



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Recurso nº : 149.048
Matéria : IRPJ E OUTROS – Exs.: 1998 e 1999
Recorrentes : LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 12 DE SETEMBRO DE 2007
Acórdão nº : 107-09.145

DECADÊNCIA – O fato gerador do imposto de renda e das contribuições das empresas que declaram o tributo pelo lucro real trimestral (art. 2º da Lei nº 9.430/96) ocorre no último dia do trimestre de correspondência, contando-se daí o prazo decadencial para o fisco exercer o direito de constituir o crédito tributário, salvo quando ocorrer dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional), em que a contagem se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

SIGILO BANCÁRIO – INFORMAÇÕES COLHIDAS COM FUNDAMENTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 - Lei 9.311/96, art. 11, § 3º, NOVA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 10.174, de 09.01.2001, E DECRETO Nº 3.724, DE 10.01.2001 – Em se tratando de normas formais ou procedimentais que ampliam o poder de fiscalização a sua aplicação é imediata, alcançando fatos pretéritos, consoante o disposto no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

ARBITRAMENTO DE LUCROS - A falta de apresentação ao fisco dos livros comerciais e fiscais, em que se assentar a escrituração, justifica o arbitramento de lucros, com base nos arts. 47, inciso III, da Lei nº 8.981/95, e no artigo 530, inciso I, do RIR/99, para o Imposto de Renda, e art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; arts. 19 e 20, da Lei nº 9.249/95; e art. 29 da Lei nº 9.430/96, para a CSLL.

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS SIMULTANEAMENTE ATRAVÉS DE PROVA E DE PRESUNÇÃO LEGAL, ENSEJANDO DUPLICIDADE DE TRIBUTAÇÃO – Descabe tributar simultaneamente valores detectados por falta de contabilização de notas fiscais emitidas e por omissão de receitas indiciada por depósitos bancários de origem não comprovada, quando referentes ao mesmo período-base, ante a probabilidade de que aqueles valores estejam compreendidos nos valores depositados.

MULTA AGRAVADA – Caracterizado na espécie o evidente intuito de fraude que autoriza o lançamento de multa agravada, como previsto no inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, impõe-se a manutenção da multa qualificada.

MULTA MAJORADA – A majoração da multa de ofício não pode prosperar no arbitramento de lucros justificado na falta de

D

9



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

apresentação dos livros e documentos por ter sido exatamente esta a razão da medida extrema.

JUROS DE MORA - SELIC - Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RIR/94, art. 988, § 2º, e RIR/99, art. 953, § 3º). E, a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c art. 161 do CTN (Súmula nº 04, do 1º CC).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência de IRPJ nos três primeiros trimestres de 1997. Pelo voto de qualidade, ACOLHER a preliminar de decadência de CSLL para os três primeiros trimestres de 1997, vencidos os conselheiros Luiz Martins Valero, Albertina Silva Santos de Lima e Jayme Juarez Grotto. Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo do IRPJ e CSLL no ano de 1998, das quantias arroladas no item 0.02 – receitas operacionais e excluir a responsabilidade da sociedade Belo Horizonte Refrigerante Ltda. Por maioria de votos, REDUZIR a multa de ofício para 150%, vencidos os Conselheiros Albertina Silva Santos de Lima e Marcos Vinicius Neder de Lima, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 OUT 2007



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: HUGO CORREIA SOTERO e LISA MARINI FERREIA DOS SANTOS. Ausente a Conselheira RENATA SUCUPIRA DUARTE.

dh



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Recurso nº : 149.048
Recorrente : LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA sofreu arbitramento dos seus lucros, nos trimestres dos AC de 1997 e de 1998, consoante auto de infração do Imposto de Renda (IRPJ), fls.4/13, e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), fls. 30/40, sob o fundamento fático de que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termos de intimação em anexo, deixou de apresentá-los, e sob o fundamento legal dos arts. 47, inciso III, da Lei nº 8.981/95, para o Imposto de Renda, e art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249/95; e art. 29 da Lei nº 9.430/96, para a CSLL.

A base de cálculo foi constituída por receitas operacionais (atividade não imobiliária) de revenda de mercadorias, nos quatro trimestres dos anos-calendário de 1997 e de 1998, que foram conhecidas a partir das notas fiscais de venda levantadas junto aos clientes do contribuinte e por receitas omitidas representadas por depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovadas, com fulcro no art. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96, nos três primeiros trimestres de 1998.

Foi aplicada a multa de 225% (qualificada e majorada).

A fiscalização lançou também o valor das contribuições para o PIS (fls.14/21) e para a COFINS (fls. 22/29), nos meses de janeiro a dezembro de 1998, ambas com multa de 225% (fls. 16) e (fls. 24).

Os fatos estão minuciosamente descritos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 44/103, relativo à fiscalização da empresa Lunar Empreendimentos Ltda.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Em decorrência dos fatos descritos nesse Termo de Verificação foram arrolados como responsáveis tributários, com espeque nos arts. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), o Sr. Glênio Menezes Lourenço (TI 1103/2003-fls. 363/365); o Sr Rogério Luiz Bicalho (Termo de Intimação 1104/2003-fls 366/368); a Drª Roseana de Fátima Bicalho (fls. 369/371); a Srª Rosilene Bicalho (TI 1106/2003-fls. 372/374); a Srª Maria Torres de Freitas Bicalho (TI 1107/2003-fls. 375/377) e a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. (TI 1108/2003-fls.378/380. As pessoas físicas tiveram ciência das respectivas intimações em 23/12/2003 (fls 384) e a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., em 24/12/2003 (fls. 383). A empresa Lunar Empreendimentos Ltda. foi intimada por edital, fixado na repartição fiscal em 12/12/2003 (sexta-feira) e desafixado em 03/02/2004.

A empresa Lunar apresentou sua impugnação em 21/01/2004 (fls. 389/423), a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., em 21/01/04 (fls. 426/448), e as pessoa físicas arroladas como responsáveis apresentaram impugnação em conjunto, em 21/01/2004 (fls. 617/640).

A Empresa Lunar Empreendimentos Ltda. levanta duas preliminares: a) ela havia ingressado no PAES, parcelando todos os seus débitos fiscais federais, ficando, assim, suspenso o crédito correspondente, e bem assim a pretensão punitiva do Estado, o mesmo se aplicando às pessoas físicas arroladas; b) decadência do imposto e das contribuições, todas sujeitas ao lançamento por homologação e à regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN.

Em relação ao mérito, sustenta que o princípio da verdade material foi violado no lançamento, uma vez que, a fiscalização não fez a prova contundente que lhe competia de que tais depósitos vieram a se transformar em acréscimo patrimonial, discorrendo a respeito. O Imposto de Renda e a CSLL, lançados com base no arbitramento calculado sobre receita da revenda de mercadorias e da suposta omissão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

de receitas por depósitos bancários, foram obtidos na movimentação financeira da empresa, com espeque na Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, cujos preceitos não teriam sido respeitados, uma vez que faltou a autorização judicial para a quebra do seu sigilo. Assim, a prova foi obtida por meios ilícitos, contaminando todo o processo.

Outrossim, o art. 42 da Lei nº 9.430/96 choca-se com o conceito de renda de que trata o art. 43 do CTN.

Traz à colação o disposto no art. 230 c/c 227 do Código Civil vigente que não permite a adoção de presunção simples para provar a existência de negócio jurídico, cujo valor seja superior ao décuplo do salário-mínimo.

Contesta também a responsabilidade tributária das pessoas físicas arroladas no procedimento.

Insurge-se contra os lançamentos reflexos com base em movimentação financeira e das multas aplicadas por serem exorbitantes, e bem assim os juros de mora com base na SELIC. Requer a juntada futura de provas e a realização de perícia, Indicando perito e quesitos.

A empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda apresenta, em sua impugnação de fls 426/448, linha de argumentação semelhante à adotada pela LUNAR, alegando decadência do direito de o fisco lançar tanto o tributo como as contribuições. Sustenta descaber a responsabilidade de terceiras pessoas pela inexistência de solidariedade, já que nunca participou dos quadros societários da atuada. A solidariedade há de estar prevista em lei, procurando demonstrar que não se enquadra nas hipóteses legais em que ocorre a solidariedade. Da mesma forma, assevera, não tem lugar a responsabilidade das pessoas físicas arroladas no auto de

dh



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

infração, à luz do art. 135 do CTN. Considera confiscatórias as multas aplicadas e descabidos os juros de mora com base na taxa SELIC.

As pessoas físicas arroladas reproduziram, na impugnação comum de fls. 617/640, argumentos da impugnação apresentada pela Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. no que concerne à decadência, presunção de responsabilidade de terceiras pessoas, face à inexistência de solidariedade e da inexistência de responsabilidade das pessoas físicas, diante do art. 135 do CTN e da jurisprudência do STJ, bem como o caráter confiscatório das multas e da improcedência dos juros de mora, com base na taxa SELIC.

Segue-se o Acórdão nº 06.513, de 03/08/2004, da 2ª Turma da DRJ em Belo Horizonte-MG. de fls. 711 a 753.

A Turma de Julgamento acolheu as impugnações apresentadas pela atuada e pelos responsáveis, por entender que satisfizeram os pressupostos legais para sua interposição.

A seguir, após transcrever o disposto nos arts 1º e seus §§ 1º e 2º, e 9º da Lei nº 10.684, de 30/05/2003, esclarece que, conforme telas extraídas do sistema que controla o PAES (fls. 705/709), o pedido de parcelamento firmado em 29/08/2003, incluiu apenas débitos referentes ao AC de 1998, e não a totalidade dos débitos, como fez crer a impugnante. Esclarece, outrossim, que a representação ao Ministério Público deverá aguardar a decisão terminativa, na esfera administrativa.

Primeiramente, reporta-se ao termo fiscal de fls. 44/103, item IV, com referência à Responsabilidade pelo Crédito tributário, reportando-se aos fatos descritos pela fiscalização no mencionado termo (fls. 730/739), para concluir que ficou caracterizada a responsabilidade da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda,

97



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

consoante o disposto no art. 124 do CTN, e das pessoas físicas também arroladas, com fulcro no art. 135, incisos II e III, da mesma lei nacional.

Rejeita a preliminar de decadência do crédito tributário porque houve fraude no procedimento do sujeito passivo, infração capitulada no art. 72 da Lei nº 4.502/64, sendo a multa lançada de acordo com o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. E neste caso, a caducidade do imposto conta-se pela regra geral do art. 173, do CTN., enquanto a das contribuições pelo art. 45 da Lei nº 8.212, de 24/07/91.

Analisa a defesa apresentada diante dos fatos coligidos pela fiscalização e constantes do termo de verificação fiscal de fls 44/103, relativamente ao arbitramento do lucro da autuada, que decorreu da falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais, malgrado tenha a fiscalização intentado, por todos os meios legais, intimar a contribuinte a apresentar os mencionados livros e a documentação pertinente. A empresa era omissa na entrega das declarações de rendimentos dos anos calendários de 1997 e de 1998, tendo o fisco cumprido todas as formalidades essenciais exigidas pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, notadamente em relação à RMF expedidas (Anexo I, vols. 2 e 3, fls. 286/489). Reporta-se ao magistério de Zuudi Sakakihara, "in" Código Tributário nacional, e ao parecer do Procurador da Fazenda Nacional, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, em artigo publicado na Revista Fórum Administrativo nº 6, de agosto de 2001. Ao final, conclui pela legitimidade na utilização da movimentação financeira do contribuinte.

A base de cálculo do ano de 1997 foi obtida mediante a aplicação dos percentuais legais sobre o valor das saídas consignadas pela empresa nos Demonstrativos de Apuração do ICMS. Já a do ano de 1998, foi baseada na aplicação dos percentuais fixados em lei sobre a receita conhecida, apurada através das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, apresentadas pelos destinatários em atendimento a intimações expedidas. E foi considerada ainda a omissão de receitas decorrentes da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

falta de comprovação da origem dos valores creditados em contas de depósito mantidas em instituições financeiras, cuja origem o contribuinte não comprovou.

A Turma julgou também corretamente aplicado o disposto no art. 42 e §§ da Lei nº 9.430/96, ao caso concreto, em razão dos fatos registrados pela fiscalização. A falta de comprovação da origem dos recursos resultantes de um crédito bancário autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos não declarados. A base de cálculo apurada se insere no conceito legal de renda, consoante o mencionado dispositivo.

A realização da perícia foi negada por entender o julgador que cabia à recorrente infirmar os fatos e a documentação trazida aos autos pela fiscalização, uma vez que não o fizera na fase de fiscalização, malgrado o esforço da fiscalização para que o fizesse. Descabe à fiscalização, agora, suprir eventual falta do contribuinte no que concerne à formação de provas de sua defesa.

Também não tem respaldo a pretensão da impugnante de que a apreciação do pedido de perícia lhe fosse apresentada antes de proferida a decisão pela autoridade julgadora.

No que concerne à multa agravada e majorada, assevera o julgador que os termos de fiscalização demonstram com clareza o procedimento fraudulento da empresa, desde as intimações iniciais dirigidas aos sócios contratuais e à contadora da atuada, passando pelas provas juntadas em relação às pessoas físicas e à pessoa jurídica implicadas como responsáveis pelo crédito tributário, ficou demonstrada a intenção de impedir o conhecimento da autoridade fiscal da identidade dos verdadeiros sócios da empresa atuada, mediante a utilização de interpostas pessoas no contrato social e respectivas alterações. Essa intenção também se expressa na ação dolosa na conduta omissiva da falta da entrega das declarações exigidas pela SRF relativas aos

4



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

anos de 1997 e de 1998, fato que retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais.

Em relação à majoração da multa de lançamento de ofício, ela se deve à falta de atendimento de diversas intimações, como consta do termo de fls. 44/103, com vista à obtenção de esclarecimentos e também dos livros e documentos referentes à escrituração comercial e fiscal, além dos extratos bancários pertinentes ao ano de 1998. Assevera que a vedação de confisco, de que trata o artigo 150, IV, da Constituição Federal, dirige-se ao legislador e em relação a tributos. Não cabe à administração pronunciar-se sobre matéria do ponto de vista constitucional, salvo se a lei foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Outrossim, não há como negar efetividade à cobrança da multa de ofício sob o argumento de natureza confiscatória ou da violação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

Foram rejeitados também os argumentos sobre a aplicação da Taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora, por descaber à Turma apreciar matéria de constitucionalidade, e que a regra estabelecida no § 3º do art. 192 a Lei Magna refere-se à limitação das taxas reais de juros aplicados nas operações do Sistema Financeiro Nacional, dispositivo revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29/05/2003.

A aplicação da taxa SELIC tem respaldo no art. 61, § 3º, c/c o art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Relativamente aos lançamentos reflexos, registra o julgador que o lançamento principal foi integralmente confirmado, inclusive no tocante à multa de ofício e aos juros moratórios, estando, assim, corretos os lançamentos da CSLL, da COFINS e do PIS.

O lançamento do PIS e da COFINS resultam da omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada. O artigo 24, § 4º, da Lei nº 9.249,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

de 26/12/95, estabelece que o valor da receita omitida será considerado na base de cálculo para o lançamento da CSLL, da COFINS e do PIS/PASEP.

LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA. foi intimada por edital (fls. 759), afixado em 07/03/2005 (uma segunda-feira) e desafixado em 23/07/2005 (terça-feira), uma vez que a correspondência destinada ao endereço da sociedade, retornou com a nota de "mudou-se". A empresa apresentou recurso contra a decisão de primeira instância às fls. 822/849, protocolizado na repartição fiscal em 12/04/2005 (fls. 822). Não apresentou arrolamento de bens, informando não possuir qualquer bem no seu ativo permanente, o que, sustenta, não ser impeditivo do seguimento do seu recurso (Art. 32, §2º da Lei nº 10.522/2002), logrando seguimento do seu apelo (fls.910).

A recorrente, após um rascunho dos fatos, alega preliminarmente a necessidade da suspensão do processo em face de sua adesão ao PAES – PARCELAMENTO ESPECIAL instituído pela Lei nº 10.684/03, alcançando a totalidade dos seus débitos fiscais federais, constituídos ou não, inscritos ou não como Dívida Ativa, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, que foram incluídos no parcelamento. De qualquer modo, afirma, a Turma já reconheceu que os débitos referentes ao ano calendário de 1998 estavam incluídos no PAES. Igualmente, pleiteia a suspensão da ação punitiva do Estado em relação aos supostos crimes tributários (art. 9º da Lei nº 10.684/2003).

Sustenta a recorrente a decadência do crédito tributário com fulcro no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), e não do disposto no art. 173, I, do mesmo Código. De qualquer modo, diz, em relação ao ano calendário de 1997, que mesmo com base no último dispositivo, a decadência, já se teria operado. No Ano-calendário de 1988, aplicando-se a regra do § 4º, do art. 150, do CTN também teria ocorrido a decadência em relação ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS. Discorre a respeito e cita decisões do Conselho de Contribuintes que entende amparar sua posição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Alega também nulidade por cerceamento do seu direito de defesa, em face do indeferimento de realização da perícia solicitada em primeira instância, o que afronta o disposto no item LV do art. 5º da Constituição Federal.

No mérito, a recorrente aponta irregularidade no arbitramento dos seus lucros, o que ofende o art. 43 do CTN. As maneiras de se tributar a renda oponível são o lucro real, o lucro presumido e arbitrado. O arbitramento não é penalidade. No caso, o arbitramento foi feito com base exclusiva na apuração total dos créditos constantes das contas bancárias da recorrente, sendo que o acesso a tais informações se fez com provas ilícitas, o que torna nulo o lançamento, uma vez que não foram respeitados os preceitos da Lei Complementar nº 105/2001, impondo-se interpretar conjuntamente os art. 6º e 3º, da lei complementar, para chegar-se à conclusão de que a quebra do sigilo depende de requisição do Poder Judiciário. Por outro lado, essa lei não poderia ter efeito retroativo aos anos-calendário de 1997 e de 1998, sendo, assim, ilegal a prova obtida. Cita doutrina e precedentes administrativos nesse sentido. Diz que o ônus da prova para constituição do crédito tributário é da Fazenda Nacional e, deste ônus, ela não se desincumbiu.

Em relação à omissão de receitas, sustenta que não basta a presunção legal de omissão de receitas, mas a prova contundente por parte do fisco de que tais depósitos vieram a se transformar em acréscimo patrimonial. Para a recorrente, basta que o contribuinte conteste a exigência para que se inverta o ônus da prova. É preciso determinar na movimentação financeira a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza. O fisco tem de provar a aquisição de disponibilidade financeira ou jurídica por parte da fiscalizada.

A imprestabilidade do lançamento, assevera, também decorre da desobediência ao disposto no art. 230, c/c 227 do Código Civil vigente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A recorrente defende também as pessoas físicas arroladas como responsáveis, asseverando que jamais poderiam responder pelos débitos atribuídos a ela porque nunca participaram dos quadros societários da recorrente.

O fisco baseou-se em tentativa desesperada dos reais sócios da empresa que tratam de imputar a responsabilidade a terceiros, sem produzir a prova que lhe cumpria diante do art. 368, par. ún. do CPC. Invoca, em favor dos responsáveis em tela, o disposto no art. 112 do CTN.

Quanto às tributações reflexas na CSLL, COFINS e PIS, afirma que, não havendo omissão de receitas, não há tributação reflexa dessas contribuições, devendo ser anulados os respectivos lançamentos.

Alega a inconstitucionalidade dos lançamentos notadamente em relação ao caráter confiscatório das multas e dos juros aplicados. Ao contrário da decisão recorrida, que afirma não caber à autoridade administrativa pronunciar-se sobre matéria do ponto de vista constitucional, traz à baila pronunciamentos da Doutrina em sentido contrário, discorrendo a respeito. A seu ver, a multa deve estar em perfeita sintonia com os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e da Moralidade. Além disso, o fisco tem de apresentar prova cabal da fraude, o que não ocorreu no caso.

Quanto aos juros de mora, reporta-se ao REsp nº 215881/PR que pacificou o entendimento de que os juros SELIC não se prestam aos fins visados.

A Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. foi intimada por via postal (fls. 765), com data de recebimento em 15/03/2005 (fls. 766). Apresentou o seu recurso em 12/04/2005 (fls 782/813), instruído com arrolamento de bens (fls. 781). *df*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Em seu recurso repete razões já apresentadas em primeira instância e na linha do que sustentou a empresa Lunar Empreendimentos Ltda, desde a preliminar de decadência do imposto e das contribuições, discordando do julgador de que estas seguiriam o disposto no art. 45 da lei 8.212/91, passando pela questão das provas ilícitas. Ao tratar da responsabilidade de terceiras pessoas, sustenta que jamais poderia responder pelos débitos da Lunar porque nunca fizeram parte de seus quadros sociais, discorrendo a respeito, com invocação do disposto no arts. 264 e 265 do Código Civil vigente, art.124, incisos I e II do CTN, 368 do CPC, com passeio pela Doutrina e contestando os fundamentos do acórdão recorrido.

Salienta que além do seu objetivo social de industrialização e comercialização de refrigerantes decorrentes de produção própria, atua também como industrializadora por conta e ordem de terceiros, procedimento este plenamente previsto no RIPI.

Ressalte-se ainda que nas industrializações por conta e ordem de terceiros, as mercadorias e matérias primas adquiridas pelo autor da encomenda podem ser entregues diretamente no estabelecimento do industrializador, consoante previsão dos artigos 300 a 303 do anexo IX do RICMS/MG. Esta a razão pela qual diversas mercadorias faturadas pela LUNAR eram entregues diretamente no estabelecimento da Recorrente.

Quanto aos valores utilizados pela LUNAR para pagamento de equipamentos e serviços contratados pela Belo Horizonte Refrigerantes, tais valores foram utilizados como pagamento pelos empréstimos (contratos de mútuo) realizados entre as partes, mútuo este inclusive registrado na contabilidade da Recorrente, consoante demonstra o Livro Diário Anexo.

47



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Tudo isso demonstra que não há o que se falar em interesse comum entre as partes, mas sim que existiram negócios jurídicos entre as partes.

Contesta, inclusive, o argumento de que a autoridade administrativa não pode pronunciar-se de matéria do ponto de vista constitucional. Insurge-se contra as multas aplicadas por representarem verdadeiro confisco e a ausência de fraude. Sustenta também a inexistência de responsabilidade das pessoas físicas mencionadas no auto de infração á luz do art. 135, III, do CTN e da atualizada jurisprudência do STJ.

As pessoas físicas arroladas foram intimadas em 15/03/2005, como se vê das fls. 761 e 767, 762 e 769, 763 e 770, 764 e 771, apresentando recurso em comum em 12/04/2005 (fls. 852 a 886).

Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço e Maria Torres de Freitas Bicalho arrolaram bens às fls.773/774, 852/892 e 777/778. Rogério Luiz Bicalho e Rosilene Bicalho não apresentaram arrolamento, informando não possuírem bens e direitos pertencentes aos seus patrimônios passíveis de arrolamento, conforme consta da última declaração de rendimentos apresentada à SRF no exercício de 2005, ano-calendário de 2004 (ver fls. 779 e 780)

A repartição fiscal aceitou os arrolamentos e as razões apresentadas pelos que não arrolaram bens, dando seguimento aos recursos (fls. 910).

Nesse recurso, as pessoas físicas militam na mesma linha recursal da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, no que respeita à decadência do imposto e das contribuições, das provas consideradas ilícitas, da responsabilidade de terceiras pessoas, inexistência de solidariedade, para, a seguir, contestar os fundamentos do acórdão recorrido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Sustentam que as razões apresentadas pelo aresto recorrido para manter a responsabilidade das recorrentes são indícios apenas e devaneios, impondo-se ao fisco provar efetivamente a autoria das irregularidades apontadas e não apenas apegar-se a presunções, ao invés da verdade material que lhe cumpre buscar. Os imóveis foram locados pela forma prescrita em lei, os caminhões de propriedade de Roseana de Fátima e Maria Torres foram locados por elas á empresa LUNAR, como figura de suas declarações do imposto de renda das recorrentes. A assinatura de Rosilene como advogada, em atendimento ao Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios, na terceira alteração contratual da empresa LUNAR, também não autoriza a conclusão da Turma Julgadora. Esses fatos jamais podem caracterizar interesse comum capaz de atribuir responsabilidade solidária ás recorrentes. Igualmente, a tentativa desesperada dos reais sócios da empresa de não serem responsabilizados pessoalmente por tais débitos, imputando tal responsabilidade a terceiros, não tem esse condão, à vista do disposto no art. 368 do CPC.

As recorrentes asseveram a inexistência de responsabilidade das pessoas físicas mencionadas no auto de infração, à luz do art. 135, III, do CTN, e da jurisprudência dos tribunais, concluindo que essa responsabilidade somente tem lugar quando as pessoas citadas figurem como sócios-gerentes da sociedade, que tivesse havido de sua parte ato contrário à lei ou ao contrato social e, por fim, que tal ato houvesse sido comprovado pela autoridade administrativa. Esses pressupostos não foram atendidos pelo lançamento.

Reproduzem as apelantes argumentos já apresentados em relação à apreciação de matéria constitucional, sobre as multas consideradas confiscatórias, a ausência de fraude e a ilegitimidade dos juros de mora com base na SELLIC.

É o relatório.



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

VOTO

Conselheiro - CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES – Relator.

Recursos tempestivos e assentes em lei, deles tomo conhecimento.

PRELIMINARES:

Preliminarmente, como bem demonstrou a Turma Julgadora, o procedimento fiscal observou as regras do Decreto nº 70.235/72 e as pertinentes ao Mandado de Procedimento Fiscal, não procedendo as alegações de nulidade a respeito e aos fundamentos do julgado que aprovo e acolho como razões de decidir, nessa questão.

A negativa de realização da perícia requerida é de todo procedente, nos precisos termos da decisão recorrida.

A tributação deve ser feita preferencialmente pelo lucro real, pelo lucro presumido, quando a empresa preenche os requisitos necessários à opção pelo regime, ou pelo lucro arbitrado.

O lucro arbitrado não é penalidade, mas apenas uma salvaguarda do crédito tributário. Se o contribuinte não possui livros comerciais e fiscais necessários à tributação do lucro real, na fase de fiscalização, ao fisco não resta senão lançar mão do regime do lucro arbitrado.

O lançamento não é condicional e uma vez assim feito, somente poderá ser modificado através de impugnação ou recurso, em que se demonstre a impropriedade do lançamento, quando de sua realização. Posteriormente, não é possível cambiar a forma de tributação adotada no lançamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A empresa ingressou no PAES, durante a fase de fiscalização, apenas parcialmente e em relação ao ano-calendário de 1998, de acordo com telas acostadas aos autos pelo julgador de primeira instância, e a recorrente não traz em seu apelo ao Conselho nenhuma prova em contrário ao que afirmou a decisão. De qualquer modo, o fato não afasta a apreciação do lançamento. Se o contribuinte ingressasse no PAES com a totalidade do crédito lançado, aí, sim, seria o caso de não se conhecer do recurso, diante de confissão de toda a dívida.

No que respeita à representação ao Ministério Público, ela somente terá o seu devido destino, na hipótese de esgotada a instância administrativa, com decisão contrária à autuada.

Impõe-se também, desde logo, a apreciação da decadência levantada pelas partes.

Os períodos-base do Imposto de Renda e da Contribuição Social são os quatro trimestres dos anos-calendários de 1997 e os três primeiros trimestres de 1998, enquanto os períodos-bases do PIS e da COFINS, limitam-se aos doze meses do ano de 1998, uma vez que o lançamento dessas duas contribuições restringeram-se a omissão de receitas (fls. 14/21 e 22/29).

Isto posto, tem-se que a LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA. foi intimada através do Edital nº 065/2003, afixado em 12/12/2003, uma sexta-feira (fls. 382), considerando-se intimada a empresa em 29/12/2003 porque o dia 27/12/2003 caiu num sábado.

No entanto, no caso concreto, houve aplicação da multa agravada com espeque no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, c/c o inciso II, do art. 71, da Lei nº 4.502/64, assim redigidos:

4



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Lei nº 9.430/96:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502. de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

Lei nº 4.502/64, de 30/11/64:

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

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

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

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

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

A fiscalização no Termo de Fiscalização Fiscal demonstrou detalhadamente a prática de atos que objetivavam impedir o conhecimento por parte da autoridade fiscal da identidade dos verdadeiros sócios da empresa LUNAR, utilizando interpostas pessoas no contrato social e suas alterações, deixando a responsabilidade pelos tributos sonegados para pessoas sem condições econômico-financeiras, os chamados “laranjas”.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Essa questão será demonstrada mais adiante no curso deste voto.

Inicialmente, quero registrar com relação à contagem do prazo decadencial que ele é de cinco anos, tanto para o Imposto de Renda como para as contribuições para o PIS, como para a COFINS como para a CSLL; as contribuições em razão da natureza tributária delas.

Este o entendimento da maioria das Câmaras deste Conselho, como da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Com efeito,

As contribuições para o PIS e a COFINS, em conformidade com os arts. 149 e 195, § 4º, da Constituição Federal, têm natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, no RE Nº 146.733-9-SÃO PAULO, o que implica na observância, dentre outras, às regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a contagem do prazo decadencial dessas contribuições se faz de acordo com o Código Tributário Nacional, mais precisamente no art. 150, § 4º, com o prazo de 5 (cinco) anos para a homologação ou para o lançamento de ofício, salvo na ocorrência de evidente intuito de fraude, em que a contagem desse lustro se dá na forma do art. 173, do mencionado código.

Yves Gandra da Silva Martins, " in" Comentários à Constituição do Brasil, 8º Volume, Editora Saraiva, 2ª edição, 2000, pág. 54, comentando o art. 195, da Carta Magna, diz que: "Discutiu-se no passado, se havia duas classes de contribuições sociais, ou seja, aquelas de natureza tributária (art.149) e as outras, sem essa natureza (art. 195). A Suprema Corte colocou ponto final no debate ao declarar que a Constituição brasileira hospeda um único tipo de contribuição social, e que esta tem natureza tributária.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A seguir, o ilustre tributarista, transcreve excerto do voto do Ministro Moreira Alves, relator do RE nº 146.733-SP, Pleno:

“...Sendo, pois, a contribuição instituída pela Lei nº 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, com base no inciso I do artigo 195 da Carta Magna, segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. No tocante às contribuições sociais — que dessas duas modalidades é a que interessa para este julgamento —, não só as referidas no artigo 149 — que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional — têm natureza tributária, como resulta, igualmente, da observância que devem ao disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, mas também as relativas à seguridade social previstas no artigo 195, — que pertence ao título ‘Da Ordem Social’ Por terem esta natureza tributária é que o artigo 149 determina que as contribuições sociais observem o inciso III do artigo 150 (cuja letra ‘b’ consagra o princípio da anterioridade). Exclui dessa observância as contribuições para a seguridade social previstas no artigo 195, em conformidade com o disposto no par. 6º deste dispositivo, que aliás, em seu par. 4º, ao admitir a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, determina se obedeça ao disposto no artigo 154, I, da norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições sociais...”

No mesmo sentido, excerto do voto do Ministro Carlos Velloso, no RE nº 138.284-8/CE (DJU de 28/08/92-págs. 13456):

“...A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, “b”). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)...”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A prescrição e a decadência inscritos na lei complementar de normas gerais (TN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (CF. art. 146, III, "b", art. 149), consoante o Min. Carlos Velloso (STF-Plenário, RE 148.754-2/RJ, num. 93).

Sendo de natureza tributária, aplica-se a estas contribuições, o disposto no art. 146, III, da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

I -....."omissis".....;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a)....."omissis".....;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;" (grifei)

Por seu turno, a lei complementar, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), reza, em seu art. 150, §4º:

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

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Como se vê, é o próprio Supremo Tribunal Federal a manifestar-se no sentido de que o prazo decadencial da contribuição em tela é de 5 (cinco) anos, e a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

seguir-lhe os passos não está a Câmara Superior de Recursos Fiscais decretando inconstitucionalidade de lei alguma, o que, aliás, reclamaria manifestação expressa, o que seria um absurdo. Afinal, somente a Egrégia Corte tem competência para tanto. É, antes de tudo, uma questão escolar.

Este entendimento tem sido aplicado em decisões monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como jurisprudência da Suprema Corte, adotada por unanimidade de votos, Plenário. Registre-se alguns desses despachos: No RE 552757-RS, Ministro Carlos Britto, Julgamento em 28/06/2007 (DJ 07/08/2007); RE 548785/RS, Ministro Eros Grau, Julgamento em 26/06/2007 (DJ 15/08/2007); RE 540704,/RS, Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 206/06/2007 (DJ 08/08/2007).

O STJ já se manifestou no sentido de que o prazo decadencial, mesmo para as contribuições sociais, é de 5 (cinco) anos, como se verifica do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 616.348 - MG (2003/0229004-0), de 14/12/2004:

“1.” omissis”

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).

A contribuição em tela amolda-se ao disposto no art. 150 acima transcrito, eis que cabe ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

O legislador ordinário pode fixar outro prazo para a homologação desde que menor do que o estabelecido no retrotranscrito § 4º. É o que ensina a Doutrina, nas lições de Aliomar Baleeiro, “in” Direito Tributário Brasileiro, Forense, 9ª edição, pág. 478;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Fábio Fanucchi, em sua obra Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Resenha Tributária, 3ª edição, Vol. I, pág. 297; Luciano Amaro, em Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 6ª edição, pág.387; Alberto Xavier, "in" Do Lançamento-Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, Forense, ed. 1997, pág. 94; Sacha Calmon Navarro Coelho, em Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense, 1999, pág. 672; e Leandro Paulsen, em Código Tributário Nacional, Livraria do Advogado, editora/ESMAFE-RS, Porto Alegre, 2000, pág.502, dentre outros.

No caso concreto, impõe-se a aplicação da regra geral do citado artigo, ante a evidente intenção de fraude.

O PIS e a COFINS são suscetíveis de pagamento pelo contribuinte, independentemente de qualquer providência do fisco, cumprindo-lhe, então verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular e, por fim, pagar o montante do tributo devido, se desse procedimento houver tributo a ser pago. Amolda-se, portanto, à hipótese do art. 150, § 4º, do CTN.

O referido dispositivo está assim redigido:

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se **homologado o lançamento** e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (negritei)

O que o CTN homologa, portanto, é o lançamento e não o pagamento. É o procedimento que tanto pode apontar contribuição a pagar ou não. Se o citado art. 150, § 4º, homologasse apenas o pagamento teria dito "homologado o pagamento" e não "homologado o lançamento", como diz o texto acima transcrito.

Entendimento em contrário, ou seja, de que o que se homologa é o pagamento, ainda se prestaria a outras discussões. Qual o pagamento que o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

dispositivo homologaria ? O declarado e pago pelo contribuinte, ou o pretendido pelo fisco?.

Mas, voltando ao pensamento interrompido, em razão da multa agravada, a contagem da decadência da obrigação tributária ocorrida nos três trimestres de 1997, tem início em 1º/01/1998, ou seja, no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o IRPJ e a CSLL poderia ter sido lançado. Assim, a decadência ocorreu em 1º/01/2003, enquanto o lançamento se fez em 29/12/2003.

Já a contagem do lustro decadencial referente ao quarto trimestre de 1997, uma vez que o lançamento somente poderia ser feito a partir de 1º/01/1998, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser feito é o dia 1º/01/1999. Contando-se daí os 5 (cinco) anos de que trata o referido dispositivo, a decadência do IRPJ e da CSLL ocorreria em 1º/01/2004. Como o lançamento foi feito em 29/12/2003, não ocorreu a decadência do imposto e da CSLL referente ao quarto trimestre de 1997.

E, por via de consequência, também não houve decadência também dos trimestres referentes ao ano-calendário de 1998.

Já as contribuições para o PIS e para a COFINS, como os períodos são mensais, o lançamento dessas contribuições referentes aos meses de janeiro a novembro de 1998 poderiam ser lançados em 1998, iniciando-se a contagem da decadência em 1º/01/1999, ultimando-se o lustro decadencial em 1º/01/2004.

Como o lançamento foi feito em 29/12/2003, não ocorreu a decadência do PIS e da COFINS, referente a todos os meses do ano-calendário de 1998.

Face ao exposto considero que ocorreu a decadência do Imposto de Renda e da CSLL relativamente aos três primeiros trimestres de 1997.



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

DO SIGILO BANCÁRIO:

Relativamente à transferência do sigilo bancário, cumpre esclarecer que este Colegiado, em diversos pronunciamentos sobre a aplicação da Lei Complementar nº 105/2001, tem entendido que se trata de norma formal ou procedimental que amplia o poder de fiscalização do fisco sendo imediata a sua aplicação, alçando fatos pretéritos, consoante o disposto no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Realmente, ao termo de muitas discussões a respeito dos limites estabelecidos à fiscalização pelo art. 38 e seus §§, da Lei nº 4.595/64, e do artigo 197 do Código Tributário Nacional, o legislador pátrio expediu a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 (DOU de 11/01/2001), dispondo sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, e dando outras providências.

E essa lei nacional, em seu art. 1º, § 3º e seus incisos III e VI, e no art. 6º estabeleceu:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Neste passo, já se vê a autonomia do art. 6º da lei complementar em face do disposto em seu art. 3º e seus §§ 1º e 2º, que dizem:

“Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.”

A prévia autorização judicial de que trata o retrotranscrito § 1º não se refere à quebra de sigilo pelo fisco, mas à prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

O “caput” do dispositivo, por seu turno, tem destinatários específicos que não o fisco.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A transferência de sigilo para o fisco é disciplinada por norma específica e autônoma, que é exatamente o art. 6º da mencionada Lei Complementar 105/2001.

Improcede, portanto, esse fundamento apresentado nas defesas.

O Poder Executivo, através do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, DOU de 11.01.2001, regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, dispondo em seu art. 2º que a Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. E, nos artigos seguintes, disciplinou a forma e as condições para a transferência do sigilo para a repartição fiscal, sendo instrumento dessa atividade o documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) que será dirigida, dentre outros ao presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto, ou gerente de agência.

Em nenhum momento, os recorrentes lograram demonstrar que o fisco não tenha observado as determinações do Decreto 3.724/2001.

E para adaptar a legislação ordinária à amplitude do poder de fiscalização assim criado, o legislador expediu a Lei 10.174/2001, que deu nova redação ao artigo 11 da Lei nº 9.311/96, como se verá adiante.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

O texto original era o seguinte:

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos." (grifei)

E, com a Lei nº 10.174, de 09/01/2001, passou a ter a seguinte redação, a partir de 10/01/2001:

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores."

As requisições do RMF foram efetuadas com base na nova legislação que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, intronizada pela Lei Complementar nº 105/2001.

O artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, é de natureza formal, procedimental, uma vez que tratou da ampliação dos poderes investigatórios da fiscalização, e não de natureza material, substantiva, que trata do conteúdo do lançamento, ou seja, que institui tributo, majora alíquota ou amplia a base de cálculo.

Nesse sentido os ensinamentos de Sampaio Dória, "in" Da Lei Tributária no Tempo, São Paulo, Obelisco, 1968, págs. 321 e 322, e José Souto Maior Borges, em Lançamento Tributário Malheiros, Editores, 2ª Edição, págs. 233/234, e, já citado na decisão recorrida, Zuudi Sakakihara, em Código Tributário Nacional Comentado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

E também não se está diante de uma questão de retroatividade de lei, mas de aplicação imediata já que os efeitos procedimentais a cargo da Fazenda Nacional iniciou-se após a lei nova. O seu direito de lançar não tinha sido atingido pela decadência.

Vicente Rao, no clássico "O Direito e a Vida dos Direitos", Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, págs. 361 e seguintes, dá contornos nítidos dessa distinção.

E se o dispositivo é de natureza procedimental tem aplicação imediata, nos precisos termos do artigo 144, § 1º do Código Tributário Nacional, que reza:

"Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. (negritei).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido."

A lei é expedida para dispor até que outra lei a revogue ou modifique. E isso ocorreu com a Lei nº 9.311/96, cujo § 3º do artigo 11, foi modificado por lei posterior, Lei nº 10.174, de 09/01/2001, exatamente para adequá-la à nova sistemática instituída pela lei complementar que, como se viu, ampliou os poderes procedimentais da fiscalização.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 506.232-PR (2003/0036785-0), relator o Ministro Luiz Fux, com voto-vista do Ministro José Delgado, por unanimidade de votos, decidiu pela legitimidade da aplicação imediata das normas procedimentais de que trata o art. 6º da Lei nº 105/2001 e legislação nele fundamentada, alçando fatos pretéritos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

No voto-vista, o Ministro José Delgado, acompanhando o voto do relator, conclui que, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, pode a administração tributária examinar, sem autorização judicial, contas bancárias de contribuintes referentes a períodos anteriores à referida lei.

As objeções de ordem constitucional à nova legislação é frontal.

Pretende que o Conselho reconheça a inconstitucionalidade da lei complementar. No entanto, ainda tramitam na Suprema Corte nada menos que 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei Complementar nº 105/2001 e contra a Lei nº 10.174/2001.

Ademais, trata-se de matéria sumulada, objeto da Súmula nº 2, do Primeiro Conselho de Contribuintes, publicada nos DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006, de aplicação obrigatória no Primeiro Conselho de Contribuintes, consoante art. 29 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98.

Confira-se:

“Súmula 1ºCC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

DO ARBITRAMENTO:

A fiscalização buscou intimar a empresa a apresentar livros e documentos, e seus sócios de direito e de fato omitiram-se. Os sócios de fato mantinham-se recônditos atrás dos sócios de direito, mas exercendo o comando da empresa. Poderiam ter apresentado os livros e documentos requisitados, mas não o fizeram porque não lhes convinha. Não convinha fazê-lo porque seria a confissão de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

que eram os verdadeiros donos da empresa e porque possibilitariam o lançamento dos tributos devidos, em particular do Imposto de Renda e da Contribuição Social, com base na escrituração.

Desta forma, baldadas todas as oportunidades que tiveram os sócios de fato e de direito, durante o período de fiscalização, para a prestação dos referidos livros e documentos, não restou outra oportunidade ao fisco senão o arbitramento dos lucros da fiscalizada.

Com efeito, a falta de apresentação ao fisco dos livros comerciais e fiscais, em que se assentar a escrituração justifica o arbitramento de lucros, com base nos arts. 47, inciso III, da Lei nº 8.981/95, e no artigo 530, inciso I do RIR/99, para o Imposto de Renda, e art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249/95; e art. 29 da Lei nº 9.430/96, para a CSLL.

Esclareça-se que, no arbitramento de lucros, os custos são considerados na diferença entre o total das receitas (100%) e o percentual do arbitramento.

A omissão de receitas foi comprovada diretamente pelo fisco através de clientes da fiscalizada, como detalha o Termo de Verificação Fiscal e a prova trazida aos autos.

A omissão de receitas indiciada por depósitos bancários, sem que o contribuinte logre comprovar a sua origem decorre de presunção legal. E o contribuinte instado a essa prova sempre procurou fugir a esse dever.

Diz o artigo 42 da Lei nº 9.430/96:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

E a prova da origem não foi produzida na fase de fiscalização, nem na impugnatória, nem na recursal.

É de todo improcedente o argumento de que basta que o contribuinte negue a ocorrência da omissão para que o fisco tenha de apresentar prova em contrário. Isso seria negar a presunção legal.

A prova compete ao contribuinte. Cumpre-lhe demonstrar que a origem dos recursos decorrem de rendimentos tributados, não tributados ou isentos.

Outro equívoco do contribuinte está na afirmação de que cabe ao fisco demonstrar que cada depósito corresponde a uma receita da empresa.

Esse argumento, válido na legislação anterior, não tem mais lugar diante do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Assente a validade e o acerto do lançamento, parece-me que a primeira questão a ser examinada seja a da legitimidade passiva das pessoas físicas e jurídica arroladas pela fiscalização como responsáveis solidários pelo crédito tributário da autuada, LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA.

DA BASE DE CÁLCULO DO ARBITRAMENTO:

A base de cálculo do arbitramento foi formada pelos valores correspondentes a omissão de receitas de notas fiscais não contabilizadas (prova direta) e a omissão de receitas indiciadas por depósitos bancários de origem não comprovada (presunção legal: art. 42 da Lei nº 9.430/96). Outrossim, há coincidência de períodos em que ocorreram simultaneamente as duas infrações (de 31/03/98 a 30/09/98, com forte probabilidade de que as receitas das notas fiscais que foram desviadas da escrituração



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

tenham sido depositadas nas contas bancárias cuja origem dos recursos não foram identificados pela empresa.

E essa probabilidade ganha maior consistência quando, como se verifica no caso concreto, que em todos os meses dos trimestres de 1998, a receita de nota fiscal não contabilizada é muito inferior aos valores depositados, nos mesmos meses, nas contas bancárias em questão.

A Egrégia Oitava Câmara deste Primeiro Conselho de Contribuintes defrontou-se com questão semelhante a aqui tratada, ao ensejo do julgamento do Recurso nº 145.837, Acórdão nº 108-09195, de 24/01/2007, compondo o litígio da forma aqui proposta..

Esse aresto, no particular, exhibe a seguinte ementa:

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITA - PERÍODO EM QUE SE VERIFICOU OMISSÃO COM PROVA E POR PRESUNÇÃO LEGAL - DUPLICIDADE DE TRIBUTAÇÃO - Não se admite a duplicidade de tributação de receita omitida, detectada por presunção legal e por prova, no mesmo período-base. É muito provável que a receita omitida detectada por presunção (depósito bancário) seja a mesma verificada por Nota Fiscal de Venda não registrada. Com efeito, o valor correspondente à venda não registrada pode corresponder ao depósito na conta bancária, cuja origem o contribuinte não comprovou durante a fiscalização.

Impõe-se, assim, afastar da base de cálculo do arbitramento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as quantias arroladas no item 002-Receitas Operacionais (Atividade Não Imobiliária) Revenda de Mercadorias dos respectivos autos de infração (fls. 7/8 e 33/34).

Diferentemente, as contribuições para a COFINS e para o PIS tiveram por bases de cálculo apenas os valores da omissão de receitas indiciadas por depósitos bancários de origem não comprovada (fls. 16 e 24).



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICA:

Todos os elementos que levaram a fiscalização a estabelecer essa responsabilidade, nos termos dos arts. 124, inciso I, e 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN), estão contidos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 44 a 118.

A) Das pessoas físicas:

Como consignado no Termo de Verificação Fiscal (fls.69), com apoio nas provas trazidas pela fiscalização, nenhum dos sócios contratuais tinham situação financeira e econômica para montar, manter e progredir um negócio que chegou a faturar, em 1997 e 1998, valores superiores a três milhões de reais, ao passo que a capacidade dos verdadeiros gestores da LUNAR era considerável.

O liame da pessoas físicas responsabilizadas com as atividades da LUNAR e a condição de serem seus verdadeiros gestores é mostrado detalhadamente no referido termo e na prova produzida. Desde operações que as vinculava a diversas operações descritas no termo, como a abertura de contas de depósito de que figuram, além dos sócios contratuais, Maria Torres, Roseana Fátima e Rogério Luiz Bicalho (Banco Bandeirantes). A conta de depósito no Banco Bradesco S/A e no HSBC Bank Brasil S/A, eram movimentadas por dois ex-funcionários da LUNAR até 1988, sendo mero testas-de-ferro da família Bicalho. Fornecedores e cliente, ouvidos pela fiscalização, disseram que os contactos com a LUNAR eram feitos com Rogério Luís Bicalho, e Rose Bicalho, Roseana Fátima Bicalho e Glênio. O pagamento de prêmios de seguros de veículos pertencentes a Maria Torres de Freitas Bicalho, Roseana de Freitas Bicalho, Glênio Menezes Lourenço e Cyra Miranda de Menezes (mãe de Glênio), Antônio Carlos Martins (um dos procuradores), eram pagos pela LUNAR. Pagamentos de consertos de veículos, de IPVA também eram custeados pela LUNAR,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

e até aquisição de veículo novo em nome de D^a Cyra. Rogério, Maria Torres e Glênio auferiram benefícios através de cheque emitidos pela empresa. Rosilene Bicalho aparece também recebendo mercadorias em nome da empresa. Essas pessoas, intimadas a prestar depoimento, não atenderam pessoalmente às intimações, fazendo-se representar por advogada.

Diante de todos esses fatos é indubitoso que as pessoas físicas arroladas eram os verdadeiros sócios e dirigentes da LUNAR, e que o Sr. André Luis Santos Ribeiro e a Sr^a Luciene Batista Félix não estavam mentindo quando revelaram ao fisco as suas condições de "laranjas" e que Rogério Luís Bicalho, suas irmãs Rosilene Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho e seu cunhado Glênio, é que estavam à frente dos negócios da sociedade (fls. 56, do TVF, e 04 e 05, do Anexo I, e fls. 61, do TVF, e 28 e 29, do Anexo I).

Também as declarações do Sr João Roberto Pereira Rates, contador da empresa no período de 01/04/96 a 30/09/97 (fla, 63, do TVF, e fls. 31, do Anexo I), militam no sentido de que não eram os sócios contratuais e sim a família Bicalho a dona do negócio. E mostram também que os verdadeiros dirigentes não eram "muito chegados" a pagar impostos devidos.

A cada investigação mais se avolumavam fortes indícios de que eram os Bicalhos os verdadeiros donos da LUNAR, e que as conclusões dos autuantes estavam alicerçadas em indícios veementes que, em seu conjunto, formam um conglomerado de provas que a defesa não conseguiu infimar, nem na impugnação, nem no recurso.

A prova dos autos não deixa dúvidas de que a LUNAR tinha como sócios de direito pessoas que não possuíam sequer condições financeiras para tanto. Eram, na realidade, pessoas colocadas a frente da empresa, com o objetivo de manter seus verdadeiros donos no anonimato, de sorte que, se algum dia, o fisco descobrisse que a empresa não cumpria suas obrigações tributárias, a responsabilidade recaísse



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

nessas pessoas sem patrimônio para saldá-los, e enquanto isso beneficiavam-se de seus recônditos resultados. No jargão fiscal, simples "laranjas".

Os depoimentos tomados pela fiscalização bem demonstram isso, e, portanto, correta a decisão de incluir os verdadeiros donos da LUNAR como solidariamente responsáveis, não só por força do disposto no inciso I do art. 124, como do art. 135, incisos II e III, ambos do CTN.

Os recorrentes contestam a prova produzida pelo fisco qualificando-as como simples presunções que não reuniam os requisitos de gravidade, precisão e concordância, segundo ensinamentos de Moacir Amaral Santos em sua consagrada obra "Prova Judiciária no Cível e no Comercial".

No entanto, as provas constantes dos autos em relação aos irmãos-sócios são graves, precisas e concordantes; graves porque realmente convencem o intérprete da ilação delas extraídas; são precisas porque inequívocas, não resultando delas outra conclusão senão da participação dos sócios-irmãos na direção da autuada como seus verdadeiros donos, acobertados por "laranjas"; e são concordantes porque todos os indícios conduzem a essa mesma ilação.

Mas não é fundamental que o indício tenha que atender concomitantemente esses requisitos. Um só indício já pode fazer a prova presuntiva. É o que diz o saudoso mestre já em suas "Primeiras Linhas de Processo Civil", Editora Max Limonad, Ed. 1962, 2º vol., pág. 350, e diz também da importância das presunções quando se quer provar estado do espírito.

"a) — Conquanto seja o juiz livre na formação do seu convencimento fundado nas presunções que extrair, andar sempre com elogiável prudência se considerá-las nos seus caracteres de *gravidade*, *precisão* e *concordância* antes de dar-se por convencido. A delicadeza da prova por presunções de homem recomenda ao juiz valer-se do critério, aconselhado pela doutrina, acolhido por várias legislações e calcado em experiência milenária, de estabelecer convicção quando as presunções sejam *graves*,



Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

precisas e concordantes: graves, isto é, geradoras de probabilidade com eficácia de criar convicção; precisas, no sentido de se não prestarem a dúvidas ou contradições lógicas; concordantes, ou sejam convergentes para o mesmo resultado. Dizendo que o juiz somente deve admitir presunções *concordantes*, não vai qualquer afirmação de que não possa louvar-se numa única presunção, mas apenas se encarece a necessidade das presunções, quando várias, serem concordes, isto é, atingirem os mesmos resultados.

b) — Vastíssimo é o campo de aplicação das presunções de homem. Basta, para se ter uma idéia da extensão da sua aplicabilidade, considerar que, em princípio, *são elas admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal*. Por meio delas se provam fatos das mais variadas espécies, não só como prova subsidiária ou complementar mas também como prova principal e única.

Mas, onde se manifesta, em tôda a sua plenitude, a importância das presunções simples, é quando se cura de provar *estados do espírito* — a ciência ou ignorância de certo fato, a boa fé, a má fé, etc. — e, especialmente, de provar as *intenções*, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de *intenções* suspeitas, ou melhor, nos casos de *dolo, fraude, simulação e atos de má fé em geral*, as presunções assumem papel de prova privilegiada, ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica. Salientando a significação das presunções nesse terreno, dispõe o Cód. de Proc. Civil, art. 251: — “O *dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias*”.

Não tem lugar na espécie a aplicação do disposto no art. 230 c/227 do Código Civil vigente, pois o que está em jogo não são negócios jurídicos, mas a prova da titularidade de atos praticados e do vínculo de pessoas com a empresa.

B) DA PESSOA JURÍDICA, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.:

A empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., CNPJ 02.091.715/0001-22, era uma empresa regularmente constituída, portanto com patrimônio e personalidade jurídica próprias.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Se houvesse benefícios indevidos em suas relações com a LUNAR, impunha-se a glosa dos custos e despesas correspondentes por esta apropriados. Se obteve receitas não declaradas, o fisco deveria lançar o imposto devido contra ela, com a conseqüente responsabilidade de quem de direito, se necessário.

Mas os fatos consignados pela fiscalização não implicam em responsabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda pelos débitos da LUNAR. O razoável seria o oposto diante dos fatos descritos pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal.

Em nenhum momento se comprovou a prática de gestão dela na LUNAR, nem que tivesse interesse comum nos resultados desta.

Pelo que foi dito acima, dever-se-ia submeter também à fiscalização a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. para responder perante o fisco pelos seus próprios débitos provenientes de suas atividades empresariais, particularmente com a LUNAR, mas não responsabilizá-la pelos débitos fiscais desta.

A fiscalização assim entendeu porque considerou que a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda — que tivera como sócios Roseana de Fátima Bicalho e Conceição Martins, esposa do já citado Antônio Carlos Martins, a qual transferiu suas quotas, a partir de 10/02/98, para Maria Teresa de Freitas Bicalho — e a LUNAR constituíam uma sociedade de fato, o que evidentemente não é o caso dos autos. Essas duas empresas foram constituídas de acordo com a lei, sendo autônomas e independentes. O fato de os dirigentes da fiscalizada omitirem-se atrás de "laranjas" para fugir aos seus deveres de contribuinte, como os verdadeiros donos da LUNAR, não autoriza essa conclusão em relação à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

A queda de venda de uma empresa e o crescimento de faturamento de outra não significa necessariamente beneficiamentos indevidos, de modo a que uma seja solidariamente responsável pelo crédito tributário devido pela outra.

O pagamento de obrigações de uma empresa com recursos desviados de outra de propriedade dos sócios-irmãos somente justificaria a glosa da despesa da que pagou. E não a transformação da beneficiada em responsável pelo tributo da que efetuou o pagamento.

Fábio Fanucchi em "Curso de Direito Tributário Brasileiro", Ed. Resenha Tributária-MEC, 3ª edição, fls. 249/250, ensina que a solidariedade ocorre sempre que exista uma pluralidade de sujeitos passivos e uma só obrigação, desde que esta se verifique e até sua extinção. Ao examinar o art. 124 do CTN, diz que a solidariedade ocorre em relação às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (inciso I), representativa da solidariedade de fato. E afirma: Na verificação da solidariedade de fato, entretanto, não é impossível que se cometam excessos, tentando envolver a responsabilidade de terceiros numa relação obrigacional tributária de cujo fato gerador não se tenham beneficiado, ou, nele, não tenham interesse comum ao do sujeito passivo.

Não é outra a compreensão de Luiz Antonio Caldeira Meretti, "in" Comentários ao Código Tributário Nacional", Coordenação de Yves Gandra da Silva Martins, Saraiva, 2002, vol 2, fls. 21 a 212, para quem, nos termos do art. 896 do antigo Código Civil, há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda. Para ele, a disposição genérica, "interesse comum", adotada pelo legislador do CTN, não é, suficientemente, adequada para revelar com precisão e segurança a exata medida da condição em que figuram os participantes da concretização do fato gerador, já que existem hipóteses nas quais pessoas com interesse comum estão presentes e contribuem para a ocorrência do fato jurídico tributário, mas apenas uma delas é o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

sujeito passivo da obrigação. Cita exemplos em que prestador e tomador de serviços são partícipes na operação, mas somente um deles é sujeito passivo, citando exemplo de solidariedade passiva apresentado por Hugo de Brito Machado, que comunga do mesmo entendimento, e dá como exemplo, em seu Curso de Direito Tributário, Malheiros, 12ª edição: pessoas casadas em comunhão de bens, relativamente ao imposto de renda. A obtenção de renda pelo marido interessa à mulher, sendo a recíproca igualmente verdadeira.

Não há prova de que uma empresa se tenha beneficiado do fato gerador da outra.

Admitir essa responsabilidade pelo fato de terem dirigente em comum implicaria em tributação em conjunto, procedimento inicialmente adotado no Decreto-lei nº 1.598/77, arts 2º, 3º e 4º, logo revogados pelo art. 5º, do Decreto-lei 1.648/77.

No artigo 4º do mencionado mandamento legal, era estabelecida a responsabilidade solidária das empresas tributadas em conjunto.

Confira-se:

"Art. 4º As sociedades tributadas em conjunto são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações principais e acessórias, inclusive as relativas à determinação da base de cálculo, à apresentação da declaração de rendimentos e ao pagamento das multas, juros de mora e correção monetária decorrentes do descumprimento dessas obrigações."

Só que, como se disse, o legislador pátrio, no mesmo ano da instituição, aboliu tal forma de nosso ordenamento jurídico-tributário.

O argumento de que o conjunto formaria uma sociedade de fato também não se faz presente, ainda porque seria ela tributada pelos seus resultado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

como uma empresa, e não pelos resultados de cada uma com responsabilidade solidária das demais.

A hipótese legal dos arts. 124, I, e 135, II e III, do CTN não se ajustam aos fatos descritos.

Excluo, assim, a citada empresa por responsabilidade no crédito tributário.

Limite, portanto, a responsabilidade solidária a Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho.

DAS MULTAS:

Correta a aplicação da multa agravada com espeque no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, c/c o inciso II, do art. 71, da Lei nº 4.502/64, assim redigidos:

Lei nº 9.430/96:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502. de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

Lei nº 4.502/64, de 30/11/64:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

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

I - "omissis"

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

Realmente, ficou sobejamente comprovada a intenção do contribuinte de impedir o conhecimento por parte da autoridade fiscal da identidade dos verdadeiros sócios da empresa LUNAR Empreendimentos Ltda, através de interpostas pessoas nos contratos sociais e alterações da referida empresa. Esse procedimento objetivava impedir a responsabilização dos verdadeiros donos da empresa pelo significativo passivo tributário deixado em aberto.

Restou claro que o contribuinte nunca teve a pretensão de recolher os impostos e contribuições devidos, justificando-se, portanto, o lançamento da multa qualificada prevista no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96."

Entendo que tem razão a decisão recorrida em manter a multa qualificada, eis que patente a ação dos responsáveis para impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária dos verdadeiros sócios da pessoa jurídica e inviabilizar a cobrança do crédito tributário devido, através de interpostas pessoas sem condições econômico-financeiras para tanto.

Todavia, a majoração da multa de ofício de 150% para 225%, não pode prosperar porque a falta de apresentação dos livros e documentos foi exatamente a razão do arbitramento, efetuado sobre o valor de vendas da LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA e do valor dos depósitos de origem não comprovada.

DOS JUROS DE MORA:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

Os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96, como se verifica no demonstrativo anexo ao auto de infração. Eles são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RIR/94, art. 988, § 2º e RIR/99, art. 953, § 3º).

Entendo correta a cobrança dos juros de mora com base na SELIC, hoje já admitidos pelos nossos tribunais, tanto na cobrança de impostos e contribuições, como em sua restituição ou compensação.

Ademais, trata-se de matéria constante da Súmula nº 4, do Primeiro Conselho de Contribuintes, publicada nos DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006, de aplicação obrigatória no Primeiro Conselho de Contribuintes, consoante art. 29 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98.

Diz a referida súmula:

“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”.

CONCLUSÃO:

A empresa ingressou no PAES, durante a fase de fiscalização, apenas parcialmente e em relação ao ano-calendário de 1998, de acordo com telas acostadas aos autos pelo julgador de primeira instância, e a recorrente não traz em seu apelo ao Conselho nenhuma prova em contrário ao que afirmou a decisão. De qualquer modo, o fato não afasta a apreciação do lançamento. Se o contribuinte ingressasse no PAES



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13603.002852/2003-45
Acórdão nº : 107-09.145

com a totalidade do crédito lançado, aí, sim, seria o caso de não se conhecer do recurso, diante de confissão de toda a dívida.

No entanto, é inquestionável que as parcelas declaradas no PAES, como reconhecido pelo julgador " a quo", podem ser afastadas da base de cálculo do dos trimestres do IRPJ (fls. 706), da CSLL (fls. 707), do PIS/PASEP (fls. 708) e da COFINS (fls.709), por constituírem confissão irretroatável de dívida.

Daí, recomenda-se à repartição preparadora cuidar para que não haja duplicidade na cobrança do crédito tributário lançados nestes autos e as importâncias declaradas no PAES (fls. 706 a 709), a título de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS.

Esta recomendação se impõe diante da declaração do julgador de primeira instância de que o ingresso no PAES referiu-se apenas ao ano de 1998, e em parte. Além disso, os autos não permitem saber se foi incluído no PAES a multa de lançamento de ofício, com redução.

No mais, a decisão recorrida é escoreita, não merecendo reparos.

Na esteira dessas considerações, rejeito as preliminares de nulidade, acolho a preliminar de decadência do Imposto de Renda e da CSLL relativamente aos três primeiros trimestres de 1997, e, no mérito, excluo da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as quantias arroladas no item 002-Receitas Operacionais (fls 7/8 e 33/34), excluo a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. da responsabilidade pelos resultados da LUNAR, e reduzo a multa de lançamento de ofício para 150%.

Sala das Sessões, 12 de setembro de 2007.

CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES