



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

Processo nº 10280.005015/2004-51
Recurso nº 156.752 Voluntário
Acórdão nº **3401-001.757 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de março de 2012
Matéria PIS
Recorrente SUCUPIRA ASSESSORIA E PARTICIPAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 31/03/1998 a 31/07/2000

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE DATA E HORA. FALHA SUPRIDA PELA DATA DA INTIMAÇÃO.

Conforme a Súmula nº 07, do CARF, a falta da data e hora no auto de infração não o torna nulo, quando suprida pela data da ciência.

VÍCIO NO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Quando a falha no Mandado de Procedimento Fiscal não gerar dano ao contribuinte, ele não será motivo para declarar o lançamento nulo.

RESPONSABILIZAÇÃO DE EX-SÓCIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE FRAUDE.

Quando não comprovada de modo inequívoco a existência de fraude, os ex-sócios ou sócios atuais não podem ser responsabilizados pessoalmente pelos ilícitos fiscais cometidos pela pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 1ª turma ordinária** do terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário interposto.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Presidente

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

Autenticado digitalmente em 19/06/2012 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA, Assinado digitalmente em 21

/06/2012 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 19/06/2012 por JEAN CLEUTER SIMOES ME

NDONCA

Impresso em 17/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Fernando Marques Cleto Duarte, Jean Cleuter Simões Mendonça, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Odassi Guerzoni Filho e Ângela Sartori.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração (fls.70/73), cuja ciência foi dada em 21/12/2004 (fl.87), lavrado em razão de falta de recolhimento do PIS Faturamento, cujos fatos geradores ocorreram entre março de 1998 e julho de 2000.

Cabe salientar que a ciência dada em 21/12/2004 foi somente aos ex-sócios. A empresa não foi cientificada.

No auto de infração o auditor-fiscal ainda relata a existência de fraude, pois os sócios-fundadores da empresa, segundo a autoridade autuadora, transferiram suas participações na sociedade para terceiro e alteram fictamente o endereço da empresa. Por esse motivo, o auditor-fiscal incluiu como responsáveis solidários do crédito tributário os sócios-fundadores Simon Bolívar da Silveira Bueno, CPF 974.777.028-87, Édison Donizetti Benette, CPF 735.161.718-04, e Emílio Maiolli Bueno, CPF 908.346.318-49.

Os sócios apresentaram impugnações individuais (fls.100/139; 159/198 e 218/259), as quais não lograram êxito, vez que a DRJ prolatou acórdão com a seguinte ementa (fls. 291/297):

“EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Não produz eficácia, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e da Cofins, no período de 1º de fevereiro de 1999 a 9 de junho de 2000, eventual exclusão da receita feita a título de valores que, computados como receita, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Lançamento Procedente”.

A empresa foi intimada do acórdão da DRJ em 14/08/2007 (fl.308) e interpôs dois Recursos Voluntários, o primeiro em 04/12/2007 (fls.312/316) e o segundo em 07/01/2008

(fls. 337/341), ambos com o mesmo conteúdo, qual seja: alegação cerceamento de defesa, por não ter sido intimada do lançamento.

Na fl. 320 há intimação do acórdão da DRJ datada de 07/12/2007, ao Sr. Olavio Florentino, sócio incluído pela alteração contratual de 25/10/2002, conforme fl. 330, o qual não apresentou Recurso Voluntário.

Os sócios iniciais Simon Bolívar da Silva Bueno, Edison Donizetti Benette e Emílio Maioli Bueno foram intimados do acórdão da DRJ em 06/02/2008 (fls.346/348) e interpuseram Recurso Voluntário, via sedex, em 07/03/2008 (fls.349/392, 408/451 e 466/508), todos com as mesmas alegações, resumidas abaixo:

- 1- O presente processo deveria ser julgado em conjunto com o processo nº 10280.005014/2004-14, que trata de IRPJ, para evitar decisões conflitantes, vez que o processo do IRPJ é o principal, por ser o fundamento de validade e o objeto do MPF que originou a ação fiscal;
- 2- O processo do IRPJ e do PIS deveriam ter sido julgado pela mesma DRJ, pois têm os mesmos fundamentos e suportes fáticos, contudo, o primeiro foi julgado pela DRJ no Rio de Janeiro-RJ e o segundo pela DRJ em Belém-PA;
- 3- O auto de infração não preenche o requisito do art. 10, inciso II do Decreto nº 70.235/72, o que o torna nulo;
- 4- A autoridade fiscal de Belém não tinha competência para lavrar o auto de infração, pois a contribuinte havia mudado sua sede para o Rio de Janeiro e comunicado à Receita Federal;
- 5- A falta de inclusão de outros tributos e prorrogação do MPF acarreta a nulidade do auto de infração;
- 6- Falta a prova do intuito de fraude na mudança da empresa para o Estado do Rio de Janeiro;
- 7- A fiscalização alega que houve mudança para endereço onde funciona apenas um tribunal arbitral. Contudo, para provar a veracidade do endereço no Rio de Janeiro, os responsáveis alegam juntada nos autos cópia do lançamento do IPTU, contrato do aluguel e declaração do Tribunal de Justiça, demonstrando que o endereço é ocupado pelo tribunal arbitral, bem como por outras empresas e escritórios de advocacia;
- 8- Deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor recebido pela autuada, mas transferidos a terceiros;

- 9- A cobrança de PIS e COFINS sobre a receita de conta alheia fere os Princípios Constitucionais da Capacidade Contributiva, da Isonomia e do Não Confisco.
- 10- Os lançamentos referentes a 1998 e 1999 foram atingidos pela decadência;
- 11- O agente fiscal não descreveu os motivos pelo qual os sócios foram responsabilizados;
- 12- Os sócios não cometeram atos geradores da responsabilidade pessoal;
- 13- A multa de 150% é indevida e confiscatória, pois é baseada em pressuposição equivocada de fraude.

Ao fim, fizeram o seguinte pedido:

“seja estendida a decisão do processo principal nº 10280.005014/2004-14 (IRPJ e CSLL) para este processo de nº 10280.005015/2004-51 e o processo 102180.5016/2004-03; caso assim não entenda, seja reformada a r. decisão de fls., para que seja declarada a nulidade do auto de infração, ou, se superadas, seja reformada a decisão e reconhecida a improcedência do auto de infração, em sua totalidade, e declarada a sua insubsistência[...]”

É o Relatório.

Voto

Os Recursos da pessoa jurídica são intempestivos, de modo que não devem ser conhecidos.

Apesar disso, os Recursos interpostos pelos co-responsáveis são tempestivos e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Em procedimento fiscal foi constatada diferença entre o valor declarado e valor efetivamente recolhido do PIS, cujos fatos geradores ocorreram entre março de 1998 e julho de 2000, do qual se originou o lançamento ora analisado. Por ocasião do lançamento, também foram responsabilizados os sócios gerentes da empresa, os quais alegaram decadência de parte do lançamento, falta de competência da DRF que fez o lançamento; falta de motivo para responsabilização; falta de prova do intuito de fraude; necessidade de excluir da base de cálculo os valores transferidos a terceiro e descabimento da multa de 150%.

Sendo assim, as matérias a serem analisadas são: A nulidade do lançamento por falta dos requisitos do art. 10, inciso II, do Decreto nº 70.235/72; falta de competência da autoridade autuante; decadência; possibilidade de responsabilização dos sócios; composição da base de cálculo do PIS com renda repassada a terceiros e cabimento da multa de 150%.

1- Da nulidade do lançamento

As partes alegam que o lançamento é nulo por três razões: a primeira, porque o auto de infração não teria preenchido os requisitos do art. 10, inciso II, do Decreto nº 70.235/72; em segundo lugar, alega a incompetência da delegacia de Belém-PA, pois a sede da empresa estava no Rio de Janeiro; e, por último, alega que o lançamento seria nulo em decorrência da falta de inclusão de outros tributos e da prorrogação do MPF.

1.1 Dos Requisitos do art. 10, inciso II, do Decreto nº 70.235/72

O Art. 10, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, assim dispõe:

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

I - a qualificação do autuado;

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

Apesar disso, a falta da data e da hora da lavratura do auto de infração pode ser suprida quando essas informações constam na ciência. Esse entendimento está pacificado pela Súmula nº 07 do CARF, que assim dispõe:

“Súmula 07 – A ausência de indicação da data e da hora de lavratura do auto de infração não invalida o lançamento de ofício quando suprida pela data da ciência”.

Os ex-sócios da empresa tomaram ciência da sujeição passiva por AR com data (fls.87, 90, 93 e 96), de modo que a falta de data e hora da lavratura do auto de infração, para os ex-sócios, não enseja a sua nulidade. Apesar disso, verifica-se nos autos que não houve a intimação da pessoa jurídica, principal interessada no presente processo, o que torna o auto de infração nulo.

A falta de intimação da empresa resulta no descumprimento do art. 10, inciso V, o qual dispõe que o lançamento conterà obrigatoriamente:

“V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias”.(grifo nosso)

No presente caso, o lançamento padece da falta de intimação do principal autuado.

1.2 Da falta de prorrogação do MPF

A recorrente alega vício no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, o qual geraria nulidade do auto de infração, vez que não foi emitido o auto de MPF complementar.

No presente caso, a falta de emissão da prorrogação do MPF não gerou nenhum dano à contribuinte, haja vista que ela teve tempo hábil para elaborar sua defesa. Outrossim, os motivos de nulidade do lançamento estão previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

O art. 60, também do Decreto no 70.235/72, dispõe o seguinte:

“Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”. (grifo nosso)

Dessa forma, como o vício do MPF não está incluído nos dispositivos acima, além de não gerar qualquer prejuízo à Recorrente, não há que se falar em nulidade do auto de infração.

