referida ciência foi realizada no endereço comercial do citado procurador da empresa, por não terem sido encontrados quaisquer dos sócios administradores no endereço cadastral da fiscalizada, consoante Termo de Constatação e Declaração de fl. 95;

3. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDIMENTO FISCAL:

3.1 DO ATENDIMENTO AO TERMO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL:

- o objetivo social da empresa é o comércio atacadista de bebidas, mais especificamente distribuição exclusiva de produtos da marca Schincariol, à época dos fatos geradores tributários, na praça de Itabuna/BA;

- no ato de ciência do Termo de Início, o procurador da fiscalizada (Marcos Eriberto Moreno Freitas) forneceu à auditoria fiscal os documentos em seu poder, quais sejam: instrumento de mandato, datado de 02/12/2008, no qual o sujeito passivo, representado pelo sócio administrador José Roberto Dias Machado, o nomeia seu procurador, inclusive, e especialmente, com amplos poderes de representação junto à RFB; cópias simples das identificações civis dos sócios administradores (José Roberto Dias Machado e José Lins Motta); e contrato social e alterações de nºs 01, 02, 03, 04, e uma sem número, esta datada de 15/09/2008, na qual já figura como testemunha o procurador Marcos Eriberto;

- em 01/10/2009, foi solicitada prorrogação de prazo para o atendimento do Termo de Início, entretanto, escoado o prazo concedido, e após diversos contatos telefônicos com o procurador, e contador, do sujeito passivo, que sempre alegava que os livros comerciais e demais documentos solicitados estavam em Itabuna, em poder do seu antigo contador, foi realizada nova diligência em seu endereço cadastral;

- após tentativa infrutífera de reintimação do Termo de Início, por via postal, no endereço cadastral da empresa, cujo Aviso de Recebimento (AR), datado de 14/07/2010, retornou com a indicação de mudança de endereço, foi realizada nova diligência, em 19/07/2010, que constatou ter a mencionada mudança ocorrido há cerca de três meses, além do desconhecimento, pelo depoente, do endereço dos sócios da fiscalizada, conforme Termo de Constatação e Declaração lavrado;

- o então procurador e contador da empresa, Marcos Eriberto, foi mais uma vez diligenciado, na mesma data, ocasião em que afirmou não mais desejar exercer a representação do sujeito passivo, tendo alegado também desconhecer o seu novo endereço. Em relação ao sócio administrador, José Roberto Dias Machado, alegou que ouvira dizer que se mudara para Uberaba/MG;

- ao longo do procedimento fiscal, foi solicitado ao procurador da fiscalizada a presença, em qualquer repartição fiscal da RFB, do citado sócio administrador, ou mesmo seu contato telefônico, pedido nunca atendido;

- saliente-se que, no curso do procedimento fiscal, foi emitido o Ofício nº 96/2010 (fl. 304), dirigido à Junta Comercial do Estado da Bahia - JUCEB, solicitando cópia autenticada de todos os atos societários relativos ao sujeito passivo, depositados naquele órgão, que, em resposta, enviou o contrato social e suas alterações (fls. 305/352), sendo que a última foi de nº 06, datada de 12 de novembro de 2009, mas somente protocolada na Junta em 28/01/2010, por meio da qual é alterado o domicílio da empresa para Salvador/BA, Ladeira da Praça, 152, Edf. Dos Arquitetos, loja 07, Centro, bem como é excluído o sócio José Lins Motta, com a admissão do novo sócio, Sidney Rodrigues da Silva, este também com domicílio fiscal em Salvador/BA;

- o novo sócio admitido, Sidney Rodrigues da Silva, consta no CPF como detentor de quatro inscrições, três delas já baixadas, por multiplicidade;

- cabe registrar que a citada alteração contratual de nº 06 jamais foi comunicada ou alegada pelo sujeito passivo a esta auditoria fiscal, nem mesmo no procedimento de inaptação do CNPJ da fiscalizada, por inexistência de fato, que considerou, em suas razões, o endereço constante da alteração contratual datada de 15 de setembro de 2009, no município de Eunápolis/BA. Saliente-se que este endereço em Eunápolis vem sendo declarado em todas as petições apresentadas a esta auditoria fiscal, mesmo as protocoladas em 2010;

3.2 DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA:

- em 20/07/2010, foi protocolada Representação Fiscal - Pessoa Jurídica Inapta, Processo nº 10952.000246/2010-66 (fls. 359/374), tendo em vista o disposto nos arts. 22, 39, 41 e 47 da Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, bem como o previsto na Súmula do STJ nº 435, de 2010, e a determinação da Portaria PGFN nº 180, de 2010, que tratam da responsabilidade tributária dos sócios administradores quando da dissolução irregular da pessoa jurídica (transcreve os citados dispositivos);

- por meio do Ato Declaratório Executivo nº 24, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Itabuna (fls. 356/358), de 26 de julho de 2010, publicado no DOU em 02/08/2010, foi declarada inapta a inscrição do CNPJ da fiscalizada, cuja possível consequência, entre outras, é a imputação de responsabilidade tributária solidária aos sócios administradores do sujeito passivo;

3.3 DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA EM PESSOAS VINCULADAS AO SUJEITO PASSIVO E SUAS RESPOSTAS:

- o comportamento reiteradamente evasivo e não colaborativo do sujeito passivo passou a mudar a partir da realização de novas diligências, pois, logo a seguir, conforme Termo de Constatação em anexo, a contribuinte retificou suas DIPJ 2006 e 2007, em 30/07/2010, e entregou parte dos livros fiscais, em 09/08/2010, sendo que a entrega desses documentos foi acompanhada de protocolo sem a identificação e a assinatura do representante legal da empresa;

- tendo constatado que a empresa havia constituído uma outra procuradora, além do contador Marcos Eriberto, dado obtido no procedimento de fiscalização anterior, objeto do Termo de Constatação e Intimação Fiscal lavrado em 29/07/2010 (fls. 148/150), foi decidida a abertura de nova diligência;

- o citado Termo de Constatação e Intimação Fiscal, de 29/07/2010, foi enviado para o endereço da procuradora, Onesina Martins da Silva Ramos Machado, e recebido, por via postal, em 02/08/2010 (fl. 151). O sujeito passivo, em resposta, protocolou, por meio de seu também procurador, Erivaldo Pereira Benevides, pedido de prorrogação de prazo, sob a alegação de que parte dos documentos estaria na posse do "contador na cidade de Eunápolis", o Marcos Eriberto, já identificado, sendo que o referido contador, anteriormente, então representante do sujeito passivo, tinha alegado, para o mesmo fim, o mesmo motivo, ou seja, que o material solicitado estaria localizado na cidade de Itabuna;

- também foram abertas diligências em relação às ex-sócias da fiscalizada, Bárbara Coutinho Ramos e Indira Coutinho Ramos, pessoas que também constituíram, em 01/02/2007, a CM Distribuidora de Bebidas Ltda., no antigo endereço da Comercial M Distribuidora Ltda., em Itabuna;

- diligências cumpridas no idêntico endereço cadastral de Bárbara Coutinho Ramos e Indira Coutinho Ramos constataram que, na verdade, trata-se de imóvel pertencente a um parente (tia) das diligenciadas, Ranulfa Martins Ramos Habib, irmã da procuradora da fiscalizada, Onesina Martins da Silva Ramos Machado, entretanto, restou constatado que nesse endereço elas não moravam há mais de seis meses (fl. 106);

- também foi efetuada diligência em relação a Onesina Martins, com endereço cadastral no mesmo condomínio onde residiriam Indira e Bárbara, sendo que o declarante, conforme Termo em anexo (fl. 105), confirmou o domicílio da diligenciada, mas disse que no momento ela estaria ausente;

- no endereço da CM Distribuidora de Bebidas Ltda., idêntico ao ocupado pela fiscalizada antes de sua mudança de domicílio para Eunápolis, não foram encontrados seus sócios, Raimundo Jerônimo Dias Machado Júnior e Onesina Martins, marido e mulher;

- o agente fiscal foi recebido por Silvana Carvalho de Santana Curvelo, atual empregada e gerente administrativa da diligenciada e pessoa que possuía, à época do procedimento fiscal já encerrado, vínculo trabalhista com a fiscalizada, também como gerente administrativa, ocasião em que representou a Comercial M Distribuidora na ciência do Termo de Início.

Silvana também figura como testemunha na 4ª Alteração do Contrato Social do sujeito passivo, por meio da qual Indira Coutinho Ramos foi admitida na sociedade;

- no Termo de Constatação e Declaração lavrado durante esta diligência, Silvana confirmou a data de constituição da CM Distribuidora de Bebidas, janeiro de 2007, mas com início de atividade em agosto de 2008, e também que a diligenciada utiliza as mesmas instalações físicas da Comercial M Distribuidora, empresa que teria sido mudada para Eunápolis, para desenvolver atividade diversa do ramo de distribuição de bebidas, segundo a declarante (fl. 107);

- quanto ao aproveitamento dos bens pertencentes à Comercial M, afirmou Silvana que tais bens teriam sido adquiridos, entregando, no ato, relação da frota de veículos, própria e locada. Foi realizada vistoria no pátio de estacionamento de veículos da diligenciada, cujo resultado encontra-se em Termo de Constatação específico (fls. 136/147);

- o fato é que a diligência constatou a presença, no pátio de estacionamento/descarregamento de veículos da diligenciada, de caminhões pertencentes ou que foram de propriedade da fiscalizada, evidenciando a utilização, em sua atividade operacional, pela CM Distribuidora de Bebidas Ltda.;

- ainda em relação à frota utilizada pela diligenciada, foram entregues 11 contratos de locação de veículos de carga, todos firmados em 2009 e 2010, tendo a CM Distribuidora como locatária, representada ora por sua sócia administradora, Onesina Martins, ora por Bárbara Coutinho Ramos, esta presumivelmente representante da diligenciada, tendo em vista ter se desligado, como sócia, da CM Distribuidora, antes da assinatura de tais documentos;

- em relação às ex-sócias da Comercial M e da CM Distribuidora, Bárbara e Indira, a declarante afirmou que provavelmente eram sobrinhas do atual sócio da diligenciada, Raimundo Machado Júnior;

- novo Termo de Constatação e Reintimação Fiscal foi lavrado, em 02/09/2010, por conta do não atendimento do Termo lavrado em 29/07/2010, e enviado aos sócios administradores do sujeito passivo e à procuradora Onesina Martins da Silva Ramos Machado, cujo teor é reproduzido às fls. 32/35. Os termos enviados aos sócios administradores, José Lins Motta e José Roberto Dias Machado, por via postal, foram devolvidos, com as informações de que o número do endereço cadastral indicado não existe (José Roberto) e de que o destinatário é desconhecido (José Lins Motta);

- a única correspondência efetivamente entregue, portanto, foi para a procuradora, Onesina Martins, conforme Aviso de Recebimento de fl. 204, sendo que, no dia 23/09/2010, o sujeito passivo voltou a se manifestar, por meio de seu procurador, Erivaldo Pereira Benevides, conforme expediente de fls. 213/215;

3.4 DA CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS:

- as receitas brutas contidas nas DIPJ dos anos-calendário de 2005 e 2006, entregues pela contribuinte em 29/06/2006 e 29/06/2007, respectivamente, revelam incompatibilidade com os valores de vendas de mercadorias e serviços informados em suas declarações enviadas ao fisco estadual (DMA), assim como os valores escriturados em seus livros fiscais;

- no curso da ação fiscal, o sujeito passivo apresentou DIPJ retificadoras, para os anos-calendário de 2005 e 2006, na data de 30/07/2010, ocasião em que não mais se encontrava sob espontaneidade, não sendo consideradas essas retificadoras no atual procedimento fiscal;

- as declarações Dacon e DCTF, por outro lado, não revelam créditos ou débitos relativos a tributos do sujeito passivo, assim como demonstrativos de PIS e de Cofins, por terem sido preenchidos, sistematicamente, com valores zerados. Quanto às receitas auferidas pela venda de produtos com tributação monofásica, o sujeito passivo, mesmo sob intimação (fls. 353/355), enviada ao seu procurador, Erivaldo Pereira Benevides, preferiu o silêncio;

- também foi solicitado à contribuinte apresentar retificadoras das declarações Dacon e DCTF, com informação dos tributos eventualmente recolhidos antes do início da ação fiscal, providência que não adotou;

- foi apurada, portanto, omissão de receitas nos anos sob análise, já que a contribuinte não informou à RFB, ou informou a menor, receitas de vendas de mercadorias e serviços, embora as tenha informado ao fisco estadual, por meio de DMA, e realizada a sua escrituração no Livro de Registro de Saídas, conforme quadro resumo apresentado a seguir;

3.5 DA APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS - IRPJ, CSLL, PIS E COFINS:

- a sistemática de tributação pelo lucro presumido considera a receita bruta apurada pela contribuinte, escriturada no Livro de Saídas, em cotejo com o Livro de Apuração de ICMS e DMA transmitidas ao fisco estadual, conforme quadro à fl. 37;

- nesse procedimento fiscal, foram considerados os valores escriturados pela contribuinte no Livro de Saídas, visto que, com exceção do mês de maio de 2006, não apresentam diferenças significativas com os valores transmitidos via DMA;

- sobre as bases tributáveis trimestrais e mensais, incidem as alíquotas de 15% e 10% para o IRPJ e adicional, 3% para a Cofins, 9% para a CSLL e 0,65% para o PIS;

3.6 DO APROVEITAMENTO DOS VALORES DOS TRIBUTOS RECOLHIDOS:

- diante do não exercício da faculdade da contribuinte, mesmo sob intimação fiscal, de retificar suas DCTF, os recolhimentos efetuados espontaneamente não serão aproveitados no presente procedimento, por não ter havido confissão de dívida. No entanto, em havendo impugnação ao presente lançamento de ofício, o órgão julgador poderá exonerar a contribuinte do montante pago e da respectiva multa, razão pela qual foi feito o quadro resumo de fl. 38/40, com os pagamentos realizados pela empresa, de acordo com a data de apuração;

4 DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA:

4.1 HISTÓRICO DE ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO DO SUJEITO PASSIVO E PROCEDIMENTO FISCAL ANTERIOR:

- o estabelecimento comercial da empresa sempre ocupou o galpão e demais salas do endereço na Rua São Sebastião, 111, no Bairro de Fátima, em Itabuna/BA, onde desenvolvia sua atividade de distribuidora exclusiva da marca Schincariol na respectiva base territorial;

- em 29/08/2007, foi iniciado procedimento de fiscalização respaldado pelo MPF 529/2007, cuja ciência do Termo de Início se deu no citado endereço, que resultou em lançamento de tributos com a mesma fundamentação do atual procedimento (receita da atividade não declarada).

Os autos de infração correspondentes foram cientificados à empresa na pessoa de **Onesina Martins da Silva Ramos Machado**, procuradora com amplos, gerais e ilimitados poderes de administração em relação

ao sujeito passivo, pelo menos desde 17 de novembro de 2006, consoante instrumento de mandato apresentado à época dos fatos;

- em 21/11/2008, conforme consulta ao CNPJ, foi alterado, pela contribuinte, seu endereço cadastral, para a Avenida Santos Dumont, 100, Bairro Pequi, Eunápolis/BA, local onde foram realizadas tentativas de ciência pessoal dos atos relativos a este procedimento, todas infrutíferas.

Tal modificação teve suporte na alteração do Contrato Social datado de 15 de setembro de 2008, que também excluía do seu quadro social as então sócias e irmãs Bárbara Coutinho Ramos e Indira Coutinho Ramos, tendo como testemunha o procurador e contador da empresa Marcos Eriberto Moreno Freitas;

- diligências efetuadas no curso do procedimento fiscal, em relação às pessoas físicas e jurídica Bárbara, Indira, Onesina e CM Distribuidora, todas vinculadas entre si por parentesco ou por participações em empresas, não comprovaram a razoabilidade e a validade da alteração do Contrato Social da Comercial M, datada de 15/09/2008, em que as sócias Bárbara e Indira deixam a sociedade e em que é alterado o domicílio da empresa para Eunápolis. As diligenciadas, sob intimação, não comprovaram a efetividade dessa modificação contratual, ao não demonstrarem, com documentação hábil e idônea, o recebimento do preço pela venda de suas cotas na Comercial M;

4.2 A EXTINÇÃO E A SUCESSÃO DE FATO DO SUJEITO PASSIVO:

- as instalações físicas do atual endereço do sujeito passivo em nada se equivalem às existentes em seu endereço anterior, em Itabuna, sendo certo que não comportam o desenvolvimento da atividade de distribuição atacadista de bebidas da marca Schincariol, pela total inadequação de suas instalações físicas e ausência de mão de obra. Há ainda o aspecto impeditivo de continuação da atividade de distribuidor dessa marca em Eunápolis, por já estar estabelecida, nessa praça, há anos, uma empresa que detém a exclusividade dessa distribuição;

- as informações de vendas contidas nas declarações fiscais da tradicional indústria fornecedora do sujeito passivo, Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S/A, acusam relacionamento comercial com o sujeito passivo até o ano de 2007, ano em que suas vendas à interessada somaram R\$13.202.336,67, não havendo informações, por meio de declarações enviadas à RFB, a partir de 2008, de vendas de bebidas dessa marca para a fiscalizada. No ano de 2008, por exemplo, o total de vendas declaradas por fornecedores outros soma apenas pouco mais de R\$ 76.000,00 e, a partir de 2009, não constam quaisquer informações de vendas de produtos ao sujeito passivo, confirmando sua extinção de fato, em relação a essa atividade;

- as informações de movimentação financeira da contribuinte, via CPMF/DIMOF, também atestam a sua extinção de fato, na medida em que esses valores caíram, de mais de R\$ 22 milhões, em 2007, para cerca de R\$1 milhão, em 2008, e, em 2009, ano em que se iniciou o

atual procedimento fiscal, registra-se movimentação financeira de apenas R\$225 mil;

- a análise do histórico do número de empregados da pessoa jurídica ao longo dos anos analisados é decisiva na confirmação da extinção de fato da empresa e na caracterização de ter havido sucessão, segundo consulta aos bancos de dados informatizados relativos aos vínculos trabalhistas e previdenciários;

- em setembro de 2008, foi iniciado o processo de demissão dos empregados da empresa, cujo efetivo médio mensal, até então, era de 70 empregados, e ao final desse mês, já havia caído para 46, passando a 35 no final de outubro, a 19 no final de novembro e a 8 no final de dezembro de 2008. A última declaração GFIP, de setembro de 2010, registra que havia apenas 2 empregados ao final desse mês, sendo que ambos sob licença por acidente de trabalho. Nenhum desses empregados, demitidos ou não, possui domicílio no município de Eunápolis;

- a relação de empregados do mês de agosto de 2008, mês imediatamente anterior ao processo de demissão de seus empregados, revela um total de 68 inscritos na Previdência Social, um deles inscrito na qualidade de sócio (Bárbara Coutinho Ramos), outro na condição de empregado sob contrato de trabalho a termo, outro sob licença por acidente de trabalhos e os demais 65 como empregados ativos, dos quais 43 foram imediatamente contratados, após demitidos da Comercial M, pela CM distribuidora de Bebidas Ltda., CNPJ 08.681.197/0001-83, empresa que passou a ocupar as mesmas instalações físicas da fiscalizada;

- em agosto de 2008, foi iniciado o processo de admissão de empregados da CM distribuidora de Bebidas Ltda., cujo efetivo ao final desse mês alcançou o número de 5, crescendo exponencialmente a partir de setembro, a saber: 27 empregados em setembro de 2008, 49 em outubro, 68 em novembro e 76 em dezembro. A partir de janeiro de 2009, o número de contratações e demissões indica uma estabilização no quadro de empregados da empresa, com uma leve tendência de crescimento, até a estabilização em torno de 92 empregados, segundo as últimas declarações GFIP transmitidas;

- ao contrário do movimento decrescente de compra de mercadorias para revenda, demonstrada em relação à Comercial M Distribuidora, os dados atribuídos à CM Distribuidora de Bebidas acusam crescimento vertiginoso em suas aquisições, passando de um valor de compras de pouco mais de R\$5,8 milhões no ano de 2008, para R\$15,5 milhões em 2009, segundo informações da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (ICMS Entradas);

- os dados do Sistema SINAL (pagamentos de tributos federais) revelam também início de atividades operacionais da CM Distribuidora em agosto de 2008, assim como as movimentações financeiras, que somaram nesse mês R\$ 303 mil (nos meses anteriores zero), totalizando no ano cerca de R\$ 7,0 milhões, sendo que, já no ano seguinte, os créditos em suas contas bancárias totalizaram R\$ 20,7 milhões;

- deve ser lembrado que a Comercial M foi constituída em 19/12/2002 e a CM Distribuidora em 01/02/2007, ambas originalmente no mesmo endereço, local onde também consta a existência da empresa Alto Astral Distribuidora Ltda. ME, CNPJ nº 04.442.787/0001-87, constituída em 16/05/2001, hoje na condição de ATIVA perante a RFB, mas que, durante a diligência no endereço cadastral, por conta da CM Distribuidora, não se mostrou visível à auditoria fiscal. A constituição, o desenvolvimento operacional e o controle dessas empresas são realizados por pessoas da mesma família, parentes ou afins, como será detalhado a seguir;

- em relação à identidade de endereços, as duas empresas só diferem na numeração que possuem na Rua São Sebastião: galpão comercial de nº 111/C, para a Comercial M, e de nº 112, para a CM Distribuidora. Para esclarecer tal divergência, foi efetuada diligência junto ao locador do imóvel, Délio Nunes da Rocha, que esclareceu que, no passado, havia, nesse endereço, duas numerações, que foram unificadas no cadastro do município de Itabuna, tratando-se, na verdade, de um único endereço para fins comerciais;

- as cópias dos contratos de locação revelam que as empresas Comercial M e CM Distribuidora, de maneira não simultânea, são as únicas locatárias desse ponto comercial, desde 01/12/2002 até esta data, sendo que, em agosto de 2008, início das atividades da CM Distribuidora, ainda estava em vigência o contrato de locação comercial com sua sucedida, Comercial M, que, nesse mês, iniciou seu processo de extinção de fato da empresa;

4.3 O CONTROLE DAS EMPRESAS POR PESSOAS PARENTES OU AFINS:

- na constituição da Comercial M Distribuidora Ltda., constaram como sócios iniciais, no Contrato Social, Bárbara Coutinho Ramos e João Luiz Martins da Silva Ramos. Em relação a esses sócios, e a outros que os sucederam, além de outras pessoas vinculadas às empresas Comercial M e CM Distribuidora, pode-se afirmar que:

a) João Luiz: ex-sócio da Comercial M, atual sócio da Alto Astral Distribuidora, irmão de Onesina Ramos (procuradora com plenos poderes da Comercial M e sócia da CM Distribuidora, casada com Raimundo J. Machado Júnior, também sócio da CM Distribuidora); irmão de Ranulfa Martins Ramos, cujo endereço cadastral é o mesmo de Bárbara e de Indira Coutinho Ramos, suas sobrinhas. Tem como fonte pagadora (DIRF) a empresa Alto Astral, da qual é sócio, situada no mesmo endereço da CM Distribuidora;

b) Bárbara C. Ramos: ex-sócia da Comercial M e CM Distribuidora, apesar de nunca ter recebido rendimentos tributáveis dessas empresas, como, por exemplo, pro labore. Foi sócia da Comercial M até novembro de 2008, data em que a empresa realizou alteração do Contrato Social pelo qual modificou seu endereço para Eunápolis/BA, com o estratagema de extingui-la de fato, passando por sua dissolução irregular, por inexistência de fato, proporcionando à CM Distribuidora sucedê-la em sua atividade. É sobrinha de Onesina Martins, procuradora com amplos poderes de administração da fiscalizada;

c) *Maria Marcelina Bastos Machado: ex-sócia da Comercial M e da Alto Astral Distribuidora, mãe de Raimundo Jerônimo Dias Machado Júnior, este atual sócio da CM Distribuidora de Bebidas; mãe de José Roberto Dias Machado, que é atual sócio da Comercial M, após a transferência da empresa para Eunápolis. Tem como fonte pagadora (DIRF) a empresa Alto Astral, da qual é sócia, situada no mesmo endereço da CM Distribuidora;*

d) *Indira Coutinho Ramos: ex-sócia da Comercial M e da CM Distribuidora, apesar de nunca ter recebidos destas empresas rendimentos tributáveis. Foi sócia da Comercial M até novembro de 2008 e é sobrinha de Onesina Martins. Tem ou teve como fonte pagadora (DIRF) a empresa Hotel Mar Aberto Ltda., também controlada pela família Ramos Machado;*

e) *José Roberto Dias Machado: atual sócio da Comercial M, desde a alteração contratual datada de 15/09/2009, data em que a empresa mudou seu domicílio para Eunápolis. Cunhado de Onesina Ramos Machado e irmão de Raimundo Jerônimo Dias Machado Júnior, atual sócio da CM Distribuidora de Bebidas;*

f) *Gerson Barros Machado: contador da CM Distribuidora de Bebidas e ex-contador da Comercial M; irmão de Carlos Alberto Barros Raimundo, que foi preposto da Comercial M quando do último procedimento de fiscalização, encerrado em 27/09/2007;*

g) *Onesina Martins da Silva Ramos Machado: procuradora com plenos poderes da Comercial M Distribuidora e sócia da CM Distribuidora de Bebidas, respectivamente sucedida e sucessora de fato. Casada com Raimundo Jerônimo Dias Machado Júnior, também sócio da CM Distribuidora, e tia de Bárbara e Indira Coutinho Ramos, ex-sócias da Comercial M e da CM Distribuidora;*

h) *Raimundo Jerônimo Dias Machado Júnior: sócio da CM Distribuidora e casado com Onesina Ramos Machado, procuradora da Comercial M, cujas ex-sócias são suas sobrinhas;*

- *por outro lado, alterações do Contrato Social com o objetivo de promover a extinção de fato da sociedade, como as ocorridas em 15/09/2008 e em 12/11/2009, esta omitida pelo sujeito passivo e pessoas diligenciadas ao longo de todo o procedimento fiscal, por meio das quais a fiscalizada retirou-se de sua base territorial, onde desenvolvia, sob contrato de exclusividade, a distribuição de bebidas de forte marca nacional, estabelecendo-se em outro município, no qual não poderia exercê-la, revela total falta de finalidade dos referidos negócios jurídicos;*

- *no presente caso, apesar de não caracterizada a sucessão legal, de direito, restou comprovada a sucessão real do sujeito passivo por empresa que passou a desenvolver exatamente suas atividades, com a mesma clientela, sem solução de continuidade, no mesmo endereço da sucedida e com transferência dos ativos (recursos humanos e materiais) até então utilizados;*

- *os sucessores respondem pelos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à data da sucessão, conforme o*

disposto nos arts. 129, 132, 133 e 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 5º do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (transcreve) e também conforme doutrina reproduzida;

- dispõe o art. 124, caput e inciso I, do CTN que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum com a situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Por outro lado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, os diretores, gerentes, representantes de pessoas jurídicas de direito privado, os mandatários, prepostos e empregados, de acordo com os incisos II e III do art. 135 do CTN;

- no caso, restou comprovado que os sócios administradores do sujeito passivo praticaram condutas que resultaram nos seguintes ilícitos:

a) dissolução irregular da sociedade, ao não comunicar à RFB ter deixado de exercer suas atividades em seu endereço cadastral, conforme consta do Processo Administrativo nº 10952.000246/2010-66;

b) extinção de fato do sujeito passivo, ao transferir sua sede para município onde não poderia exercer sua atividade de distribuição de bebidas sob contrato de exclusividade;

c) sonegação fiscal, ao não recolher os tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) sobre os fatos geradores ocorridos nos anos de 2005 e 2006, lançados de ofício com a penalidade de multa qualificada de 150%;

d) alteração do Contrato Social da empresa com desvio de finalidade dos negócios jurídicos;

5. DA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA - MULTA QUALIFICADA:

- foi aplicada a multa qualificada de 150% sobre os créditos tributários constituídos, em conformidade com o art. 44, inciso I, c/c o § 1º e o § 2º, II, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, pois restou configurado que a fiscalizada agiu de maneira dolosa ao não declarar, ou declarar a menor, rendimentos ao Fisco Federal, apesar de tê-los escriturado em seus livros fiscais e informado ao Fisco Estadual, de maneira sistemática, ao longo de todos os meses dos dois anos fiscalizados. Tal conduta lesiva da contribuinte aos interesses fazendários já fora constatada em ação fiscal anterior, por meio da qual também foi lançada a multa qualificada de 150%>;

- diante de todas as condutas constatadas na ação fiscal, já descritas neste Relatório de Verificação Fiscal, restou demonstrado que a interessada agiu, em seus negócios jurídicos, dolosamente, com desvio de finalidade, no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

6. OBSERVAÇÕES FINAIS:

- *provada a conduta dolosa praticada pelo sujeito passivo, por meio de seus sócios administradores, procuradores e sucessora, impõe-se a lavratura da Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos do art. 1º da Portaria RFB nº 665, de 2008;*

- *a ciência dos lançamentos será também efetuada em face das pessoas nomeadas como responsáveis tributários solidários, sócios administradores, procuradores com amplos, gerais e ilimitados poderes, além de sua sucessora, por meio dos respectivos Termos de Sujeição Passiva, a saber:*

a) *Bárbara Coutinho Ramos, CPF nº 010.028.715-81 (fls. 54/56);*

b) *Indira Coutinho Ramos, CPF nº 029.308.585-12 (fls. 57/59);*

c) *José Roberto Dias Machado, CPF nº 032.771.585-51 (fls. 60/62);*

d) *Onesina Martins da Silva Ramos Machado, CPF nº 163.391.425-91 (fls. 50/52);*

e) *CM Distribuidora de Bebidas Ltda., CNPJ nº 08.681.197/0001-83 (fls.*

A ciência da interessada foi considerada como ocorrida em 18/11/2010, através de editais dirigidos aos seus responsáveis tributários, anexados às fls. 631/633, conforme Despacho SARAC DRF/ITA nº 4.020/2010, anexado à fl. 871. A autuada apresentou, em 26/11/2010, a impugnação de fls. 641/662, acompanhada dos documentos de fls. 663/870, por meio de seu procurador, devidamente constituído através da procuração de fl. 681, com as seguintes alegações, em síntese:

CONTESTAÇÃO DO RELATÓRIO DE VERIFICAÇÃO FISCAL:

• *a autuada, conforme contrato de exclusividade de produtos da marca Schincariol, exercia atividade de comércio atacadista de bebidas, mais especificamente cervejas, refrigerantes e água mineral, nas regiões elencadas no contrato, fato do conhecimento do autuante, e, por razões meramente contratuais, negociais e de política de mercado (nova marca) entre a autuada e a Schincariol, o contrato foi rescindido, perdendo a exclusividade em Itabuna, ocasião em que foi obrigada a transferir a empresa para outro endereço, Avenida Santos Dumont, 100, Eunápolis/BA, com outro objeto social, o Comércio Varejista de Materiais para Construção e Comércio Atacadista de Cerveja, Chopps e Refrigerantes, com a expectativa de ainda conseguir contrato de exclusividade com a Schincariol, ou até mesmo ser uma simples distribuidora atacadista, sem exclusividade, fato este que se prolongou por muito tempo e não veio a se consumir, justamente quando foi objeto de fiscalização pela Receita Federal. Neste período, com a frustração da não realização do contrato, a empresa teve que ser transferida para a Ladeira da Praça, 52, Ed. Dos Arquitetos, Loja 07, Centro, Salvador/BA, e, ao tentar obter a transferência, foi surpreendida com a inaptidão de ofício, razão pela qual ora requer o retorno à condição de Ativa, com a improcedência do Ato Declaratório;*

• ao contrário do que foi relatado pelo autuante, nesse período, os sócios da autuada conseguiram outro contrato de exclusividade, em Itabuna, com outras exigências de política e mercado, assim como garantias, impondo a constituição de outra empresa, que de boa-fé foi constituída, de início com os mesmos sócios, do mesmo grupo familiar de empreendedores, atendendo a exigências contratuais, ocasião em que, de fato e de direito, iniciou suas atividades, gerando centenas de empregos diretos e indiretos, conforme Contrato Social e alterações anexas;

• a autuada teve o seu CNPJ incluído na condição de inapta, sem que o agente fiscal tenha diligenciado para saber o motivo do não início de atividade e o porquê da transferência para o endereço em Salvador. Conforme estabelece a Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 2010, art. 46, a empresa está providenciando a regularização da situação com o objetivo de ativar o seu CNPJ, uma vez que ainda possui patrimônio e parcelamento junto à RFB;

DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS EM PESSOAS VINCULADAS E SUAS RESPOSTAS - DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA:

• o auditor fiscal preocupou-se por demasia em vincular os sócios da autuada e da CM Distribuidora de Bebidas Ltda., esta última operando suas atividades normalmente, cumprindo suas obrigações fiscais, trabalhistas e tributárias, e, mesmo assim, o autuante, extrapolando suas competências, diligenciou de todas as formas, com o objetivo de imputar a essas pessoas a responsabilidade solidária pelos créditos tributários ora constituídos de ofício, esquecendo de verificar os aspectos fiscais e contábeis verdadeiros, constituindo créditos indevidos e deixando de considerar os tributos devidamente pagos e/ou parcelados, conforme a Lei nº 11.941, de 2009, o que mais adiante restará comprovado, com farta documentação;

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS - PROCESSO Nº 13558.001563/2007-45:

DA IMPOSSIBILIDADE DE DENÚNCIA E INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

• a ação penal, ou início de inquérito policial, contra o contribuinte, pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, ou apreciação indevida de verba previdenciária, só pode ser iniciada após o encerramento da processo administrativo que comprove a irregularidade fiscal, conforme posicionamento das Cortes Superiores e de vários juristas, o que não ocorreu no presente caso, nem vai ocorrer, uma vez que ficará demonstrado que a autuada nada deve aos cofres da Fazenda Nacional;

• o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem determinado que, nestas situações, há impedimento de instauração de inquérito policial ou de denúncia antes do término do procedimento administrativo, conforme acórdãos reproduzidos;

- o STF editou a súmula vinculante nº 24, dizendo que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137, de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo";
- na hipótese de parcelamento do crédito tributário, o que ocorreu no processo ora impugnado, através da Lei nº 11.941, de 2009, antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderia ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia (arts. 67, 68 e 69 da Lei nº 11.941, de 2009, transcritos na impugnação);

MÉRITO DO AUTO DE INFRAÇÃO:

DA CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS:

- o início de fiscalização ocorreu em 22/09/2009, sendo reiniciado em 02/09/2010, conforme Termo de Continuidade e Reintimação Fiscal, à fl. 197, encaminhado à ex-sócia Onesina Martins da Silva Ramos Machado, que tomou ciência somente em 02/08/2010 (sic), conforme AR de fl. 204;
- observe que houve uma paralisação de quase um ano, por parte da Receita Federal, ou seja, mais de 60 dias, fazendo renascer a espontaneidade da contribuinte;
- as DIPJ retificadoras dos anos-calendário de 2005 e 2006, enviadas pela internet em 30/07/2010, antes da ciência do reinício da fiscalização, nas quais a autuada reconhece os equívocos e informa os valores corretos da sua receita, sendo posteriormente objeto de parcelamento, nos termos da Lei nº 11.941, de 2009, devem ser consideradas como denúncia espontânea, uma vez que o sujeito passivo recuperou o direito à espontaneidade;
- o auditor fiscal informa que solicitou a retificação da DACON e da DCTF, alegando ele preservar os direitos do sujeito passivo, no entanto, contrariando essa informação, já estando o CNPJ na condição de Inaptidão, não foi possível o envio pela internet das referidas declarações retificadoras. Se se quer a apuração correta dos tributos devidos, porque o autuante não aceitou as DIPJ retificadoras de 2005 e 2006, em que constam os valores corretos dos tributos devidos, ou retificou, de ofício, a DACON e a DCTF, por não mais ser possível a retificação via internet?

DIVERGÊNCIA NO RELATÓRIO DE VERIFICAÇÃO FISCAL COMPARADA COM A VERDADEIRA RECEITA, CONSTANTE NA ESCRITURAÇÃO FISCAL E PREENCHIMENTO DA DMA MENSAL E DIPJ - ANOS DE 2005 e 2006:

- o autuante discriminou no Relatório de Fiscalização que o faturamento bruto da empresa foi o total geral das saídas impresso no recibo de entrega do Resumo da DMA mensal, conforme quadros demonstrativos à fl. 26. No entanto, a verdadeira e correta situação não considerada pelo fiscal é a seguinte:

ANO-CALENDÁRIO DE 2005

Saídas de Mercadorias (em DMA e escrituradas) 17.143.008,52

Outras Saídas (vasilhames, brindes, doações) 18.318.668,41
Total Geral das Saídas da DMA mensal 35.461.676,93
Receita Bruta informada na DIPJ retificadora 17.143.008,52
Diferença 0,00

ANO-CALENDÁRIO DE 2006

Saídas de Mercadorias (em DMA e escrituradas) 18.816.567,21
Outras Saídas (vasilhames, brindes, doações) 22.105.076,58
Total Geral das Saídas da DMA mensal 40.921.643,79
Receita Bruta informada na DIPJ retificadora 18.610.945,22
Vendas Canceladas 205.621,99
Diferença 0,00

• o fiscal considerou o total geral das saídas, discriminado no recibo de entrega da DMA mensal, mas não observou que, dentro deste valor, estão incluídas todas as operações de saídas da empresa, além das vendas, ou seja, remessa de vasilhames, brindes, outras saídas, bonificações, doações, remessa de conserto, conforme lista de discriminação de CFOP (Código Fiscal de Operação), em anexo às fl. 678/680;

• os valores corretos do faturamento, para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, de R\$ 17.143.008,52 (2005) e de R\$ 18.816.567,21 (2006), encontram-se escriturados nos livros de registro de saídas e de apuração de ICMS, estando de acordo com o preenchimento da DMA mensal entregue no prazo, conforme planilhas e cópias em anexo, informadas nas DIPJ retificadoras, não havendo omissão de receitas nos períodos fiscalizados:

- o Anexo I (fl. 663) evidencia os valores individuais escriturados nos livros de apuração de ICMS e de saídas, no ano de 2005, coincidindo com o preenchimento das DMA mensais e as DIPJ retificadoras;

- o Anexo II (fl. 664) evidencia os valores individuais escriturados nos livros de apuração de ICMS e de saídas, no ano de 2006, coincidindo com o preenchimento das DMA mensais e as DIPJ retificadoras;

- o Anexo III (fl. 665) demonstra os valores apurados do IRPJ dos anos de 2005 e 2006, calculados trimestralmente de acordo com as receitas de vendas declaradas nas DIPJ, além dos valores pagos dos tributos através de DARF. Os valores devidos do IRPJ foram declarados e parcelados, de acordo com o benefício da Lei nº 11.941, de 2009, conforme recibos de pedido de parcelamento e DARF em anexo;

- o Anexo IV (fl. 666) demonstra os valores apurados da CSLL dos anos de 2005 e 2006, calculados trimestralmente de acordo com as receitas de vendas declaradas nas DIPJ, além dos valores pagos dos tributos através de DARF. Os valores devidos de CSLL foram declarados e parcelados, de acordo com o benefício da Lei nº 11.941,

de 2009, conforme recibos de pedido de parcelamento e DARF em anexo;

- os Anexos V e VI demonstram o resumo da escrituração dos livros de apuração do ICMS, dos anos de 2005 e 2006, respectivamente, bem como as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos fiscalizados;

A VERDADEIRA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E A COFINS APURADAS NO PERÍODO:

- o fiscal, equivocadamente, considerou a receita bruta total arbitrada nos anos de 2005 e 2006, nos valores de R\$ 35.461.676,93 e R\$ 40.921.643,79, respectivamente, como base de cálculo do PIS e da Cofins, e tributou o total desse faturamento, conforme já demonstrado em planilhas, e também não observou que a empresa trabalha apenas com bebidas (água mineral, refrigerantes e cervejas), em que a tributação se dá no regime diferenciado, monofásico, ocorrendo em apenas uma fase, na industrialização ou na importação, sendo que, nas fases seguintes, a alíquota é zero, conforme legislação reproduzida no Anexo VII (fls. 669/677);
- a empresa possuía exclusividade na venda desses produtos, conforme contrato em anexo, incidindo o PIS e a Cofins apenas sobre uma pequena parte do faturamento, relativa à venda de sucos de frutas, conforme DARF recolhidos no período e extrato de recolhimento em anexo;
- o próprio auditor reconheceu esse fato durante a ação fiscal (fls. 35/36) e solicitou que fossem retificadas a DACON e a DCTF do período, para que fossem reconhecidas as verdadeiras receitas e bases de cálculo das contribuições, no entanto, não foi possível transmitir as retificadoras, tendo em vista que a empresa já estava cadastrada como inapta no sistema da RFB, fato que impede a transmissão das declarações via internet;
- os valores corretos apurados encontram-se demonstrados nas planilhas de fls. 659/660, nas quais se nota que a contribuinte nada deve a título de PIS e de Cofins no período fiscalizado;

DA APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS - IRPJ, CSLL, PIS E COFINS:

- o lançamento do imposto e das contribuições foi efetuado mediante provas emprestadas pelo fisco estadual, na confrontação dos valores informados nas DMA com os valores declarados equivocadamente nas DIPJ, não cometendo a contribuinte nenhuma fraude, mesmo porque tais valores foram devidamente escriturados;
- o auditor fiscal utilizou os dados dos livros fiscais e das DMA e, mesmo assim, atribuiu valores superiores aos realmente devidos, quando optou por utilizar indevidamente o valor total das saídas, desprezando os valores constantes nos livros fiscais. Já a autuada retificou tempestivamente a DIPJ, com dados já informados nos livros fiscais e nas DMA;

DO APROVEITAMENTO DOS VALORES DOS TRIBUTOS RECOLHIDOS:

• a autuada realizou pagamentos do IRPJ e da CSLL, conforme DARF em anexo, demonstrados no próprio auto de infração pelo Sistema SINAL, faltando ser considerado na apuração os valores reconhecidos e informados nas DIPJ retificadoras de 2005 e 2006, que foram objeto de parcelamento, dentro dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.941, de 2009, sendo que a autuada atendeu a todos os requisitos e encontra-se, atualmente, adimplente com as parcelas;

• o próprio autuante diz que não considerou em seu levantamento os valores reconhecidos e informados nas DIPJ retificadoras, sob a alegação de que tais valores deveriam ter sido informados em DCTF, declaração esta que a autuada ficou impossibilitada de enviar, como já explicitado;

DO PEDIDO:

• do exposto, a autuada requer diligência e perícia fiscal e que sejam reconhecidos os equívocos dos lançamentos efetuados, com sua total improcedência.

Apreciadas as razões de defesa, a DRJ de origem decidiu pela procedência parcial da impugnação.

Em breve síntese, o órgão julgador afastou parte da exigência do IRPJ, PIS, Cofins e CSLL, acolhendo o argumento da impugnante segundo o qual o montante apurado pela autoridade fiscal a título de omissão de receitas está incorreto, tendo em vista que não foram por ele excluídas as saídas de mercadorias que não representam receitas, tais como as remessas de vasilhames e sacarias, as remessas em bonificação, doação ou brinde, etc.

Também foi afastada pelo órgão *a quo* a exigência de multa de ofício sobre os tributos pagos pela contribuinte antes de iniciada ação fiscal, mas não informados em DCTF.

Em razão de haver exonerado a contribuinte do pagamento de tributos e encargos de multa em montante superior ao limite de alçada, a DRJ submeteu sua decisão ao duplo grau de jurisdição.

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário parcial para:

a) reconhecer como devidos o IRPJ e a CSLL mantidos na decisão de primeiro grau. Afirma ainda que tais valores foram objeto de pedido de parcelamento, nos termos da Lei nº 11.941/2009 (fl. 785 e ss.);

b) contestar a exigência da multa de ofício sobre os valores acima referidos, sob o argumento de que houve apresentação espontânea das DIPJs retificadoras, com a consequente confissão dos respectivos débitos. Alega que o início da ação fiscal ocorreu somente em 23/09/2010, data em que a procuradora da pessoa jurídica foi cientificada do termo de constatação e reintimação fiscal, conforme AR (fl. 204). Afirma serem inválidas as intimações anteriores àquela data, pois dirigidas a pessoa que não mais detinha poderes para representar a empresa;

c) contestar a exigência da contribuição para o PIS e da Cofins, haja vista que é monofásica a incidência dessas contribuições sobre os produtos comercializados pela recorrente, quais sejam, cervejas e refrigerantes. Neste contexto, foram anexadas ao recurso as notas fiscais exigidas na decisão de primeiro grau;

d) contestar a exigência de multa qualificada, sob a alegação de que não houve má-fé.

Ao final de sua peça recursal pede a interessada o seguinte:

A vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal e de parte do Acórdão, espera e requer a Recorrente seja acolhido o presente Recurso Voluntário, para o fim de assim ser decidido, requerendo o seguinte:

A) Reconhecer o lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$ 667.079,07 (seiscentos e sessenta e sete mil e setenta e sete reais e sete centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no montante de R\$ 386.142,70 (trezentos e oitenta e seis mil, cento e quarenta e dois reais e setenta centavos), desistindo do recurso administrativo relativo a este dois tributos;

B) Desistência de impugnação ou de recurso administrativo ou da ação judicial de que tratam o caput e o § 1º do art.13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009, relativo ao IRPJ e CSLL da letra A acima;

C) Manutenção no parcelamento de acordo com a Lei 11.941 de 27/05/2009, que está em fase de consolidação dos débitos no âmbito da Receita Federal do Brasil, agora com reabertura do prazo pela portaria Conjunta PGFN/RFB nº 2, de 03 de fevereiro de 2011;

D) Nulidade da Multa agravada de 150%, por não estar nas hipóteses da Lei 4.502/64;

E) Total improcedência da cobrança das contribuições do PIS e da COFINS, por ser tributada pelo regime monofásico, sendo comprovadas com documentação hábeis e idôneas, notas fiscais de aquisição e vendas, dos produtos submetidos a este regime.

F) Exclusão da responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídica citadas no processo, uma vez, que a Recorrente passará a existir de fato, conforme processo de restabelecimento do CNPJ sob nº 10580.723078/2011-37.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, relator.

1) Da Admissibilidade dos Recursos

Os recursos de ofício e voluntário atendem aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, deles deve-se tomar conhecimento.

2) Do Recurso de Ofício

O órgão de primeiro grau exonerou a contribuinte do pagamento dos seguintes valores constantes do auto de infração:

a) de parte do IRPJ, contribuição para o PIS, Cofins, CSLL e respectivos encargos legais, conforme demonstrativo à fl. 883 e ss., tendo em vista haver entendido não se configurarem receitas os valores registrados no livro registro de saídas a título de devoluções de compras, remessas de bonificação e doação, remessas de mercadoria em consignação, devoluções de mercadoria em consignação, remessas de vasilhames e sacarias, outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificados, devolução de compras (outro estado) e devolução de vasilhames (outro estado);

b) dos encargos de multa de ofício relativos a tributos e contribuições que não foram informados pela contribuinte em DCTF, mas que foram pagos antes do início da ação fiscal, conforme demonstrativo à fl. 885.

Em relação ao item “a” acima, dúvida poderia surgir quanto às “outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificados – CFOP 5949”, já que as demais rubricas ali arroladas evidentemente não implicam auferimento de receita. No entanto, é sabido que aquele CFOP é comumente utilizado em eventos de troca de mercadorias. Examinando, por amostragem, as notas fiscais de saída emitidas pela contribuinte, é possível concluir que o CFOP 5949 foi por ela utilizado justamente nas operações de troca de mercadorias (fl. 3528). Como as trocas também não representam receitas, correta a decisão da DRJ de origem.

Quanto ao item “b”, tendo em vista que os tributos não foram informados em DCTF, correta a sua manutenção no presente processo. Ademais, como foram pagos antes do início do procedimento fiscal, correta também a exclusão da respectiva multa de ofício.

3) Da Parcela não Litigiosa – Valores Principais de IRPJ e CSLL

Ao final de sua peça recursal a interessada reconheceu como devidos os valores de IRPJ e CSLL mantidos pela decisão de primeiro grau, conforme transcrito a seguir:

A) Reconhecer o lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$ 667.079,07 (seiscentos e sessenta e sete mil e setenta e sete reais e sete centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no montante de R\$ 386.142,70 (trezentos e oitenta e seis mil, cento e quarenta e dois reais e setenta centavos), desistindo do recurso administrativo relativo a este dois tributos;

Pleiteou também a recorrente o seguinte:

B) Desistência de impugnação ou de recurso administrativo ou da ação judicial de que tratam o caput e o § 1º do art.13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009, relativo ao IRPJ e CSLL da letra A acima;

C) Manutenção no parcelamento de acordo com a Lei 11.941 de 27/05/2009, que está em fase de consolidação dos débitos no âmbito da Receita Federal do Brasil, agora com reabertura do prazo pela portaria Conjunta PGFN/RFB nº 2, de 03 de fevereiro de 2011;

Pois bem, parte do valor dos débitos ora reconhecidos pela interessada já foi paga antes de iniciado o procedimento de ofício, conforme descrito no item “b” do capítulo anterior deste voto. Como dito ali, deve a autoridade local promover a alocação desses pagamentos aos respectivos débitos, afastando a exigência de multa de ofício proporcional.

Quanto ao IRPJ e CSLL restantes, apesar de alegado, não há nos autos deste processo qualquer documento que comprove que os referidos débitos realmente tenham sido objeto de parcelamento. De ver que os recibos de pedido de parcelamento juntados pela interessada (fl. 785 e ss.), não comprovam que os débitos sob exame estejam ali incluídos.

Seja como for, o reconhecimento da existência dos débitos de IRPJ e CSLL, e a desistência do recurso voluntário, implicam o fim do litígio quanto ao seu valor principal, já que a multa de ofício proporcional foi contestada pela recorrente, conforme será examinado mais a frente.

Isso posto, em relação aos valores principais de IRPJ e CSLL remanescentes, deve a autoridade local apartá-los para um novo processo, para fins de vinculação ao processo de parcelamento ou cobrança administrativa/judicial, conforme o caso.

4) Da Contribuição para o PIS e da Cofins – Tributação Monofásica

Em sua impugnação a interessada alegou ser indevida a exigência da contribuição para o PIS e da COFINS, sob o argumento de que os produtos por ela comercializados, quais sejam, água mineral, refrigerantes e cervejas, sofrem a incidência dessas contribuições de maneira monofásica, pelo industrial ou importador. Afirmar que incide PIS e Cofins apenas sobre uma pequena parte das receitas da empresa, relativamente à venda de sucos de frutas, e que os respectivos débitos encontram-se quitados, conforme DARFs em anexo à impugnação.

Ao apreciar as razões de defesa a DRJ de origem manteve a exigência sob o argumento de que a contribuinte não apresentara as notas fiscais de saída, as quais comprovariam se os produtos ali descritos estão, ou não, abrangidos pelo regime monofásico da contribuição para o PIS e da Cofins.

No recurso voluntário a interessada repetiu os argumentos suscitados na impugnação e anexou a quase totalidade das notas fiscal de compra e venda de produtos (fl. 1296 e ss.).

Pois bem, sobre a incidência da contribuição para o PIS e da Cofins sobre água mineral, refrigerantes e cervejas os arts. 49 e 50 da Lei nº 10.833/2003, com as alterações legislativas vigentes no período objeto do lançamento, assim estabelecem:

Art. 49. A contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS devidas pelos importadores e pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização dos produtos classificados nas posições 22.01, 22.02, 22.03 (cerveja de malte) e no código 2106.90.10 Ex 02 (preparações compostas, não alcoólicas, para elaboração de bebida refrigerante), todos da TIPI, aprovada pelo Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002, serão calculadas sobre a receita bruta decorrente da venda desses produtos, respectivamente, com a aplicação das alíquotas de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) e 11,9% (onze inteiros e nove décimos por cento). (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

§ 1º O disposto neste artigo, relativamente aos produtos classificados nos códigos 22.01 e 22.02 da TIPI, alcança, exclusivamente, água, refrigerante e cerveja sem álcool. (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...)

Art. 50. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS em relação às receitas auferidas na venda:

I - dos produtos relacionados no art. 49, por comerciantes atacadistas e varejistas, exceto as pessoas jurídicas a que se refere o art. 2º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

(...)

Pelo exame, por amostragem, das notas fiscais de saída, é possível concluir que os produtos comercializados pela ora recorrente subsumem-se à água mineral, refrigerantes e cervejas. Isso posto, e como a atividade da interessada é justamente a revenda por atacado desses produtos, deve-se afastar a exigência da contribuição para o PIS e da Cofins.

5) Da Multa de Ofício

Alega a recorrente haver apresentado DIPJs retificadoras antes de iniciada a ação fiscal, informando ali os corretos débitos de IRPJ e CSLL. Diz que a ação fiscal iniciou-se em 23/09/2010 (fl. 204), e que são inválidas as intimações anteriores àquela data, já que dirigidas à pessoa que, à época, não mais era procuradora da empresa.

Pois bem, ao contrário do que alega a recorrente, a ação fiscal iniciou-se em 23/09/2009, data em que o Sr. Marcos Eriberto Moreno Freitas foi pessoalmente cientificado do termo de início da ação fiscal (fl. 66 e ss.). Referida pessoa possui procuração outorgada pela ora recorrente com poderes expressos para representá-la perante a Receita Federal (fl. 69).

Caberia à recorrente comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a revogação da referida procuração em data anterior a 23/09/2009. Como não o fez, é de se presumir que o mandato encontrava-se válido e eficaz.

Afirma ainda a recorrente ser incabível a qualificação da multa de ofício, tendo em vista não ter havido má-fé.

Também aqui não assiste razão à interessada. O dolo em sua conduta pode ser facilmente verificado em razão de:

a) haver apresentado DIPJs relativas aos anos de 2005 e 2006 informando receitas em montante muito inferior àquelas declaradas ao fisco estadual. Registre-se que, como visto acima, as DIPJs retificadoras contendo os valores corretos somente foram apresentadas após o início da fiscalização;

b) não haver informado os tributos devidos em DCTF;

c) haver adotado comportamento evasivo após a paralisação das operações da empresa, alterando por mais de uma vez o seu domicílio sem comunicar o fato ao fisco, dificultando assim a sua localização pelos agentes fiscais.

Em assim sendo, correta a qualificação da multa de ofício.

6) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício, e por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para:

a) determinar a alocação dos pagamentos realizados pelo sujeito passivo a título de IRPJ, contribuição para o PIS, Cofins e CSLL, conforme demonstrativo à fl. 885, aos respectivos débitos objeto do lançamento. Tendo em vista que os referidos pagamentos foram efetuados antes de iniciado o procedimento fiscal, deve-se afastar a multa de ofício proporcional correspondente;

b) determinar, tendo em vista não mais serem objeto de litígio, sejam apartados para um novo processo os valores principais de IRPJ e CSLL remanescentes, com vistas à sua vinculação ao alegado processo de parcelamento, ou para cobrança, conforme o caso;

c) exigir da contribuinte e dos responsáveis solidários (fl. 50 e ss.) o pagamento da multa de ofício qualificada incidente sobre os débitos de IRPJ e CSLL indicados no item anterior;

d) exonerar a contribuinte e os responsáveis solidários do pagamento da contribuição para o PIS e da Cofins remanescentes, após a alocação determinada no item “a”.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Voto Vencedor

Conselheiro João Carlos de Lima Junior, redator designado.

Inicialmente peço vênia para discordar da posição adotada pelo Ilustre Relator que em seu voto considera inaplicável ao caso o benefício da Lei nº 11.941/2009, que trata da redução da multa de ofício em face da adesão ao parcelamento da referida lei e, por isso considerada desnecessária a diligência.

Nesse ponto cumpre destacar trecho do voto proferido:

“(…) Quanto ao IRPJ e CSLL restantes, apesar de alegado, não há nos autos deste processo qualquer documento que comprove que os referidos débitos realmente tenham sido objeto de parcelamento. De ver que os recibos de pedido de parcelamento juntados pela interessada (fl. 785 e ss.), não comprovam que os débitos sob exame estejam ali incluídos.

Seja como for, o reconhecimento da existência dos débitos de IRPJ e CSLL, e a desistência do recurso voluntário, implicam o fim do litígio quanto ao seu valor principal, já que a multa de ofício proporcional foi contestada pela

recorrente, conforme será examinado mais a frente(..)

Cumpra-se destacar o que dispõe o artigo 1º, §3º da lei 11.941/09:

Art. 1º Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive (...)

§ 3º Observado o disposto no art. 3º desta Lei e os requisitos e as condições estabelecidos em ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de publicação desta Lei, os débitos que não foram objeto de parcelamentos anteriores a que se refere este artigo poderão ser pagos ou parcelados da seguinte forma:

I – pagos a vista, com redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) das isoladas, de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal;

II – parcelados em até 30 (trinta) prestações mensais, com redução de 90% (noventa por cento) das multas de mora e de ofício, de 35% (trinta e cinco por cento) das isoladas, de 40% (quarenta por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal;

III – parcelados em até 60 (sessenta) prestações mensais, com redução de 80% (oitenta por cento) das multas de mora e de ofício, de 30% (trinta por cento) das isoladas, de 35% (trinta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal;

IV – parcelados em até 120 (cento e vinte) prestações mensais, com redução de 70% (setenta por cento) das multas de mora e de ofício, de 25% (vinte e cinco por cento) das isoladas, de 30% (trinta por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal; ou

V – parcelados em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais, com redução de 60% (sessenta por cento) das multas de mora e de ofício, de 20% (vinte por cento) das isoladas, de 25% (vinte e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal.

Do artigo transcrito é possível verificar que a lei 11.941/09 abriu a possibilidade para os contribuintes optarem por parcelar ou pagar à vista seus débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal ou para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive tributos retidos na fonte, com redução de multas, juros de mora e exclusão integral do encargo legal.

A Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009, que regulamentou o parcelamento e o pagamento de débitos previsto na Lei nº 11.941, de 2009, dispôs em seu art. 15 que: “*Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamentos, será divulgado, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o prazo para que o sujeito passivo apresente as informações necessárias à consolidação do parcelamento.*”

Nesse contexto foi editada a portaria conjunta PGFN/RFB nº 02 de 2011 que estabeleceu o cronograma da consolidação a ser observado pelos optantes e também da possibilidade de retificação das modalidades de parcelamento para os contribuintes que já haviam optado e desejassem alterar.

Da documentação acostada aos autos extrai-se que o contribuinte formalizou o pedido de parcelamento, razão pela qual o presente julgamento deve ser convertido em diligência para que a fiscalização confirme (i) se o parcelamento foi consolidado, (ii) se o débito objeto do auto de infração em discussão neste processo foi incluído no parcelamento, bem como (iii) para que seja verificado o efetivo número de parcelas para a proporcional redução da multa nos termos do que dispõe a lei 11941/09.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

João Carlos de Lima Junior – Redator designado.