



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

Processo n° 10280.005334/2002-02
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-002.574 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2015
Matéria Auto de Infração Cofins
Recorrente BKS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

COFINS. DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

Na falta de antecipação do pagamento do tributo, o prazo decadencial é de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. ART. 135, III DO CTN.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, Mônica Elisa de Lima e Fábria Regina Freitas que davam provimento

Processo nº 10280.005334/2002-02
Acórdão n.º **3301-002.574**

S3-C3T1
Fl. 165

parcial. A conselheira Mônica Elisa de Lima dava provimento parcial em menor extensão e apresentou declaração de voto.

RODRIGO DA COSTA PÔSSAS - Presidente.

ANDRADA MÁRCIO CANUTO NATAL - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Sidney Eduardo Stahl, Luiz Augusto do Couto Chagas, Mônica Elisa de Lima, Fábiana Regina Freitas e Andrada Márcio Canuto Natal.

Relatório

Por economia processual adoto o relatório elaborado na decisão recorrida, abaixo transcrito:

Trata-se de auto de infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 56/82, ciência em 12/11/2002, sobre valores não declarados e não recolhidos, no montante de R\$ 95.813,35, neste incluídos multa de ofício de 75% e juros de mora.

2. O auto de infração teve origem, segundo descrição dos fatos de fl. 79 e termo de verificação de fl. 64/70, da constatação de insuficiência de recolhimento da contribuição nos anos calendários 1997, 1998, 1999, 2000. As receitas mensais e as exclusões da base de cálculo foram obtidas por meio do livro de registro de saídas (fls. 01 a 76 do anexo I) e declarações de imposto de renda da pessoa jurídica (fls. 78 a 160 do anexo I).

2.1. Inferiu-se que os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi não só eram administradores de fato como proprietários da empresa. Isto porque detinham todos os poderes de gerência e disposição de direitos da pessoa jurídica, concedidos pelos sócios de direito através de procurações públicas (fls. 31/35). Os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi foram também apontados como administradores de fato da empresa pelos sócios de direito, geralmente empregados da própria, nas declarações prestadas à Polícia Federal (fls. 08/18). Em declaração na Receita Federal, os sócios de direito Raimundo Magno Souza da Silva e Joenildo de Almeida confirmaram que os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi eram os reais proprietários da autuada.

2.2. Em função das provas retro descritas, os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi foram considerados responsáveis pelos créditos lançados, com base no art. 135, III, do CTN.

3. A empresa autuada foi cientificada em 12/11/2002 (fl. 78), o sr. Sandro Bracchi foi cientificado em 14/11/2002 (fl. 86). Os originais dos ARs de cientificação encontram-se nos autos do processo 10280.005151/2002-89, segundo termo de fl. 86.

4. Não concordando com a autuação, a empresa apresentou Impugnação de fls. 88/93 em que apresenta os seguinte argumentos, em resumo:

a) não poderá prosperar a autuação uma vez que se caracteriza totalmente infundada sob os aspectos fiscais e por não levar em consideração as vendas indiretas para a exportação. Quais as vendas para o mercado interno? Não demonstrado o critério para a aferição da base de cálculo, trata-se a autuação de mera presunção.

b) a falta de fundamentação caracterizou o cerceamento do direito de defesa.

5. A DRJ Belém, através do despacho de fls. 97/99, solicitou à Repartição de Origem diligência no sentido de: anexar prova da intimação de fl. 84; intimar a autuada a apresentar as notas fiscais dos meses de fevereiro de 1997 a setembro de 2000; intimar o contribuinte a informar quais as notas fiscais acima

referidas estão isentas da Contribuição, por se tratarem de vendas para exportação e comprová-las;

6. Em resposta a DRF Belém anexou o despacho de fl. 121 em que evidencia que não houve resposta do contribuinte às intimações enviadas.

Ao julgar referida impugnação a 2ª Turma da DRJ/Belém-PA proferiu o Acórdão nº 01-9780, de 19/11/2007, com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000

COFINS.

RESPONSABILIDADE

Diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Lançamento Procedente.

Não concordando com referida decisão o contribuinte apresentou recurso voluntário com as seguintes razões de defesa, em síntese:

- solicita nulidade do lançamento uma vez que a autoridade fiscal não indicou de forma precisa os fundamentos de fato e de direito do auto de infração. Alega também cerceamento do direito de defesa, já que não foi intimado a contrapor os fatos durante a ação fiscalizadora;

- solicita a prescrição do lançamento, pois transcorridos mais de cinco anos entre a sua constituição e o fato gerador;

- cita doutrina e jurisprudência judicial para afastar a ocorrência da responsabilidade tributária dos sócios estabelecida com base no art. 135, inc. III do CTN;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, por isso deve ser conhecido.

Nulidade do Auto de Infração

O contribuinte argúi a nulidade do lançamento argumentando que a autoridade fiscal não indicou de forma precisa os fundamentos de fato e de direito do auto de infração. Alega também cerceamento do direito de defesa, já que não foi intimado a contrapor os fatos durante a ação fiscalizadora.

Esclareço que não vislumbrei no auto de infração constante do presente processo, qualquer mácula que pudesse torná-lo nulo.

Prescreve o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93:

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;

Todos os atos praticados no presente processo foram executados por pessoa competente e sem preterição do direito de defesa.

Cumprir verificar que foram observados os requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Art. 10, inc. III e IV do Decreto 70.235/72:

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

(...).

III- a descrição do fato;

IV- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável.

Por sua vez, assim dispõe o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,

identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Verifica-se que constam adequadamente descritos os fatos apurados pela autoridade, a fundamentação legal, a matéria tributável, os valores apurados e os fatos motivadores da autuação, permitindo ao contribuinte conhecer todos os elementos componentes da ação fiscal e, assim, propiciando-lhe todos os meios para livre e plenamente manifestar suas razões de defesa.

O contribuinte alega cerceamento do direito de defesa em razão de não ter tido oportunidade de contrapor os fatos apurados durante a realização da fiscalização. Ocorre que no processo fiscal o contraditório só é instaurado com a apresentação da impugnação ao lançamento, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72. Durante a ação fiscal, no preparo do lançamento, a fiscalização atua de ofício em busca de provas documentais para apuração da correta base de cálculo do tributo, não havendo previsão legal que garanta o livre contraditório nesta fase. Isto não impede a livre manifestação do contribuinte com o intuito de esclarecer os fatos necessários à correta apuração da base de cálculo dos tributos.

Portanto afasto a preliminar de nulidade do auto de infração.

Decadência

O contribuinte utiliza o termo prescrição para solicitar a decadência da constituição do crédito tributário. Alega que a "Fazenda Pública detém o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário pelo lançamento definitivo".

Vejamos o que dispõe o CTN a respeito da decadência do lançamento:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito **passivo o dever de antecipar o pagamento** sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º **O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.***

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.(grifei)

De acordo com este dispositivo do CTN, se houver antecipação do pagamento, e não ocorrendo as situações de dolo, fraude ou simulação, o prazo para a fazenda pública efetuar o lançamento decai em cinco anos contados do fato gerador. Pela própria

descrição dos fatos, não se vislumbra que tenha havido antecipação de pagamento, fato este que também pode ser confirmado nas planilhas de composição da base de cálculo. Como não houve antecipação de pagamento, o início do prazo decadencial é o previsto no art. 173, inc. I do CTN, *in verbis*:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após **5 (cinco) anos**, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Os lançamentos foram cientificados ao contribuinte em 12/11/2002. O fato gerador mais antigo é 28/02/1997. Neste caso o primeiro dia do exercício seguinte é 1º/01/1998. Portanto o crédito tributário em referência poderia ter sido lançado até 31/12/2002. Comprovado então que não houve o transcurso do prazo decadencial.

Responsabilidade Tributária dos Sócios

A fiscalização atribuiu responsabilidade direta aos sócios de fato, ante a comprovação de que a empresa tinha interpostas pessoas em seu quadro societário. Fundamentou a responsabilidade no art. 135, III do CTN, abaixo transcrito:

*Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de **atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**:*

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em seu recurso voluntário o contribuinte não contestou em momento algum que era o dono de fato da empresa fiscalizada. Ao contrário, o recurso voluntário foi apresentado em nome da fiscalizada e assinada por um dos sócios de fato Sandro Bracchi a quem se atribuiu a responsabilidade pessoal aqui tratada.

O recorrente faz um longo arrazoado, citando doutrina e jurisprudência, para afastar a ocorrência da responsabilidade tributária dos sócios. Segundo ele, a responsabilidade atribuída não pode prosperar pois não teria havido infração à lei, ato de má gestão da empresa que se constitua em violação do contrato social, sendo que no caso não poderia se aplicar a teoria objetiva de responsabilidade inserta no art. 136 do CTN. Afirma que não é o caso quando o tributo é declarado, escriturado e não recolhido no prazo legal.

Cita alguns doutrinadores do direito tributário que relativizam de certa forma a responsabilidade objetiva prevista no art. 136 do CTN. Eles concluem mais ou menos no mesmo sentido do seguinte trecho extraído do recurso voluntário que seria de autoria do tributarista Luciano Amaro:

"... Se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei, e o eventual descumprimento se deu a razões que escaparam a seu controle, a infração ficará descaracterizada, não podendo, pois falar-se em responsabilidade."

(...)

Não quero entrar no mérito da discussão estabelecida pelos eminentes tributaristas. Isto porque, mesmo corretas as teses apresentadas, elas não socorrem o contribuinte. No presente caso, não se trata efetivamente de desconhecimento da infração ou que ela tenha escapado ao seu controle por razões diversas. Está bem comprovado nos autos que os sócios de fato geriam a empresa utilizando-se de interpostas pessoas e, diga-se de passagem, que estes fatos não foram contestados em seu recurso voluntário.

Também não é verdade que se tratavam de tributos apurados, declarados e somente não pagos no tempo correto. O contribuinte não confessou os seus débitos e isto está bem evidenciado no relatório fiscal. Portanto, as teses utilizadas na doutrina citada e na jurisprudência dos tribunais, não socorrem o contribuinte, por não se aplicarem ao caso concreto.

A infração à lei praticada foi o uso de interpostas pessoas para encobrir os verdadeiros proprietários da pessoa jurídica BKS. Os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi não só eram administradores de fato como proprietários desta empresa. Detinham todos os poderes de gerência e disposição de direitos da pessoa jurídica, concedidos pelos sócios de direito através de procurações públicas (fls. 31/35). Foram também apontados como administradores de fato da empresa pelos sócios de direito, empregados da própria, nas declarações prestadas à Polícia Federal (fls. 08/18). Em declaração à Polícia Federal, os sócios de direito Raimundo Magno Souza da Silva e Joenildo de Almeida confirmaram que os senhores Sandro Bracchi e Enrico Bracchi eram os reais proprietários da autuada.

Portanto, reputo correta a responsabilidade pessoal atribuída aos sócios nos termos do art. 135, III do CTN.

Importante ressaltar que no recurso voluntário o contribuinte não contestou os valores apurados no auto de infração.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Declaração de Voto

Conselheira Mônica Elisa de Lima.

Prestando minhas homenagens ao sempre brilhante trabalho do douto Relator Andrada Marcio Canuto Natal, tenho de me manifestar a respeito do que entendo como a irregular inclusão do Sujeito Passivo Enrico Bracchi, CPF 104.506.378-91, no polo passivo desta autuação.

Com efeito, conforme consta da informação prestada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém - PA, na fl.97 (original), o referido Contribuinte não foi notificado do auto de infração; situação que se perpetuou, apesar da determinação da Autoridade Julgadora para que fosse "juntada aos autos a comprovação da intimação do termo de fl. 84".

Desta feita, entendo não ter sido cumprido o requisito presente no inciso V, do artigo 10, do Decreto nº 70.235/72, impossibilitando, por sua vez, a instauração da fase litigiosa do processo, nos termos do artigo 14, do mesmo diploma legal, em relação a tal Pessoa Física.

Em conclusão, tenho que não se aperfeiçoou a participação do Contribuinte Enrico Bracchi nos autos, fato este impeditivo da imposição de sua responsabilidade pelo crédito tributário.

Mônica Elisa de Lima