2. Do suposto intuito de dolo e da responsabilidade dos ex-sócios.

Na fl. 80 há a descrição de que os ex-sócios Édison Donizatti Benette e Emílio Maiolli Bueno teriam transferido as suas participações, fraudulentamente, para Olávio Florentino e Edson Souza Geraldos e que a confirmação dessa fraude *“deu-se com a mudança de endereço, fictício, da empresa, em 28.07.2002: Rua Dom Geraldo, 35, Sala 702 – Centro”*, sendo esse endereço ocupado pelo Tribunal de Justiça Arbitral das Comarcas Brasileiras. Ocorre que o aludido Tribunal Arbitral apresentou declaração informando que está sediado no mesmo endereço, mas na sala 701 e que há outras empresas no mesmo prédio (fl.214). Além disso, a Recorrente apresentou contrato de locação (fls.210/212) provando que seu endereço ficava no local, mas na sala 702.

Outro fato que reforça a mudança de endereço sem fraude, do Estado do Pará para o Estado do Rio de Janeiro, é a intimação do acórdão da DRJ à empresa, em endereço

localizado no centro da capital fluminense. Insta salientar que, apesar de não ser o mesmo endereço da Rua Dom Geraldo, nas fls.317 e 318 os Recorrentes apresentaram cópia da alteração contratual, pela qual fixa como novo endereço a Av. Treze de Maio, nº 33, sala 3013, Centro, Rio de Janeiro. Isso leva à conclusão de que, no decorrer deste processo administrativo, a empresa mudou-se da rua Dom Geral para a Rua Treze de Maio, ambas na cidade do Rio de Janeiro. Logo, a empresa saiu, realmente, do Estado do Pará para ser sediada no Estado do Rio de Janeiro, afastando-se, assim, a fraude alegada pela Autoridade Fiscal.

Contra as provas apresentadas pela Recorrente não tem nenhum outro documento que demonstre, de modo irrefutável, a existência da fraude.

O simples indício não tem força para responsabilizar pessoalmente os sócios. Como os sócios devem ser pessoalmente responsabilizados somente em casos excepcionais, com provas inequívocas, o que não é o caso, afasto a responsabilidade pessoal dos sócios. Por outro lado, como a empresa não foi intimada da lavratura do auto de infração, recebendo a primeira intimação somente após o julgamento da DRJ, é o caso de nulidade do lançamento.

Ainda que se considerasse por convalidar a intimação da pessoa jurídica após a decisão da DRJ, o lançamento não seria válido, pois alcançado pela decadência. Isso porque o prazo para a Fazenda constituir o crédito dos tributos sujeito ao lançamento por homologação é cinco anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, se houver a antecipação do recolhimento, nos termos art. 150, §4º; ou no prazo cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele no qual poderia ter sido lançado, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN. O período lançado mais recente é de julho de 2000, e a pessoa jurídica foi intimada do acórdão da DRJ somente em 14/08/2007 (fl.308). Portanto, o lançamento está decaído, em qualquer contagem que seja levada em consideração.

3. Do julgamento do processo nº 10280.005014/2004-14

A mesma ação fiscal que deu origem ao auto de infração do PIS, objeto do presente processo, também gerou a lavratura do auto de infração cobrando IRPJ e CSLL, fazendo nascer o processo administrativo nº 10280.005014/2004-14. Esse processo já foi julgado pela então Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte, e a conclusão, unânime, foi a mesma exposta acima: inexistência de dolo. Abaixo segue o trecho do voto do Relator, o Conselheiro Hugo Correia Sotero:

“Entendo significativo o fundamento da DRJ de que a mudança de endereço ter sido realizado antes de quaisquer procedimentos fiscalizatórios, posto que não obstante o contribuinte não ter efetuado a devida informação de alteração de domicílio aos órgão competentes, este fato, por si só, jamais poderia ser considerado fraude ou conduta dolosa do contribuinte.

No tocante a transferência de cotas a terceiros (sic), acompanho, também, os argumentos expedidos pela DRJ, pois a mesma foi feita de forma regular, acaso a fiscalização comprovasse ou sequer suscitasse a utilização de interposta pessoa ou

procedimento fraudulento similar é que poderíamos considerar o dolo ou má-fé da Recorrente.

Por essas razões mantenho incólume os fundamentos expostos pela DRJ, aplicando ao caso o art. 150 do CTN.

Verifico que a notificação do contribuinte do conteúdo do lançamento de ofício se deu em 28/12/2004 (fl. 193), tendo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento consignado que, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, o prazo quinquenal de decadência havia se extinguido em 31/12/2003, dès que referente o lançamento a fatos geradores ocorridos no ano de 1998.

Nessa linha, a notificação feita à Recorrida em 28/12/2004 não se realizou dentro do lustro decadencial, sendo acertada a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no que atine ao cancelamento da exigência relativa ao Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica.

(...)

Com estas considerações, conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento”.

A decisão do processo que trata do IRPJ reforça a conclusão na qual chegou este Conselheiro: a de que dolo não foi provado. Desse modo, a responsabilização dos sócios é incabível, e como a pessoa jurídica foi intimada somente após o julgamento da DRJ, em 14/08/2007 (fl.308), o lançamento já estava integralmente decaído.

Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário interposto para declarar nulo o auto de infração, em decorrência da falta de intimação da pessoa jurídica e da incompetência da autoridade fiscal que efetuou o lançamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de março de 2012.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA