



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

Processo nº 10280.005015/2004-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.283 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de junho de 2013
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida SUCUPIRA ASSESSORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO EXISTENTES. NECESSIDADE DE SANEAMENTO.

Devem ser saneadas a omissão e a contradição constatadas na apreciação dos Embargos de Declaração.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em acolher parcialmente os embargos de declaração.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Robson José Bayerl, Jean Cleuter Simões Mendonça, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Fernando Marques Cleto Duarte e Ângela Sartori.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração (fls.555/568), opostos pela Fazenda Nacional contra o acórdão nº 3401-001.757 (fls.209/216), pelo qual foi declarado nulo o auto de infração objeto deste processo, em decorrência da falta de intimação da pessoa jurídica e da incompetência da autoridade fiscal que efetuou o lançamento.

Nos Embargos, é alegado o seguinte:

O acórdão não conheceu o Recurso da pessoa jurídica, por ser intempestivo, e declarou a nulidade do acórdão por razões não alegadas nos Recursos interpostos pelos responsáveis, contudo, não fundamentou por que o declarou nulo por razões não ventiladas nos recursos conhecidos, o que configura a omissão;

O acórdão é contraditório, pois considerou a intimação do Sr. Edson Souza Geraldês, o qual tinha condição de sócio na época do lançamento, para aferir a tempestividade, mas desconsiderou a intimação do lançamento da pessoa jurídica realizada na mesma pessoa;

O acórdão foi omisso por não analisar “a declaração de fls. 279/280 de Edson Souza Geraldês no sentido de que teve seu nome usado na transferência de empresa”;

O acórdão também foi obscuro por não apontar a prova na qual se embasou para concluir que a Empresa funcionava no endereço da Rua Dom Gerardo, 35, Sala 702, Centro, Rio de Janeiro-RJ;

O Acórdão é contraditório porque reconhece que, em nenhum momento, a empresa foi intimada no endereço da Rua Dom Gerardo, 35, sala 702, Centro, Rio de Janeiro/RJ.

Ao fim, a Embargante pediu o saneamento dos vícios apontados e prequestionamento das matérias que não foram objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

Os Embargos são tempestivos e atendem os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A Embargante alega diversas omissões e contradições no acórdão, as quais, segundo a Embargante, devem ser sanadas.

Passa-se a analisar um a um.

1. Da omissão por falta de fundamento ao conhecer matéria não ventilada nos Recursos Conhecidos.

O auto de infração foi lavrado contra a empresa e com responsabilização dos ex-sócios. Na análise dos autos, ficou constatado que a empresa não foi intimada do auto de infração, mas somente do acórdão da DRJ, enquanto os ex-sócios foram intimados tanto do auto de infração, quanto da decisão da instância de piso. A empresa apresentou dois Recursos Voluntários, mas ambos estavam intempestivos, por isso não foram conhecidos. Os sócios Simon Bolívar da Silva Bueno, Edison Donizetti Benette e Emílio Maioli Bueno interpuseram Recursos tempestivamente.

A Embargante alega que o acórdão foi omissivo, haja vista ter declarado a nulidade do auto de infração por falta de intimação da pessoa jurídica, mas sem fundamentar por que analisou essa matéria sem ela ser levantada nos Recursos conhecidos.

Nesse ponto, não houve omissão, mas sim contradição entre o fundamento do voto e o dispositivo. Isso fica evidente ao se ler os últimos dois parágrafos do voto:

“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”.

Como é perceptível, o voto era no sentido de cancelar o auto de infração pela falta de prova de dolo dos sócios e decadência em relação à pessoa jurídica. Contudo, o dispositivo foi escrito equivocadamente no sentido de declarar nulo o auto de infração por falta de intimação da pessoa jurídica e incompetência da autoridade fiscal que efetuou o lançamento.

Há de esclarecer que muito embora a decadência não tenha sido ventilada nos recursos conhecidos, ela é matéria ordem pública, de modo que pode ser reconhecida *ex officio*, como no presente caso.

Portanto, apesar de não se tratar de omissão, acolho os embargos de declaração por contradição, rerratificando a parte dispositiva do voto para ficar da seguinte forma:

“Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário interposto para cancelar o auto de infração, em decorrência da falta de prova de dolo e fraude dos sócios e ex-sócios, bem como pela decadência em relação à pessoa jurídica”.

2.Da contradição em relação à validade da intimação.

A embargante alega ocorrência de contradição no acórdão, pois a intimação da pessoa jurídica na pessoa do sócio Edson Souza Geraldês foi considerada válida para contagem da tempestividade, mas foi desconsiderada para validade do auto de infração.

