



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10320.003186/2006-93
Recurso nº 142.288 Voluntário
Matéria Cofins e PIS - Auto de Infração
Acórdão nº 203-12.952
Sessão de 3 de junho de 2008
Recorrente POI SERVIÇOS GERAIS LTDA.
Recorrida DRJ-FORTALEZA/CE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 31/01/2002 a 31/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA LAVRADO SEM OITIVA DO IMPUTADO. PREJUDICIAL DE NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo se defendido da imputação contida no Termo de Sujeição Passiva Solidária, deve ser afastada a prejudicial alegada, mesmo que não tenha sido ouvido antes da lavratura do referido termo.

COFINS E PIS/Pasep. AUTO DE INFRAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. FONTE DE INFORMAÇÃO A SER UTILIZADA PELO FISCO. DIPJ OU DCTF.

Válida a utilização das informações constantes de DIPJ entregue pela autuada, em detrimento das que constaram da DCTF, para fins de apuração da contribuição devida, haja vista que, mesmo intimada e reintimada não logrou aquela demonstrar que os valores corretos seriam o da DCTF e não os da DIPJ.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA. ARTIGO 124, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

De se manter a responsabilização de pessoa física que, pelo histórico de sua relação com a autuada e com as sócias de direito, se mostra como tendo interesse comum nos negócios da autuada, não obstante não integre o seu quadro societário.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO PARA 150%. DESCABIMENTO.

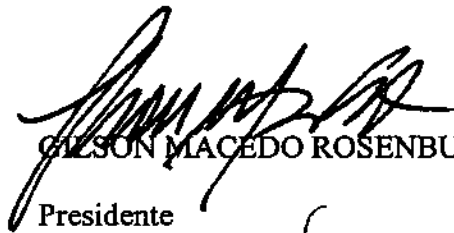
Não especificada pelo fisco em qual dos dispositivos da Lei nº 4.502, de 1964 - artigos 71, 72 ou 73 - se enquadrou a matéria fática, bem como não tendo sido a interposição de pessoas a

causa do não pagamento das contribuições, afasta-se o agravamento da multa de ofício, remanescendo, porém, a sua exigência nos 75%.

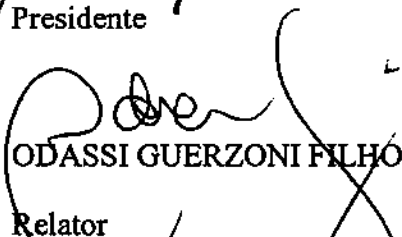
Recurso Voluntário Provido em Parte. Ano-calendário: 2000

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, reduzindo-se a multa de 150% para 75%. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis e Gilson Macedo Rosemburg Filho, que votaram pela manutenção da multa agravada, sendo que ambos apresentarão Declaração de Voto.



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO
Presidente



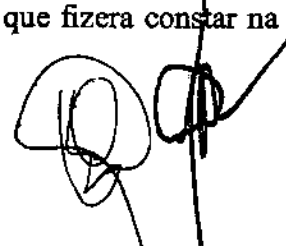
ODASSI GUERZONI FILHO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Guilherme Queiroz Vivácqua, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton César Cordeiro de Miranda.

Relatório

Auto de Infração foi cientificado ao sujeito passivo em 27/10/2006 exigindo-lhe crédito tributário relativo à Cofins e ao PIS/Pasep do período de apuração compreendido entre janeiro a dezembro de 2002, no valor de R\$ 1.563.650,16, nele incluído juros de mora e a multa de ofício de 150%. Paralelamente, o Senhor José Walter Silveira Maciel, CPF nº 066.458.441-15, em 26/10/2006, foi cientificado do *Termo de Sujeição Passiva Solidária* em seu nome, sob o argumento de que, em face de depoimentos tomados junto às duas sócias da empresa, restara configurada a sua sujeição passiva solidária prevista pelo artigo 124 do Código Tributário Nacional.

O lançamento das diferenças da Cofins e do PIS/Pasep se deu pelo fato de que, durante os procedimentos de fiscalização, não foi constatado o ingresso de qualquer valor a título das duas contribuições nos cofres do Tesouro Nacional, tendo se valido o fisco das informações declaradas pelo sujeito passivo na sua DIPJ para fins de elaboração do presente auto de infração, visto que, embora intimada e reintimada, a atuada não logrou apresentar os livros fiscais e contábeis. Registre-se, por oportuno, que a atuada informou em DCTF os valores das duas contribuições, em montante inferior, porém, aos que fizera constar na DIPJ.



Assim, o valor das diferenças apuradas consiste no valor devido, informado na DIPJ, diminuído do valor declarado, e não pago, informado na DCTF.

O agravamento da multa se deu pelo fato de, segundo a fiscalização, ter restado caracterizado a figura de interpostas pessoas – *laranjas* – o que, em tese, implicaria em crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e no artigo 299 do Código Penal¹, e na elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais.

Na sua extensa impugnação, a atuada, em apertada síntese, inicialmente, contesta a forma de proceder da autoridade fiscal pelo fato de ter lavrado o termo de responsabilidade solidária em nome de José Walter Silveira Maciel sem ouvi-lo previamente, ou seja, apenas inferindo ter ocorrido tal fato a partir dos depoimentos tomados a termo nas dependências da DRF de São Luiz/MA das duas sócias da empresa, a Senhora Marinalva Lindoso Gomes e a Senhora Maria de Nazaré Vieira. Refuta veementemente tal imputação, vez que os documentos da empresa estão a comprovar que referida pessoa era, de fato, o condutor dos negócios da empresa, mas na condição de administrador, não na de sócio de fato.

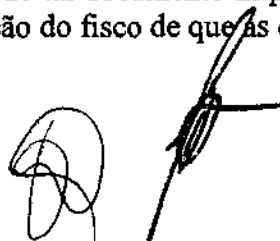
No mérito, propriamente dito, a atuada afirma que as informações que prestara na DIPJ estão incorretas e que os valores que deveriam ter sido considerados pelo fisco seriam os informados na DCTF, os quais poderiam ser conferidos com os livros razão e diário, procedimento este que não se prestou a autoridade fiscal a fazer, limitando-se a escolher o maior dentre os dois valores. Colaciona julgados de DRJ e do Conselho de Contribuintes na linha de que, entre as informações prestadas em DIPJ e em DCTF, deve-se optar pelas da segunda para fins de constituição do crédito tributário, dado o caráter de confissão de dívida da qual a mesma se reveste, em detrimento da primeira, que não o possui. Considera, em resumo, pois, que a ação fiscal é ineficaz, visto que baseada em dados da DIPJ e não nos seus assentamentos fiscais e contábeis.

Invoca ainda a atuada uma suposta ilegalidade, uma insubordinação às regras da própria Receita Federal e violação aos princípios que norteiam os funcionários públicos, cometidos pelo auditor encarregado da ação fiscal, pelo fato de, de modo a intimidar o sujeito passivo, ter agravado a multa de ofício e elaborado a representação fiscal para fins penais. Ressalta que o delito tipificado no artigo 1º da Lei 8.137, de 1990 é considerado pela doutrina como delito material, de dano, para cuja consumação é necessária a produção de resultado no tipo: suprimir ou reduzir tributos, e que, no presente caso, o fiscal apenas citou o referido dispositivo legal sem se preocupar em motivar de maneira conveniente o porquê do agravamento da multa, aparentemente fundada na suposição de existência de interpostas pessoas para gerir os negócios da atuada.

Aduz, por fim, a atuada que, tendo o fisco aceitado como corretas as informações prestadas pela atuada na DIPJ, implica em dizer que não houve qualquer conduta que tenha causado supressão ou redução de contribuição devida; tampouco a suposta interposição de pessoas teria tido o condão de provocar tal conduta.

Também o Senhor José Walter Silveira Maciel apresentou impugnação contra o citado *Termo de Sujeição Passiva Solidária*, alegando, em apertada síntese, inicialmente, que o fato de sequer ter sido ouvido antes da lavratura de tal documento implica em cerceamento ao seu direito de defesa. No mérito, refuta a imputação do fisco de que as depoentes teriam dito de

¹ Falsidade ideológica.



forma taxativa tratar-se o mesmo do beneficiário direto dos negócios da empresa, quando, segundo a leitura que faz dos referidos depoimentos, quiseram dizer que era beneficiário sim, mas na condição de administrador, e não de sócio. Assim, pede o reconhecimento da insubsistência do referido termo de sujeição passiva solidária lavrado em seu nome.

A DRJ, no entanto, manteve integralmente o lançamento em decisão assim ementada:

Acórdão DRJ Nº 08-10445 de 2007

Normas de Administração Tributária PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. Sendo o procedimento de lançamento privativo da autoridade lançadora, não há qualquer nulidade ou cerceamento do direito de defesa pelo fato da fiscalização lavrar o auto de infração após apurar o ilícito, mesmo sem consultar o sujeito passivo ou sem intimá-lo a se manifestar, já que esta oportunidade é prevista em lei para a fase do contencioso (Ac. 103-20.070). Normas Gerais de Direito Tributário. Simulação. Interposta Pessoa. Evidente Intuito de Fraude Na utilização de interposição de pessoa o intuito do declarante é o de inculcar a existência de um titular de direito, mencionado na declaração, ao qual, todavia, nenhum direito se outorga ou se transfere, servindo seu nome exclusivamente para encobrir o da pessoa a quem de fato se quer outorgar ou transferir o direito de que se trata, afigurando-se, na espécie, o evidente intuito de fraude, enquadrável na tipificação de simulação da identidade do verdadeiro responsável pela empresa fiscalizada. SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIO DE FATO Com base no comando contido no artigo 124,-I, do CTN, deve ser chamado ao processo o "sócio de fato", identificado pela fiscalização, para responder pelo crédito Tributário constituído. MULTA QUALIFICADA. Nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa qualificada sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, quando comprovado o evidente intuito de fraude.

Outros Tributos ou Contribuições CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E COFINS. VALORES DECLARADOS EM DIPJ. Deve ser efetuado o lançamento de ofício das contribuições para o PIS e Cofins quando constatado que a contribuinte não recolheu os valores referentes a essas contribuições declarados em DIPJ, nem tampouco, utilizou a DCTF com o intuito de confessar a dívida.

Lançamento procedente.

No Recurso Voluntário apresentado a autuada, com ênfase nesse ou naquele ponto, repete os argumentos trazidos quando da peça impugnatória.

Em momento posterior – 04 de julho de 2007 - fez juntar ao processo novas declarações da sócia Maria de Nazaré Vieira, as quais, por retificar erros contidos nas declarações que prestara ao fiscal, estariam a deixar claro a verdade dos fatos e evidenciando ainda mais não existir interposta pessoa como sócia da empresa. Aduz que as declarações anteriormente prestadas pela referida sócia se deram sob momento de temor ao fisco federal em face da forma com que fora questionada naquele momento.

Nas novas declarações que presta a Senhora Maria de Nazaré Vieira, informa que exercia de fato a gerência geral da empresa, na condição de sócio-administrador, o fazendo de forma atuante, conforme estariam a comprovar os contratos de prestação de serviços que firmou junto a diversos órgãos públicos, alguns deles juntados à nova declaração, bem como os

balanços patrimoniais que eram submetidos à sua aprovação. Retifica outra informação prestada anteriormente, qual seja, a de que havia recebido as cotas da empresa em face da difícil situação financeira em que a mesma se encontrava. Diz agora que naquela época, tanto o balanço da empresa quanto um contrato firmado com a Datamec, atestavam a saúde financeira da empresa. Na parte da declaração que afirmara não ter recebido qualquer quantia da empresa, diz agora que a negativa foi motivada por temor ao fisco, já que recebia sim valores mas não os declarava.

Não houve a apresentação de Recurso Voluntário específico por parte do Senhor José Walter Silveira Maciel, embora a contestação de sua sujeição passiva esteja claramente contida na peça recursal apresentada pela autuada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 13/04/2007, uma sexta-feira, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 15/05/2007. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

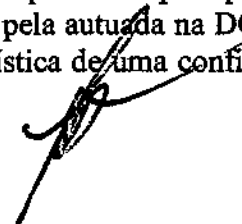
Não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa, alegado pelo Senhor Pedro Walter Silveira Maciel, visto que, embora não tenha sido ouvido previamente à lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária em seu nome, pode se defender de seu conteúdo quando da apresentação de peça impugnatória nesse sentido. Certo é que esse procedimento do fisco não é recomendável, mas não eiva de nulidade o ato praticado, devendo tal prejudicial ser afastada.

A questão meritória propriamente dita consiste em se definir se agiu certo o fisco em recorrer às informações constantes da DIPJ para constituir o presente lançamento, ou se deveria fazê-lo junto à DCTF, lembrando que, neste caso, os valores devidos a título de PIS/Pasep e da Cofins estavam diferentes nas duas declarações, sendo em montante maior o da DIPJ.

Portanto, não há controvérsia no fato de que os recolhimentos deixaram de ser efetuados.

Na verdade, o ideal é que as informações tivessem sido buscadas ou colhidas nos livros fiscais e contábeis da empresa visto que, em princípio, é de lá que saem as informações que vão ser transportadas para a DIPJ e para a DCTF, preferencialmente, em valores idênticos, visto que, teoricamente, unos.

No entanto, as tentativas do fisco em obter da autuada tais documentos se mostraram infrutíferas, daí não se lhe restando outra alternativa senão a de recorrer à DIPJ. E por quê utilizou a DIPJ? Porque lá constam os valores da base de cálculo das duas contribuições, bem como o valor devido a tal título, e foram prestadas pela própria autuada. Registre-se, neste ponto, que o valor dos débitos informados pela autuada na DCTF não foram desprezados; ao contrário, já que, por se revestir da característica de uma confissão de dívida,



13

tais valores foram diminuídos do montante do débito informado na DIPJ e, aí sim, lançados de ofício.

Não obstante a excelência da peça recursal apresentada pela autuada, salta aos olhos o aparente desleixo com que tratou parte da lide, por não ter, nas duas oportunidades que teve para tanto, logrado trazer ao processo quaisquer documentos probatórios capazes de contradizer as informações que fez inserir na sua DIPJ. Bastaria uma cópia de um razão contábil, ou de uma folha do livro Reg. de Prestação de Serviços de determinado mês apontando o erro para que este Colegiado se rendesse à necessidade de uma diligência mais ampla.

Não! Limitou-se a argumentar e a argumentar que a DIPJ contém informações erradas e que, por não se revestir da característica de uma confissão de dívida, não poderia ser empregada.

Ora, a DIPJ do ano calendário de 2002 nas quais se baseou o fisco para apurar o montante do PIS/Pasep e da Cofins devidos (fls. 81/133) não apresenta qualquer indício de que contenha erros, tampouco se prestou a autuada a apresentar qualquer prova de que a mesma tenha sido retificada ou que deverá sê-lo.

Dispõe o artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, que a impugnação mencionará, dentre outros, os motivos de discordância e as razões e provas que possuir, e, no caso, a mera argumentação está a indicar que não dispõe a empresa de condições de contestar os valores que ela própria inseriu na DIPJ.

Assim, deve ser considerada válida a utilização das informações colhidas na DIPJ do ano calendário de 2002.


Não obstante a importância dos temas ventilados acima, creio que a grande questão deste julgamento reside na matéria envolvendo a imputação feita pelo fisco de que as duas sócias da empresa, as Senhoras Marinalva Lindoso Gomes e Maria de Nazaré Vieira, na verdade, seriam interpostas pessoas do verdadeiro beneficiário dos negócios, o Senhor José Walter Silveira Maciel, e, por conta disso, no agravamento da multa de ofício para 150% e na elaboração da representação fiscal para fins penais.

Para chegar a essa conclusão – interposição de pessoas -, baseou-se o fisco em depoimentos tomados a termo nas dependências da DRF das duas sócias, procedimento este, motivado, segundo o fisco, pelo fato de, ao terem comparecido no estabelecimento da autuada, não existir nenhum responsável pela mesma para assinar o Termo de Início de Fiscalização, os quais, ao final, acabaram por serem remetidos pela via postal.

Vejamos o teor dos depoimentos², colhidos do termo lavrado pelo fisco e ordenados conforme o questionamento proposto.

Questionamento	Marinalva Lindoso Gomes	Maria de Nazaré Vieira
Composição societária da empresa	Sabe que consta no contrato social sua participação de 10% e que a recebera por herança em face do falecimento de seu marido, ocorrido em 1990.	Afirmou possuir 80% do capital social, tendo adquirido gratuitamente tal participação de José Walter Silveira Maciel. Explica que tal participação lhe foi oferecida pelo mesmo sob o argumento de que a empresa passava

² O depoimento de Maria de Nazaré Vieira foi colhido na presença de sua advogada.

Questionamento	Marinalva Lindoso Gomes	Maria de Nazaré Vieira
	10% são de propriedade de Antonio do Monte Ferreira e 80% em nome de Maria de Nazaré Vieira, participação esta que fora repassada por José Walter Silveira Maciel.	por dificuldades financeiras. Isso ocorreu em 1998. 10% são de propriedade de Antonio Monte Ferreira (falecido) e os 20% restantes em nome de Marinalva Lindoso Gomes. Tem dúvida se tal participação consta de sua declaração de rendimentos da pessoa física.
Participou da administração da empresa	Em 1996 dispunha de uma mesa e assinava documentos como se fosse sócia-gerente. Todas as decisões ficavam a cargo do Sr. José Walter Silveira Maciel.	Outorgou poderes para tanto em procuração passada em Cartório a José Walter Silveira Maciel. Tal documento serviu, inclusive, para a abertura de contas bancárias e a correspondente movimentação.
Trabalho na empresa	Faz mais ou menos dez anos que não mais trabalha lá.	Começou a trabalhar na empresa em 1974 como Chefe do Dep.Pessoal
Recebimento de algum rendimento da empresa	Até o ano de 2004, recebeu R\$ 500,00 mensais. Antes de 2004, recebeu R\$ 1.000,00 mensais. Os valores eram depositados na sua conta corrente e foram declarados na sua declaração de Imposto de Renda como pró-labore. Nunca recebeu, pois lhe diziam que os lucros seriam capitalizados.	Jamais recebeu qualquer quantia a título de lucro distribuído ou de pró-labore.
Sua relação com a empresa	Tinha acesso às suas dependências, mas ninguém lhe dava satisfações sobre os negócios e contratos de prestação de serviços mesmo tendo feito solicitação expressa por escrito nesse sentido a um dos diretores. Todos os negócios eram feitos por José Walter Silveira Maciel.	Desde abril de 1998 é funcionária da empresa POI –Empresa de Vigilância Ltda., trabalhando no Departamento Pessoal, e que foi demitida da POI – Serviços Gerais Ltda. antes de abril de 1998 para que pudessem transferir os 80% do capital para o seu nome. Logo após, foi admitida na empresa POI-Empresa de Vigilância Ltda.
Assinatura de	Nunca os assinou. Quando lá	



Questionamento	Marinalva Lindoso Gomes	Maria de Nazaré Vieira
cheques da empresa	trabalhava quem os assinava era José Walter Silveira Maciel.	

Este portanto, foi o quadro com se deparou o fisco e que o motivou a considerar que as duas sócias eram, na verdade, interpostas pessoas do Senhor José Walter Silveira Maciel, ou seja, que era ele, e não elas, quem, de fato, exercia ou era o sócio majoritário da empresa.

Não teve conhecimento o fisco, entretanto, das retificações do depoimento de uma das sócias, a Senhora Maria de Nazaré Vieira, trazidos ao processo após o julgamento da primeira instância, as quais, em resumo, foram:

- a) que, diferentemente do que dissera à fiscalização, era sim a gerente geral da empresa, atividade essa que exercia de forma atuante, como estariam a comprovar os contratos de prestação de serviços firmados com terceiros, bem como os balanços patrimoniais, os quais fez juntar ao processo;
- b) que, em razão das circunstâncias do depoimento foi levada a outro equívoco, qual seja, a de dizer que em 1998 a empresa estava em dificuldades financeiras. Não, não estava, conforme estaria a demonstrar o balanço patrimonial que junta ao processo, bem como cópia do contrato de prestação de serviços que mantinha a empresa com a Datamec, o que lhe garantiria uma situação financeira saudável;
- c) que, por temor ao fisco, negara que tivera recebido verbas da empresa. Diz, em resumo que recebeu sim, mas, sem especificar montantes e datas.

Melhor teria agido a autuada se não tivesse se prestado a esse tipo de comportamento, qual seja, o de trazer *retificações espontâneas* da Senhora Maria de Nazaré Vieira ao seu depoimento original.

Primeiro, porque o depoimento original fora acompanhado por uma Advogada e não consta do termo então lavrado, qualquer observação feita por aquela profissional do direito quanto à existência de mácula ou vício na sua tomada, que pudesse suscitar o temor agora alegado pela depoente. E, segundo, porque as retificações pouco ou nada a auxiliam para ver afastada a imputação de interposta pessoa.

Ora, a cessão das cotas da empresa se deu de forma gratuita, pouco importando aqui se a situação financeira da empresa era boa ou má, já que os acertos financeiros haveriam que se dar entre as pessoas físicas envolvidas na transação.

Por outro lado, a assinatura da Senhora Maria de Nazaré Vieira nos balanços e nos contratos também não elide a sua omissão em face dos negócios da empresa, haja vista que, ela não nega, outorgou amplos poderes de gerência ao Senhor José Walter Silveira Maciel, sequer comparecendo a bancos para a movimentação financeira da empresa. Assim, é perfeitamente possível que sua assinatura nos contratos e nos balanços tenha sido a mando – sim, a mando – de seu empregador, o sócio majoritário de fato da empresa.

Quanto às verbas recebidas, se, de fato as recebeu, certamente se deram na forma de retribuição ou de contraprestação pelos "serviços prestados", estes caracterizados na cessão de seu nome para que o Senhor José Walter Silveira Maciel não figurasse como sócio de direito da empresa.

Dispõe o artigo 124, I, do Código Tributário Nacional:

Art. 124. são solidariamente responsáveis:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Não obstante pudesse – ou devesse – o fisco ter carreado mais elementos para o processo nesse sentido, entendo que a interposição resta perfeitamente caracterizada diante das evidências apontadas pelos depoimentos das duas senhoras acima identificadas.

Não que fosse ou seja proibido se transferir gratuitamente a participação societária a outrem, mas, o que causa espécie, no caso, é o fato de, primeiro, a Senhora Maria de Nazaré, então empregada da empresa desde 1974, na condição de chefe do departamento de pessoal, ter sido "demitida" para poder receber os 80% de participação societária da empresa que a empregava e, logo em seguida, ter sido admitida em outra empresa do, chamemos assim – conglomerado POI -, mais especificamente, na empresa POI – Empresa de Vigilância Ltda., na mesma função, e, segundo, ato contínuo, ter outorgado amplos poderes de administração e de gerência da POI – Serviços Gerais Ltda., da qual, pasme-se, era sócia majoritária, com 80%, ao Senhor José Walter Silveira Maciel.

Em outras palavras: a Empresa Alfa demite uma funcionária, gratuitamente, lhe doa 80% de participação no seu capital social, e, ato contínuo, faz com que seja admitida pela empresa Beta – do mesmo, digamos, conglomerado de empresas – ao tempo em que a obriga a abrir mão dos poderes de gerência que um sócio majoritário detém outorgando-os a outrem.

Ora, convenhamos que essa engenharia visou, de fato e sabe-se lá por quais razões, retirar da linha de frente da empresa, ao menos no que se refere aos aspectos legais, a figura do Senhor José Walter Silveira Maciel. Tratam-se, indubitavelmente, as senhoras Marinalva Lindoso Gomes e Maria de Nazaré Vieira, de interpostas pessoas de José Walter Silveira Maciel, motivo pelo qual voto no sentido de que seja mantida a sua responsabilidade solidária, nos exatos termos em que apurou o fisco.

Por outro lado, dou razão à Recorrente no que se refere ao agravamento da multa de ofício, ou seja, entendo ser o mesmo descabido, senão vejamos.

Na descrição dos fatos do auto de infração constou:

(...)

Tendo em vista os depoimentos prestados pelas senhoras (...), esta infração está sendo lançada com multa majorada de 150% (cento e cinquenta por cento), por ter havido, em tese, crime contra a ordem tributária, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.137/90 e Art. 299 do Código Penal "

Na parte do auto de infração que traz o dispositivo legal invocado pelo fisco consta ter sido o inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, que dispõe, *verbis*:

Art. 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

90

I- (...)

II – 150% (...) nos casos de evidente intuito de fraude definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.507, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por sua vez, os tais artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.507, de 1964, dispõem (sic):

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Ora, não há no auto de infração a identificação exata sob qual das situações acima descritas pela lei incorreu a autuada, tendo o mesmo se limitado a apontar a existência de laranjas e a trazer à baila o disposto no artigo 299 do Código Penal, a saber:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa daquela que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

É possível que o *modus operandi* aqui relatado tenha visado solucionar problemas de ordem operacional da empresa junto ao mercado em que atua, mas, a rigor, qual foi o efeito prático ou prejuízo que essa interposição de pessoas causou ao erário? Conforme bem aponta a Recorrente, não restou caracterizada a supressão ou redução do tributo; ao contrário, lá está ele declarado na DIPJ da empresa, tanto que permitiu o presente lançamento.

Assim, entendo deva ser afastado o agravamento da multa de ofício de 150%, devendo a mesma ser reduzida para 75%.

Sala das Sessões, em 3 de junho de 2008


ODASSI GUERZONI FILHO



Declaração de Voto

CONSELHEIROS EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS E GILSON MACEDO
ROSENBERG FILHO ROSENBERG FILHO

Pedimos vênia ao ilustre relator, cuja exposição sempre objetiva e didática é digna de louvor, para dele divergirmos por entendermos que a multa qualificada, no percentual de 150%, deve ser mantida.

É que na situação dos autos restou caracterizada a utilização de interpostas pessoas – “laranjas” –, a caracterizar a fraude requerida pelo art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, e definida no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Embora a autuação tenha omitido a menção expressa ao art. 72 da Lei nº 4.502/64, foi precisa na descrição dos fatos que, indubitavelmente, demonstram a existência de laranjas, tendo enquadrado a conduta dolosa no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Para nós, o suporte fático (existência de laranjas) se subsume ao citado artigo da Lei nº 8.137/90, que possui a seguinte dicção (negritos acrescentados):

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

A utilização de interpostas pessoas caracteriza a fraude definida de forma mais genérica no art. 72 da Lei nº 4.502/64 – “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento” – e, posteriormente, referida nos quatro primeiros incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Quanto à supressão ou redução de tributo - exigida no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.137/90, segundo o qual o crime contra ordem tributária é de resultado, e não de mera conduta -, também restou caracterizada porque os valores autuados, embora informados na DIPJ, não



foram pagos. A situação é típica e se repete com frequência: a pessoa jurídica cujos proprietários se escondem, sob o escudo de laranjas, declara os tributos devidos mas não os paga e, posteriormente, quando a Fazenda tenta cobrá-los, os proprietários de direito ou laranjas (que não são proprietários de fato) apresentam-se sem qualquer disponibilidade financeira ou econômica. O Erário, então, fica a ver navios.

Em situações como a dos autos, quando os sócios verdadeiros tentam se eximir do pagamento de tributos promovendo a transferência para laranjas, a responsabilidade deve ser imputada a todos eles, além de à pessoa jurídica. Há solidariedade entre a sociedade, os proprietários de fato e os laranjas (solidariedade de fato, nos termos do art. 124, I, do CTN), cabendo o lançamento em nome daquela, na qualidade de contribuinte (sujeito passivo direto), mas com todas as pessoas físicas sendo cientificadas do lançamento, na condição de responsáveis (sujeitos passivos indiretos). O dolo resta caracterizado em virtude dos "laranjas", cabendo a estas pessoas, se for o caso, demonstrar que seus nomes e demais dados cadastrais foram empregados sem autorização (por exemplo: pela assinatura, se fraudada, o dolo poderá descaracterizado, em relação aos laranjas).

Como a solidariedade é sem benefício de ordem, no momento da execução serão alcançados, também, os bens dos proprietários de fato (certamente não serão encontrados bens em nome da pessoa jurídica e dos laranjas). Ou seja, o tributo será cobrado da pessoa jurídica, dos proprietários de direito ou dos proprietários de fato, sem qualquer ordem a privilegiar qualquer uma desses sujeitos passivos.

Ressaltamos, ao final, que a omissão de um dispositivo de lei (na situação em tela, do art. 72 da Lei nº 4.502/64) não implica em mácula grave, a desconstituir o lançamento, tampouco em reduzir a penalidade, desde que a conduta típica seja descrita e provada pela autoridade fiscal. Como na situação em tela é indubitosa existência de laranjas, cabe manter a penalidade qualificada.

Estas as razões pelas quais votamos pela manutenção da multa no percentual de 150%.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2008.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS.