



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

Processo n° 10630.720201/2010-44
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1202-001.034 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de outubro de 2013
Matéria omissão de receitas
Recorrentes V A COIMBRA - EDITORA e Responsáveis tributários: Edyr Cordeiro de Paula Silva e Hamilton Mafra Filho
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2005, 2006

NULIDADE. IRREGULARIDADE NO MPF. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Por se tratar o MPF de instrumento interno de planejamento e controle das atividades de fiscalização, eventuais falhas na sua emissão ou prorrogação não contaminam o lançamento decorrente da ação fiscal.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Na legislação tributária brasileira o direito de defesa, ordinariamente, é exercido na impugnação do lançamento. A ausência ou vícios do MPF, por si, não caracterizam o cerceamento do direito de defesa.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Comprovado nos autos como verdadeiro sócio da pessoa jurídica, pessoa física, acobertada por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que este realizasse operações em nome da pessoa jurídica, gerindo, na prática, seus negócios e suas contas-correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. CONDUTA DOLOSA.

Na ausência de pagamento de tributo e comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário desloca-se da regra do § 4º do art. 150 para a do inciso I do art. 173, ambos do CTN, devendo ser canceladas as exigências abrangidas pela decadência.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento fiscal e de decadência e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Plínio Rodrigues Lima, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Alexei Macorin Vivan.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício e de recurso voluntário do contribuinte em face de decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente a sua impugnação. As infrações foram assim resumidas no relatório da decisão recorrida, que ora se reproduz:

Em nome da contribuinte acima identificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 02/33, referentes ao IRPJ, à CSLL, ao PIS e à Cofins, que lhe exigem um crédito tributário de R\$ 15.814.259,95 (quinze milhões oitocentos e catorze mil e duzentos e cinquenta e nove reais e noventa e cinco centavos), com juros de mora calculados até 30/09/2010, sendo:

.....

Na "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)", constante do Auto de Infração de IRPJ, os autuantes relataram o feio fiscal nos seguintes termos:

"Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 06/2004 09/2004
12/2004 03/2005 06/2005

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999 Art. 530, inciso III, do RIR/99

001— DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valor apurado de omissão e receitas de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, relacionados na planilha "Depósitos de origem não comprovada".

O procedimento fiscal e essa infração estão descritos no Relatório de Auditoria Fiscal, que, juntamente com a planilha antes citada, encontram-se anexos a este auto de infração e dele são parte integrante e indissociável.

ENQUADRAMENTO LEGAL Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº9.430; Arts. 532 e 537 do RIR/99

No que se refere à atualização monetária e às penalidades aplicáveis, os enquadramentos legais correspondentes constam dos respectivos demonstrativos de cálculo.

Fazem parte do presente Auto de Infração todos os lermos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Os lançamentos de CSLL, PIS/Pasep e Cofins decorreram das infrações apontadas na fiscalização do IRPJ, tendo sido aplicada a multa qualificada no percentual de 150%, com fundamento no art. 44, inciso I e § 1º, da Lei n.º 9.430/96 e na Súmula CARF n.º 34, a qual tem efeito vinculante para a administração tributária federal. As autoridades lançadoras também formalizaram representação fiscal para fins penais, que compõe processo específico.

Conforme consignado no Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 42/113), item 10, e Termos de Sujeição Passiva Solidária de n.ºs 01 a 07 (fls. 34/40), com fundamento nos arts. 121, 124, 134, 135 e 137 do CTN, foram apontados como responsáveis pelo crédito tributário lançado de ofício as seguintes pessoas: Adriano Lopes dos Santos, CPF 730.513.576-34; Edyr Cordeiro de Paula Silva, CPF 409.636.324-34; Georgiana Werneck Gizek, CPF 031.720.166-25; Gilson Freitas, CPF 465.593.616-91; Hamilton Mafra Filho, CPF 069.623.356-87; José Roberto Soares de Oliveira Júnior, CPF 762.636.816-91; Walter João Mansur, CPF 168.987.026-53.

Cientificados a contribuinte e os responsabilizados, apresentaram impugnações os Srs. Edyr Cordeiro de Paula Silva e Hamilton Mafra Filho, que, em resumo, assim se manifestaram:

Sr. Edyr - fls. 1.757/1.776, com juntada de documentos às fls. 1.777/1.781:

"... pede a esta colenda Delegacia de Julgamento que:

(i) seja reconhecida a decadência do lançamento tributário feito no presente auto de infração na forma da Súmula Vinculante 8 do STF, com o arquivamento do processo administrativo fiscal; OU, (h) seja reconhecida a insubsistência do Auto de Infração por vícios insanáveis, ante as preliminares de nulidade do lançamento suscitadas na presente defesa, quais sejam: nulidade por ausência de intimação e nulidade por excesso ilegal de prazo, para julgar insubsistente e determinar seu arquivamento: OU (iii) no mérito, seja julgado totalmente procedente a presente a Impugnação e improcedente o Auto de Infração, em virtude: da ausência de provas da responsabilidade do contribuinte pelo lançamento contra a 'VA Coimbra': da responsabilidade única dos senhores Adriano e Gilson pelo lançamento contra a 'VA Coimbra'.

(iv) seja reconhecida a ilegalidade do arrolamento feito pelos auditores fiscais e determinado o envio de Ofício ao Registro de Imóveis de Guarapari ('matrícula 50.998) e ao 2º Ofício de

Registro de Imóveis de Governador Valadares (matricula 11.636) para retirar o gravame, ou não lançar o gravame, almejado e requerido pela fiscalização.

Requerimentos Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos na forma previsto no art. 16 III § 4º e art. 18 do Decreto 70.235, em especial a prova documental que ora apresenta e a produção de prova pericial e testemunhal.

Requer, outrossim, seja utilizada como prova os documentos referidos contribuinte na presente Defesa, a teor do art. 399 II do Código de Processo Civil e arts. 18 e 29 do decreto 70.235.

Requer, a teor do art. 16 e 33 do Decreto 70.235, seja o Advogado do contribuinte intimado pessoalmente da decisão a ser proferida por esse ilustre Delegacia de Julgamento."

Sr. Hamilton - fls. 1.783/1.859, com juntada de documentos às fls.1.863/1.896 e Anexo II, volumes I a III:

*e) Do Pedido Final Isso posto, requer o Impugnante seja recebida a presente IMPUGNAÇÃO, para, assim, a hune da legislação tributária e dos princípios garantias Constitucionais, ser o Auto de Infração julgado **IMPROCEDENTE** em face do **Sr. Hamilton Mafra Filho**, em razão das Preliminares arguidas, excluindo o nome do Impugnante como **Sujeito Passivo Solidário ou pela Nulidade o Auto de Infração** e demais preliminares.*

*2. Ultrapassadas a preliminares arguidas, e não sendo o impugnante excluído, quanto ao Mérito, requer que seja o Auto de Infração **CANCELADO** e **EXTINTO** o crédito tributário apurado, e conseqüentemente **ARQUIVADO O PROCESSO EM FACE do sr. Hamilton Mafra Filho**, uma vez que o mesmo não e nunca foi sócio da empresa Autuada "VA Coimbra Editora" ou manteve qualquer relacionamento comercial com os sócios da mesma, ou com as pessoas citadas nos autos, para todos os fins e efeitos estilo;*

3. a exclusão dos bens relacionados no tópico "i" da presente defesa (Fração Ideal, Lote de Terreno), uma vez que os referidos não pertencem ao impugnante;

4. a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos exatos termos do que dispõe e prevê o inciso III do artigo 151 do Código Tributário Nacional;

5. Diante dos esclarecimentos prestados e comprovados requer pelo cancelamento da representação fiscal que será comunicada ao órgão interessado, uma vez que it caso em questão, o arrolamento do Impugnante está incorreto, lendo em vista que o mesmo não é e nunca foi sócio, administrador, empregado, não tendo mantido nenhum tipo de vínculo com a empresa autuada, com seus sócios ou com as pessoas citadas nos mesmo.

Diante de tal fato, não pode ser o mesmo responsabilizado solidariamente pela suposta "omissão de receita" apurada com base em presunção, a qual não outorga ao fisco a aplicação de dolo ou fraude; ou ainda "ad argumentandum tantum" não sendo este entendimento deste r. Órgão que seja suspensa a Representação fiscal com as conseqüências e efeitos de estilo;

6. invocando os princípios da ampla defesa e do contraditório, o reconhecimento e declaração do direito à apresentação de outros documentos, necessários ao deslinde da questão: outrossim, reclama pelo direito de produzir outras provas:

7. Como esclarecido acima, protesta pelo direito de apresentar quesitos suplementares.

Protesta e requer, a Impugnante pela produção de todas as provas em direito permitidas, de modo específico, oitiva de testemunhas, perícias, inclusive a contábil; juntada de novos documentos em qualquer fase do processo, dentre outras provas, a serem requeridas oportunamente para uma perfeita instrução processual.

É o relatório.

A decisão de primeira instância considerou o lançamento parcialmente procedente, nos termos da seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Tendo a responsabilização tributária decorrido de afirmação de que o responsabilizado - Hamilton Mafra Filho - tinha poderes de administração sobre a pessoa jurídica e de gerência sobre a conta bancária desta, ausente a comprovação desses pressupostos, deve ser excluída a sujeição passiva correspondente.

Impugnação Procedente Crédito Tributário Exonerado

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA. INTERPOSTA PESSOA. SÓCIO DE FATO E ADMINISTRADOR.

Comprovada a constituição da pessoa jurídica em nome de interposta pessoa, cabível a responsabilização tributária do sócio de fato e real administrador - Edyr Cordeiro de Paula Silva -, qual se beneficiou de recursos que transitaram por conta bancária da empresa.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. CONDUTA DOLOSA.

Na ausência de qualquer pagamento de tributo e comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário desloca-se da regra do parágrafo 4º do artigo 150 para a do inciso I do artigo 173, ambos do CTN, devendo ser canceladas as exigências abrangidas pela decadência.

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Está afastada a hipótese de nulidade quando o lançamento, lavrado por autoridade competente, atende a todos os requisitos formais e possibilita ao sujeito passivo o pleno exercício do direito de defesa.

Em síntese, restou decidido em primeira instância de julgamento: (i) a procedência total da impugnação apresentada em nome Sr. Hamilton Mafra Filho, excluindo-o do pólo passivo da obrigação tributária; (ii) a procedência parcial da impugnação apresentada em nome do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, para:

a) cancelar os lançamentos de IRPJ e CSLL, respectivamente, nos valores de R\$ 853.531,69 e R\$ 692.425,36, assim como dos acréscimos legais correspondentes, em relação aos 2º e 3º trimestres de 2004; [por motivo de decadência]

b) manter os lançamentos das parcelas restantes de IRPJ e CSLL, respectivamente, nos valores de R\$ 1.362.987,76 e R\$ 1.104.790,21, assim como dos acréscimos legais correspondentes;

c) cancelar os lançamentos de PIS/Pasep e Cofins, respectivamente, nos valores de R\$ 81.567,27 e R\$ 501.952,63, assim como dos acréscimos legais correspondentes, em relação aos períodos de apuração de maio a novembro de 2004;

d) manter os lançamentos das parcelas restantes de PIS/Pasep e Cofins, respectivamente, nos valores de R\$ 48.231,58 e R\$ 296.809,80, assim como dos acréscimos legais correspondentes;

e) manter a sujeição passiva do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva.

Em face do montante exonerado, houve recurso de ofício.

O contribuinte, cientificado em 30/03/2011 (fl.1935) não apresentou recurso ao CARF. Inconformado, o responsável tributário, Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, cientificado em 01/04/2011 (fl.1934) apresentou recurso voluntário ao CARF em 28/04/2011 (fls.1938 e ss.), em que, basicamente, repisa as razões da impugnação, afirmando, ainda, em síntese:

- que a decadência do 4º trimestre de 2004 do IRPJ e da CSLL e dos meses de dezembro de 2004 do Pis e da Cofins ocorreu antes do lançamento tributário, pois o prazo decadencial deve ser contado considerando-se o exercício como o período de apuração trimestral (IRPJ e CSLL) e mensal (PIS e Cofins). Assim, segundo ele, a contagem do 4º trimestre do IRPJ e da CSLL se iniciou em 01/04/2005 e já estava decaída em "29 de junho de 2010"; e a contagem do PIS e da Cofins do mês de dezembro de 2004 se iniciou em 01/02/2005 e já estava decaída em "29 de junho de 2010";

- que há nulidade por excesso de prazo do procedimento fiscal, à vista do disposto no art. 14 da Portaria RFB 4.066/2007;

- que há nulidade por ausência de intimação durante o procedimento fiscal para acompanhar os depoimentos pessoais de terceiros, à luz do disposto nos arts. 3º, 26, 28 e 69 da Lei 9.784/99, bem como nos arts. 7º, inciso I, e 9º, ambos do Decreto nº 70.235/72;

- que há ausência de responsabilidade, visto que a decisão de primeira instância não considerou nenhum dos argumentos sobre a ausência de provas de que o recorrente detinha poder sobre a VA COIMBRA e de que tinha interesse nos recursos depositados e sacados da conta-corrente da VA COIMBRA, violando os princípios constitucionais do devido processo legal e da motivação, bem como deixou de analisar o fato de a prova ser presumidamente contrária ao senhor Adriano Lopes, o qual foi processado criminalmente, conforme notícia, assim como contra o senhor Valteci, que teria assinado os cheques e sacado as quantias da conta-corrente da VA COIMBRA. Ademais, a própria fiscalização afirma que o senhor Adriano não tem provas de que vendera a VA COIMBRA ou a Global Turismo para o recorrente, tendo afirmado na Polícia Federal, nos autos do inquérito IPL 155/2008, que sequer conhecia o mesmo. Devem ser desconsiderados os esclarecimentos pelo senhor Valteci, bem como o depoimento prestado pelo office-boy Cláudio Marcelino, apontando o recorrente como o dono da VA COIMBRA, por ausência de requisitos formais e contradições.

Ao final, afirma que a 1ª Turma da DRJ “*tenta unicamente “ligar” os imprestáveis depoimentos com os supostos outros elementos de prova, sem contudo tecer um fundamento sequer sobre a alegação do recorrente sobre a imprestabilidade e ausência de credibilidade dos depoimentos e documentos*”, os quais, segundo ele, demonstrariam a responsabilidade do senhor Adriano Lopes pelo lançamento tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Inicialmente, cabe referir que, conforme esclarece o Ofício nº 1361/2009/DRF/GVS/GAB, de 11/08/2009 (fl.186), o procedimento fiscal teve origem em decorrência do ofício n.4332/4V/08, de 20/11/2008, de 4ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais, que informa ter sido quebrado o sigilo bancário e fiscal do contribuinte, nos autos do processo judicial n. 2008.38.00.020212-0 (IPL n. 155/2008- DPF/GVS/MG), tendo sido, em razão disso, emitidas Requisições de Informação de Movimentação Financeira (RMF) às instituições financeiras envolvidas. Dessa forma, afasta-se a discussão constitucional de quebra de sigilo bancário no presente recurso.

RECURSO DE OFICIO

Tendo o acórdão recorrido exonerado crédito tributário em montante superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), à luz do disposto no art. 34 do Decreto nº 70.235/72, combinado com o estabelecido na Portaria MF nº 3, de 2008, o recurso de ofício preenche os requisitos legais, devendo ser conhecido.

Da decadência

A DRJ reconheceu parcialmente a decadência do lançamento, como se vê do trecho abaixo reproduzido:

No caso vertente, tanto pela ausência de pagamento dos tributos em questão como pela ocorrência de dolo 2, fraude ou simulação, de acordo com os critérios definidos nas alíneas "d" e "f" acima, aplica-se a regra definida no art. 173, inciso I, do CTN.

Sendo assim, encontram-se abrangidos pela decadência aqueles fatos geradores cujos lançamentos poderiam ter sido efetuados no ano de 2004, uma vez que a ciência dos autos de infração, em novembro de 2010, ocorreu após o transcurso do prazo de cinco anos, que se encerrou ao final do ano de 2009. Por se inserirem nesse caso, os lançamentos de IRPJ e CSLL relativos ao 2º e ao 3º trimestres de 2004 e de PIS/Pasep e Cofins relativos aos períodos de apuração de maio a novembro de 2004 devem ser cancelados.

Por outro lado, foram efetuados em tempo os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram em 31 de dezembro de 2004 ou posteriormente. Isso porque ocorrido o fato gerador nessa data, o lançamento só poderia ser efetuado a partir do ano de 2005. Por conseguinte, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 2006 e à época da ciência dos lançamentos ainda não havia transcorrido o prazo de cinco anos.

Consoante o despacho (fl.1753), os contribuintes foram cientificados dos autos se infração de fls. 011142, conforme AR e Edital Safis n. 03/2010, às fls. 1746 e 1749 a 1751, em 23/11/2010. Como se inicia em 01/01/2005 a contagem do período de apuração encerrado até novembro de 2004 e a ciência do auto de infração, referente aos anos-calendário 2004 e 2005, ocorreu em 23/11/2010, de fato, ocorreu decadência em relação aos períodos de apuração encerrados até novembro de 2004, inclusive. Mantém-se a decisão recorrida.

Da responsabilidade tributária do Sr. Hamilton Mafra Filho

Após analisar as provas dos autos, a DRJ decidiu por afastar a responsabilidade do Sr. Hamilton Mafra Filho, recorrendo de ofício ao CARF, em razão do montante exonerado em relação àquele sujeito passivo.

O recurso de ofício, nesse caso, atende aos requisitos do art. 34 do Decreto nº 70.235/72, combinado com o disposto na Portaria MF n.º 03, de 2008, porque o acórdão recorrido exonerou o sujeito passivo do pagamento de tributo e de multa em montante superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) estabelecido na referida Portaria:

Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008 DOU de 7.1.2008 - Estabelece limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ).

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no § 3º do art. 366 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 6.224, de 4 de outubro de 2007, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001. (destacou-se)

Vale lembrar que a constituição do crédito tributário envolve a identificação do sujeito passivo de forma ampla e este pode ser tanto o sujeito passivo direto (contribuinte ou substituto) quanto o sujeito passivo indireto (responsável), *ex vi* dos arts. 121 c/c 128 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-

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.

[...]

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

A partir da notificação do responsável tributário e sua impugnação, inicia-se o contencioso, que segue as regras do processo administrativo tributário. A jurisprudência do CARF é pacífica nesse sentido. Veja-se:

Súmula CARF nº 71 Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.

Assim, da mesma forma que o recurso voluntário, o recurso de ofício relacionado ao responsável tributário deve seguir todas as regras do processo administrativo tributário.

Conhecido o recurso de ofício, passa-se a análise do mérito. Consoante o Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 94/95), as razões para inclusão daquele responsável no pólo passivo foram assim sintetizadas:

Hamilton Mafra Filho, tendo recebido o TIF n. 0037/2010, limitou-se a negar qualquer participação na fiscalizada ou envolvimento com suas operações, não tecendo qualquer comentário, ou se pronunciando, sobre os fatos que apontavam nu sua direção:

- Citação de sua empresa Lunar Turismo Ltda como referência bancária na ficha cadastral feita na abertura conta-corrente da fiscalizada e o saque em espécie de vultosos valores de sua conta corrente particular e de sua empresa Lunar Turismo Ltda na mesma sessão de atendimento da Tesouraria do Banco do Brasil S/A em que o sujeito passivo sacou em espécie também numerosos valores, conforme DOC 85.

No termo de sujeição passiva solidária, a imputação foi assim descrita:

[..] constatamos que o sujeito passivo solidário acima identificado ra responsável pela administração e gerência da firma V A Coimbra — Editora (constituída por interposta pessoa), inclusive na qualidade de sócio da empresa Lunar Turismo Ltda, servindo como referência bancária e gerindo os valores depositados na conta corrente bancária daquela firma,

para tanto usando de artifícios fraudulentos para esconder da Autoridade Administrativa a ocorrência do fato gerador e sua responsabilidade pessoal por ele, [...].

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos dos arts. 121, 124, 134, 135 e 137 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Por sua vez, a DRJ justificou sua conclusão conforme o trecho abaixo:

De outro lado, conforme argumentado pelo interessado, os depoimentos trazidos aos autos não convergem na direção de sua responsabilização pelo crédito tributário, o qual foi constituído em virtude de vultosa missão de receita da V A Coimbra - Editora, decorrente de depósitos bancários cuja origem não fora comprovada. Embora o depoimento do Sr. Claudio Marcelino da Silva (fls. 811/812) por exemplo, forneça indícios de que a empresa Lunar Turismo, de propriedade do Sr. Hamilton, fizesse operações ilegais de câmbio, a margem de seu objetivo social, o que se coaduna com o apurado pela fiscalização em outros processos administrativos, as afirmações do depoente apontam em sentido contrário ao das conclusões do trabalho fiscal no caso vertente.

Reexaminando os autos, nota-se que, de fato, inexistem provas contundentes da participação do Sr. Hamilton nas transações envolvendo o contribuinte, de modo a justificar seu interesse comum na infração fiscal. As razões apontadas pela autoridade fiscal, embora reais, não representam justa causa para sustentar sua inclusão no pólo passivo da relação jurídico-tributária, por não demonstrarem vínculo com as operações que ensejaram a lavratura do auto de infração em comento. Assim, mantém-se a decisão recorrida.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Conforme relatado, o responsável tributário, Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, apresentou, tempestivamente, recurso voluntário ao CARF.

O conhecimento de recurso apresentado por responsável tributário no âmbito do CARF resta inquestionável a partir da edição da Súmula CARF nº 71, que, vinculando os membros do colegiado, dispõe que “*todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade*”.

Da preliminar de nulidade por excesso de prazo do procedimento fiscal

No tocante à nulidade arguida, cabe referir que o Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pela Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, tem por escopo único o planejamento e o controle, por parte da Receita Federal do Brasil, das atividades de fiscalização externa dos tributos e contribuições federais a serem desenvolvidas em cada exercício fiscal.

Em outras palavras, como ato relativo a assunto *interna corporis*, é instrumento de controle interno de instauração de procedimentos fiscais de verificação do cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo. Seus eventuais vícios,

pois, devem ser consideradas meras irregularidades, não tendo o efeito de anular o lançamento de ofício, por não se enquadrarem nas hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF).

Entende-se que a competência para a prática de atos relativos a procedimento de fiscalização, inclusive para o lançamento, não se condiciona à existência de MPF. Da mesma forma, os prazos previstos nas normas que o regulamentam não têm qualquer influência na validade do lançamento, cujos requisitos encontram-se previstos no art. 10 do PAF.

Essa é a jurisprudência majoritária do Conselho de Contribuinte e do CARF. Dentre inúmeros julgados nesse sentido, podem ser referidos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) - VALIDADE - No processo administrativo fiscal da União as nulidades são aquelas definidas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, quais sejam, os atos praticados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, quaisquer outras irregularidades não implicam em nulidade e devem ser sanadas, exceto se o sujeito passivo as tenha dado causa. O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - é instrumento interno da repartição fiscal de gerenciamento, controle e acompanhamento da ação fiscal e eventuais inobservâncias de suas normas resolve-se no âmbito do processo administrativo disciplinar, que não aproveita ao sujeito passivo e nem implica nulidade do auto de infração, observadas, ainda, as disposições do caput do art. 195 do Código Tributário Nacional. (Acórdão nº 108-09719, julgado em 18/09/2008)

NULIDADE DO LANÇAMENTO - VÍCIOS NO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF - INOCORRÊNCIA - O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno de planejamento e controle das atividades de fiscalização. Mesmo no caso de eventuais falhas nesses procedimentos, estas, por si só, não contaminam o lançamento decorrente da ação fiscal. (Acórdão nº 104-23400, julgado em 07/08/2008)

Mencione-se, ainda, decisão da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais confirmando que o MPF constitui mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, e que eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento não implicam nulidade dos procedimentos fiscais, conforme abaixo:

PAF. NULIDADES. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL São válidos os lançamentos de contribuições decorrentes de autuação de IRPJ, cujo MPF foi aberto tão-somente para este tributo. São válidos os lançamentos decorrentes de procedimento fiscal, ainda que não tenha sido dada ciência pessoal ao sujeito passivo das prorrogações do MPF relativo a este. (Acórdão nº 9101-00.491, de 25.1.2010)

Diante disso, considera-se superada a preliminar de nulidade do auto de infração por excesso de prazo do procedimento fiscal.

Da preliminar de nulidade por ausência de intimação durante o procedimento fiscal

A ausência de intimação para acompanhar a coleta de provas da acusação fiscal antes da lavratura do auto de infração em nada prejudica o direito de defesa, ao contrário do que entende o recorrente.

Tratando-se de procedimento para verificação do cumprimento das obrigações tributárias impostas pela legislação, cumpre à autoridade fiscal o poder-dever de investigar e coletar, por diversos meios, as provas de eventuais infrações tributárias cometidas pelo contribuinte. Detectada uma infração, encerra-se o procedimento investigatório e se realiza o lançamento do tributo com seus consectários legais. O lançamento é formalizado através de auto de infração, sendo dada ciência ao contribuinte e/ou responsável tributário das razões e provas da acusação.

Nesse momento abre-se ao acusado a oportunidade de defesa, com direito a vistas do conteúdo do processo, pelo prazo de trinta dias, para contradizer e contrapor as provas dos autos e apresentar sua impugnação, com todas as razões e provas de defesa, nos termos do art. 16, inciso III, do PAF. Somente a partir desse momento, instaura-se a fase litigiosa do procedimento, consoante o art. 14 do PAF. Assim, apenas com o início do processo administrativo fiscal são atraídos os princípios do contraditório e da ampla defesa nos termos do inciso LV da Constituição Federal.

Nesse sentido, restou consolidada a jurisprudência do CARF, como mostra a Súmula CARF nº 46: *“O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário”*.

Rejeita-se a segunda preliminar de nulidade.

Da preliminar de decadência

O recorrente aponta a decadência parcial do lançamento por considerar o primeiro dia do exercício seguinte na contagem do prazo decadencial como o primeiro dia do período de apuração trimestral (IRPJ e CSLL) ou mensal (PIS e Cofins) seguinte ao do fato gerador. Equivoca-se nesse raciocínio, contudo, por equipar o termo “exercício” do art. 173, inciso I, do CTN, a “período de apuração”. Exercício, para o legislador tributário, corresponde ao ano civil, como entende farta doutrina e jurisprudência.

Como se iniciava em 01/01/2005 a contagem do período de apuração encerrado até novembro de 2004 e a ciência do auto de infração, referente aos anos-calendário 2004 e 2005, ocorreu em 23/11/2010, deve ser apenas reconhecida a decadência nos termos da decisão recorrida, já confirmada neste voto.

Da responsabilidade tributária do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva

Além das preliminares analisadas anteriormente, o recorrente questiona apenas a imputação de responsabilidade tributária sobre si, alegando que não poderia ser responsabilizado pelas infrações em comento.

As razões de recurso voluntário apontam a falta de aprofundamento do trabalho fiscal, e que a prova testemunhal não se prestaria para respaldar o procedimento de imputação de responsabilidade tributária solidária. Se razão. Vejamos.

A responsabilidade solidária em matéria tributária se aplica aos sujeitos que possam ser enquadrados no pólo passivo da relação obrigacional e decorre sempre de lei, não podendo ser presumida ou resultar de acordo das partes. Além das definições legais, nos termos do art. 124, inciso II, do CTN, a solidariedade tributária é atribuída às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, consoante o inciso I do mesmo artigo.

Repisando a lição de Marcos Vinícius Neder (*in* Responsabilidade Tributária, Editora Dialética, 2007. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinícius Neder, p. 47), "*as pessoas portadoras de interesses comuns são vinculadas por pessoas externas formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que as une; enquanto, nos interesses coincidentes, o vínculo pessoal visa apenas atender a uma necessidade específica (tarefa) [...]. A situação a despertar o interesse comum referido no art. 124 do CTN é aquela consubstanciada na relação jurídica privada subjacente ao fato gerador do tributo [...]*".

Assim, a imputação de responsabilidade solidária por interesse comum exige a demonstração cabal e inequívoca da relação do sujeito com o fato gerador e seu beneficiamento direto ou indireto a partir da ocorrência da infração tributária, o que deve ser apreciado em conjunto com os argumentos da defesa.

Numa autuação decorrente de depósitos bancários não comprovados, a utilização em benefício próprio e o manuseio, pela pessoa física, de recursos movimentados em conta corrente de pessoa jurídica para tanto utilizada, é prova do interesse comum por parte de quem movimentou recursos omitidos em benefício próprio, como se verificou no acórdão nº 1202-00030, de 12/05/2009, de relatoria da ilustre Conselheira Karen Jureidini Dias.

É certo que, dadas as regras referentes ao ônus probante, cabe à autoridade fiscal provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar e de cobrar do crédito do responsável tributário, e foi isso o que ocorreu nos presentes autos.

No tocante à responsabilidade do Sr. Edyr Silva, não merece reparos a decisão recorrida que considerou que, embora o Recorrente que não tenha exercido a gerência da empresa ou constasse de seu contrato social, os elementos constantes dos autos, especialmente os depoimentos pessoais de terceiros que trabalhavam junto à fiscalizada, demonstram que ele era gerente e sócio "de fato" da empresa VA COIMBRA à época da ocorrência dos fatos geradores.

Considerando-se que prova testemunhal faz parte das "provas em direito admitidas", é de se ressaltar que a prova produzida pela autoridade lançadora por meio de declarações tomadas a termo, além de ser válida e admitida não só em Direito Tributário, mas também nos demais ramos do Direito e prevista expressamente no Código de Processo Penal, no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas, pode-se constituir em prova direta e não mero indício.

O indício, na realidade, é uma prova indireta, ou seja, prova-se determinado fato que apesar de não estar diretamente relacionado com o fato ao qual se pretende comprovar diretamente, pode a ele ser relacionado através do método lógico-presuntivo. O indício **portanto é complementado pela presunção, que pode estar prevista em lei (presunção legal),**

decorrer de uma análise lógica do indício (presunção simples) ou ainda decorrer da própria experiência do aplicador (presunção *hominis*).

A própria doutrina reconhece que a prova testemunhal pode ser prova direta quando diz respeito ao *fato probandi*, como reconhece o Prof. Alexandre Freitas Câmara da Escola de Magistratura do Estado do RJ (EMERJ), em sua obra Lições de Direito Processual Civil — 3ª Edição Vol. I —Ed. Lumen Juris, pg.343:

"Classificam-se as provas quanto ao fato, quanto ao sujeito, quanto ao objeto e quanto a preparação (Amaral Santos, comentários ao Código de Processo Civil vol. IV p. 5/6)

"Quanto aos fatos as provas são diretas e indiretas. Prova direta é a que diz respeito ao fato probandi, isto é, ao próprio fato cuja existência se pretende demonstrar. Assim, é prova direta, o depoimento de um testemunha que narra um acidente de veículos por ela presenciado. Por outro lado, a prova indireta diz respeito a outros fatos, dos quais, por meio de raciocínio dedutivo, o juiz presume a existência do fato probandi (...) A estes fatos, objetos da prova indireta e dos quais o juiz deduz o fato probandi, dá-se o nome de Indícios, sendo a prova indireta, por esse motivo, também conhecida como prova indiciária".

No presente caso não se está diante de uma prova indireta. Ao contrário, através de um meio probatório válido e aceito em todos os ramos de direito, comprovou-se a vinculação do recorrente com as operações do contribuinte que ensejaram a lavratura, por omissão de receitas, do auto de infração em comento, e não um mero fato indireto que pudesse, por presunção, levar àquela vinculação.

Comprovado, portanto, o fato constitutivo do direito da Administração Tributária de cobrar o crédito do responsável tributário, caberia ao recorrente alegar e comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, que estabelece as regras de distribuição do ônus da prova aplicáveis, subsidiariamente, ao processo administrativo fiscal.

No entanto, o recorrente não logrou desconstituir as provas produzidas pela autoridade fiscal, tendo se limitado a tentar desqualificar a idoneidade do principal depoente. Tal alegação, no entanto, não se constitui em prova definitiva capaz de contradizer as provas diretas produzidas pela autoridade fiscal, baseadas em declarações tomadas a termo durante o próprio processo administrativo fiscal.

Ademais, o crime de falso testemunho é apenado conforme o art. 342 do Código Penal e as provas em que se baseou o lançamento fiscal são tão válidas que deram ensejo a manifestação do Ministério Público Federal, ou seja, denota-se que cumpriram os rigorosos requisitos da justa causa penal exigidos pelos art. 41 e 43 do Código de Processo Penal.

O interesse comum, no presente caso, restou evidenciado pelas provas de atuação do recorrente como sócio de fato do contribuinte fiscalizado e em prol de obter benefícios e vantagens com a omissão de receitas.

Processo nº 10630.720201/2010-44
Acórdão n.º **1202-001.034**

S1-C2T2
Fl. 18

Eventual responsabilidade tributária do Sr. Adriano não está em julgamento no presente processo. Vale lembrar que o crédito tributário encontra-se definitivamente constituído, no que não foi objeto de recurso voluntário ou de ofício, em face da ausência de impugnação por parte do contribuinte, bem como dos demais responsáveis tributários que não impugnaram o lançamento.

Desta forma, deve ser mantida a responsabilidade solidária do Sr. Edyr Silva, nos termos do art.124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

DISPOSITIVO

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário e ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner