



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

Processo nº 10630.720369/2007-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-000.448 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2011
Matéria Arbitramento de Lucros
Recorrente COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LARANJAS, TESTAS-DE-FERRO OU INTERPOSTAS PESSOAS. SOCIEDADE DE FATO. SOLIDARIEDADE. CTN, ART. 124, I. Comprovada a utilização de pessoa jurídica de modo fraudulento, por pessoas físicas e outra pessoa jurídica que dela se utilizaram como meio de fugirem da tributação, cabe responsabilizar, de modo solidário e sem benefício de ordem, todos os proprietários de fato, nos termos do art. 124, I, do CTN. Em sentido contrário, não caracterizada a responsabilidade de pessoa física indicada pelo Fisco, impõe-se excluí-la do pólo passivo.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE.

Comprovado o evidente intuito de fraude o prazo decadencial desloca-se da regra do parágrafo 4º do artigo 150 para a do inciso I do artigo 173, ambos do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de questionamentos relacionados a ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir do pólo passivo o Sr. Ademilton Medeiros de Oliveira, vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso (relator) e José Sérgio Gomes. O Conselheiro José Sérgio Gomes votou pela redução da multa qualificada nos períodos de setembro a dezembro de 2002. O Conselheiro Hugo Correia Sotero foi designado para redigir o voto vencedor.

Processo nº 10630.720369/2007-54
Acórdão n.º **1103-000.448**

S1-C1T3
Fl. 966

(assinado digitalmente)

Aloisio José Percinio da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso - Relator

Hugo Correia Sotero - Redator designado

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator ad hoc, designado para formalizar o Acórdão

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Tendo em vista que, na data da formalização da decisão, o redator designado, Hugo Correia Sotero, não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado foi designado *ad hoc* como o responsável pela formalização do presente Acórdão, o que se deu na data de 14/08/2015.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, a respeito da decisão da DRJ de Juiz de Fora que julgou procedente o lançamento.

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração, às fls. 306/338, para exigência de créditos tributários, referentes aos anos calendários de 2002, adiante especificados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

TRIBUTO	FLS	Imposto/ Contri	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ	06/07	1.258.248,15	1.065.206,07	1.887.372,22	4.210.826,44
Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS	13/14	347.275,50	299.496,91	520.913,23	1.167.685,64
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS	21/22	1.602.810,18	1.382.293,78	2.404.215,24	5.389.319,20
Contribuição Social sobre o Lucro.	29/30	577.011,64	488.379,33	865.517,44	1.930.908,41
TOTAL					12.698.739,69

Constituem partes integrantes dos Autos de Infração lavrados, a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal e o Relatório de Auditoria Fiscal, nos quais estão descritos a matéria tributável e a base legal de cada tributação, o Demonstrativo de Apuração do Imposto ou Contribuição e o Demonstrativo de Multa e Juros de Mora, documentos que constituem as fls. 08/12; 15/20; 23/28; 31/35 e 38/59 do processo.

Objetivando o esclarecimento da tributação o autuante instruiu o processo com os documentos às fls. 60/285.

I. Da Autuação.

Conforme descrição dos fatos às fls. 309 e Relatório de Auditoria Fiscal às fls. 339/360, a autuação teve por base a constatação, durante o procedimento de ofício, da seguinte irregularidade:

I.1– Arbitramento – Receita Omitida.

Durante o procedimento de verificações obrigatórias, a fiscalização observou que relativamente ao ano calendário de 2002:

a) a contribuinte apresentou Declaração de Inatividade para o ano-calendário de 2002 e não efetuou nenhum recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativo a esse ano.

b) intimada, através de seu suposto sócio-gerente, em 24/04/2007, a apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal a que está obrigado, esse se declarou “laranja” e não estar com a documentação.

O Sr. Ademilton Medeiros de Oliveira, procurador da fiscalizada, foi intimado a apresentar os mesmos documentos, porém informou que não é mais o representante legal da empresa.

O responsável pelo preenchimento das declarações da fiscalizada nos anos-calandário de 2003 e 2004, o Sr. Henrique César de Oliveira, declarou que não sabe onde estão os livros e documentos da fiscalizada, presumindo que estão com o Sr. Sebastião Fernandes Barbosa.

A contínua falta de apresentação de documentos por parte da fiscalizada configura-se de forma inequívoca, a hipótese prevista no art. 47 da Lei nº 8.981/95, ensejando o arbitramento do lucro consoante o inciso III do art. 530 do RIR/2003, com base na venda declarada para a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais nos meses de janeiro a agosto de 2002 e nas notas fiscais de vendas da Comercial Agrícola Carvalho no período de setembro a dezembro de 2002.

I.2.Dos Autos de Infração:

I.2.1IRPJ.

Fato Gerador: primeiro, segundo, terceiro e quarto trimestres de 2002, descritos às fls. 08/09.

Enquadramento Legal: art. 530, inciso III, e art. 532 todos do RIR/99.

I.2.2 CSLL.

Lançamento decorrente do arbitramento do lucro.

Fato Gerador: primeiro, segundo, terceiro e quarto trimestres de 2002, descritos às fls. 31/32.

Enquadramento Legal: descrito às fls. 32.

I.2.3 – PIS.

Lançamento decorrente da apuração da contribuição para o PIS com base na receita bruta declarada para a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais nos meses de janeiro a agosto de 2002 e nas notas fiscais de vendas da Comercial Agrícola Carvalho no período de setembro a dezembro de 2002, discriminada às fls. 53.

Fato Gerador: 31/01/2002 a 31/12/2002, discriminados às fls. 15.

Enquadramento Legal: descrito às fls. 15/16.

I.2.4 - COFINS.

Lançamento decorrente da apuração da contribuição para a COFINS com base na receita bruta declarada para a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais nos meses de janeiro a agosto de 2002 e nas notas fiscais de vendas da Comercial Agrícola Carvalho no período de setembro a dezembro de 2002, discriminada às fls. 53.

Fato Gerador: 31/01/2002 a 31/12/2002, discriminados às fls. 23.

Enquadramento Legal: descrito às fls. 23/24.

II. Das Impugnações.

Devidamente notificado, e não se conformando com o procedimento fiscal, o procurador da empresa autuada, Ademilton Medeiros de Oliveira, na condição de pessoalmente responsável pelos créditos tributários, apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 361/362, nas quais requer sejam anulados os autos de infração em questão e/ou excluída a sua responsabilidade por esses débitos, alegando em síntese o seguinte:

A decadência dos débitos exigidos nos Autos de Infração nos termos do artigo 173 do CTN, que dispõe que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (anos), isso porque o impugnante somente foi intimado dos autos de infração pela Fiscalização em dezembro de 2007 e esses autos estão exigindo tributos referentes ao ano de 2002.

Aduz, ainda, que não tem nenhuma responsabilidade pelos débitos em questão, sendo apenas funcionário de uma empresa que presta serviços contratuais para a empresa Comercial Agrícola Carvalho.

Reclama que a multa de 75% é indevida, fora dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista o Código do Consumidor, que não admite multa superior a 10% do valor da obrigação, nos termos de seu parágrafo 1º, do seu artigo 52.

Por fim, requer o afastamento da aplicação da taxa SELIC sobre esses débitos, tendo em vista que não são as taxas aplicáveis ao caso em questão.

As empresas Gardingo Trade Importação e Exportação Ltda (responsável solidário) Armazéns Gerais São João Ltda (responsável solidário), Cafeeira São João Ltda (responsável solidário), e as pessoas físicas, João Batista Gardingo (pessoalmente responsável), Antônio Fábio Gardingo (pessoalmente responsável), e Sebastião Gardingo (pessoalmente responsável), também, apresentaram, tempestivamente, através dos procuradores nomeados pelos instrumentos de fl. 378/383, suas impugnações, às fls. 365/377, 423/433, 490/502 e 573/585, alegando em síntese:

Inicialmente discorre sobre os fatos que motivaram a lavratura dos autos de infração em lide, alegando que não procede a exigência fiscal pelos seguintes motivos:

II. Da Responsabilidade pelo crédito tributário.

Neste item a impugnante se insurge contra a responsabilização imputada às empresas impugnantes, alegando que "os negócios firmados entre as empresas impugnantes e o contribuinte autuado eram lícitos e previstos no objeto social das impugnantes. Desta forma, não caberia às impugnantes fiscalizar a empresa Comercial Agrícola Carvalho quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias. Mesmo porque lhes faltariam prerrogativas e instn-'e.tos para tal fiscalização."(sic).

Afirma ainda que, o que se percebe no Relatório de Auditoria Fiscal que embasou o auto de infração ora impugnado é a intenção dos responsáveis pela empresa

Comercial Agrícola Carvalho de transferir a sua responsabilidade pelos débitos exigidos para outrem, empresas lícitas com quem mantinham mera relação comercial.

Ressalta, outrossim, que a responsabilização dos ora impugnantes foi feita com base somente em alegações e depoimentos pessoais dos sócios da empresa autuada, sendo que em momento algum foram intimados a prestar informações os ora impugnantes.

Por fim, afirma que a responsabilização de terceiros por créditos tributários somente pode ser feita mediante comprovação inequívoca do fato, através do devido processo legal que comprove o dolo necessário para caracterização das situações previstas nos arts. 121, 123, 124, 134, 135 e 137, do CTN, suscitados pela Fiscalização, sendo que, no caso presente, infere-se que não restou comprovada nenhuma atitude desta natureza.

III- Da decadência do Crédito Tributário.

Discorrendo a respeito do instituto da decadência, as impugnantes requerem a nulidade dos lançamentos, conforme as notas explicativas do art. 59, § 3º do Decreto nº 70.235/2002 diante da inaplicabilidade do prazo decadencial de dez anos para as contribuições sociais previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, por violação ao disposto no art. 145, III, "b" da CF/88 c/c art. 173 do CTN.

Para o IRPJ, alega que é um tributo sujeito à homologação do pagamento sendo que o termo inicial para lançamento do crédito tributário ocorre no momento da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º do CTN. Assim, no caso sob exame, tendo em vista tratar-se de fatos geradores ocorridos no ano de 2002 e que a impugnante só foi intimada do lançamento em questão em dezembro de 2007, encontra-se decaído o crédito de imposto de renda.

IV- Da abusividade da penalidade aplicada.

Os impugnantes se insurgem contra a multa lançada afirmando ser indevida, não só por estar fora dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista o Código do Consumidor, que não admite multa superior a 10% do valor da obrigação, nos termos de seu parágrafo 1º, do seu artigo 52, bem como por possuir um caráter manifestamente confiscatório.

V- Da Impossibilidade Jurídica da Aplicação da Taxa SELIC relativamente a juros moratórios sobre tributos.

Os impugnantes se insurgem contra a utilização da taxa SELIC para determinação dos juros moratórios, alegando inconstitucionalidade e ilegalidade consoante interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

VI- Do pedido.

Diante das razões apresentadas o impugnante requer:

Pelo exposto, confiam e esperam os impugnantes seja acolhida a presente defesa para, reconhecendo os argumentos ora aduzidos, declarar a inexistência de responsabilidade par com o crédito tributário exigido no Auto de Infração impugnando.

Ad argumentandum, ainda que não se entenda pela procedência da presente impugnação, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, requerem os impugnantes o cancelamento do Auto de Infração ora impugnado, tendo em vista a decadência do crédito tributário exigido.

Requerem também os impugnantes, em razão do princípio da eventualidade, seja reduzida a multa isolada aplicada em pelo menos 50% de seu valor, posto que a mesma afigura-se confiscatória, bem como a substituição da Taxa Selic, posto que inadequada à atualização de débitos tributários.

Protesta pela produção de prova documental, bem como apresentação de novos documentos, nos termos do art. 6º, § 1º da Portaria MPAS nº 357, de 17 de abril de 2002.

Por sua vez, em 08/02/2008, José Alves e Sebastião Fernandes Barbosa, na qualidade de pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário, apresentaram a sua defesa de fls. 644/649.

A DRJ decidiu:

"DECADÊNCIA DO IRPJ.

No lançamento por homologação, o prazo para a homologação tácita prevista no parágrafo 4º do art. 150 do CTN, será de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Neste caso a decadência é regida pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10(dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

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

MULTA DE OFÍCIO - CARÁTER CONFISCATÓRIO / INCONSTITUCIONALIDADE

A multa aplicada em procedimento de ofício é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo, portanto, qualquer razão em querer dar cunho confiscatório à aludida exigência. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) -

INCONSTITUCIONALIDADE.

A cobrança em auto de infração da multa de ofício e dos juros de mora (calculados pela TAXA SELIC) decorre da aplicação de dispositivos legais vigentes e eficazes na época de sua lavratura, que, em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, são de aplicação compulsória pelos agentes públicos, até a sua retirada do mundo jurídico, mediante revogação ou resolução do Senado Federal, que declare sua inconstitucionalidade.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

O entendimento adotado com relação ao auto de infração reflexo acompanha o do auto matriz, em virtude da íntima relação de causa e efeito entre eles.

PROVA DOCUMENTAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos."

Tendo sido apresentado Recurso Administrativo, via postal, data de postagem 18/03/2009 pelos:

GARDINGO TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 00681.184/0001-00, ARMAZÉNS GERAIS SÃO JOÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 22.394.696/0001-, CAFEEIRA SÃO JOÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 16.812.331/0001-66, JOÃO BATISTA GARDINGO, pessoa física inscrita no CPF sob o nº 202.461.966-53, ANTÔNIO FÁBIO GARDINGO, pessoa física inscrita no CPF sob o nº 200.665.036-04, SEBASTIÃO GARDINGO, pessoa física inscrita no CPF sob o

nº 153.207.906-00, FRANCISCO ANIZIO GARDINGO, pessoa física inscrita no CPF sob o nº 3- 7.851.836-91, CARLOS HENRIQUE GARDINGO, pessoa física inscrita no CPF sob o nº 215.365.626-53, ADEMILTON MEDEIROS DE OLIVEIRA, pessoa física inscrita no CPF sob o nº 036.178.446-50.

Razões:

DAS NULIDADES

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS RECORRENTES A AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Como se verifica do Relatório de Auditoria Fiscal, durante o Procedimento de Investigação, nenhum dos ora recorrentes, posteriormente responsabilizados, foi notificado e chamado a se defender das autuações que posteriormente foram-lhe imputadas.

Com isso, os ora recorrentes foram chamados ao processo somente quando já lavrado o auto de infração e produzidas as provas sem qualquer contraditório.

Destarte, dispensam-se maiores digressões a fim de se verificar que o auto de infração em comento está plenamente inquinado de nulidade, por violar os direitos fundamentais dos recorrentes à ampla defesa e ao contraditório.

DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS NO PROCESSO

Como se vê do Relatório de Auditoria Fiscal, no caso em tela, o arbitramento tomou por base, no período de janeiro a agosto do exercício de 2002, supostas declarações prestadas pela empresa autuada à Fazenda 'estadual acerca de suas vendas.

Não obstante, inacreditavelmente as supostas declarações prestadas à SEF-MG sequer foram trazidas aos autos do PTA. Não constam tais declarações do procedimento fiscal, pelo que os valores apontados pela Fazenda não passam de meras alegações desprovidas de comprovação. Verifique-se, nesse sentido, o sumário do Relatório citado, em que não há qualquer menção às declarações invocadas.

Com isso, além de se impedir a comprovação de que os valores suscitados como receitas da devedora são realmente aqueles constantes das declarações, tornou-se impossível a eventual verificação de seu teor, impedindo os recorrentes de impugnar tais valores, em mais uma violação frontal aos seus direitos fundamentais à ampla defesa e contraditório.

DA RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A fim de caracterizar a sujeição passiva e a responsabilidade tributária pelo crédito exigido no Auto de Infração ora impugnado, a Fiscalização embasou-se nos artigos 121, 123, 124, 134, 135 e 137.

A empresa Comercial Agrícola Carvalho, devedora do débito em comento, é sociedade **completamente distinta** das empresas ora Recorrentes, com quadro societário também inteiramente diverso, conforme comprovado pela própria Fiscalização.

A empresa Comercial Agrícola Carvalho e as Recorrentes apenas realizavam negociações no mercado de café, sendo essas últimas meras prestadoras de serviços do contribuinte autuado.

Conforme comprovam os Contratos Sociais das ora Recorrentes, em anexo, os objetos sociais destas empresas são "a compra e venda de café e o seu beneficiamento", no caso da CAFEIRA SÃO JOÃO LTDA., "a guarda e conservação de mercadorias nacionais, de qualquer tipo e procedência" e a execução de "serviços relacionados com a mercadorias depositadas, tais como catação, benefício, rebenefício, ensaque, enfardamento, empacotamento, despacho, além de outros trabalhos anexos", no caso da empresa ARMZENS GERAIS SÃO JOÃO LTDA., e "a exploração das atividades de compra e venda de café no mercado interno, exportação de café e importação de cereais e produtos industrializados em geral, no caso da GARDINGO TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

Ora, os negócios firmados entre as empresas Recorrentes e o contribuinte autuado eram lícitos e previstos no objeto Social das Recorrentes. Desta forma, não caberia a essas fiscalizar a empresa Comercial Agrícola Carvalho quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias. **Mesmo porque lhes faltariam prerrogativas e instrumentos para tal fiscalização.**

O que se percebe no Relatório de Auditoria Fiscal que embasou o Auto de Infração ora impugnado é a intenção dos responsáveis pela empresa Comercial Agrícola Carvalho de transferir a sua responsabilidade pelos débitos exigidos para outrem, empresas lícitas com quem mantinham mera relação comercial.

E cumpre ressaltar que a responsabilização dos ora Recorrentes foi feita com base somente em alegações e depoimentos pessoais dos sócios da empresa autuada, sendo que em momento algum foram intimados a prestar informações os ora Recorrentes.

Cotejando, pois, cada uma das hipóteses de responsabilização previstas no CTN, em especial os arts. 134, 135 e 137, pretensos fundamentos da Fazenda para responsabilização dos recorrentes in casu, tem-se: quanto ao art. 134, que o caso dos autos não se subsume a qualquer das hipóteses descritas no artigo, mormente ao inciso "III", que trata dos administradores de bens de terceiros; quanto ao art. 135, a ausência de subsunção é ainda mais clara, visto que nenhum dos recorrentes é mandatário, gerente, preposto, empregado, sócio ou representante da Comercial Agrícola Carvalho Ltda.; por fim, quanto ao art. 137, a exclusão já foi demonstrada quanto aos artigos anteriores.

Resta patente, portanto, a ilegitimidade passiva dos Recorrentes para figurarem como co-obrigados no Auto de Infração impugnado, e assim responder pelo débito existente em nome da empresa Comercial Agrícola Carvalho, uma vez que esta é empresa completamente distinta dos Recorrentes, com quem estes mantinham mera relação comercial.

DA DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO

O Auto de Infração em comento exige dos Recorrentes Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ, CSLL, PIS e COFINS cujos fatos geradores teriam supostamente ocorrido no ano de 2002.

Ressalte-se que tais tributos são tributos sujeitos ao chamado lançamento "por homologação". Nesses casos, é previsão basilar que o termo inicial para lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 150, parágrafo 4º, do CTN, coincide com o momento da ocorrência do fato gerador.

Assim, no caso sob exame, tendo em vista que os recorrentes só foram intimados do lançamento em questão em dezembro de 2007, encontra-se indubitavelmente decaído o direito da Fazenda de constituir o crédito constante do auto de infração impugnado, bem como os demais consectários legais.

DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 9,6% PARA ARBITRAMENTO DO LUCRO, NOS TERMOS DA LEI 9.249/95, ARTIGOS 15 E 16.

A despeito dos insuperáveis argumentos já dispendidos, que são além de suficientes ao cancelamento do auto de infração em tela, no completo absurdo de ser mantido o auto, deverá, ao menos, ser a alíquota utilizada para arbitramento do lucro decotada de excesso injustificável.

É completamente despropositada, e encontra-se em frontal contradição com a finalidade do instituto do arbitramento o adicional de vinte por cento sobre a alíquota previsto no art. 16 da Lei 9.249/95.

DA ABUSIVIDADE DA PENALIDADE APLICADA

Além da exigência de Imposto acima debatida, foram imputadas à Impugnante penalidades no absurdo percentual de 150% (setenta e cinco por cento) do valor principal em comento, além do acréscimo de multa e juros de mora.

Cabe ressaltar Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que estão sendo frontalmente aviltados com a exigência em tela, razão por si só já suficiente a que a autuação seja cancelada.

Logo, em respeito ao princípio da eventualidade, caso não se entenda como devida a total desconstituição da multa em tela, requer-se seja esta reduzida em, pelo menos, 50% (cinquenta por cento), tendo em vista a proibição constitucional ao confisco.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Mario Sergio Fernandes Barroso

Quanto a tempestividade transcrevo o ADN COSIT:

"TEMPESTIVIDADE - REMESSA DE IMPUGNAÇÃO PELOS CORREIOS - ATO DECLARATÓRIO (NORMATIVO) N.º 19, de 26/05/1997:

Processo Administrativo Fiscal. Remessa da impugnação pelos Correios. Para os efeitos da tempestividade, considera-se como data da entrega a da postagem da petição, devidamente comprovada (AR). O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto nos arts. 15 e 21 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação do art. 1.º da Lei n.º 8.748, de 09 de dezembro de 1993, no Decreto de 15 de abril de 1991 e na Portaria n.º 12, de 12 de abril de 1982, do Ministério Extraordinário para a Desburocratização, DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que, quando o contribuinte efetivar a remessa da impugnação através dos Correios:

a) será considerada como data da entrega, no exame da tempestividade do pedido, a data da respectiva postagem constante do aviso de recebimento, devendo ser igualmente indicados neste último, nessa hipótese, o destinatário da remessa e o número de protocolo referente ao processo, caso existente;"

Tendo sido apresentado Recurso Administrativo, via postal, data de postagem 18/03/2009, de acordo com o ADN COSIT, e já que a ciência foi em 17 de fevereiro, admito o recurso.

DAS NULIDADES**VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS RECORRENTES A AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

No caso, não vejo nenhuma nulidade no procedimento administrativo, pois, o contraditório só é necessário a partir da lavratura do auto de infração. E este contraditório está sendo devidamente respeitado haja vista a ciência de todos os responsáveis desde a 1.a instância.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade.

DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS NO PROCESSO

Neste ponto, o recurso quer discutir o arbitramento, contudo, este não foi discutido na impugnação, assim, a matéria esta preclusa no âmbito administrativo.

DA RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Do voto da DRJ transcrevo:

"O art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, estabelece a responsabilidade tributária às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e o art. 135, inciso III, estabelece a responsabilidade tributária a diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Não se pode negar, entretanto, que tal responsabilidade é subjetiva, sendo imprescindível que fique demonstrada o dolo a quem ela é atribuída. Não se pode presumir o dolo daqueles elencados no art. 135 do Código Tributário Nacional. Sem tal comprovação (que requer procedimento em que lhe seja garantido amplo direito de defesa, tal qual no presente caso), não pode o fisco expropriá-los de seu patrimônio, sob a alegação de que são responsáveis por créditos tributários da pessoa jurídica.

Nesse contexto, destaca-se que há no processo elementos probantes da responsabilidade dos impugnantes. Tanto que a fiscalização entendeu que as condutas do responsável caracterizam, em tese, crime contra a ordem tributária, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990.

As robustas provas dos autos comprovam que os impugnantes valeram-se de um expediente conhecido na linguagem coloquial como "utilização de laranjas" ou interposição de pessoas. Nas folhas 38 a 59 consta o relato da fiscalização, bem como a indicação das provas coletadas pela fiscalização.

O objetivo deste tipo de expediente é sempre o de excluir a figura do responsável no caso de sistemática sonegação fiscal. O expediente de sonegação fiscal está comprovado por se tratarem de ocultação de receita recebida, combinada com a falta de recolhimento dos tributos devidos, no que não se admite a forma culposa, mas, sim, a presença do dolo.

Ressalte-se que não é verdadeira a afirmação dos impugnantes de que "a responsabilização dos ora impugnantes foi feita com base somente em alegações e depoimentos pessoais dos sócios da empresa autuada, sendo que em momento algum foram intimados a prestar informações", haja vista que o próprio funcionário do BRADESCO, agência Realeza/MG, onde a empresa autuada tinha movimentação financeira, Sr. Ricardo Fernandes Hott, através do Termo de Esclarecimento Fiscal de fl. 101/104, afirma que:

"(...)

QUE é funcionário do Bradesco, agência Realeza/MG, estando afastado atualmente por motivo de saúde; (...) QUE exerceu naquela agência bancária as funções de escriturário, caixa e atualmente chefe de expediente; QUE nessas funções conhece perfeitamente sobre a abertura e movimentação financeira na conta bancária número 11.182-1, pois era caixa naquela época -2002 a 2004, e esteve sempre em contato como os responsáveis pela movimentação financeira naquela conta.

QUE sabe que a conta foi aberta pelo gerente à época, SR. MANUEL ANTONIO ANDRADE, através do procurador da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO LTDA, Sr. ADEMILTON MEDEIROS DE OLIVEIRA; QUE o referido procurador era uma espécie de contínuo, que fazia os serviços bancários para o ARMAZÉNS GERAIS SÃO JOÃO LTDA; QUE o procurador assinava os cheques e ia à sua agência bancária, mas notadamente não era o real detentor dos recursos transitados pela conta bancária; QUE os reais detentores de tais recursos eram os donos dos ARMAZÉNS GERAIS SÃO JOÃO, Srs. JOÃO GARDINGO, ANTONIO GARDINGO E SEBASTIÃO GARDINGO; QUE, na qualidade de caixa, confirmou por telefone - número 3873-1454, do próprio ARMAZÉNS GERAIS SÃO JOÃO - a emissão e o pagamento de inúmeros cheques emitidos pelo SR. ADEMILTON da conta citada, de titularidade da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO; que confirmava os cheques com KÁTIA MARIA GARDINGO, filha do Sr. SEBASTIÃO GARDINGO (atual Prefeito de Matipó) e sobrinha do Sr. JOÃO GARDINGO; (...) QUE era do conhecimento da agência bancária e de seus gerentes que os recursos transitados pela conta bancária pertenciam aos GARDINGO; QUE conhece a assinatura do verso do cheque 4737, que lhe foi apresentada neste ato, como sendo do Sr. JOÃO GARDINGO; QUE o Sr. JOÃO GARDINGO endossou o cheque mesmo sem ter procuração da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO porque era do conhecimento da agência bancária que ele era quem detinha os recursos transitados pela conta.

(....)

QUE era do conhecimento dos servidores e gerentes da agência bancária que as pessoas que constam como sócios da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO na verdade não tinham nenhum poder de mando na empresa; QUE nunca contactou nenhum deles para nenhum assunto relacionado à movimentação financeira da empresa; QUE as únicas pessoas contactadas era o pessoal da GARDINGO, no telefone deles; QUE não conhece o sócio da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO, Sr. Sebastião Fernandes Barbosa; QUE desconfia que o Sr. JOSÉ ALVES seja um senhor moreno e calvo que trabalha no churrasquinho a uns 20 metros do Posto Itaúna, mas não teve nenhum contato com ele"

Deve-se lembrar que a prova testemunhal é legítima e pode ser considerada no processo, desde que seja dado ao acusado o direito de contrapor. Esse direito foi dado aos impugnantes, mas nada foi apresentado em suas defesas para afastar a legitimidade das referidas provas.

A constituição e o uso da COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO LTDA, com a utilização de pessoas interpostas, como empresa para ocultar valores tributáveis do Fisco, denota a prática dolosa daqueles que intervieram nesses atos para auferir benefícios. É inequívoca a participação dos impugnantes nesse ilícito. Essas pessoas se utilizaram de uma situação aparentemente regular - empresa regularmente constituída -, porém em nome de terceiros, para a realização de operações mercantis, com a finalidade de lucro, sem o recolhimento dos tributos devidos. (grifei)

Ao ensejo, cito manifestações da jurisprudência administrativa e judicial que se amoldam ao presente caso:

"RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LARANJAS, TESTAS-DE-FERRO OU INTERPOSTAS PESSOAS. SOCIEDADE DE FATO. SOLIDARIEDADE. CTN, ART. 124, I. Comprovada a utilização de pessoa jurídica de modo fraudulento, por pessoas físicas e outra pessoa jurídica que dela se utilizaram como meio de fugirem da tributação,

cabe responsabilizar, de modo solidário e sem benefício de ordem, todos os proprietários de fato, nos termos do art. 124, I, do CTN." (Acórdãos do 2º Conselho de Contribuintes: 203-11329 e 203-11.330, sessão de 20/09/2006, relator: conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis).

"RESPONSABILIDADE PESSOAL- São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. A dissolução irregular da empresa acarreta a responsabilidade pessoal de que trata o art. 135 do CTN. Respondem pelo crédito tributário os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias." (Acórdão do 1º Conselho de Contribuintes: 101-96.145, sessão de 23/05/2007, relator: conselheira Sandra Maria Faroni).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI - De acordo com o contido no artigo 135 do Código Tributário Nacional, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos Tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Provada nos autos a utilização de interposta pessoa para fraudar o recolhimento de tributos federais, deve a responsabilidade tributária por tal ilícito recair sobre a pessoa física do sócio ou diretor da beneficiada. (Acórdão do 1º Conselho de Contribuintes 108-07601, sessão de 05/11/2003, Relator: Nelson Lósso Filho)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - A regra geral da sujeição passiva é do contribuinte, aquele que tem relação direta com a situação que constitui o fato impositivo da obrigação Tributária. A utilização de interpostas pessoas não exime o autor da responsabilidade Tributária e penal, mormente quando tal fato é silenciado nas razões oferecidas. (Acórdão do 1º Conselho de Contribuintes 108-08490, sessão de 13/09/2005, Relator: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro).

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. SÓCIO "LARANJA". (...)

(...) A terceira situação assacada-lhes (inciso IX) também evidenciou-se. Afirmou a Fazenda Nacional que os apelantes dificultaram/impediram a satisfação do crédito através da transferência fictícia de cotas sociais das suas empresas a terceiros, conhecidos popularmente como "laranjas". Contudo, eram eles, os apelantes, que continuaram administrando, de fato, as empresas do Grupo Conforto durante o período em que ocorreram os fatos geradores dos débitos relacionados. Tal circunstância foi sobejamente demonstrada nos autos mediante vultosa prova documental, corroborada pelos depoimentos das testemunhas.

4. Embora não tenham sido aventados expressamente pelas partes, restaram presentes os requisitos exigidos pelo artigo 135 do CTN para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, responsável solidário, no caso. Nesse sentido, existem nos autos elementos suficientes (para os objetivos de uma ação cautelar) a indicar infração da lei, englobada no conceito latu sensu de "dissolução irregular da pessoa jurídica". O núcleo jurídico protegido no caso de dissolução

irregular é a normal estruturação da sociedade, seja à gestão, seja à responsabilidade patrimonial. A presença de sócio do tipo "laranja" atenta contra tal normalidade demonstrando a fraude. Gize-se a jurisprudência do Egrégio do STJ, no sentido da dissolução irregular de empresa ser um caso de ofensa à lei, consoante o artigo 135 do CTN." (TRF 4ª Região, 2ª Turma, processo: 200370050007947, julgado em 30/08/2005, grifei).

Por fim, ressalto que, no caso, além de estar configurada a dissolução irregular da empresa no sentido "*latu sensu*", em razão da utilização de pessoas interpostas ("sócios-laranja"), está também caracterizada a dissolução irregular no sentido estrito, pois a COMERCIAL AGRÍCOLA CARVALHO LTDA não teve movimentação financeira e nem registro de funcionamento a partir de 2006 e que funcionou, sem nenhum funcionário registrado, em uma pequena sala de um imóvel onde atualmente é a Câmara Municipal de Matipó (vide Relatório de Auditoria Fiscal às fls. 39).

Assim, não resta dúvida que a responsabilidade pelo total dos créditos tributários é devida pelos responsáveis apontados, haja vista, que a empresa em questão era constituída por "laranjas" e os verdadeiros donos eram as pessoas (físicas e jurídicas) apontadas pela fiscalização.

DA DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO

Do acórdão da DRJ transcrevo:

"No presente caso, a contribuinte declarou-se INATIVA em relação ao ano-calendário de 2002, consoante Declaração Anual Simplificada do referido ano, anexa à fl. 69/70. A fiscalização apurou que a contribuinte declarou para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (SEF-MG), entre os meses de janeiro e agosto de 2002, R\$ 49.066.219,18 em vendas e também, levantou a existência de 116 notas de vendas da Comercial Agrícola Carvalho no período de setembro a dezembro de 2002, no montante de R\$ 4.360.789,00, conforme descrito no Relatório de Auditoria Fiscal às fl. 53. Essa conduta configura, em tese, Crime Contra a Ordem Tributária, nos termos do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, transcrita a seguir, ensejando a "Representação para Fins Penais", constante do processo nº 10630.720379/2007-90, que segue apensado ao presente nos termos do art. 3º da Portaria SRF nº 326, de 15/03/2005:

Assim, a contribuinte sonou 100% de suas receitas caracterizando o dolo. Assim, não resta dúvida (até pela falta de pagamentos), que a decadência se rege pelo art. 173 do CTN. Como os fatos geradores foram em 2002, a fazenda poderia constituir o crédito tributário até 31 de dezembro de 2007, mas as intimações foram realizadas em 20 de dezembro de 2007, portanto antes do prazo fatal.

DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 9,6% PARA ARBITRAMENTO DO LUCRO, NOS TERMOS DA LEI 9.249/95, ARTIGOS 15 E 16.

Novamente, trata-se de matéria preclusa, ademais, não cabe a administração discutir a abusividade de lei.

DA ABUSIVIDADE DA PENALIDADE APLICADA

Aqui o recurso se insurge contra a multa no sentido de que não é razoável proporcional etc. Como sabemos, não cabe as instâncias administrativas opinar em ser razoável ou não o valor imposto pela lei para a multa.

Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade, afastar a decadência, negar provimento ao recurso, e **RATIFICAR** as responsabilidades de todos os arrolados pelos créditos tributários apurados.

Sala das Sessões, em 24 de maio de 2011.

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso - Relator

Voto Vencedor

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar o Acórdão

Formalizo este voto vencedor por designação do presidente da 1ª Seção de Julgamento, tendo em vista que o redator designado, Conselheiro Hugo Correa Sotero, não formalizou o voto vencedor e não pertence mais aos colegiados do CARF.

Assim, até esta data não havia sido concluída a formalização da decisão proferida em 24/05/2011, pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF.

Ressalto, por oportuno, que não integrava o colegiado que proferiu o acórdão e, portanto, não participei do julgamento.

Assim, o entendimento consubstanciado neste voto vencedor, que se restringe à exclusão da responsabilidade tributária do recorrente Sr. Ademilton Medeiros de Oliveira, tem por base os elementos constantes da ata da Sessão de Julgamento, realizada pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, em 24/05/2011, à partir das quatorze horas e trinta minutos, e não exprime qualquer juízo de valor deste redator.

Em que pese o bem elaborado e fundamentado voto do ilustre Relator, durante as discussões ocorridas por ocasião do julgamento do presente litígio surgiu divergência que levou a conclusão diversa com relação à responsabilidade tributária imputada, em caráter pessoal ao recorrente Sr. Ademilton Medeiros de Oliveira.

Desta feita, entendeu o colegiado que não restou configurada a responsabilidade tributária do referido recorrente.

Pelo exposto, a decisão do colegiado foi no sentido de dar provimento ao recurso voluntário interposto pelo Sr. Ademilton Medeiros de Oliveira, para excluí-lo do pólo passivo da obrigação constituída mediante o lançamento formalizado no presente processo.

Acórdão formalizado em 14 de Agosto de 2015.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar o Acórdão