Nesse ponto, não há contradição, pois, em nenhum momento, a intimação foi desconsiderada. Ficou bem claro no voto condutor que, da lavratura do auto de infração, somente os sócios, pessoas físicas, foram intimados. A pessoa jurídica somente recebeu a primeira intimação depois do acórdão da DRJ, em 14/08/2007, conforme fl. 321(digital). Isso fica evidente na leitura do trecho contido na fl. 215 dos autos, o qual é transcrito abaixo:

*“O simples indicio 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”.(grifo não consta no original)

Portanto, por não existir contradição, não acolho os embargos de declaração nessa parte.

Da omissão por não analisar “a declaração de fls. 279/280 de Edson Souza Geraldês no sentido de que teve seu nome usado na transferência de empresa”.

A Recorrente alega que o acórdão foi omissivo, por não analisar a declaração de fls. 279/280, nos autos digitais fls. 297/298, na qual o Sr. Edson Souza Geraldês alega que não é proprietário da empresa, mas que teve seu nome usado.

Realmente, o voto condutor não analisou essa declaração. Contudo, ela não tem força para alterar a decisão por dois motivos: primeiro, porque não pode ser tomada como prova testemunhal, haja vista que o Sr. Edson Souza Geraldês foi responsabilizado, sendo parte do processo, de modo que não tem o compromisso testemunhal de sempre falar a verdade.

A responsabilização dos ex-sócios deve-se dar de modo inequívoco, com provas cabais, sem margens para erros. *In casu*, a declaração do Sr. Edson Geraldês, por si só, não tem força para tal, pois pode ter sido usada como estratégia de defesa para não ser responsabilizado.

Cabe destacar, também, que mesmo não sendo verídica essa declaração, não tem força de manter a responsabilização do Sr. Edson Geraldês, pois a fraude que leva à responsabilização da pessoa física não é a fraude no processo, mas sim a fraude no recolhimento do tributo. Portanto, a desconsideração da declaração do Sr. Edson Geraldês, que exime os demais sócios, não tem força de responsabilizá-lo.

Em segundo lugar, porque a declaração foi assinada em janeiro de 2005, após a primeira ciência de ex-sócios, a qual se deu em 21/12/2004 (fl.94). Portanto, suposta prova seria posterior à lavratura do auto de infração, de modo que não tem força para sustentá-lo.

Portanto, nesse ponto, acolho os embargos para sanar a omissão, sem aplicar os efeitos infringentes.

Da obscuridade e contradição em relação ao endereço da empresa no endereço da Rua Dom Gerardo, 35, Sala 702, Centro, Rio de Janeiro-RJ

A Embargante alega que o acórdão foi obscuro, vez que não indicou em qual prova se apoiou para entender que a empresa realmente funcionava no endereço da Rua Dom Gerardo, 35, Sala 702, Centro, Rio de Janeiro-RJ.

A alegação da Embargante não merece acolhimento, pois no voto condutor restou bem claro que quem mencionou o novo endereço foi a própria fiscalização, na fl. 78. A única prova da fiscalização de que o endereço era ficto ocorreu porque a intimação foi entregue na sala do Tribunal de Arbitragem, contudo, na análise dos autos ficou comprovado, por declaração do Tribunal de Arbitragem e pelo Contrato de Aluguel que a intimação foi enviada para a sala errada, o que fez cair a única prova levantada pela autoridade fiscal. Essa conclusão é clara no seguinte trecho do voto:

“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 Geraldês 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". (fls.214/215)

Ainda quanto ao endereço, a Recorrente alega que o acórdão foi contraditório ao informar que a empresa nunca foi intimada no endereço da Rua Dom Gerardo.

Ocorre que não há a contradição. A empresa não foi intimada no endereço da Rua Dom Gerardo, porque a intimação do auto de infração foi encaminhada para a sala errada. E depois do acórdão da DRJ foi intimada no endereço da Rua Treze de Maio "*porque no decorrer deste processo administrativo a empresa mudou-se*".

Portanto, dúvida não resta de que o convencimento do julgador, neste ponto, foi bem fundamentado, não existindo nenhuma obscuridade ou contradição.

Ex positis, acolho parcialmente os Embargos de Declaração: 1) para reconhecer a contradição do acórdão e rerratificar o dispositivo do voto condutor para cancelar o auto de infração, em decorrência da falta de prova de dolo e fraude dos sócios e dos ex-sócios, bem como pela decadência, em relação à pessoa jurídica. 2) Acolho também para sanear a omissão em relação a análise da declaração de fls. 279/280 de Edson Souza Geraldês, no sentido de que teve seu nome usado na transferência de empresa. Quanto às demais alegações de omissão e de contradição, nego acolhimento.

É como voto.