



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

Processo n° 11543.004306/2003-75
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-001.825 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS-PASEP
Recorrente J. D. COMISSÁRIA DE CAFÉ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/06/2003

Ementa:

RESPONSABILIDADE PESSOAL DE TERCEIROS.

Incabível a responsabilização pessoal de terceiros (art. 137, I do CTN), se a autuada não logra nem afastar a sua própria responsabilidade, nem vincular eventual ação dolosa de mandatários aos fatos narrados na autuação.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a qualificação da multa de ofício a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430/1996 se configurado o intuito doloso conformador da situação descrita no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ADMINISTRATIVA.

Conforme a Súmula CARF nº 2, este tribunal administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (no caso, a Lei nº 9.430/1996, art. 44).

PARCELAMENTO. PAES. EXCLUSÃO. APROVEITAMENTO DE PARCELAS PAGAS.

No caso de exclusão do PAES pela não desistência de recurso administrativo, as parcelas já pagas, se disponíveis, podem ser alocadas para quitação parcial dos débitos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Robson José Bayerl, Marcos Tranchesi Ortiz, Ivan Allegretti e Domingos de Sá Filho.

Relatório

Versa o presente processo sobre Auto de Infração (fls. 110 a 132¹), para exigência da Contribuição para o PIS/Pasep, referente aos períodos de apuração de 11/1998 a 6/2003, acrescida de multa de ofício qualificada e de juros de mora.

No Relatório de Infrações Apuradas da **autuação** (fls. 110 a 116), afirma-se que:

- a) durante o ano de 1998 a empresa passou a adquirir café de produtores pessoas físicas, determinando como local de entrega-armazenagem as dependências da **Giucafé Exportação** e Importação LTDA (e posteriormente da **Giucafé Armazéns** Gerais LTDA, ambas as empresas do grupo Giuberti), sendo que no momento da emissão das notas fiscais de venda para as empresas do grupo Giuberti, o café já se encontrava em suas dependências;
- b) foi constatado que grande parte dos pagamentos consignados na contabilidade da Giucafé como quitação das compras feitas na recorrente haviam sido pagos a outros beneficiários, inclusive à própria Giucafé e a pessoas físicas a ela ligadas (v.g. cheque 21756, pago ao Sr. **Jonas** Giuberti, mas contabilizado como pagamento à **recorrente**);
- c) a Sra. **Marlene** Giuberti Marcon, gerente financeira, com amplos poderes de administração dos negócios da **Giucafé Exportação**, é irmã dos sócios gerentes das empresas componentes do grupo Giuberti, e tem ainda procuração para abrir e movimentar contas bancárias em nome da **recorrente** em todos os estabelecimentos bancários do Espírito Santo;
- d) o Sr. **Carlos** Alberto Giuberti (um dos sócios gerentes das empresas componentes do grupo Giuberti), e o Sr. **Sérgio** Afonso Poltroniere (diretor comercial da **Giucafé Exportação**) também possuem procuração para representar a recorrente junto a todos os estabelecimentos bancários do Espírito Santo;

¹Toda numeração de folhas indicada nesta decisão se refere à paginação eletrônica no "e-processos".

- e) as evidências apresentadas, cooperação financeira, operacional e unicidade de comando, demonstram que a recorrente (apesar de seu quadro societário distinto das empresas do grupo Giuberti) tem sua administração totalmente subordinada à **Giucafé Exportação**, sendo por ela controlada, em benefício das empresas do grupo Giuberti;
- f) em observância aos arts. 128 e 135, III do CTN, os créditos tributários lançados contra a recorrente têm como co-responsáveis as empresas **Giucafé Exportação**, **Giucafé Armazéns**, que possuem idêntico quadro societário (composto pelo Sr. **Alfredo** Giuberti - 50%; pelo Sr. **Pedro** Giuberti - 20%, pelo Sr. **Carlos** Alberto Giuberti - 20%, e pelo Sr. **Augusto** Giuberti - 10%);
- g) em todo o período fiscalizado (1998 a 2002), a recorrente omitiu em suas declarações a totalidade das receitas de vendas de mercadorias, constando na documentação examinada somente as receitas de serviços;
- h) intimada (em 26/09/2003 - fls. 10/11) a justificar a não inclusão nas declarações do referido período do total das receitas de vendas efetuadas em seu nome e apuradas pela fiscalização por meio dos livros fiscais, a recorrente informa (em 02/10/2003 - fls. 12) que as diferenças, quando verificadas, foram confessadas à RFB, e parceladas (PAES), estando em dia os pagamentos das parcelas;
- i) a opção pelo PAES ocorreu em 16/07/2003 (fls. 158), portanto, após o início da fiscalização, que se deu em 20/06/2003 (fls. 2);
- j) confrontando os valores do faturamento escriturado nos livros fiscais com os declarados nas DIPJ e os débitos informados nas DCTF, verifica-se que os valores constantes nas DIPJ e DCTF são inferiores aos devidos a título de contribuição para o PIS/Pasep em todos os meses e anos sob ação fiscal;
- k) o levantamento das bases de cálculo da contribuição foi feito a partir de demonstrativos preenchidos pela recorrente, confirmados com os valores constantes dos livros contábeis, excluindo-se as exportações comprovadas;
- l) a consolidação das diferenças encontra-se no Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada (fls. 104 a 109); e

- m) além do lançamento de que trata este auto, foram ainda lançados crédito tributários referentes a COFINS, CSLL e IRPJ (na forma de apuração de lucro arbitrado), todos com juros de mora e multa qualificada de 150% (pelo evidente intuito de fraude - ação ou omissão dolosa visando evitar ou diferir o pagamento de tributos devidos), e efetuada a correspondente representação fiscal para fins penais.

Ciente da autuação em 10/11/2003 (fls. 118), a empresa apresenta solicitação de inclusão dos débitos referentes ao presente processo no PAES, em 14/11/2003 (fls. 156), e **impugnação**, em 18/11/2003 (fls. 169 a 180), alegando que:

- a) os débitos foram confessados à RFB por ocasião do pedido de parcelamento datado de 27/8/2003, conforme atesta o Termo de Adesão consoante a Lei nº 10.684/2003, já tendo a empresa recolhido quatro parcelas mensais (30/7, 29/8, 30/9 e 30/10) em 2003;
- b) o parcelamento é modalidade suspensiva tanto da pretensão punitiva quanto da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI do CTN), constituindo obstáculo à validade do auto de infração lavrado, e resguardando a empresa quanto à caracterização de crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990);
- c) a empresa não tem quadro societário comum às do Grupo Giuberti, e não integra tal grupo, não estando as empresas relacionadas como co-responsáveis ligadas ao fato gerador da obrigação principal descritas nos autos (sendo elas responsáveis pelo recolhimento de tributos em relação a suas próprias operações comerciais);
- d) o próprio relatório fiscal relata que a entrega de produtos rurais ocorria na **Giucafé Armazéns** (em virtude de a recorrente não ter local apropriado para armazenamento e conservação dos produtos);
- e) não é possível à autoridade fiscal atribuir responsabilidade ao sócio-gerente da empresa, nem a terceiros, por não ser automática a aplicação do art. 135 do CTN e por não ter havido crime;
- f) os instrumentos de mandato que a fiscalização alega comprovarem a má-fé foram efetuados por instrumento público, dentro da lei, e por período certo (1 ano); e
- g) não possui o agente autorização legal para aplicar penalidade que não lhe compete (referindo-se à representação para fins penais).

Em 2/7/2007, é emitido despacho na DRF Vitória (fls. 234 e 235), informando que a solicitação de inclusão dos débitos do presente processo no PAES (cf.

solicitada pela recorrente em 13/11/2003), ocorreu sem a desistência de impugnação administrativa, como exige o art. 4º, II da Lei nº 10.684/2003. No despacho, propõe-se a exclusão da empresa do PAES, o que é feito em 6/7/2007 (fls. 237).

Em 22/8/2007, o órgão julgador de primeira instância envia o processo à DRF/Vitória (fls. 241), para que esta informe sobre a ciência e eventual interposição de recurso contra a decisão pela exclusão do PAES.

No despacho de fls. 242 (11/9/2007), destaca-se que a empresa não foi excluída do PAES, mas apenas foram excluídos do parcelamento os débitos referentes ao presente processo, tendo em vista a continuidade da discussão administrativa. A ciência ocorre em 9/12/2009 (AR às fls. 246), e o envio à DRJ em 16/12/2010 (fls. 250).

No **juízo de primeira instância**, acorda-se que:

- a) não se considera instaurado o litígio em relação às empresas assinaladas como co-responsáveis nos termos dos arts. 128 e 135, e a ciência destas e a decorrente impugnação consta apenas do processo nº 11543.004307/2003-10 (referente à autuação de IRPJ e CSLL);
- b) não se identificou cerceamento de defesa no processo, e a ausência de oitiva quanto à lavratura de representação fiscal para fins penais não enseja nulidade processual;
- c) o lançamento, em relação aos valores da contribuição, considera-se não impugnado, limitando-se a empresa a informar que solicitou o parcelamento de tais montantes;
- d) iniciado o procedimento fiscal (em 20/6/2003), o sujeito passivo perdeu a espontaneidade em relação à matéria, por ter feito a opção pelo PAES em 16/7/2003, e incluído os débitos do presente processo somente em 14/11/2003;
- e) o lançamento é correto, vez que os débitos em questão foram excluídos do PAES, conforme despacho da DRF/Vitória, em função de não ter sido formalizada a desistência de recurso administrativo; e
- f) a multa deve ser qualificada, pois o intuito doloso restou comprovado perante a autoridade fiscal a partir da repetição da mesma infração ao longo de todo o período fiscalizado (56 meses), consistente em não declarar as receitas auferidas, registradas na contabilidade da empresa, decorrentes da venda de mercadorias, atividade predominante exercida pela autuada, entendimento alinhado à jurisprudência do CARF.

Cientificada do resultado do julgamento em 27/10/2011 (AR às fls. 268), a empresa apresenta **Recurso Voluntário** em 28/11/2011 (fls. 270 a 278), defendendo que:

- (a) aplica-se ao caso descrito nos autos o art. 137, I do CTN, que responsabiliza pessoalmente o agente na prática de infrações que constituam crime;
- (b) a recorrente ajuizou prestação de contas em face de ditos agentes, tombada sob o nº 024.05.019736-7, objetivando reconhecer e declarar o ilícito praticado por estes (já havendo decisão transitada em julgado desde 2009 condenando as pessoas citadas a prestarem contas das movimentações financeiras realizadas durante o exercício dos poderes a elas concedidos);
- (c) a recorrente requer que seja reconhecida a responsabilidade pessoal de tais agentes para excluir a sua condição de sujeito passivo em relação à multa;
- (d) a recorrente é vítima, assim como o fisco, de ato doloso e de má-fé praticado pelos Srs. Carlos Alberto Giuberti, Marlene Giuberti Marcon e Sérgio Afonso Poltronieri, que violaram acordo de vontades pactuado entre as partes e estampado pelos instrumentos procuratórios outorgados;
- (e) para aplicação da multa de 150% (qualificada), é necessário que se comprove o intuito doloso, o que não ocorre nos presentes autos, isso porque jamais houve por parte da recorrente o intuito de cometer tal ilícito;
- (f) a recorrente tomou ciência das irregularidades tão-somente por conta do início do procedimento de fiscalização (em 20/6/2003) e um mês após fez opção pelo PAES, o que prova que não agiu com dolo, sendo tratada como mais um braço deste suposto esquema;
- (g) a multa de 150% se reveste de caráter confiscatório, pois no caso em comento não é proporcional aos atos da recorrente, que sequer tinha conhecimento dos atos e ilícitos cometidos pelos agentes e principalmente pelo Sr. Dalcio; e
- (h) os pagamentos efetuados no parcelamento em que a empresa foi excluída devem ser tomados em conta no presente processo.

É o relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 07/11/2012 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 22/11/2012 por

ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 07/11/2012 por ROSALDO TREVISAN

Impresso em 27/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

A controvérsia restringe-se a três tópicos: a) **responsabilização de terceiros**; b) **qualificação da multa de ofício**; e c) **caráter confiscatório ou não da multa de ofício**. Apresenta-se, ao fim, solicitação para que sejam tomados em consideração eventuais **pagamentos** efetuados (durante o período de inclusão no PAES) na execução administrativa da decisão proferida por este colegiado.

Da responsabilização de terceiros

Compulsando os autos, percebe-se que o Recurso Voluntário apresentado, no que se refere à responsabilização de terceiros, constitui substancial inovação argumentativa. Enquanto na impugnação apresentada ao julgador de primeira instância a empresa argumentava no sentido de expurgar a responsabilidade do chamado “Grupo Giuberti”, afirmando que este não tinha relação com o fato gerador da obrigação, e defendia-se da outorga de poderes a pessoas ligadas a tal grupo (para movimentar contas bancárias da recorrente) sustentando que tinha ampla liberdade para fazê-lo, agora, no Recurso Voluntário, afirma ter havido atuação com dolo exatamente por parte de tais mandatários, pedindo sua responsabilização pela prática das infrações.

Vejamos, para maior clareza, os seguintes excertos da peça impugnatória apresentada ao julgador de primeira instância:

*“No caso da presente impugnação, a empresa petionária obteve renda com a alienação e exportação de café captado por seus agentes, contudo, as **demais empresas apontadas como co-responsáveis encontram-se no exercício de suas próprias operações mercantis, não estando diretamente ligadas ao fato gerador da obrigação principal.** Destarte, não pode a responsabilidade tributária ser atribuída a outra empresa, posto que não é sua sucessora, sua adquirente, tampouco permanece na continuidade de suas atividades econômicas.*

[...]

As hipóteses de responsabilidades tributárias previstas no art. 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa especificamente apontada pelo legislador, que vem a ser a ocorrência de ato praticado com excesso de poder, infração a lei ou violação do contrato social, por parte do gestor da pessoa jurídica.

*Caberá, então, se for o caso, ao juiz competente tomar as cautelas de estilo, pela suposta prática de crime, respeitando os limites traçados na lei, **não sendo possível ao fiscal ou qualquer outra autoridade administrativa atribuir ao sócio gerente da JD Comissária qualquer conduta criminal com vias a aplicação do art. 135 do CTN, tampouco pretender estender a responsabilidade tributária a terceiros, não sócios da empresa sob comento.**”*

No Recurso Voluntário, a empresa admite a responsabilidade pelos tributos, mas não pela multa, que propugna ser aplicável aos mandatários que livremente contratou, na forma do art. 137, I do CTN. Sobre tal artigo, sustenta a recorrente:

“É neste sentido que o artigo 137 do CTN trata das excepcionais hipóteses de responsabilidade pessoal do agente. Transcreve o dispositivo:

*Art. 137. A **responsabilidade é pessoal do agente:***

*1 - **quanto a infrações cometidas por lei como crimes ou contravenções,** salvo quando praticadas no exercício regular da administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;”*

[...]

*Tal dispositivo enumera situações em que a própria pessoa jurídica sofre os danos causados pela condenável ação daquele que atua em seu nome, de forma que **a punição deve ser imposta ao agente,** permanecendo a **pessoa jurídica na condição de sujeito passivo do tributo, mas não da multa.***

***Temos que o inciso I se relaciona com o presente caso, uma vez versar acerca de infrações mais graves, que, além de agressão à legislação tributária, configuram ilícitos penais.** Conforme distinguimos, em matéria criminal, a regra é a punição das pessoas físicas, os agentes e não das entidades em nome das quais atuam.*

[...]

*Isto porque jamais houve por parte da recorrente o intuito de cometer tal ilícito, sendo necessário esclarecer que a mesma (sic), assim como o fisco, é **vítima do ato doloso e de má-fé praticado pelos Srs. Carlos Alberto Giuberti; Marlene Giuberti Marcon e Sérgio Afonso Poltronieri,** que ao infringirem o ordenamento jurídico, infringiram de forma grave o acordo de vontades pactuado entre as partes e estampado pelos instrumentos procuratórios que lhe foram outorgados.*

*Neste sentido, é novamente oportuno citarmos a **ação de prestação de contas** ajuizada pela recorrente em face dos demais, tombada sob o nº 024.05.019736-7 que **objetiva declarar e reconhecer o ilícito praticado por aqueles,** aproveitando-se dos poderes que lhe foram outorgados, para ao final ser caracterizada (sic) o dolo e **responsabilidade pessoal daqueles**”.*
(grifo nosso)

Analisando-se o exposto pela recorrente, tão-somente em prol da verdade material, face à preclusão consumativa elencada no art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, tem-se que esta ou aquela argumentação são igualmente ineficazes para afastar a sua responsabilidade.

Como informa a fiscalização, a empresa, **em todo o período fiscalizado** (1998 a 2002), **omitiu** em suas declarações **a totalidade das receitas de vendas de mercadorias,** constando na documentação examinada somente as receitas de serviços. Não há propriamente uma relação entre a ausência de declaração por parte da recorrente e as procurações outorgadas às citadas pessoas para movimentarem contas bancárias em nome da

recorrente. Se tais pessoas agiram dolosamente prejudicando a empresa nas movimentações bancárias, compete à empresa civilmente buscar a reparação. Mas isso não tem nexos causal com a total falta de declaração das vendas por parte da recorrente (cuja principal atividade é a venda) durante cinco anos.

As procurações foram tão-somente usadas pelo fisco como elemento de vinculação da recorrente ao chamado “Grupo Giuberti”, buscando demonstrar co-responsabilidade. Contudo, na presente autuação, constou na sujeição passiva apenas a recorrente, como reconheceu o julgador *a quo*, que considerou não instaurado o litígio em relação à responsabilização tributária de terceiros envolvidos nos fatos apurados pela fiscalização.

De qualquer sorte, a argumentação da recorrente não logra nem afastar a sua própria responsabilidade, nem vincular eventual ação dolosa de mandatários aos fatos narrados na autuação (principalmente a omissão sistemática/reiterada de receitas).

Da qualificação da multa de ofício

As hipóteses de qualificação da multa de ofício de que trata o art. 44 da Lei nº 9.430/1996 estão intimamente ligadas à existência de evidente intuito de fraude (caracterizador das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, nas quais o elemento comum é o intuito doloso).

As situações caracterizadoras do intuito doloso (e a fraude - art. 72), apontadas pela autuação e pelo julgador *a quo* não são objeto de refutação no Recurso Voluntário, limitando-se a recorrente a informar que não resta comprovado o dolo e que solicitou, logo após o início da fiscalização, a inclusão no PAES (o que comprovaria que não agiu com dolo).

É preciso, aqui, reiterar que restou comprovado que a empresa omitiu em suas declarações **todo o faturamento de vendas** registrado em sua contabilidade **em todo o período fiscalizado** (anos-calendário de 1998 a 2002). Destaque-se, ademais, que a atividade de venda é a principal atividade da empresa.

Aliando-se tais fatores aos elementos apontados na autuação, que indicam fortemente a ligação da empresa, à época, a pessoas e atividades do chamado “Grupo Giuberti” (pessoas essas que agora, no Recurso Voluntário, a recorrente vem a reconhecer como infratores), difícil afastar o elemento volitivo.

Acrescentem-se ainda dois outros excertos do Recurso Voluntário:

“Destarte, requer seja reconhecida a ilegitimidade da recorrente no que diz respeito à aplicação da multa em comento, haja vista que esta sequer tinha conhecimento dos fatos na época em que o ilícito ocorreu, impossibilitando-a assim de ter atuado com o dolo tipificado nos artigos supramencionados.

[...] conforme já demonstrado, sequer tinha conhecimento dos atos e ilícitos cometidos pelos agentes e principalmente pelo Sr. Dálcio não podendo ser autuada da mesma forma e rigidez que aqueles que evidentemente cometeram o ilícito com dolo”.

É de se reiterar que se afigura irrazoável crer que uma empresa que tenha como principal atividade a venda só tenha descoberto por um procedimento fiscal que não havia declarado nenhuma durante os cinco anos fiscalizados.

Procedente, assim, a qualificação da multa de ofício, por estar configurado o intuito doloso conformador da situação descrita no art. 72 da Lei nº 4.502/1964 (fraude).

Da natureza da multa qualificada

A discussão sobre eventual caráter confiscatório e razoabilidade da multa legalmente prevista extrapola as competências desta corte administrativa, por buscar guarida constitucional para afastar a aplicação de comando legal.

O tema já é sumulado no âmbito deste CARF:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Dos pagamentos efetuados no PAES

A recorrente foi excluída do parcelamento (PAES) pela não desistência do recurso administrativo. No entanto, informa que já havia pago algumas parcelas antes da exclusão. Assim, requer que seja “deferida a compensação dos valores pagos a título de parcelamento com os valores que ainda são devidos à (sic) título de crédito tributário ora em análise”.

O que a recorrente objetivou pagar no parcelamento foi exatamente parte do débito que se discute no presente processo. Assim, cabível a alocação destes pagamentos, se disponíveis, para a quitação parcial dos créditos com exigibilidade mantida no presente julgamento.

Pelo exposto, voto pela improcedência do recurso voluntário, mantendo-se integralmente os créditos tributários exigidos na autuação, com os devidos acréscimos (juros de mora) e a multa qualificada, e reconhecendo-se a possibilidade de aproveitamento, na execução do acórdão, de eventuais parcelas disponíveis que tenham sido pagas em relação a estes mesmos créditos, no parcelamento do qual a empresa foi excluída (PAES).

Rosaldo Trevisan