



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

Processo n° 10240.001368/2004-58
Recurso n° 511.125 Voluntário
Acórdão n° **1201-00.384 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de dezembro de 2010
Matéria IRPJ, CSLL, PIS E COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida INDUSTRIA E COM. DE CAFÉ E CEREAIS MOSTARDA LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1998, 1999

DECADÊNCIA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO EM PRIMEIRA INSTANCIA ADMINISTRATIVA.

Manutenção da decisão recorrida, visto que tratando-se de matéria de ordem pública, a decadência deve ser declarada de ofício, em qualquer fase processual, ainda que não alegada pelas partes envolvidas no litígio.

Aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, contatado da notificação efetiva do procurador da empresa.

Período superior a 5 (cinco) anos contados do exercício subsequente

Acolhimento da decadência. Extinção do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício. Ausente momentaneamente o conselheiro Régis Magalhães Soares de Queiroz.

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS (PRESIDENTE), ANTONIO CARLOS GUIDONE FILHO (VICE-PRESIDENTE), MARCELO CUBA NETTO E RAFAEL CORREIA FUSO

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização com o intuito de cobrar IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos períodos de 1998 e 1999, em razão do contribuinte ter movimentado financeiramente (depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada) valores incompatíveis com aquilo que fora declarado a título de receita e recolhido a título de tributo.

Houve arbitramento do Lucro para fins de tributação, levando em consideração os valores dos extratos e cheques juntados pela Justiça Federal em razão da quebra de sigilo bancário.

Fora exigido os tributos ora mencionados com multa de ofício de 75%, corrigido o débito pela Selic.

O AI foi emitido em 02/12/2004, porém somente houve intimação válida por edital em 06/01/2005, quando o procurador da empresa, Sr. Marco Aurélio Machado Calliari, apresentou sua impugnação.

Conforme será demonstrado, a intimação do lançamento recebida pelo Sr. Obadias Maurício de Freitas, no dia 09/12/2004, não pode prosperar, pois essa pessoa, que consta como sócio, declarou em Boletim de Ocorrência que seu nome está sendo usado como sócio em empresas, declarando que não é proprietário da Recorrente.

Segue as descrições factuais do procedimento e fiscalização, transcrito no Anexo do Auto de Infração:

A ação fiscal foi motivada por determinação judicial constante dos autos do processo judicial nº 2001.41.00002270-4, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal — Seção Judiciária do Estado de Rondônia, por haver movimentado, no ano de 1998, R\$ 10.548.226,39 e não haver apresentado declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica para o mesmo período.

Da provocação judicial, resultou o Mandado de Procedimento Fiscal nº 025100200100074 e sucessivas complementações, do delegado da Receita Federal em Porto Velho — RO, que determinou a abertura da ação fiscal para os anos de 1998 e 1999.

A fim de comunicar o contribuinte do início da ação fiscal, foi efetuada diligência ao endereço constante do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas — CNPJ, ocasião em que se constatou a inexistência da empresa no endereço indicado. Igualmente, não se obteve êxito na notificação aos sócios indicados no CNPJ em seus endereços declarados no Cadastro de Pessoa Física — CPF e na Justiça Eleitoral. Cumprindo o rito legal, deu-se ciência do início da ação fiscal em 22/02/2002, por afixação de editais.

Também por editais, o contribuinte foi cientificado da continuação da ação fiscal.

Houve a solicitação de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário das movimentações financeiras da empresa fiscalizada, sendo imediatamente deferido pelo MM. Juiz Federal.

Em julho de 2003, foram encaminhados pela Justiça cópias de documentos bancários, quando se constatou que, de fato, os cheques das contas do Banco do Brasil e do HSBC Bamerindus foram assinados por Marco Aurélio.

Além das movimentações financeiras e valores, constatou-se que as contas correntes da empresa eram movimentadas por um procurador, Marco Aurélio Machado Calliari, CPF nº 321.787.009-34, utilizando-se de uma procuração lavrada no Tabelionato Beleti, da cidade de Cacoal — RO.

Em 24/08/2004, o Sr. Marco Aurélio compareceu à Agência da Receita Federal em Cacoal e prestou as seguintes declarações aos AFRF João Maurício Vital e Eurides Olivo:

Compareceu à ARF/Cacoal/RO o Sr. Marco Aurélio Machado Calliari, CPF nº 321.787.009-34, residente na Rua José do Patrocínio, 3551, telefone 946-2528 e 441-5099, em Cacoal-RO para declarar: QUE há mais de dezoito anos trabalha com compra e venda de café; QUE trabalhava como corretor, intermediando a compra e venda por conta de terceiros; QUE foi procurado por Abadias Maurício de Freitas, CPF nº 559.841.857-68, e por Elmo Andrade de Jesus, CPF nº 622.124.601-63, que lhe propuseram movimentar os recursos de uma firma, emprestando-lhe o capital com o qual poderia comprar e vender café por conta própria; QUE não se lembra quando isto ocorreu; QUE afirma era a Indústria e Comércio de Café Mostarda Ltda.; QUE a partir de então passou ele próprio a comprar o café, estocá-lo, vendê-lo, negociá-lo, sem interferência dos sócios da empresa, Abadias e Elmo; QUE o próprio declarante alugava depósitos, contratava transporte, emitida cheques, pagava contas e arcava com todos os custos da atividade; QUE os sócios compareciam em intervalos às vezes maiores do que um mês para fazerem o acerto e receberem suas partes no negócio, ocasião em que o declarante retirava sua comissão; QUE trabalhava sozinho nas negociações de café, contando com a ajuda de uma secretária para preencher cheques, notas fiscais e demais documentos; QUE tinha a informação de que os sócios Abadias e Elmo trabalhavam com garimpos, inclusive no Suriname. (Sem grifo no original.)

Em 14/09/2004, o Sr. Marco Aurélio entregou na Agência da Receita Federal em Cacoal — RO, expediente em que, em atendimento à intimação que recebera, declarou, em síntese:

1. Que fora intimado (sic) a comparecer à Receita Federal para prestar esclarecimentos quanto à movimentação financeira da empresa Indústria e Comércio de Café e Cereais Mostarda Ltda;

2. Que foi procurador da empresa apenas durante o período de 29/03/1998 a 20/10/1999, anexando cópia de instrumento público de substabelecimento da procuração que possuía, sem reserva de poderes;

3. Que não possui responsabilidade por quaisquer atos da empresa e que a intimação deveria seguir para os verdadeiros proprietários.

Quanto ao argumento de haver sido procurador entre março de 1998 e outubro de 1999 esclareceu que os fatos geradores dos tributos lançados ocorreram justamente dentro desse período, ou seja, entre 27/05/1998 e 01/09/1999. Os atos foram praticados pelo Sr. Marco Aurélio.

Alegou ainda que não responde pelos atos atuais da empresa, porém admitiu tê-los praticado enquanto exerceu seu mandato, e os praticou com flagrante infração à lei, uma vez que não houve um recolhimento sequer de tributo federal durante toda a sua gestão. A rigor, tudo indica que a empresa somente atuou enquanto esteve nas mãos do Sr. Marco Aurélio, uma vez que com sua retirada do negócio não se observou mais nenhuma movimentação financeira.

Aponta-se ainda no relatório fiscal anexo ao Auto de Infração que o Sr. Marco Aurélio declarou, praticou em seu nome e por conta própria os atos empresariais, comprando, estocando, vendendo e negociando café sem a interferência dos sócios. Disse também que arcava com todos os custos da atividade, denotando seu estreito interesse no sucesso do empreendimento.

Em seu depoimento de fls., a despeito do que foi relatado no Anexo do Auto de Infração, o Sr. Marco Aurélio declarou que não possui responsabilidade por quaisquer atos da empresa e que a intimação deveria seguir para os verdadeiros proprietários.

Embora regularmente intimado a apresentar livros e documentos comerciais e fiscais, o contribuinte não os apresentou, dando azo ao arbitramento do lucro para efeitos tributários.

A contribuinte apresentou impugnação em 06/01/2005, alegando em síntese que:

a) Que foi cientificada por edital da lavratura do auto de infração;

b) Alega nulidade dos lançamentos, afirmando que não havia se manifestado de forma clara, pois nunca fora intimado pessoalmente dos atos fiscais, conforme descreve a Lei, a respeito do crédito tributário ora exigido, destacando o fato de não desenvolver mais suas atividades na cidade de Cacoal, no entanto, a forma com *que* a Receita Federal, quebrou o Sigilo Bancário da impugnante, emitiu os extratos bancários, enviou ao contribuinte e iniciou a Fiscalização, sem ater-se para os atos formais e materiais, depois solicitou a comprovação e os livros Fiscais, (Inversamente) ou (de trás para frente);

c) Todavia, observa-se de plano, as patentes nulidades dos lançamentos, 'á medida que o fisco não solicitou preliminarmente esclarecimento específicos a propósito da matéria lançada, *além* de promover o lançamento fora do local da falta, consoante determina o artigo 10 do Decreto n° 70.235/72;

d) Malgrado tal posicionamento dos Preclaros Auditores Fiscais, que iniciaram a fiscalização no Município de Rio Branco, Capital do Estado do Acre, os quais, em momento algum ou sob qualquer hipótese realizaram diligências afim de apurar melhor os

fatos, que por intuição ou indução arbitrou uma receita inexistente obtida *de* forma ilícita, somente por informações prestadas pelas instituições bancárias, mal vistas no nosso Sistema Legal, além de não informar o seu enquadramento legal, agindo de longa manos como se autoridade judicial *fosse*, constringendo e coagindo o contribuinte a se tomar um réu confesso, de sua própria tergiversação;

e) Afirma que a prova obtida pela fiscalização foi obtida por meio ilícito, com isso o lançamento está fulcrado em nulidades;

f) Menciona que os sigilos bancário e fiscal, consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos, somente poderão ser excepcionados por ordem judicial fundamentada ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos;

g) Transcreve resposta à consulta quanto à quebra de sigilo fiscal e bancário, transcrevendo o disposto no 5º e 6º da LC nº 105/2001;

h) Menciona que houve violação constitucional a quebra do sigilo bancário, transcrevendo parte de decisão do Ministro Carlos Velloso: "O sigilo bancário protege interesses privados. E ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade o das pessoas e que a Constituição consagra (CF. art 5º, X), além de atender" a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito - o que se aplica quer se trate de cliente pessoa física, quer jurídica".

i) Relata que o artigo 145 § 1º da CF outorga mera faculdade à autoridade fiscal de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte para graduação dos impostos segundo 'a capacidade econômica deste, condicionando o seu exercício, não só aos termos da lei ,como também ao respeito aos direitos individuais do contribuinte — o que, à evidencia, não ocorrerá se a quebra do sigilo for promovida diretamente pelo fisco, que é parte na relação tributária, por restar suprimida a garantia do devido processo legal em sentido material;

j) Em conclusão, nem mesmo a lei a pretexto de regular a forma pela qual a administração tributária deverá aferir a capacidade econômica do contribuinte, poderia validamente autorizar a quebra de sigilo bancário, prescindindo a autorização judicial, pois a mera faculdade, com exercício condicionado, a que alude ou § 1º do artigo 145 da CF, em nada se assemelha aos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, que somente foram atribuídos às Comissões Parlamentares de Inquérito do Congresso Nacional e de suas Casas, a teor do que dispõe o artigo 58, § 3º, da CF;

k) Afirma ainda que da análise dos autos permite inferir o total cerceamento *ao* direito de defesa do sujeito passivo. No processo de obtenção de informações junto ao contribuinte e aos bancos que alicerçam a presente exação e que rederam ensejo à lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa, não foi assegurada qualquer possibilidade de manifestação do autuado, pois intimaram por edital e depois enviaram as AR's, sabendo que, a Receita Federal dispõe de mecanismos para diligenciar até o local, haja vista que existe uma Inspetoria na cidade de Cacoal, como também a própria Receita Federal mantém os *seus* Cadastros de Pessoas Físicas Atualizados e de Cadastro de Nacional de Pessoal Jurídica também, como pode os auditores sob qualquer pretexto alegar tais inverdades nos bojo dos Autos Ide Infração,

l) Em resumo sobre a nulidade e cerceamento do direito de defesa, deixando a fiscalização de solicitar ao contribuinte os esclarecimentos específicos a propósito da matéria, tomando ilegais as provas obtidas e não dando Ciência ao contribuinte, como recomenda a legislação de regência, revestiu-se o instrumento do lançamento "ex-officio" de vício insanável suficiente para se determinar a sua nulidade, além de declarar imprestáveis todo o acervo contábil do contribuinte, tomando mais fácil o seu trabalho, em arbitrar e *ser* arbitrário;

m) No mérito alega violação ao artigo 142 do CTN, haja vista que se trocou a efetividade e verificação das ocorrências aparentes levadas à tributação pela suposição do autuante como prova declaratória e inatacável das conclusões tiradas dessa análise por ele feita;

n) Em seu pedido, requereu seja declarada improcedente a exigência, cancelando-se o respectivo lançamento, por absoluta e manifesta falta de amparo legal, técnica e fático, inclusive com erro de interpretação legal por parte do fisco, e total ausência de relação de causa e efeito, por ser de inteira.

Não junto qualquer prova que viesse a justificar suas movimentações financeiras, destacando que a minuta da impugnação foi assinada pelo Sr. Marcos Aurélio Machado Calliari, em 06/01/2005.

Em declaração surpreendente de um dos sócios da Recorrente descrito no Contrato Social, fora declarado que: Obadias Maurício de Freitas, Brasileiro, CPF 559.841.857-68, declaro junto ao AFRF, que nunca possuiu Empresa com o nome citado no relatório enviado pelo Sr. JOÃO MAURÍCIO VITAL, que não conhece e nunca passou procuração para os senhores MARCO AURÉLIO MACHADO CALLIARI e ELMO ANDRADE DE JESUS, que nunca trabalhou em garimpo, e também sequer conhece o SURINAME, que resido há 11(onze) anos na Rua da União, nº. 23, no Bairro Santo André, Vitória-ES. Diante do exposto, venho solicitar ao Sr. João Maurício Vital, responsável pelo AFRF, que tome as providencias cabíveis no sentido de responsabilizar o ou responsáveis pelos danos causados a esta conceituada instituição, isentando-me de qualquer culpa neste processo.”

Houve o registro dos fatos em Boletim de Ocorrência, em 13/03/2003, que juntado aos autos, declarando a vítima que nunca fora sócio de nenhuma das empresas mencionadas pela Receita Federal.

A impugnação foi declarada tempestiva pela Receita Federal, sendo cancelado o Auto de Infração pela DRJ de Belém nos seguintes termos:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA - IRPJ*

Ano-calendário: 1998, 1999

DECADÊNCIA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

Tratando-se de matéria de ordem pública, a decadência deve ser declarada de ofício, em qualquer fase processual, ainda que não alegada pelas partes envolvidas no litígio.

Lançamento Improcedente

O fundamento utilizado pela DRJ para extinguir o crédito tributário em razão da decadência foi:

Em processo administrativo fiscal, ao contrário do judicial, o próprio sujeito passivo pode subscrever impugnações ou recursos, mas se o fizer por meio de mandatário, deve apresentar o instrumento de procuração habilitando-o para a representação processual.

No presente caso, não foi apresentado nenhum outro documento além da própria impugnação.

Com relação a esta matéria, há na esfera administrativa o entendimento majoritário no sentido de aplicar-se subsidiariamente o art. 13 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade a representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará pra o razoável para ser sanado o defeito. Não sendo 'cumprido o despacho dentro o prazo, se a providência couber:

I- ao autor, o juiz decretará a nulidade do professo;

II - ao réu, reputar-se-á revel;

III - ao terceiro, será excluído do processo.

A empresa foi intimada a apresentar documento que ratificasse a impugnação, com a assinatura do representante da empresa devidamente identificado e procuração que dá poderes 'ao senhor Marco Aurélio Machado Calliari para representá-la perante a Receita Federal, bem como cópia autenticada do RG do mesmo (fl. 640, 643). A intimação endereçada ao sujeito passivo retornou como "não procurado" (fl. 641). Já em resposta a intimação endereçada ao sócio da empresa, senhor Obadias Maurício de Fteitas, este declarou que "não conhece e nunca passou procuração para os senhores Marco Aurélio Machado Calliari e Elmo Andrade de Jesus"(fl. 647), entregando, ainda, o boletim de ocorrência n° 203/2003 (fls. 648 e 726) onde afirma que nunca foi sócio e nem assinou nenhum documento referente ao sujeito passivo.

Assim sendo, o signatário da impugnação de fls. 603 a 629 não está habilitado para representar a autuada no presente processo, mas está habilitado para representar a si próprio, já que é sujeito passivo solidário.

Conclui-se que apesar de estar no nome do sujeito passivo (a empresa), a impugnação deve ser considerada como defesa do sujeito passivo solidário, visto que não foram apresentados documentos que comprovassem os poderes de representação do signatário, sendo este, segundo despacho de fl. 642, o senhor Marco Aurélio Machado Calliari, sujeito passivo solidário, conforme "Termo de Sujeição Passiva Solidária" de fl. 590.

Não consta no processo a ciência do auto de infração ao sujeito passivo solidário, apenas constando a ciência (fl. 591) ao sócio da empresa, senhor Obadias Maurício de Freitas.

Deste modo, deve ser considerado cientificado o sujeito passivo solidário na data da apresentação da defesa (06/01/2005), sendo, portanto, tempestiva a impugnação.

(...)

Para o exame da decadência, normalmente, temos que fazer a análise da opção da contribuinte pela forma de tributação, dos pagamentos efetuados e da aplicação da legislação, em especial os artigos 150, §4º e 173 do Código Tributário Nacional, só que isto não é necessário neste processo pois mesmo se usarmos o inciso I do art. 173, abaixo transcrito, a decadência está configurada.

(...)

Como exemplo, utilizarei o fato gerador mais recente constante do lançamento, que é o de terceiro trimestre de 1999 para IRPJ e CSLL e o mês de setembro de 1999 para PIS e COFINS. Como o lançamento só poderia ser realizado a partir de outubro de 1999, desloca-se o início do prazo decadencial para 01/01/2000 e o seu término para 31/12/2004. Tendo sido considerada a data da ciência do lançamento para o sujeito passivo solidário, a mesma data da entrega da impugnação, ou seja, 06/01/2005 (fl. 603), decaído está todo o lançamento.

Em razão do valor envolvido e da decisão de primeira instância administrativa, houve Recurso de Ofício, na qual está sob julgamento.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela autoridade competente, por isso o conheço.

Quanto à decadência acolhida de ofício pela decisão recorrida, a despeito da questão envolver omissão de receita, ausência de declaração dos tributos e falta de recolhimento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, configurando, pelas evidências trazidas nos autos, verdadeira fraude e sonegação praticadas pelos Srs. Marco Aurélio Machado Calliari e Elmo Andrade de Jesus, usando inclusive nomes de terceiros fundado em ato ilícito diante da falsidade grosseira da assinatura do Sr. Obadias Maurício de Freitas, cumpre ratificar os fundamentos da decisão “a quo”.

Isso porque, ao aplicarmos o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, considerando a data da intimação do lançamento em 06/01/2005, pois o único ato considerado válido quanto à intimação do lançamento fiscal é o ato de apresentação da impugnação na

referida data, assinado pelo Sr. Marco Aurélio Machado Calliari, há que reconhecer que houve a extinção dos créditos tributários pela decadência em relação aos fatos geradores de 1998 e 1999.

Até mesmo porque, conforme constou da decisão recorrida, com a edição da Súmula nº 8 do STF, os prazos para a decadência das contribuições passou a ser aquele do artigo 150, § 4º e o do artigo 173, inciso I, ambos do CTN.

No caso específico, em razão do dolo existente que macula a boa-fé da Recorrente, constatando a ocorrência de fraude e sonegação fiscal, o prazo de decadência deve ser aquele do artigo 173, inciso I, do CTN.

Esse inclusive é o entendimento do E. STJ, em sua jurisprudência atual:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS. INCABIMENTO. DECADÊNCIA. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que, no caso de imposto lançado por homologação, quando há prova de fraude, dolo ou simulação, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 1050278/RS, Relator Hamilton Carvalho, Primeira Turma, DJe de 03/08/2010)

Diante do exposto, CONHEÇO DO RECURSO DE OFÍCIO, para no MÉRITO NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo os enunciados da decisão recorrida, haja vista a decadência dos débitos fiscais relativos a 1998 e 1999.

Rafael Correia Fuso - Relator

(documento assinado digitalmente)

