



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

Processo nº 10435.000532/2006-94
Recurso nº 164.864 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.041 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de agosto de 2009
Matéria IRPJ e CSLL- Anos-calendário 2001 a 2005
Recorrente DPA Miromar Ltda / Wendy e João Florêncio dos Santos
Recorrida 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA- O fato de o campo destinado a identificar o contribuinte trazer, além do nome da empresa, o nome das pessoas físicas indicadas como responsáveis, não cerceia a defesa quanto a infração cuja descrição possibilitou o pleno conhecimento da acusação.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

DECADÊNCIA – O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao IRPJ e a CSLL extingue-se em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme disposto no § 4º do art. 150, do Código Tributário Nacional (CTN).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA- A caracterização de prática, pelo verdadeiros sócios/administradores da pessoa jurídica, de simulação mediante interposição de pessoas, configura *infração de lei*, justificando plenamente a responsabilização nos termos do art. 135 do CTN.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

ARBITRAMENTO DO LUCRO- A lei estabelece o arbitramento do lucro quando o sujeito passivo deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, prevendo que, em caso de pessoa jurídica optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, o arbitramento se impõe no caso de falta de escrituração do Livro Caixa.

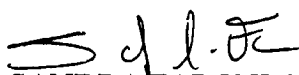
MULTA DE OFÍCIO- ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. A alegação de caráter confiscatório de multa aplicada na forma da lei vigente implica invocação de inconstitucionalidade da norma, e nos termos da Súmula nº 2 do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA- SELIC- Nos termos da Súmula 1º C.C. nº 4, do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

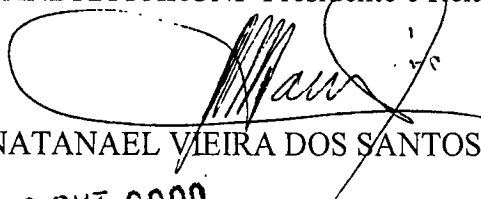
LANÇAMENTO DECORRENTE – CSLL- O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

ACORDAM, os Membros do Colegiado, por maioria de votos, acolher a preliminar de decadência para fatos geradores ocorridos até junho de 2001, vencida a Conselheira Relatora, Sandra Faroni, que não acolhia. No mérito, por unanimidade de votos rejeitar as demais as preliminares, indeferir o pedido de perícia e **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos., Ausente momentaneamente o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior. Designado para redigir o voto quanto à decadência o Conselheiro Natanael Vieira dos Santos.



SANDRA FARONI- Presidente e Relatora



NATANAEL VIEIRA DOS SANTOS Relator Designado

EDITADO EM: 05 OUT 2009

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos .

Relatório

Cuida-se de recurso interposto DPA Miromar Ltda e Wendy e João Florêncio dos Santos, em face da decisão da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife, que julgou parcialmente procedentes os lançamentos formalizados para exigência de créditos tributários de IRPJ e de CSLL, em razão de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados/pagos relativamente aos anos-calendário de 2001 a 2005. Os autos de infração foram lavrados com imposição de multa de 150%.

A ação fiscal consistiu em verificar o recolhimento/declaração em DCTF dos tributos em cotejo com a escrituração fiscal e contábil. Não tendo o contribuinte apresentado seus livros contábeis, a tributação se deu com base no lucro arbitrado.

Informa a fiscalização que, pelos elementos que carreu, a pessoa jurídica foi administrada de fato pelas pessoas físicas dos senhores João Florêncio dos Santos e Wendy Florêncio dos Santos, os quais foram incluídos no pólo passivo da relação tributária na condição de responsáveis solidários (termos de sujeição às fls. 518/519).

Em impugnação tempestiva o contribuinte alegou, em preliminar, nulidade por cerceamento do direito de defesa. Disse não ser possível saber quem realmente foi autuado e do que haverá de se defender, e se insurgiu contra o arbitramento do lucro e contra suposta falta de clareza quanto aos valores das receitas tributadas.

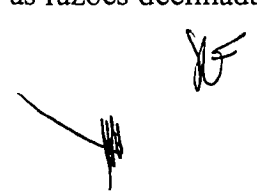
Suscitou decadência para os fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2001, ante a ciência do auto de infração em 07/07/2006;

Quanto ao mérito, disse ser indevido o arbitramento do lucro, pois o fiscal poderia ter apurado o lucro presumido. Aduziu não terem sido considerados os recolhimentos havidos em trimestres anteriores. Insurgiu-se contra a multa de ofício aplicada, dizendo-a confiscatória, e contra a aplicação de juros à taxa Selic, dizendo-a inconstitucional. Ao final requereu a interpretação benéfica (art. 112 do CTN), a produção de provas, inclusive a pericial, e a decretação de improcedência do lançamento.

As pessoas físicas Wendel Florêncio dos Santos e João Florêncio dos Santos, alçados pela fiscalização à condição de responsáveis solidários, apresentaram defesas (fls. 744/752, 767/776, 1342/1350 e 1565/1574), por meio das quais contestam a sujeição passiva que lhes foi atribuída, o que, a seu ver, inquinaria de nulidade os autos de infração.

A Turma de Julgamento não se manifestou sobre a matéria relativa à responsabilidade tributária, por entender tratar-se de matéria de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional. Conhecendo da impugnação do contribuinte, julgou parcialmente procedentes os lançamentos, reduzindo a multa para 75%.

Cientes da decisão em 26 de dezembro de 2007, a empresa e as pessoas físicas ingressaram com recurso em 24 de janeiro de 2008., reeditando as razões declinadas na impugnação.



Pelo Acórdão 101-96.960, de 15 de outubro de 2008, a antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes determinou o retorno dos autos à instância *a quo*, para apreciar as razões de impugnação suscitadas pelos responsabilizados, relativas aos termos de responsabilização.

Pelo Acórdão nº 11-25.113, de 23/01/2009, a 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife julgou que a responsabilidade solidária está de acordo com as disposições do art. 124 do CTN.

No prazo recursal, os responsabilizados reiteraram os termos da impugnação e aduziram, em síntese, as seguintes razões de contestação:

- os fundamentos legais indicados pela fiscalização para a responsabilização são o art. 124 e o art. 135 do CTN;

- o art. 135 não pode ser usado, porque os nomes dos recorrentes não se encontram nos contratos sociais;

- a decisão da DRJ Recife baseou-se no parágrafo 1º do art. 124 do CTN, por ter entendido que as pessoas físicas teriam interesse comum na situação de fato que constituiu o fato gerador da obrigação principal;

- a decisão da DRJ incorre em erro, pois imputa sujeição passiva por presunção baseada em indícios, sem nenhuma comprovação fática do vínculo de interesse e da participação solidária das pessoas físicas em relação ao crédito discutido;

- a sujeição solidária só incide quando há omissão culposa dos responsáveis solidários.

Finalizam invocando os princípios da verdade material, da legalidade, e o brocardo *in dubio pro réu*.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheira Sandra Maria Faroni.

Constam dos autos recursos apresentados pela empresa e pelos senhores Wendel Florêncio dos Santos e João Florêncio dos Santos, todos tempestivos.

Recurso da empresa DPA.

Nulidade

A recorrente suscita cerceamento de defesa, alegando não se saber quem realmente foi autuado e do que haverá de se defender, e ainda, ser injustificado o arbitramento do lucro, com cálculos apoiados nos livros fiscais fornecidos pela empresa, e com falta de clareza quanto aos valores das receitas tributadas.

O fato de o campo destinado a identificar o contribuinte trazer, além do nome da empresa, o nome das pessoas físicas indicadas como responsáveis, não cerceia a defesa da pessoa jurídica intimada. A possibilidade de cerceamento de defesa relacionada com o auto de infração poderia ocorrer se a descrição dos fatos fosse de tal modo que não permitisse conhecer a acusação. Não foi esse o caso.

A acusação é muito clara: cotejando recolhimento/declaração em DCTF dos tributos com a escrituração da empresa, as autoridades fiscais constataram diferença e, em face da não apresentação dos livros contábeis, arbitraram o lucro. As receitas tidas como não declaradas estão especificadas e demonstradas nas planilhas integrantes dos autos de infração, as quais se basearam nos assentamentos fiscais da própria empresa.

Rejeito a preliminar.

Decadência

A decisão recorrida não acolheu a decadência suscitada pela Recorrente ao argumento de que, não tendo ocorrido pagamento, o lançamento deixa de se caracterizar como “por homologação”. Para as CSLL, a decisão recorrida afastou a decadência também ao fundamento de que o prazo é de dez anos.

Em relação à Contribuição Social, o entendimento desta Câmara sempre foi no sentido de que a decadência dessa exação se rege pelo CTN, sujeitando-se ao prazo de cinco anos. O tema agora não mais admite discussão, uma vez que é objeto de súmula vinculante do STF (Súmula nº 8)

Quanto à natureza do lançamento, é a legislação específica do tributo que a caracteriza .

O lançamento por homologação é o lançamento tipo dos tributos cuja legislação específica determina que, ocorrido o fato gerador, o sujeito passivo apure por si mesmo o tributo e faça o respectivo pagamento, se for o caso, independentemente de prévio

exame da autoridade administrativa (art. 150). A natureza do lançamento não se altera se no exercício dessa atividade o sujeito passivo não apura tributo a pagar. O que a autoridade homologa não é o pagamento, mas a atividade exercida pelo contribuinte de apuração e, se for o caso, pagamento.

Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrido o fato gerador a autoridade administrativa tem o prazo de cinco anos para verificar a exatidão da atividade exercida pelo contribuinte (apuração do imposto e respectivo pagamento, se for o caso) e homologá-la. Dentro desse prazo, apurando omissão ou inexactidão do sujeito passivo no exercício dessa atividade, a autoridade efetua o lançamento de ofício (art. 149, inc. V). Decorrido o prazo de cinco anos sem que a autoridade, ou tenha homologado expressamente a atividade do contribuinte, ou tenha efetuado o lançamento de ofício, considera-se definitivamente homologado o lançamento e extinto o crédito (art. 150, § 4º), não mais se abrindo a possibilidade de rever o lançamento. Essa regra é excepcionada na ocorrência de dolo, fraude ou simulação quando, segundo a melhor doutrina, o prazo decadencial passa a ser regido pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Assim, a análise da decadência reclama verificar, preliminarmente, se ocorreu dolo, fraude e simulação, uma vez que, nesses casos, o termo inicial da contagem do prazo de desloca para o previsto no art. 173 do CTN.

Não obstante afastada a qualificação da multa em primeira instância, esse fato, por si só, não basta para afastar o deslocamento do termo inicial para o art. 173 do Código. É que, nos termos da lei, o agravamento da multa exige a caracterização de sonegação, fraude ou conluio, conforme definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, e para excepcionar a contagem do prazo de decadência a partir da ocorrência do fato gerador, a lei exige apenas que se esteja na presença de dolo, fraude ou simulação.

No caso, está presente a acusação de simulação por interposta pessoa.

A prova da simulação é árdua, em razão da própria circunstância de os atos serem praticados para ludibriar, buscando esconder a verdade, e na quase totalidade das vezes, só é alcançável por meios indiretos, pela densidade de indícios e circunstâncias. Como ensina Francisco Ferrara¹, a simulação escapa a uma prova direta, e “*melhor se deduz, se pode argüir, se infere por intuição do ambiente em que surgiu o contrato, das relações entre as partes, do conteúdo do negócio, das circunstâncias que o acompanham*”.

Os vários elementos relevantes contextualizados pelo auditor fiscal, a meu ver, constituem a prova indireta (vários indícios convergentes) de que os senhores João Florêncio dos Santos e Wendy Florêncio dos Santos são titulares de fato e administradores da empresa. Destaca a fiscalização que:

i- Denúncia formulada por ex-funcionário, acompanhada de documentos que apontam fortes indícios de subfaturamento, aponta como reais proprietários das empresas Distribuidora Ky Doces Ltda e DPA Miromar Ltda as pessoas de João Florêncio dos Santos, Wendi Florêncio dos Santos e Josenilson Francisco da Silva.



¹ Ferrara, Francisco- *A simulação nos negócios jurídicos*, Campinas: Red Livros, 1999, 9. 431

-As pessoas que constam ou constaram como sócios da DPA têm alguma relação funcional ou de parentesco com João Florêncio dos Santos e/ou Wendy Florêncio dos Santos.

- Em 25/05/1999 foi admitido como sócio o vigilante da DPA, José Vicente da Silva, sogro de João Florêncio dos Santos.

- O Sr. Wendy Florêncio dos Santos, intimado, informou não ser sócio da empresa, mas sim vendedor e depois, encarregado do setor financeiro, tendo sido demitido em janeiro de 2004 (Carteira de Trabalho e Termo de Rescisão fls. 55/60).

- Os imóveis onde funciona/funcionou a empresa pertencem a João Florêncio dos Santos:

- Os prédios da Rua José Francisco de Almeida, de nº 101 (onde funcionou a Distribuidora de Caramelos Ltda, antecessora da DPA Miromar Ltda.) e de nº 145 (onde funcionou a DPA Miromar Ltda.,) em virtude de decisão judicial de 29/11/2004 se encontram atualmente em nome da ex-cônjuge de João Florêncio dos Santos, mãe de Wendy Florêncio dos Santos, e também ex- sócia da Distribuidora de Caramelos Ltda.

- Nos processos junto à Secretaria Estadual de Fazenda, de alteração de endereço da DPA Miromar para a Rua dos Guararapes, a auditora fiscal estadual consignou que, nos procedimentos de diligência, segundo informações colhidas na vizinhança, constatou que o verdadeiro cotista da empresa é um senhor que atende pelo nome de "João dos Confeitos", concluindo que os sócios que constam do cadastro da SEFAZ são *sócios laranjas*.

- Josenilson Francisco da Silva e Wendi Florêncio dos Santos estão registrados como empregados da DPA.

- O endereço residencial de Josenilson Francisco da Silva (ex sócio da Distribuidora Caramelo e apontado como sócio de fato da DPA e da Ky Doces) é um imóvel pertencente a João Florêncio dos Santos;

- No Registro de Empregados da DPA consta cancelado, em 03/02/2002, o registro de Luiz Florêncio dos Santos na função de estoquista, período que antecede seu ingresso na Ky Doces, onde figura como sócio junto com Guiomar Bigio da Silva

- No Registro de Empregados da DPA consta, na função de vigilante, o Sr. José Vicente da Silva, casado com Guiomar Bigio da Silva, sócia de direito da Ky Doces e mãe de Teresa Cristina Bigio da Silva, cônjuge de João Florêncio dos Santos;

- O Sr. José Vicente da Silva passou da função de vigilante para sócio da DPA;

- Dos cartórios da Comarca de Caruaru foram obtidos traslados de sete procurações, a saber:

- Outorgada por DPA Miromar Ltda. a João Florêncio dos Santos, com poderes para movimentar conta corrente mantida pela outorgante no Banco do Brasil, podendo efetuar depósitos, emitir e assinar cheques para retirada de dinheiro, tomar empréstimos e financiamentos, assinando os respectivos contratos e quaisquer títulos de créditos, descontar

  7

duplicatas, entregando-as para cobrança, assinar quaisquer documentos exigíveis pelo banco depositário para formalização de negócios da outorgante com a dita instituição financeira, enfim, tudo que for necessário para o fiel e cabal cumprimento do mandato, podendo substabelecer com ou sem reserva;

- Duas procurações outorgadas por Distribuidora Ki Doces, ambas para Wendi Florêncio dos Santos e Josenilson Francisco da Silva, conferindo, entre outros poderes aqui não transcritos, poderes amplos e gerais para, em nome da outorgante, pagar e receber contas, comprar e vender mercadorias, promover cobranças amigáveis e judiciais, dando recibos e quitações, movimentar contas bancárias, assinando, aceitando, emitindo e endossando cheques, verificando saldos e extratos, retirar talões de cheques, abrir e encerrar contas bancárias, representá-la perante qualquer agência bancária, pública ou privada, endossar, assinar e descontar duplicatas, representá-la perante repartições públicas autarquias, etc.. Nas duas procurações Wendi é qualificado ora como comerciante, ora como empresário, e Josenilson é sempre qualificado como comerciário.

- Quatro procurações em termos semelhantes às referidas supra, outorgadas por Doce Mel Bombons Ltda, Doce Balas – Comércio de Bombons e Alimentos Ltda e por Zuleide da Silva Nascimento (sócia de direito de Doce Balas – Comércio de Bombons e Alimentos Ltda) a Wendi Florêncio dos Santos, qualificado como empresário

- No ano de 2004, Wendi Florêncio dos Santos recebeu de Distribuidora Ky Doces Ltda, rendimentos de trabalho assalariado e rendimentos de trabalho sem vínculo empregatício.

- Declarações/depoimentos prestados por diversos funcionários confirmam os fatos constatados, bem como a titularidade de fato de João Florêncio dos Santos e Wendi Florêncio dos Santos em relação à DPA Miromar, acrescentando outras informações, dentre as quais a forma como eram praticados os ilícitos fiscais (fls. 206/287). Nesses depoimentos são identificados dois caminhões utilizados no transporte das mercadorias, um dos quais registrado em nome de Wendi e o outro em nome da Distribuidora de Caramelos Ltda.

Configurada a simulação mediante interposição de pessoa, o termo inicial da decadência se rege pelo art. 173, I, do CTN, *vebis*:

“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;”

Para o período mais antigo (1º trimestre do ano-calendário de 2001) o prazo decadencial teve seu curso iniciado em 1º de janeiro de 2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e a decadência se operaria em 1º de janeiro de 2007. Como a ciência do auto de infração se deu em julho de 2006, não procede a arguição de decadência suscitada.

Rejeito a preliminar.

Possibilidade de apuração pelo lucro presumido.



A Recorrente se insurge contra o arbitramento do lucro, alegando que, sendo ela optante pelo lucro presumido, e tendo os fiscais como conhecer a receita bruta, a tributação deveria ter sido feita com base nos percentuais do lucro presumido, aduzindo que o arbitramento, no caso, desrespeita princípios da capacidade econômica do contribuinte e representa prática de confisco.

Quanto ao arbitramento levado a efeito pela autoridade fiscal, não há como afastá-lo, tendo em vista que o lançamento é atividade vinculada e obrigatória, não podendo a autoridade, sob pena de responsabilidade, deixar de praticá-la. Nesse mister, deve apurar o tributo, de acordo com os preceitos legais, e com base nos elementos que alcançar.

O art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, dispõe:

"Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II – a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV – o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V – o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI – o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário." (Grifou-se)

No caso, os elementos dos autos atestam a concretização da hipótese prevista no inciso III da art. 530, acima transcrito. A contribuinte, não obstante as intimações e reintimações que lhe foram dirigidas, não apresentou os livros Diário e Razão nem o livro Caixa. Em consequência, alternativa outra não restou senão o arbitramento do lucro, tendo agido rigorosamente de acordo com a lei (art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995).

Contesta a Recorrente o coeficiente de arbitramento utilizado pelo fisco, alegando que deveria ter sido aplicado o percentual de 8% (e não 9,6%). Ocorre que o coeficiente de 8% se aplica para as pessoas jurídicas autorizadas a optarem pelo lucro presumido, forma de tributação que exige a manutenção do Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária, situação em que não se enquadra a Recorrente.

Consideração de recolhimentos havidos em trimestres anteriores.

Alega a recorrente que o autuante, ao apurar a nova base de cálculo na Planilha nº 5, encontra valor devido e dele abate o valor pago. Encontrando diferença a favor do Fisco, faz o lançamento. Encontrando diferença a favor do recorrente, aponta valor zero, não deduzindo valores de tributos recolhidos em trimestres anteriores.

Esse argumento, que já fora apresentado na impugnação, foi rejeitado pela decisão de primeira instância ao fundamento de que a interessada não trouxe aos autos nenhuma prova ou sequer indícios de que teria havido pagamentos além dos débitos declarados em DCTF, os quais, conforme demonstrado nos autos, foram deduzidos pela fiscalização quando da apuração do crédito tributário lançado.

No recurso, a interessada limita-se a repetir as alegações deduzidas na impugnação, sem trazer as provas reclamadas pela Turma Julgadora.

Multa de ofício aplicada e juros de mora.

As arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas, inclusive quanto à alegada natureza confiscatória da multa escapam à alçada deste Conselho.

Sobre o tema, a Súmula nº 2, do Antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, enuncia: *“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Especificamente sobre os juros de mora, a matéria também se encontra sumulada: Súmula 1º CC nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Descabida as invocação ao art. 112 do CTN, uma vez que não se materializou dúvida quanto a qualquer das hipóteses previstas nos seus incisos I a IV.

Finalmente, tenho como não formulado o pedido de perícia, uma vez que genérico, em desacordo com o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Recursos de Wendy Florêncio dos Santos e João Florêncio dos Santos quanto à responsabilização.

A fiscalização imputou responsabilidade societária solidária às pessoas físicas indicadas, mencionando o art. 124 c/c 135 do CTN, por ter concluído que a pessoa jurídica, no período fiscalizado, foi administrada de fato pelas referidas pessoas físicas.

Os Capítulos IV e V do Título Segundo do Livro Segundo do CTN tratam, respectivamente, do Sujeito Passivo (compreendendo os artigos 121 a 127) e da Responsabilidade Tributária (compreendendo os artigos 128 a 138).

Essa sistematização conduz ao entendimento de que as pessoas referidas na responsabilidade tributária tratada nos artigos 128 a 138 não são sujeito passivo da obrigação tributária, mas poderão ter que pagar o tributo e/ou penalidade pecuniária. Sujeito passivo é tratado no Capítulo IV, que compreende apenas os artigos 121 a 127.

O artigo 121 define o sujeito passivo da obrigação principal como sendo a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária (caput), e explicita duas classes de sujeito passivo (parágrafo único), a saber: (i) contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; (ii) responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

O art. 124, compreendido dentro da seção que trata do sujeito passivo, não se presta para definir quem é o sujeito passivo, mas apenas determina que, havendo pluralidade de pessoas na condição de sujeito passivo de uma mesma obrigação tributária (por terem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador, ou por designação de lei), são elas solidariamente obrigadas. O art. 125 trata dos efeitos da solidariedade.

O artigo 124, I por si só, não é suficiente para inserir os administradores (de direito ou de fato) como responsáveis pelo crédito tributário.

Dessa forma, o fundamento legal para a inclusão das referidas pessoas físicas há que ser buscado no art. 135 do CTN, indicado pela fiscalização em combinação com o 124..

De fato, ao art. 135 do CTN dispõe que:

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:

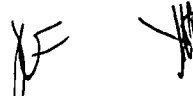
I - (...)

II - (...)

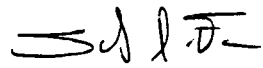
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como já me manifestei ao apreciar a decadência, considero que a fiscalização logrou demonstrar, mediante prova indireta, que os verdadeiros administradores da pessoa jurídica praticaram simulação mediante interposição de pessoas: colocaram formalmente terceiros à frente da sociedade para esconder os verdadeiros donos/administradores, de modo a livrá-los da responsabilidade tributária pelo descumprimento das obrigações fiscais da empresa, recaindo a responsabilidade apenas sobre essas pessoas ("laranjas"), muito provavelmente sem patrimônio para saldá-las.

É fora de qualquer dúvida que a simulação representa *infração de lei*, justificando plenamente a responsabilização nos termos do art. 135 do CTN.



Pelas razões expostas, rejeito as preliminares, indefiro o pedido de perícia e nego provimento aos recursos.



Sandra Faroni - Relatora..

Voto Vencedor

Conselheiro Natanael Vieira dos Santos.

De início, registre-se que não abordarei, dentre outros aspectos, acerca da modalidade de lançamento a que se sujeitam os tributos, mas tão-somente sobre a contagem do prazo da decadência, até porque a natureza homologatória do lançamento já foi, com propriedade, delineada pela nobre relatora, Conselheira Sandra Maria Faroni.

O que se coloca em exame diz respeito à repercussão, ou não, do instituto da decadência para os fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2001, ante a ciência do auto de infração em 07/07/2006, a depender de aplicabilidade da regra estabelecida no art. 150, § 4º ou aquela prevista no art. 173 do CTN.

Com a devida vênia da douta relatora, ousou dela divergir apenas quanto à forma de contar o prazo decadencial, ou seja, em manter a contagem na forma do art. 173 do CTN sob entendimento de que irrelevante ter ocorrido o afastamento da multa agravada de 150%. Nesse sentido:

“Não obstante afastada a qualificação da multa em primeira instância, esse fato, por si só, não basta para afastar o deslocamento do termo inicial para o art. 173 do Código. É que, nos termos da lei, o agravamento da multa exige a caracterização de sonegação, fraude ou conluio, conforme definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, e para excepcionar a contagem do prazo de decadência a partir da ocorrência do fato gerador, a lei exige apenas que se esteja na presença de dolo, fraude ou simulação.”

Não é demais repisar estar assente na doutrina e na jurisprudência que a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, mediante a utilização de subterfúgios que escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

O dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que os diferenciam da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos na declaração de rendimentos, seja ela pelos mais variados motivos que se aleguem. Dessa forma, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado na autuação, sob pena de não restarem evidenciados os ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada.

Desses conceitos infere-se que ação dolosa caracteriza-se, de uma forma genérica, pela distorção ilícita das formas jurídicas, materializando-se na falsidade ideológica ou material. A simulação deve ser entendida dentro do contexto de fraude, razão pela qual, no

entender deste Conselheiro, se a instância “*a quo*” excluiu a multa qualificada de 150%, afastou a ação dolosa ou que, no caso, não estavam presentes os elementos que caracterizam a fraude.

Ora, afastada pela instância “*a quo*” a multa qualificada de 150%, e, tendo em conta que esta não foi objeto de recurso de ofício, ausentes estão as condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, ou seja, sonegação, fraude ou conluio, e, por consequência, ser aplicável como regra do prazo decadencial aquela estabelecida no § 4º do artigo 150, do CTN, uma vez que se trata de norma específica, aplicável aos tributos lançados por homologação, onde o início da contagem do prazo de decadência se verifica na data de ocorrência do fato gerador tributário.

Para que se atente quanto à adequada contagem do prazo decadencial nos tributos lançados por homologação, há de se recorrer a melhor doutrina pátria, e, para tanto trago a colação ensinamentos do Professor Eurico Marcos Diniz de Santi que, ao tratar sobre a regra jurídica que define o marco inicial da decadência dos tributos lançados por homologação, assim se expressa:

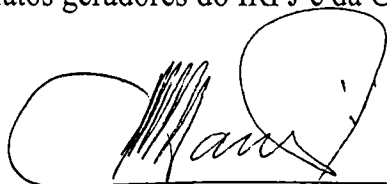
“O “fato gerador” dessa regra decadencial iniciará seu curso de cinco anos com a ocorrência do evento jurídico tributário, conforme dispõe expressamente a primeira parte (grifei) do § 4º do art. 150 do CTN.” De forma que, transcorrido esse lapso temporal, ao seu final *“consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício.”* (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 1ª Ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2000, p.168).

No mesmo diapasão entoam renomados tributaristas, todos no sentido de que *“tratando-se de lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública homologar o lançamento – ou, obviamente, de não fazê-lo, e lançar eventuais diferenças – extingue-se em cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador”*. Assim se manifestam os tributaristas Professor Ives Gandra da Silva Martins e Hugo de Brito Machado Segundo (Decadência e Prescrição - 2ª Tiragem, São Paulo, Ed. RT: CEU, 2008 - Pesquisas Tributárias – Nova Série – nº 13 - ps. 29 e 306).

A regra para contagem do prazo decadencial aplicada aos tributos lançados por homologação já foi apreciada por diversas vezes pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes que se posicionou nesse mesmo sentido, qual seja, tratando-se de tributo lançado por homologação, a contagem do prazo decadencial tem seu termo inicial na data de ocorrência do fato gerador (Recursos 136.567, relator a Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, em 08/07/2004, 149.111, Relator o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, em 01/11/2007 e 131.575, relator o Conselheiro José Henrique Longo, em 19/05/2005).

Dos autos examinados, verifica-se que o Auto de Infração teve sua ciência pelo contribuinte em 07/07/2006, abarcando como período fiscalizado os anos-calendário 2001 a 2005, onde indevidamente incluiu o período de janeiro a junho de 2001, já atingido pela decadência, como preconiza o § 4º do art. 150 do CTN. Esgotado, portanto, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao IRPJ e a CSLL nesse período.

Em conclusão, por todo o exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de decadência para os fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorridos entre janeiro e junho de 2001.



Natanael Vieira dos Santos - Redator designado.

PF