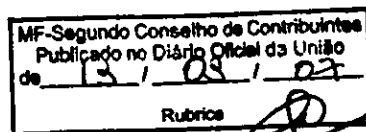




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



Recorrente : LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte-MG

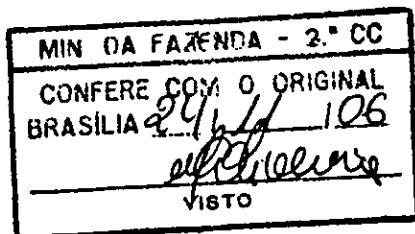
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade da decisão recorrida, quando nesta são apreciadas todas as alegações contidas na peça impugnatória, sem omissão ou contradição, e perícia é negada porque despicienda.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. Alegações de inconstitucionalidade, incluindo suposto caráter confiscatório da multa de ofício, constituem-se em matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste Processo Administrativo Fiscal, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário.

COFINS. DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da COFINS é de dez anos a contar da ocorrência do fato gerador, consoante o art. 45 da Lei nº 8.212/91, combinado com o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

PAES-PARCELAMENTO ESPECIAL. LEI Nº 10.684/2003. OPÇÃO POSTERIOR AO INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ESPONTANEIDADE. MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. A opção pelo Parcelamento Especial instituído pela Lei nº 10.684, de 30/05/2003, em momento posterior ao início da fiscalização, quando o contribuinte não mais gozava da espontaneidade, não elide a multa de ofício lançada por meio de Auto de Infração, que se incluída no PAES em tempo hábil sofre redução de cinquenta por cento.

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. **MULTA QUALIFICADA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS AO FISCO ESTADUAL E SONEGADAS AO FISCO FEDERAL. RECEITA OBTIDA POR MEIO DOS CLIENTES. PRÁTICA REITERADA. DOLO CARACTERIZADO.** Caracterizam a sonegação, consistente na conduta dolosa de impedir o conhecimento, por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador, a prática reiterada de informar à Secretaria da





Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

Receita Federal valores inferiores àqueles informados ao Fisco Estadual, bem como a omissão de valores de vendas, levantados pela fiscalização junto aos clientes do contribuinte autuado, tudo isto sem qualquer justificativa para tanto. Demonstrada a sonegação, cabe a aplicação da multa qualificada.

MULTA AGRAVADA. APLICABILIDADE. INTIMAÇÃO NÃO ATENDIDA. AÇÃO FISCAL REALIZADA COM BASE EM INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO A TERCEIROS. A falta de atendimento às solicitações da fiscalização, obstaculando-a, sendo que ao final o lançamento é efetuado com base em informações obtidas junto ao Fisco Estadual e aos clientes, autoriza o agravamento da multa de ofício.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, apenas se a lei não dispuser de modo diverso os juros de mora serão calculados à taxa de 1% ao mês, pelo que é legítimo o emprego da taxa SELIC como juros moratórios, a teor do art. 13 da Lei nº 9.065/95.

Recurso negado.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em negar provimento ao Recurso: 1) por maioria de votos, com relação à rejeição da decadência. Vencido o Conselheiro Valdemar Ludvig, que acolhia integralmente a decadência com base no art. 173, I do CTN; e II) por unanimidade de votos, com relação às demais matérias.

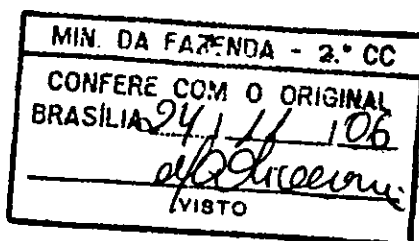
Sala das Sessões, em 20 de setembro de 2006.


Antonio Bezerra Neto
Presidente


Emanuel Carlos Damás de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/inp





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 24/11/98
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

Recorrente : LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração de fls. 04/12, relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), períodos de apuração 01/1997 a 09/1998, no total de R\$ 1.488.397,41, incluindo juros de mora e multa qualificada e agravada, no percentual de 225%.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 14/73, também foram apuradas infrações referentes ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e ao PIS Faturamento, parte delas decorrente de omissão de receita apurada com base em depósitos bancários, no ano-calendário de 1998. O lançamento em tela, todavia, não contempla a parte referente a essa omissão de receita.

Como informado no item III-C do referido Termo, a COFINS deste processo ora relatado foi apurada da seguinte forma:

- no ano de 1997, a base de cálculo corresponde aos valores de saídas constantes dos Demonstrativos de Apuração do ICMS (ver fls. 77/101 e 118);

- no de 1998, aos valores de notas fiscais de saídas emitidas pela contribuinte e obtidas junto aos destinatários (relação às fls. 102/116 e resumo à fl. 117).

Por relatar com detalhes o que conta dos autos, incluindo as alegações constantes das três impugnações apresentadas (uma pela Lunar Empreendimentos LTDA, outra pela Belo Horizonte Refrigerantes Ltda e uma terceira pelas pessoas físicas Rogério Luiz Bicalho, Glênio Menezes Lourenço, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho), reproduzo, em parte, o relatório da primeira instância (fls. 421/430):

I - Dos fatos

Fez a fiscalização um relato pormenorizado acerca das intimações expedidas para a empresa visando à obtenção da documentação contábil e fiscal, além de informações sobre a movimentação financeira.

II - Do regime de tributação

Anotou a autoridade fiscal que não foram medidos esforços para contatar o contribuinte visando ao acesso à documentação contábil da empresa fiscalizada, o que viabilizaria auditoria tendente a verificar o lucro líquido alcançado no período e a correção dos lançamentos contábeis. No entanto, esse contato restou improficuo, em razão da conduta omissiva em relação às intimações validamente realizadas.

Estando impedida de conhecer dos registros contábeis da empresa, a fiscalização não detém meios de mensurar o lucro real tributável, haja vista que a empresa se quedou omissa da entrega da declaração de rendimentos dos anos-calendário de 1997 e 1998. Também não manifestou opção pelo regime do lucro presumido.

Cita normas do Imposto de Renda e jurisprudência administrativa para concluir pela pertinência da aplicabilidade do regime de tributação com base no lucro arbitrado, tendo destacado que "o arbitramento não possui caráter de penalidade; é simples meio



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

de apuração do lucro", frisando tratar-se da única metodologia capaz de determiná-lo no vertente caso.

III – Do crédito tributário e das infrações

A) IRPJ e CSLL – receita da revenda de mercadorias – lucro arbitrado – anos-calendário de 1997 e 1998: lançamento em processo específico.

B) Receita operacional omitida – falta de comprovação da origem dos valores creditados em contas de depósito mantidas junto a instituições financeiras – ano-calendário de 1998: lançamento em processo específico.

C) Falta de recolhimento da Cofins – períodos-base de 1997 e 1998:

- consoante espelho extraído do sistema de controle de arrecadação da SRF, não houve, para o período, nenhum recolhimento efetuado a esse título (fl. 76);

(...)

D) Falta de recolhimento do PIS – períodos-base de 1997 e 1998: lançamento formalizado em processo específico.

IV – Da responsabilidade pelo crédito tributário

Foi feito um relato a respeito dos procedimentos fiscais com vistas a identificar os efetivos responsáveis pelo crédito tributário, pessoas físicas e jurídicas.

As conclusões que se seguiram podem ser assim resumidas:

- os documentos analisados revelam a comunhão de interesses, inclusive de bens, entre as pessoas físicas dos Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho e a empresa Lunar Empreendimentos Ltda., que conjugavam esforços objetivando um fim comum. Além disso, demonstram também a participação da pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. nos resultados do negócio perpetrado sob a razão social da empresa Lunar;

- ficaram demonstrados veementes indícios de que essas pessoas são os verdadeiros donos do negócio que se operou sob a razão social da empresa Lunar Empreendimentos Ltda., além de inequivocamente comprovado que dele se beneficiaram diretamente;

- portanto, são inverídicos os contratos sociais e respectivas alterações, nas quais figuram como sócios da empresa terceiros que não revelam capacidade de ocupar tal posição, sendo que duas dessas pessoas declararam expressamente que apenas cederam o nome para figurar no negócio;

- assim, verificou-se que os contratos tiveram como objetivo precípua dissimular a identidade dos efetivos titulares das atividades comerciais que se operaram sob a razão social da empresa Lunar Empreendimentos Ltda., visando impedir a satisfação dos créditos tributários decorrentes do negócio;

- portanto, no presente caso, o estratagema utilizado corresponde à sonegação fiscal, conforme definido na Lei nº 4.502, de 1964, art. 71, inciso II;

- avolumam-se indícios de que essas pessoas estavam à frente do negócio, bem como provas cabais de que dele se beneficiaram, dentre outros, pelos seguintes motivos: as declarações dos antigos sócios e contador desmentindo o conteúdo dos atos sociais da empresa; as informações prestadas por clientes e fornecedores indicando a identidade



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN UA FAZEN: A - 2° CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
WSTO

2ª CC-MF Fl. _____

dos efetivos gestores do negócio; a existência de procuração da empresa outorgando poderes a terceiros para administração e movimentação financeira; a propriedade da família Bicalho dos bens utilizados na consecução dos objetivos sociais da empresa Lunar; e a existência de diversos documentos e cheque que revelam a destinação direta de boa parte dos recursos da empresa para os membros da família Bicalho e, ainda, a destinação de recursos da empresa Lunar que foram carreados para a construção de um complexo industrial;

- vislumbra-se claramente que a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. constitui um complexo industrial erguido em terreno de propriedade da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho, com recursos carreados das atividades comerciais da Lunar;

- consta registros de que a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., intimada, esclareceu que nunca teve nenhum negócio com a empresa Lunar;

- destacou-se que, conforme contrato social e alterações, a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. é de fato da família Bicalho;

- assim, pelos fatos e documentos analisados, ficou demonstrada a prática adotada pela família Bicalho na condução dos seus negócios, seu modus faciendi, qual seja, inadimplemento constante da empresa em relação aos tributos federais, estando, em regra, omissa de entrega de declarações; encerramento irregular da empresa e confecção de contrato social e alterações contratuais em nome de terceiros (interposição de pessoas na figura do sócio da pessoa jurídica);

- dessarte, pela prática regular de todos os atos típicos da sociedade comercial, inclusive com participação financeira e empenho de seu patrimônio pessoal, os Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho demonstram interesse comum nas atividades da empresa, estando a ela vinculados de forma irregular, agindo por intermédio de testas-de-ferro, sem participação formal no capital social da empresa;

- deste modo, são solidariamente responsáveis pelos créditos tributários ora constituídos, nos termos da legislação de regência, mormente o art. 124, inciso I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN);

- igualmente, por conjugar esforços e participar dos resultados financeiros da empresa mediante utilização de recursos para a aquisição de bens, demonstrando interesse comum na situação que constitui o fato gerador dos tributos ora lançados, é solidariamente obrigada a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.;

- nestas circunstâncias, os Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho, respondem pelos créditos constituídos, conforme mandamento contido no art. 135, incisos II e III do CTN.

V – Da multa qualificada e do agravamento das penalidades

Tendo em vista os fatos e documentos analisados, mediante os quais restou comprovado que a empresa agiu com evidente intuito de fraude, sujeita-se, nos termos da legislação de regência, à multa qualificada prevista para o lançamento de ofício.

Assim, provou-se, de forma inequívoca, a existência de ação dolosa por parte da empresa, consubstanciada na conduta omissiva em relação à obrigação da entrega



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

declarações (DIPJ e DCTF), relativas aos anos-calendário de 1997 e 1998, fato que retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais.

Igualmente, ficou demonstrada a intenção do contribuinte de impedir o conhecimento por parte da autoridade fiscal da identidade dos verdadeiros sócios da Lunar Empreendimentos Ltda., mediante a utilização de interpostas pessoas no contrato social e alterações da referida empresa. Tal ardid tinha como objetivo impedir a responsabilização dos verdadeiros donos da empresa pelo significativo passivo tributário deixado em aberto.

Além disso, dado que o contribuinte não atendeu às diversas intimações expedidas pela fiscalização, sujeita-se também ao agravamento da multa lançada conforme § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pelo art. 70 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

No caso, ficou patente a recusa do contribuinte em prestar todos os esclarecimentos necessários à atividade de lançamento, omitindo-se de apresentar livros e documentos que obrigatoriamente deveria conservar, consoante disposto no art. 264 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/1999.

Findo o relato do TVF, registre-se que os demais documentos que fundamentam o lançamento constam das fls. 74/220 (Volumes I e II), além dos Anexos I e II.

Os termos de intimação expedidos para as pessoas físicas e pessoas jurídicas, na qualidade de responsáveis tributários, foram juntados às fls. 221/238. A ciência das intimações foi formalizada por Edital nº 065/2003, afixado em 12/12/2003 (fl. 240), e pelos AR de fl. 241 (recebidos em 23 e 24/12/2003).

A impugnação, apresentada em 21/01/2004, foi anexada às fls. 242/364 (Vol. 2), assim constituída:

- 1) Impugnação – Lunar Empreendimentos Ltda. – fls. 242/290;
- 2) Impugnação – Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. – fls. 291/320;
- 3) Impugnação – Rogério Luiz Bicalho, Glênio Menezes Lourenço, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho – fls. 321/364.

Em seguida, procede-se ao resumo de cada uma das impugnações supracitadas, todas elas fazendo referência ao processo em questão e aos processos nº 13603.002852/2003-45 e 13603.002853/2003-90.

1. Impugnação – Lunar Empreendimentos Ltda. – fls. 240/290

A - Do direito. Preliminarmente

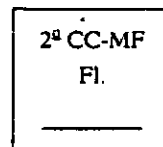
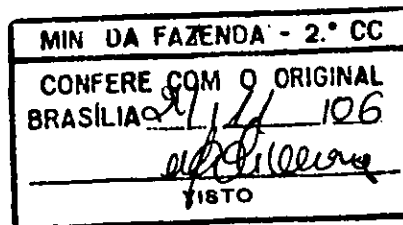
- Da suspensão do processo em face da adesão da empresa ao Paes – Parcelamento Especial instituído pela Lei nº 10.684, de 2003.

A empresa Lunar Empreendimentos Ltda., no dia 31 de julho de 2003, se habilitou no Paes (Termo de Adesão e guias de pagamento das parcelas em anexo), parcelando todos



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



os seus débitos fiscais federais. Desta forma fica suspensa a exigibilidade de todo crédito tributário devido à Fazenda Nacional, conforme preceituam a Lei nº 10.684, de 2003, e o CTN, redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001.

Da mesma forma, durante o período em que vigorar o parcelamento, suspende-se a pretensão punitiva do Estado em relação a supostos crimes tributários praticados, como preceitua o art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003.

Na mesma seara, caso fosse apurada qualquer responsabilidade dos Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho pelos mencionados débitos, o que é absurdo, posto que as referidas pessoas jamais participaram dos quadros societários da empresa, nenhuma responsabilidade criminal poderia ser imputada aos mesmos em face do estabelecido no art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003, que suspende a pretensão punitiva do Estado enquanto durar o parcelamento.

- Da decadência

Preliminarmente, importante destacar que o fisco pretende efetuar o lançamento do IR, CSLL, Cofins e PIS tomando fatos geradores cuja ocorrência supostamente se deu nos meses de janeiro a dezembro de 1998 e no ano de 1997.

O TVF e respectivo auto de infração foram lavrados no mês de dezembro de 2003, tendo o fato gerador ocorrido há mais de cinco anos contados da data de emissão do lançamento, o que é juridicamente impossível tendo em vista o instituto da decadência.

No caso, trata-se de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, devendo ser aplicada a regra inserta no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo para a prática do lançamento se inicia juntamente com a ocorrência do fato gerador.

(...)

C – A verdade material pressuposto do lançamento tributário

D - Do IRPJ e da CSLL – Receita da revenda de mercadorias – lucro arbitrado e da suposta omissão de receitas apuradas exclusivamente com base em depósitos bancários

- Das provas ilícitas

- Do arbitramento

- Das supostas omissões de receitas

E – Da presunção de responsabilidade de terceiras pessoas

No que tange à suposta responsabilidade dos Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho, tem-se que estes não poderiam responder pelos mencionados débitos, visto que jamais participaram dos quadros societários da empresa impugnante.

A fiscalização fazendária tenta imputar responsabilidade a tais pessoas consubstanciada em meras declarações dos reais sócios da empresa que, numa tentativa desesperada de não serem responsabilizados pessoalmente pelos débitos apontados, tentam imputar responsabilidade a terceiros, na medida em que cumpriria ao fisco, nos termos da legislação aplicável (art. 368, parágrafo único do CPC) a prova do fato declarado, o que não foi feito.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Deste modo, mostra-se evidenciada a fragilidade dos fatos alegados pelo fisco, posto que as supostas provas são questionadas pela impugnante, devendo portanto ser julgada improcedente a autuação pelas razões expostas ou, se ainda restar alguma dúvida, ser aplicado à espécie a previsão do art. 112 do CTN, que explicita a regra do in dubio pro contribuinte.

F - Da tributação reflexa – CSLL, Cofins e PIS

No que tange à tributação reflexa, vê-se também que o auto de infração é improcedente, uma vez que, inexistindo omissão de receitas que caracterizasse a tributação pelo IRPJ, indevidos os reflexos nas contribuições sociais.

Afinal, a mera movimentação financeira não importa em se reconhecer a existência apenas de operações de compra e venda mercantil, base de cálculo do PIS e Cofins a teor da legislação aplicável à época do fato gerador.

G - Multas – exorbitância da exigência

Contesta a aplicação da multa de ofício, citando jurisprudência do Judiciário e entendimentos doutrinários, concluindo que a aplicação das multas, nos patamares em que foram exigidas, é ilegítima e inválida, não produzindo seus regulares efeitos, pelo que deve ser anulada em face das violações aos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, do Não-Confisco e Moralidade.

Ademais, verifica-se que o auto de infração recorrido estipulou multa de 150% calculada sobre o total dos tributos devidos, nos termos do inciso II, art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tendo em vista a suposta ocorrência de evidente intuito de fraude por parte do contribuinte.

Ocorre que, em momento algum, ficou comprovado nos autos o intuito do contribuinte de fraudar o fisco, não podendo ser penalizado com a majoração das multas, conforme amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

H - Dos juros equivalentes à taxa Selic

Após fazer menção à legislação sobre o assunto e à decisão do STJ, assevera que é patente o vício de ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros moratórios, ao conflitar com normatização de hierarquia superior (CTN, art. 161, § 1º e CF, art. 192, § 3º), além de violar os princípios constitucionais da Legalidade, Anterioridade, Indelegabilidade, Não-Confisco (CF/88, arts. 48, inciso I, e 150, incisos I, III, alínea "b", e IV).

I - Dos pedidos

- Pedido de vista de documentos: da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, desde já, requer vista à impugnante com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.

- Intimação dos atos processuais: do deferimento ou indeferimento da produção de prova pericial, seja intimada a autuada-impugnante, antes de ser proferida a decisão sobre a impugnação propriamente dita, para os fins de direito.

- Juntada de documentos: protesta, desde já, pela oportuna juntada de documentos e aditamento à presente impugnação.

- Produção de provas: requer provar o alegado pelos meios em direito admitidos, especialmente documentos e perícia. Para tanto, apresenta os quesitos versando acerca



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIR. : A FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 01/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

dos extratos bancários e da movimentação financeira, conforme relacionados à fl. 273, indicando o assistente técnico. Protesta ainda pela apresentação de quesitos suplementares.

- Do pedido final: requer seja julgada procedente a impugnação para se declarar nulo o lançamento contido no auto de infração lavrado, ou no mérito, para que seja determinado o cancelamento do auto de infração, ou quando muito, seja reduzido o valor do crédito tributário, devido à abusividade das multas, e que sejam excluídos os juros Selic.

À impugnação, foram juntadas cópias dos seguintes documentos: alteração contratual e documentos de identificação pessoal, além de auto de infração da Cofins (fls. 277/290).

2.
fls. 291/320

Impugnação – Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.–

A – Dos fatos

Faz um relato das irregularidades apuradas na empresa Lunar Empreendimentos Ltda., ressaltando que a verificação fiscal concluiu que as omissões teriam beneficiado diretamente a empresa ora impugnante.

B – Da decadência

Nesta parte, o impugnante reproduz os argumentos defendidos na impugnação descrita anteriormente, postulando a decadência dos lançamentos haja vista a aplicação das disposições do § 4º do art. 150 do CTN.

C – Da presunção de responsabilidade de terceiras pessoas – inexistência de solidariedade

Em relação à suposta responsabilidade solidária da empresa impugnante, tem-se que não poderia responder pelos débitos apontados, visto que jamais participou dos quadros societários da empresa autuada.

Cita normas do Código Civil e do CTN, além de ensinamentos doutrinários, para ressaltar que as situações nas quais terceiros tenham algum interesse ou vínculo com o fato gerador da obrigação tributária devem estar previstas em lei para que possa ser-lhes imputada a responsabilidade solidária.

Em matéria tributária, somente a lei pode estabelecer a hipótese de solidariedade, prevendo-a diretamente na configuração da relação jurídica tributária ou ainda como hipótese de responsabilidade por transferência ou por substituição.

Ocorre que, além de inexistir dispositivo legal que atribua responsabilidade a terceiros em hipóteses como a dos autos, a impugnante jamais esteve vinculada ao fato gerador detectado pelo fisco.

Não há no caso nenhuma sucessão tributária, não houve incorporação, fusão, aquisição de fundo de comércio de estabelecimento comercial; a impugnante, além de não ser sócia da contribuinte autuada, jamais exerceu, porquanto seria impossível isso ocorrer, qualquer poder de administração.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

De toda forma, ainda que houvesse qualquer relação financeira envolvendo as partes, esta não seria hábil para impor solidariedade tributária, dada a ausência de lei no caso particular.

A fiscalização fazendária tenta imputar responsabilidade à impugnante consubstanciada em meras declarações dos reais sócios da empresa que, numa tentativa desesperada de não serem responsabilizados pessoalmente pelos débitos apontados, tentam imputar responsabilidade a terceiros.

Ocorre que, nos termos do art. 368, parágrafo único do CPC as declarações constantes de documento particular presumem-se verdadeiras em relação ao signatário mas, contendo situação de fato, não faz prova do fato declarado, competindo ao interessado o ônus da prova.

Deste modo, mostra-se evidenciada a fragilidade dos fatos alegados pelo fisco, posto que as supostas provas são questionadas pela impugnante, devendo portanto ser julgada improcedente a autuação pelas razões expostas ou, se ainda restar alguma dúvida, ser aplicado à espécie a previsão do art. 112 do CTN, que explicita a regra do in dubio pro contribuinte.

Frágeis também são os argumentos fazendários no sentido de que o imóvel onde a empresa autuada era estabelecida seria de propriedade da família de ex-sócios da empresa impugnante, posto que o citado imóvel foi locado, na forma prescrita em lei, consoante demonstram contratos anexos.

D – Da inexistência de responsabilidade das pessoas físicas mencionadas no auto de infração à luz do art. 135, III do CTN e da atualizada jurisprudência do STJ

Fazendo referência a normas do CTN, entendimentos doutrinários e julgados dos tribunais, ressalta que a responsabilidade tributária do terceiro (sócio-gerente) funciona, na hipótese do art. 135 do Estatuto Tributário, como sanção aplicada ao ato abusivo, praticado com ofensa aos poderes disponíveis, à lei ou ao contrato.

Somente nos casos de ação ou omissão dolosa ou culposa o dirigente é considerado pessoalmente responsável pela obrigação tributária decorrente de sua atividade ilegal ou exercida além dos poderes que lhe foram outorgados ou ainda com infringência do contrato social.

A responsabilidade das pessoas físicas citadas no AI dependeria dos seguintes pressupostos: a) que as pessoas citadas figurassem como sócios-gerentes da sociedade ora impugnante; b) que tivesse havido, de sua parte, ato contrário à lei ou ao contrato social; c) que tal ato houvesse sido comprovado pela autoridade administrativa.

Nada disso ocorreu, contudo, posto que as mencionadas pessoas sequer fazem parte dos quadros societários da impugnante, sendo irrelevante analisar os demais critérios.

Justamente por isto é que o AI lavrado é manifestamente nulo.

E – Multas – caráter confiscatório

Assevera que a Constituição Federal proíbe a adoção de multas que ostentem caráter confiscatório. Acentuou ainda que não ficou comprovado nos autos o intuito do contribuinte de fraudar o fisco, não podendo este ser penalizado com a majoração das multas.

F - Dos juros Selic



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 21/11/06
<i>[Assinatura]</i>
WSTO

2ª CC-MF Fl. _____

Contesta a exigência dos juros moratórios equivalentes à Taxa Selic, tendo citada decisão do STJ.

G - Dos pedidos

Da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, desde já, requer vista à impugnante com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.

Também protesta pela oportuna juntada de documentos e aditamento à impugnação.

Requer seja julgada procedente a impugnação para que o impugnante seja excluído do presente processo, uma vez que não tem nenhum interesse comum com o fato gerador da obrigação tributária.

À impugnação, foram juntadas as seguintes cópias: cartão CNPJ, documentos de identificação pessoal e alteração contratual (fls. 314/320).

3. *Impugnação – Rogério Luiz Bicalho, Glênio Menezes Lourenço, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho—fls. 321/364*

Foi feito um relato das irregularidades apuradas na empresa Lunar Empreendimentos Ltda., ressaltando que a verificação fiscal concluiu que as omissões teriam beneficiado diretamente os impugnantes.

Em seguida, são reproduzidos os termos da impugnação apresentada pela empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., cujo resumo foi feito nos itens precedentes, abordando as seguintes matérias: decadência, presunção de responsabilidade de terceiros pessoas – inexistência de solidariedade, inexistência de responsabilidade das pessoas físicas mencionadas no auto de infração à luz do art. 135, III do CTN e da atualizada jurisprudência do STJ, multas – caráter confiscatório, juros Selic.

Da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, requer vista à impugnante com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.

Também protesta pela oportuna juntada de documentos e aditamento à impugnação.

Por fim requerem os impugnantes seja julgada procedente a impugnação para que sejam excluídos dos processos tributários administrativos, na medida em que não possuem responsabilidade tributária, tal como prescrito em lei, ou que seja extinto o crédito tributário apontado, em face da decadência argüida, ou anulados os autos de infração impugnados.

À impugnação, foram juntadas cópias da seguinte documentação: documentos de identificação pessoal e termos de intimação (fls. 345/364).

As cinco pessoas físicas, bem como a pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, foram cientificadas deste lançamento e dos lançamentos referentes ao IRPJ e reflexos (processo nº 13603.002852/2003-45) e PIS (processo nº 13603.002853/2003-90), por meio dos Temos de Intimação nºs 1.103/2003 a 1.1108/2003.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 29/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

A 2ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 418/449, julgou o lançamento procedente.

Levando em conta o art. 5º, LV, da Constituição Federal, relativo ao princípio do contraditório e ampla defesa, conheceu das seis impugnações.

A alegação de decadência foi refutada, por considerar que o prazo é de dez anos, à luz do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

A perícia foi rejeitada, porque julgada despicienda e os quesitos formulados dizem respeito à movimentação financeira objeto do processo nº 13603.002852/2003-45.

Tratando da adesão ao Parcelamento Especial (PAES), verificou que o contribuinte Lunar Empreendimentos LTDA. firmou o pedido do em 29/08/2003, quando já se encontrava sob procedimento fiscal, embora antes da lavratura do Auto de Infração (que ocorreu em 12/12/2003). Também constatou que só foram incluídos no PAES débitos da Contribuição referentes ao ano-calendário de 1998. Como o lançamento se refere aos períodos de apuração dos anos 1997 e 1998, a adesão ao PAES só produz efeitos em relação a uma parte do crédito tributário impugnado.

Com relação à responsabilidade pelo crédito tributário, concluiu a DRJ existirem volumosos "indícios de que as cinco pessoas físicas implicadas como responsáveis pelo crédito tributário estavam à frente do negócio, assim como provas cabais de que dele se beneficiaram." Nos termos da decisão recorrida, tem-se o seguinte:

Os motivos para tal conclusão vão além das declarações dos antigos sócios e contador desmentindo o conteúdo dos atos sociais da empresa, conforme se passa a explicitar: as informações prestadas por clientes e fornecedores indicando a identidade dos efetivos gestores do negócio; a existência de procuração da empresa outorgando poderes a terceiros para administração e movimentação financeira; a propriedade da família Bicalho dos bens utilizados na consecução dos objetivos sociais da empresa Lunar; e a existência de diversos documentos e cheques que revelam a destinação direta de boa parte dos recursos da empresa para os membros da família Bicalho e, ainda, a destinação de recursos da empresa Lunar que foram carreados para a construção de um complexo industrial.

Relativamente à pessoa jurídica arrolada, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., pertencente à família Bicalho, consoante salientado no TVF, trouxe a fiscalização elementos que mostraram com clareza a conjugação de esforços e participação dos resultados financeiros da empresa Lunar, inclusive mediante a utilização de recursos da atuada para fazer face à aquisição de bens, demonstrando interesse comum na situação que constitui o fato gerador dos tributos lançados.

Quanto à alegação da defesa segundo a qual são frágeis os argumentos de que o imóvel onde a empresa atuada se estabeleceu seria de propriedade da família de ex-sócios da empresa impugnante, posto que o citado imóvel teria sido locado na forma da lei, deve ser registrado que a Lunar Empreendimentos Ltda. manteve atividades em imóvel da família Bicalho, tanto a filial (galpão sito à Av. das Américas, 1.039, Bairro Kennedy, Contagem - MG) quanto a matriz (loja 19 do Pavilhão 02 na Ceasa - MG), evidenciando mais um vínculo, entre muitos outros já comentados, conforme atestam os documentos de fls. 133/134 (Vol. 1) e de fls. 48 e 230 (Anexo I).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN UA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 9/11/11 106
<i>aplicação</i>
VISTO

2º CC-VF
Fl.

A DRJ rejeitou, então, o emprego do art. 112 do CTN – segundo o qual a lei que define infrações ou comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, quando houver dúvida -, por entender inexistirem dúvidas quanto à caracterização da responsabilidade pelo crédito tributário, dada à robustez das provas que a fundamenta e o caráter eminentemente retórico da peça defensiva.

Interpretou que se está diante de um caso típico de responsabilidade solidária passiva, fundamentada no art. 124, I do CTN.

Considerou correto, ainda, o enquadramento no art. 135, II e III, do CTN, levando em conta que as cinco pessoas físicas mencionadas são donas de fato da empresa Lunar Empreendimentos LTDA, com poderes de administração. Na interpretação do art. 135 do CTN, consignou que a falta de recolhimento do tributo constitui, por si só, uma ilicitude, sendo que, na situação dos autos, houve a prática de sonegação fiscal, “consubstanciada na interposição fictícia de pessoas na figura do sócio da pessoa jurídica”. Para amparar sua interpretação, menciona jurisprudência dos Tribunais Regionais Federal, no sentido de que a simples omissão no pagamento de tributo configura a hipótese de incidência do art. 135 retro-citado.

No tocante as bases de cálculo da Contribuição, destacou a DRJ que não houve por parte dos impugnantes nenhuma contestação específica, e que o presente lançamento diz respeito a valores não declarados pelo autuado, não devendo ser confundido com lançamento referente à omissão de receitas que redundaram em exigências do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (processo nº 13603.002852/2003-45).

Por fim, a decisão recorrida manteve a multa no percentual de 225% e os juros de mora com base taxa Selic.

Considerou que ficou demonstrada a intenção do contribuinte em impedir o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da identidade dos verdadeiros sócios da empresa Lunar Empreendimentos LTDA, mediante a utilização de interpostas pessoas no contrato social e respectivas alterações, e visualizou dolo na omissão da entrega de declarações exigidas pela SRF relativas aos anos-calendário de 1997 e 1998. Daí a qualificação para o percentual de 150%. Quanto ao agravamento deste percentual em cinquenta por cento, até atingir o patamar aplicado de 225%, a DRJ o justificou por constatar que o contribuinte não atendeu às diversas intimações expedidas pela fiscalização.

Ainda tratando da multa, ressaltou que o contencioso administrativo não é o foro próprio para examinar questões relativas aos princípios constitucionais, e que a jurisprudência citada nas peças impugnatórias não possui efeito vinculante, de modo a se lhe aplicar às impugnantes.

Quanto aos juros, reputou-os legais face à legislação de regência e não vislumbrou incompatibilidade com o art. 161, § 1º, do CTN.

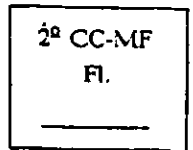
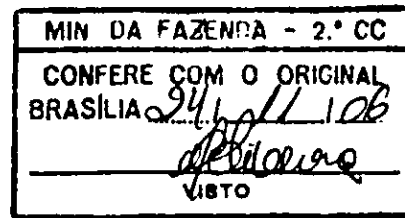
Do Acórdão a empresa Lunar Empreendimentos LTDA foi intimada mediante edital; as pessoas físicas e a empresa Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, por via postal.

Os Recursos Voluntários de fls. 476/507 (da Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, firmado pelos advogados Srs. Elcio Fonseca Reis e Evaristo Ferreira Freire Junior), 515/543 (da Lunar Empreendimentos LTDA, firmado pelas advogadas Sras. Poliana Silva Alves e Isabela Gondim Meira Tibo), e 546/580 (das cinco pessoas físicas e também assinado pelas mesmas



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



advogadas da Lunar Empreendimentos LTDA), tempestivos, repisam as alegações das impugnações e refutam a decisão recorrida.

A recorrente Lunar Empreendimentos LTDA argúi basicamente o seguinte, com relação a este lançamento da COFINS:

- houve cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento da prova pericial por parte da instância recorrida;
- que, face à adesão ao PAES, e à inclusão nesse Parcelamento Especial dos débitos do ano de 1998 (consoante afirmou a própria DRJ, destaca), tais débitos estão com a exigibilidade suspensa, até o término do pagamento das parcelas;
- também com relação aos valores do ano de 1997 acontece a suspensão da exigibilidade, posto que a Lei nº 10.684/2003 apenas exige que os débitos sejam de competências anteriores a fevereiro de 2003 e, na data de adesão ao PAES, a Secretaria da Receita Federal já tinha conhecimento desses débitos do ano de 1997. Considera tal conhecimento fato incontroverso, razão pela qual se tornou desnecessária qualquer informação por parte do contribuinte;
- que, estando a totalidade dos débitos incluídos no PAES, a pretensão punitiva em relação aos supostos crimes tributários resta suspensa, face ao art. 9º da Lei nº 10.684/2003;
- a decadência atingiu o total do crédito tributário lançado, por se aplicar no caso em tela o § 4º do art. 150 do CTN, em vez do seu art. 173, I, e o art. 45 da Lei nº 8.212/91 ser inconstitucional, no que estendeu o prazo decadencial de cinco para dez anos;
- a suposta responsabilidade atribuída às pessoas físicas não ficou comprovada, cabendo se restar alguma dúvida a aplicação do art. 112 do CTN, que explicita a regra do *in dubio pro contribuinte*;
- a multa viola os princípios do não-confisco, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade, enquanto os juros com base na taxa Selic se conflitam com o art. 161, § 1º, do CTN e ainda violam os princípios constitucionais da legalidade, anterioridade, indelegabilidade e do não-confisco, devendo este contencioso administrativo apreciar essas questões que envolvem inconstitucionalidade.

No mais, a peça recursal da Lunar Empreendimentos requer ao final o cancelamento do Auto de Infração ou, pelo menos, a redução ou exclusão dos montantes das multas e juros, e contém alegações referentes ao arbitramento e à suposta ilicitude das provas concernentes à sua movimentação financeira, que se referem ao lançamento específico por omissão de receita do IRPJ e reflexos, objeto do processo nº 13603.002852/2003-45.

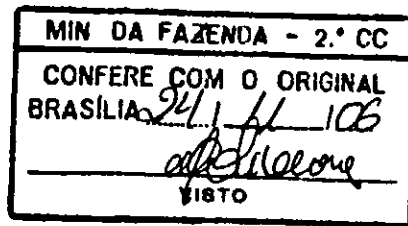
O Recurso da empresa Belo Horizonte Refrigerantes LTDA contém, no início, as alegações de decadência do lançamento e de suposta ilicitude das provas relativas à movimentação financeira. Em seguida passa a refutar o que chama de "presunção" de responsabilidade, afirmando inexistir a solidariedade apontada pela fiscalização. Em resumo, argúi o seguinte:

- jamais poderia responder pelos débitos, visto nunca ter participado dos quadros societários da empresa autuada;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



- a solidariedade não se presume, reportando-se neste ponto aos arts. 264 e 265 do Código Civil;

- inclusive na hipótese do inc. I do art. 124 do CTN, as situações nas quais terceiros tenham algum interesse ou vínculo com o fato gerador da obrigação tributária devem estar previstos na lei, tal como já afirmava Aliomar Baleeiro, desde longa data;

- o capítulo V (do título II) do CTN determina quais são os casos de responsabilidade tributária, "... não elencando nenhuma outra hipótese de responsabilidade de terceira pessoa, **muito menos que não tenha qualquer relação com o fato gerador.**";

- os fatos apontados pela fiscalização, e acolhidos pela Turma Julgadora como suficientes à responsabilidade da recorrente (quais sejam: mercadorias faturadas pela Lunar foram pagas pela Belo Horizonte Refrigerantes LTDA e entregues diretamente a esta última, e mercadorias, equipamentos e serviços adquiridos por ela foram pagos com recursos da Lunar), não podem ser considerados provas de irregularidade praticada pelas recorrentes. Neste ponto salienta que a Belo Horizonte Refrigerantes LTDA atua também com industrializadora por conta e ordem de terceiro, razão pela qual mercadorias faturadas em nome da Lunar, encomendante, eram entregues diretamente no estabelecimento da primeira. Quanto aos pagamentos realizados pela Lunar, tais valores decorrem de pagamentos por empréstimos (contratos de mútuo) realizados entre as partes;

- independentemente das alegações acima, de todo modo o art. 135 do CTN consagra a responsabilidade pessoal dos sócios pessoas físicas, não se estendendo a pessoa jurídica, por ausência de previsão legal. Além do mais, a responsabilização dependeria de ser a Belo Horizonte Refrigerantes LTDA sócia da Lunar Empreendimentos LTDA e de que tivesse havido, de sua parte (Belo Horizonte Refrigerantes LTDA) ato contrário à lei ou ao contrato social, sendo que nada disto ocorreu.

A peça recursal da Belo Horizonte contém no final o mesmo pedido e as mesmas alegações contidas no Recurso da Lunar Empreendimentos LTDA, acerca da multa e dos juros lançados, e da necessidade de apreciação, neste contencioso administrativo, das matérias que envolvem inconstitucionalidade.

Por último o Recurso das cinco pessoas físicas, que de modo semelhante ao da Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, também contempla as alegações de decadência do lançamento, de suposta ilicitude das provas relativas à movimentação financeira, refuta o que igualmente chama de "presunção" de responsabilidade, e repete as alegações acerca da multa e dos juros lançados e o mesmo pedido

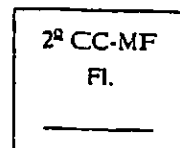
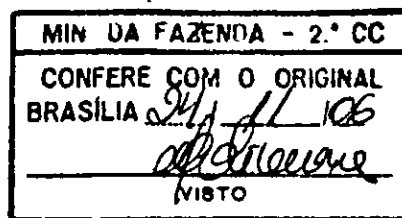
No tocante aos fatos apontados pela fiscalização e acolhidos pela Turma Julgadora como suficientes à responsabilidade das cinco pessoas físicas, estas afirmam ser "devaneios", que jamais poderiam ser considerados provas cabais de qualquer irregularidade praticada pelas recorrentes, sendo, quando muito, meros indícios.

Asseveram que o imóvel de propriedade família Bicalho, onde a empresa autuada era estabelecida, foi locado na forma prescrita em lei; que o fato de os caminhões de propriedade das recorrentes Roseana de Fátima Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho terem sido utilizados pela empresa Lunar não demonstram interesse comum entre a sociedade e as recorrentes, até porque tais veículos foram igualmente locados àquela; que assinatura da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



recorrente Rosilene Bicalho na terceira alteração contratual da Lunar se deu na condição de advogada, conforme contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado entre as partes, e mais uma vez nada comprova acerca do “suposto” interesse comum; e que as afirmações de que sócios de direito da Lunar não teriam capacidade financeira são meros indícios, incapazes de darem sustentabilidade às acusações fazendárias, não tendo o Fisco comprovado a não integralização do capital social.

Se ultrapassadas as alegações acima, defendem que de todo modo o art. 135 do CTN consagra a responsabilidade pessoas de terceiros, dolosa ou culposa, mas com a exclusão do contribuinte, não se confundindo com o mero inadimplemento de tributo. Assim, a responsabilização dependeria da comprovação de que a) que as pessoas citadas figurassem como sócios-gerentes da sociedade, b) tivesse havido ato contrário à lei ou ao contrato social e c) e tal ato houvesse sido comprovado pela autoridade administrativa, sendo que nada disto ocorreu.

Informação às fls. 467/475, 515 e 603 dão conta de que a Lunar Empreendimentos LTDA, bem como as pessoas físicas Rosilene Bicalho e Rogério Luiz Bicalho, não apresentaram arrolamento de bens necessário, tendo declarado não os possuírem. As outras três pessoas físicas, bem como a pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, arrolaram bens.

A representação penal para fins penais foi formalizado sob nº 13603.000397/2004-24, apenso ao processo administrativo fiscal nº 13603.002852/2003-45 (IRPJ e reflexos).

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário atende aos requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

A par dos três Recursos Voluntários e do que consta dos autos, os temas a tratar são os seguintes: preliminar de suposto cerceamento do direito de defesa, por ter a decisão recorrida indeferido a perícia; decadência do lançamento da Contribuição; suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da suspensão punitiva, face à opção pelo PAES; responsabilidade tributária da pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA e das cinco pessoas físicas mencionadas; qualificação e agravamento da multa de ofício; e juros Selic..

PRELIMINAR

Rejeito a preliminar de nulidade da decisão recorrida, argüida porque a solicitação de perícia foi indeferida, levando em conta que os quesitos formulados dizem respeito a infrações tratadas no processo nº 13603.002852/2003-45. Tratam tais quesitos da análise dos extratos bancários e da movimentação financeira, questões afetas ao lançamento decorrente de omissão de receita apurada com base em depósitos bancários, que não se confunde com o lançamento deste processo ora julgado.

A COFINS apurada neste processo foi apurada com base nos valores de saídas constantes dos Demonstrativos de Apuração do ICMS, no ano de 1997, e nos valores de notas fiscais de saídas emitidas pela contribuinte e obtidas junto aos destinatários, em 1998.

Destarte, não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade da decisão recorrida, já que nela são apreciadas todas as alegações contidas nas peças impugnatórias, sem omissão ou contradição, e a perícia foi negada porque despicienda.

DECADÊNCIA DA COFINS

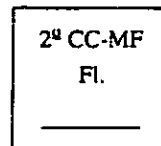
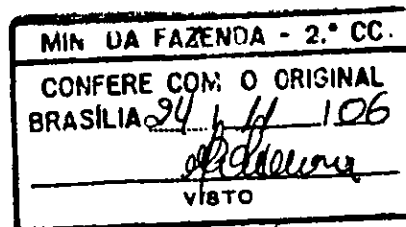
Decadência é matéria de ordem pública, a ser reconhecida de ofício quando estabelecida por lei, como aliás determina o art. 210 do Código Civil de 2002. Somente a decadência convencional é que não é suprida de ofício, embora possa ser requerida a qualquer época, não se submetendo à preclusão (art. 211 do mesmo Código).

No caso dos autos não ocorreu a caducidade da COFINS, cujo prazo é dez anos, a contar do fato gerador. Como as ciências do lançamento – à empresa Lunar Empreendimentos LTDA e aos responsáveis tributários Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, Rogério Luiz Bicalho, Glênio Menezes Lourenço, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho)- ocorreram no mês de dezembro de 2003, e o período de apuração mais antigo é 01/1997, nenhum foi atingido pela decadência.

Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o sujeito passivo obriga-se a antecipar o pagamento, a contagem do prazo decadencial tem início na data



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

de ocorrência do fato gerador, à luz do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN). Segundo este parágrafo o prazo é de cinco anos ("Se a lei não fixar prazo à homologação..."). Mas no caso das contribuições para a Seguridade Social, a exemplo da COFINS e do PIS/Pasep, tal prazo é de dez anos, a teor do art. 45, I, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

Dispõe o referido texto legal:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

Observe-se que a norma inserta no inciso I do art. 45 da Lei nº 8.212/91 corresponde à do art. 173, I, do CTN, com a diferença de que a Lei Complementar estabelece regra geral, a atingir todos os tributos para os quais lei específica não determine prazo especial, enquanto que a Lei nº 8.212/91 é própria das contribuições para a Seguridade Social. Assim, tanto o art. 173, I, do CTN, quanto o art. 45, I, da Lei nº 8.212/91, devem ser lidos em conjunto com o art. 150, § 4º do CTN, de modo a se extrair da interpretação sistemática a norma aplicável aos lançamentos por homologação, segundo a qual o termo inicial do prazo decadencial é o dia de ocorrência do fato gerador, em vez do primeiro dia do ano seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O termo inicial ou *dies a quo* é contado sempre da ocorrência do fato gerador, independentemente de ter havido a antecipação de pagamento determinada pelo § 1º do art. 150 do CTN. Neste ponto importa investigar a respeito do que se homologa – se o pagamento antecipado, ou toda a atividade do sujeito passivo. Ressaltando-se que há inúmeras opiniões em contrário, segundo as quais não há lançamento por homologação se não houver pagamento antecipado,¹ filio-me à corrente minoritária a qual pertence José Souto Maior Borges,² que entende haver homologação da atividade do contribuinte, consistente na identificação do fato gerador e apuração do imposto, que deve ser antecipado somente se devido.

Por oportuno, cabe lembrar o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física, em que o contribuinte, após computar os valores retidos pela fonte pagadora, calcula o imposto anual podendo chegar a três resultados diferentes: valor devido, zero ou imposto a restituir. Após o cálculo, o sujeito passivo preenche e entrega a declaração, devendo antecipar o pagamento se apurou valor a pagar, ou então aguardar a restituição, caso os valores retidos tenham sido maiores que o imposto devido anualmente.

¹ No sentido de que não lançamento por homologação se não houver pagamento, veja-se Carlos Mário da Silva Velloso, "A decadência e a prescrição do crédito tributário – as contribuições previdenciárias – a lei 6.830, de 22.9.1980: disposições inovadoras", in *Revista de Direito Tributário* nº 9/10, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, jul-dez de 1979, p. 183; Mary Elbe Gomes Queiroz Maia, *Tributação das Pessoas Jurídicas*, Brasília, Ed. UnB, 1997, p. 461; Luciano Amaro, *Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p. 384

² José Souto Maior Borges, in *Lançamento Tributário*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, p. 445, leciona que homologa-se a "atividade do sujeito passivo, não necessariamente o pagamento do tributo. O objeto da homologação não será então necessariamente o pagamento."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24/11/106
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

A Secretaria da Receita Federal, após processar a declaração, emite uma notificação, através da qual o auditor fiscal homologa expressamente **todo o procedimento do contribuinte**, já que confirma o imposto a restituir ou o valor zero, ou ainda, caso tenha apurado valor diferente, procede ao lançamento desta diferença. Quando a autoridade administrativa confirma o valor declarado pelo sujeito passivo, é expedida uma notificação ao sujeito passivo e tem-se o **lançamento por homologação**; quando o valor apurado pela autoridade é maior, ao invés de uma notificação lavra-se um auto de infração, procedendo-se ao **lançamento de ofício**.

Nos outros tributos lançados por homologação – hoje quase todos o são -, o procedimento não é substancialmente diferente, sendo que em vez de notificação expressa na grande maioria dos casos ocorre a homologação ficta, na forma do previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Ora, se a autoridade administrativa **homologa um valor zero, ou uma restituição**, evidente que não está homologando **pagamento**. A redação do *caput* do art. 150 do CTN emprega o termo **pagamento** para informar o dever de sua antecipação (“... tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de **antecipar o pagamento** ...), não para dizer de sua homologação. Esta refere-se à **atividade** (ou procedimento) do sujeito passivo (“... a referida autoridade, tomando conhecimento da **atividade** assim exercida pelo obrigado, expressamente **a homologa**.”

A despeito de posições divergentes, entendo que o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal, ao estatuir que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre decadência, não veda que prazos decadenciais específicos sejam determinados em lei ordinária. Apenas no caso de normas gerais é que a Constituição exige lei complementar. Destarte, enquanto o CTN, na qualidade de lei complementar, estabelece a norma geral de decadência em cinco anos, outras leis podem estipular prazo distinto, desde que tratando especificamente de um tributo ou de uma dada espécie tributária. É o que faz a Lei nº 8.212/91, ao dispor sobre as contribuições para a seguridade social.

Ressalte-se a dicção do art. 146, III, “b”, da Constituição, segundo o qual “Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”. Este dispositivo constitucional não se refere, especificamente, aos prazos decadencial e prescricional. Destarte, o prazo de decadência e prescrição geral de cinco anos até poderia não constar do CTN. Neste sentido as palavras de Roque Antonio Carraza, *in* Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo, Malheiros, 9ª edição, 1997, p. 438/484:

... a lei complementar, ao regular a prescrição e a decadência tributária, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. (...) Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada 'economia interna', vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas. (...) a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais depende de lei da própria da própria entidade tributante. Não de lei complementar. (...) Falando de modo mais exato, entendemos que os prazos de decadência e de prescrição das 'contribuições previdenciárias', são, agora, de 10 (dez) anos, a teor, respectivamente, dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que, segundo procuramos demonstrar, passam pelo teste da constitucionalidade.

Nesta linha também o pronunciamento de Wagner Balera, *in* As Contribuições Sociais no Sistema Tributário Brasileiro, obra coletiva coordenada por Hugo de Brito Machado,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN UA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

São Paulo, Dialética/ICET, 2003, p. 602/604, quando, comentando acerca da função da lei complementar, afirma, *verbis*:

É certo, que, com a promulgação da Constituição de 1988, o assunto ganhou valor normativo, notadamente pelo que respeita ao disposto na alínea c do inciso III, do transcrito art. 146, quando cogita da disciplina concernente aos temas da prescrição e da decadência.

Alias, importa considerar que o tema, embora explicitado pela atual Constituição, não é novo quanto a esse ponto específico.

Quando cuidou das normas gerais, a Constituição de 1946, dispondo acerca dos temas do direito financeiro e de previdência social admitia (art. 5º, XV, b, combinado com o art. 6º) que a legislação estadual supletiva e a complementar também poderiam cuidar desses mesmos assuntos.

Coalescem, também agora, no ordenamento normativo brasileiro, as competências do legislador complementar – que editará as normas gerais – com as do legislador ordinário – que elaborará as normas específicas – para disporem, dentro dos diplomas legais que lhes cabe elaborar, sobre os temas da prescrição e da decadência em matéria tributária.

A norma geral, disse o grande Pontes de Miranda: “é uma lei sobre leis de tributação”. Deve, segundo o meu entendimento, a lei complementar prevista no art. 146, III, da Superlei, limitar-se a regular o método pelo qual será contado o prazo de prescrição; dispor sobre a interrupção da prescrição e fixar, por igual, regras a respeito do reinício do curso da prescrição.

Todavia, será a lei de tributação o lugar de definição do prazo de prescrição aplicável a cada tributo.

(...)

A norma de regência do tema, nos dias atuais, é a Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social, promulgada aos 24 de julho de 1991. (Negritos ausentes do original).

Para as contribuições importa a destinação legal do tributo, que não se confunde, vale ressaltar, com a aplicação efetiva do produto arrecadado. Por imposição constitucional, a finalidade das contribuições obriga o legislador ordinário a que determine, na lei que as cria, sejam os recursos arrecadados destinados a um fim específico.

Diferentemente do art. 145 da Constituição, que divide o gênero tributo segundo um critério estrutural, vinculado ao aspecto material da hipótese de incidência - imposto se o núcleo da hipótese de incidência for desvinculado de qualquer atividade estatal; taxa se vinculado a uma prestação de serviço ou ao exercício do poder de polícia do Estado; e contribuição de melhoria se vinculado a uma valorização de imóvel decorrente de obra pública -, o art. 149 da Constituição adota um critério exterior à estrutura da norma (critério funcional ou finalístico). As contribuições do art. 149 são de três subespécies: 1) “contribuições sociais”, vale dizer, contribuições com finalidade social, que se dividem em contribuições para a Seguridade Social e contribuições sociais gerais, estas destinadas a outros setores que não a saúde, a previdência social e a assistência social (educação, por exemplo); 2) “de intervenção no domínio econômico” ou com finalidade interventiva; e 3) “de interesse das categorias profissionais ou



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

econômicas”, isto é, que sejam do interesse de determinada categoria, porque a beneficia (finalidade).

Nos termos da Constituição, para que um determinado tributo seja classificado como contribuição importa tão-somente a destinação (ou finalidade) especificada na norma, a lhe determinar a sua espécie e subespécie tributária.

Independentemente do núcleo da hipótese de incidência ser próprio de imposto, taxa ou mesmo contribuição de melhoria, se o tributo for destinado à Seguridade Social, passa a assumir o regime próprio dessa subespécie tributária, que inclui a anterioridade nonagesimal, a imunidade específica das entidades de assistência social, estatuídas respectivamente nos §§ 6º e 7º do art. 195 da Constituição, e ainda a decadência e a prescrição determinadas na Lei nº 8.212/91.

O antigo Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), atual Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), é um tributo concreto que serve de forma perfeita para ilustração do exposto acima. É que, tanto na antiga versão de imposto quanto na atual de contribuição, esse tributo possui exatamente os mesmos aspectos materiais (fato gerador, de forma simplificada) e quantitativo (base de cálculo e alíquota). Em ambas as versões o núcleo da hipótese de incidência é a “movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira”,³ e a base de cálculo o valor da transação financeira.

Levando-se em conta o critério estrutural, não há qualquer dúvida: tanto o IPMF quanto a CPMF é imposto, dado que o núcleo da hipótese de incidência está desatrelado de qualquer atividade estatal relacionada com o contribuinte. Todavia, o regime jurídico de um é distinto do regime jurídico do outro: no IPMF a aplicação dos recursos era desvinculada, podendo a União gastá-los onde necessário, desde que em conformidade com a lei orçamentária, enquanto na CPMF há vinculação legal dos gastos, parte para a saúde, parte para a previdência social;⁴ o IPMF obedecia à anterioridade de que trata o art. 150, III, “b”, da Constituição, aplicável a todas as espécies e subespécies tributárias afora as contribuições para Seguridade Social (as contribuições sociais “gerais” também seguem a anterioridade do art. 150, III, “b”, em vez da nonagesimal), enquanto a CPMF obedece à anterioridade mitigada ou nonagesimal do art. 195, § 6º, da Constituição; ao IPMF aplica-se a imunidade própria dos impostos, na forma art. 150, VI, da Constituição, enquanto à CPMF a imunidade do art. 195, § 7º.

Por que são tão distintos os regimes jurídicos? Tão-somente porque na CPMF há vinculação legal do produto arrecadado, enquanto no IPMF não. Assim, cabe classificar a CPMF como contribuição social para a Seguridade Social.

Assentado que a classificação de determinado tributo como contribuição para a Seguridade Social é determinada tão-somente pela sua destinação legal, irrelevante é o órgão arrecadador, na definição do regime jurídico da Contribuição.

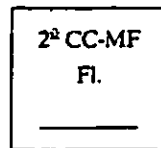
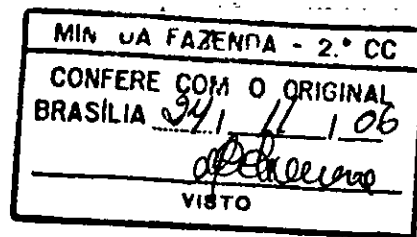
³ Cf. a LC nº 77, de 13.03.1993, que com base na EC nº 3, de 17.03.93, instituiu o IPMF, e o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela EC nº 12, de 15.08.1996, que estabeleceu a cobrança da CPMF pelo período máximo de dois anos, depois prorrogado por mais 36 meses, cf. a EC nº 21, de 18.03.1999, equivalente ao art. 75 do ADCT. Em seguida a CPMF foi novamente prorrogada pelas EC nºs 37/2002 e 42/2003, esta última dando-lhe um prazo até 31/12/2007.

⁴ Cf. arts. 74, § 3º e 75, § 2º, do ADCT.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



No caso específico da COFINS e do PIS, a circunstância de ambas serem fiscalizadas e arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, em vez de pelo INSS, não tem qualquer relevância. Neste sentido o voto do Min. Moreira Alves, na relatória da ADC nº 1, quando se refere a julgamentos anteriores do STF e informa o seguinte:

Em síntese, como salientou o Ministro Carlos Velloso, na qualidade de relator do RE 138.284, quando esta Corte reiterou o entendimento já expedido por ocasião do julgamento do RE 146.733, "O que importa perquirir não é o fato de a União arrecadar a contribuição, mas se o produto da arrecadação é destinado ao financiamento da seguridade social (CF, art. 195, I)."

Constatado que a COFINS, por lei, destina-se à Seguridade Social tal destinação, forçoso é concluir que a Contribuição deve obediência ao regime próprio da subespécie tributária, incluindo a decadência estabelecida no art. 145 da Lei nº 8.212/91.

Consoante a interpretação acima, rejeito a alegação de decadência.

EFEITOS DA OPÇÃO PELO PAES

Como a data em que o contribuinte optou pelo Parcelamento é posterior ao início da ação fiscal, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado após a opção, inexistente espontaneidade da empresa Lunar Empreendimentos LTDA. Por isso plenamente cabível o lançamento com a multa de ofício.

Consoante as regras do PAES, o que é cabível na situação em tela é a redução da multa de ofício em cinquenta por cento (Lei nº 10.684/2003, art. 1º, § 7º), para aqueles valores objeto do Auto de Infração que tenham sido incluídos no Parcelamento até a data limite para tanto (28/11/2003, conforme Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 01/09/2003, arts. 1º e 2º, alterada pela Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 5, de 23/10/2003), e desde que o parcelamento seja pago na totalidade.

Na situação dos autos, nem todo o crédito tributário foi incluído no PAES, como bem esclarece a DRJ. Tomando-se como base as informações constantes do sistema eletrônico do PAES, somente foram informados débitos relativos aos períodos de apuração do ano de 1998, enquanto o lançamento inclui também valores do ano de 1997.

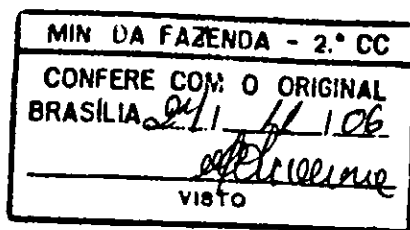
Se nem todo o crédito tributário foi incluído no PAES, a suspensão da pretensão punitiva do Estado não se dá em função do Parcelamento Especial (com base no art. 9º da Lei nº 10.684/2003), mas em função das impugnações e dos recursos voluntários ora em trâmite. Findo um dos processos administrativos em curso, a representação fiscal para fins penais deve ser remetida ao Ministério Público, com vistas à punição pelos crimes contra a ordem tributária que, a par das provas levantadas pela fiscalização, parecem ter sido praticados.

Com relação aos valores incluídos no PAES, cabe esclarecer que se o parcelamento não for pago na sua totalidade, ou dele a Lunar Empreendimentos LTDA for excluída, o montante do crédito deverá ser novamente recalculado, de modo a computar a multa de ofício na sua totalidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329



2º CC-MF
Fl.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

No tocante à responsabilidade tributária, tanto da pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA quanto das cinco pessoas físicas, deve ser mantida porque demonstrada pela fiscalização a utilização da pessoa jurídica Lunar Empreendimentos LTDA, para encobrir negócios que em verdade foram realizados a mando e em benefício dos seis responsáveis tributários mencionados.

Com relação à Belo Horizonte Refrigerantes LTDA pessoa jurídica, a fiscalização apurou o seguinte:

- a atividade desenvolvida pela empresa Lunar era a aquisição de insumos, matérias-primas e embalagens destinadas à fabricação de refrigerantes e à venda de refrigerantes;
- em relação aos refrigerantes comercializados pela empresa Lunar, conforme dados na internet, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, os processos de registro das marcas estavam sendo levados a efeito pela empresa Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, que detinha o direito de usá-las;
- não foram encontradas marcas registradas em nome da Lunar;
- mercadorias faturadas para a empresa Lunar e por ela pagas foram entregues diretamente na empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda;
- mercadorias adquiridas pela Belo Horizonte Refrigerantes, descritas em notas fiscais, foram pagas com recursos da Lunar;
- equipamentos industriais e serviços destinados à Belo Horizonte Refrigerantes LTDA foram quitados, consoante cheques emitidos e destacados, com recursos da Lunar;
- equipamentos pertinentes à fabricação de bebidas, arrematados por terceira empresa que não atua neste ramo de atividade, foram quitados com recursos da Lunar e destinados à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.;
- apesar de todos esses fatos, a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., intimada a prestar esclarecimentos, informou, por intermédio da advogada Juliana Mendes Guimarães Pinto, que "...não há contabilmente quaisquer registros de transações comerciais com a empresa Lunar Empreendimentos Ltda".

No tocante às cinco pessoas físicas – os três irmãos Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Rosilene Bicalho, a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho, mãe deles, e o Sr. Glênio Menezes Lourenço, marido da Sra. Roseana -, os fatos relatados pela fiscalização são os seguintes:

- o Sr. André Luís Santos Ribeiro, responsável pela empresa Lunar Empreendimentos Ltda conforme informação nos registros cadastrais da Secretaria da Receita Federal (SRF), informou que não é sócio da Lunar desde 1997; nunca foi proprietário da empresa Lunar, tendo apenas cedido o nome para a constituição da firma; e os verdadeiros proprietários eram o Sr. Rogério Luís Bicalho, suas irmãs Rosilene Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho e seu cunhado Glênio;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

- consoante contrato social registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, os sócios fundadores foram os Srs. André Luís Santos Ribeiro e Gilson de Oliveira Fermau;
- o domicílio da Lunar, inicialmente, na Rodovia BR 040, Km 688, Pavilhão 02, loja 19, Bairro Guanabara, Ceasa/MG, sendo que em 01/09/1998 a sociedade passou a ter sede à Rua 127, nº 391, Contagem/MG;
- em 18/03/1996 o sócio-gerente André Luís Santos Ribeiro se retirou da sociedade, tendo ingressado a Sra. Luciene Batista Félix, que todavia informou, em 12/07/2001, não participado da sociedade nem trabalhado na empresa Lunar, tendo emprestado seu nome a pedido do namorado, Sr. José Luiz da Cunha, que trabalhava no escritório do Sr. Rogério Bicalho (declarou a Sra. Luciene Batista Félix que foi usada como sócia "laranja");
- em 11/06/200, o Sr. João Roberto Pereira Rates, contador da empresa no período de 01/04/1996 a 30/09/1997, disse ter sido procurado pelo Sr. Antônio Carlos Martins para efetuar a escrituração da Lunar; que o contato com a empresa era feito por intermédio dos Srs. Glênio e Rogério Luís Bicalho; e declarou que não conheceu nenhum dos sócios da empresa Lunar qualificados no contrato social e alterações. Para o contador, o dono da empresa seria o Sr. Rogério Luís Bicalho, sendo o Sr. Glênio seu gerente;
- analisando os contratos firmados com a Ceasa/MG, a fiscalização verificou-se que as lojas 19 e 20 do pavilhão 02, locais onde funcionou a matriz da empresa Lunar até 01/09/1998, estiveram e ainda estão, desde 1982, sob o controle da família Bicalho;
- por essas lojas estiveram estabelecidas empresas pertencentes aos filhos e genro do Sr. João Luiz Bicalho e da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho: Rogério Luiz Bicalho, Rosilene Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Glênio Menezes Lourenço;
- confirmou-se, assim, que a família Bicalho tinha interesse comum na atividade da empresa Lunar, tendo chegado a participar no desenvolvimento do negócio, inclusive com seus bens imóveis;
- nenhuma das pessoas que constaram ou constam como sócios da empresa Lunar tinha capacidade financeira para montar, manter e progredir com um negócio que chegou a faturar, em 1997 e 1998, valores superiores a três milhões de reais por trimestre;
- ao contrário dos sócios de direito, a capacidade financeira e econômica dos verdadeiros gestores da empresa Lunar é considerável, compondo o patrimônio vários automóveis de passeio, caminhões, tratores, lotes, salas, terrenos, apartamentos e cotas de capital;
- diversos caminhões de propriedade da Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Maria Torres de Freitas Bicalho foram efetivamente utilizados nas atividades comerciais desenvolvidas pela empresa Lunar;
- análise da movimentação bancária em Lunar demonstra que a empresa abriu, em 24/08/1995, na agência Ceasa do Banco Bandeirantes S.A. (atualmente Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A.), conta corrente, tendo constado da proposta de abertura, no campo intitulado "nome do cônjuge e filiação ou diretoria ou sócios" as seguintes pessoas: André Luis Santos Ribeiro, Gilson de Oliveira Fermau, Maria Torres de Freitas Bicalho, Roseana Fátima Bicalho e Rogério Luiz Bicalho;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN JA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 24/11/106
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

- no Bradesco S.A a Lunar abriu conta 22/08/1995, que era movimentada pelos procuradores Srs. Antônio Carlos Martins e Paulo Armando Martins, funcionários da sociedade (não eram os proprietários de direito que movimentação a conta bancária), sendo que esses senhores foram empregados da empresa Empreendimentos Rodes Ltda., que teve como sócio o Sr. Glênio Menezes Lourenço;
- no HSBC Bank Brasil S.A a conta da Lunar foi aberta em 31/05/1996, sendo movimentada por Paulo Armando Martins e Antônio Carlos Martins, o primeiro identificado, nas fichas cadastrais, como gerente comercial da Refribelo LTDA, e o segundo como o seu gerente de vendas;
- Paulo Armando Martins e Antônio Carlos Martins foram funcionários da Lunar até o ano de 1998, sendo que a empresa Refribelo LTDA tinha como sede o endereço à Rodovia BR 040, Km 688, Pavilhão 02, loja 20, Ceasa/MG (parte da sede da Lunar), e como sócias as Sras. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Conceição Martins (esposa de Antônio Carlos Martins e mãe de Paulo Armando Martins);
- verificou-se que pagamentos efetuados a seguradoras mediante cheques de emissão da Lunar eram destinados a seguros de automóveis de membros da família Bicalho, de Cyra Miranda de Menezes Lourenço (mãe de Glênio Menezes Lourenço) e Antônio Carlos Martins (funcionário de empresa da família Bicalho);
- notas fiscais indicam a realização de serviços em veículos de propriedade de Maria Torres de Freitas Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho Lourenço; também, conforme indicação feita no verso de cheque, houve pagamento de IPVA de veículo pertencente a Roseana de Fátima Bicalho Lourenço;
- cheques emitidos pela Lunar destinaram-se ao pagamento de veículo cuja nota fiscal foi emitida em nome de Cyra Miranda Menezes Lourenço (mãe de Glênio Menezes Lourenço);
- Rogério Luiz Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho e Glênio Menezes Lourenço auferiram benefícios da empresa Lunar mediante o recebimento de cheques sacados contra as contas da empresa no ano de 1998, confirmando que essas pessoas tinham interesse comum nas operações comerciais da empresa;
- notas fiscais destinadas à empresa Lunar identificam recebimento de mercadorias por Rosilene Bicalho;
- diante da relevância dos fatos apurados, foram emitidos termos de intimação dirigidos a Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço, Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho, para prestarem esclarecimentos, tendo todos eles sido representados pela procuradora Dra. Juliana Mendes Guimarães Pinto, advogada.

Além do mais, a Lunar Empreendimentos LTDA encerrou suas atividades de modo irregular, como demonstram extratos da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais emitidos em 12/12/2003, segundos os quais dois estabelecimentos da empresa foram "bloqueados", em virtude de "desaparecimento do contribuinte".

Os fatos acima resumidos, não infirmados pelas recorrentes, demonstram, de modo cabal, a utilização da pessoa jurídica Lunar Empreendimentos LTDA como "fachada" de uma sociedade de fato cujos sócios são a empresa Belo Horizonte LTDA e as cinco pessoas físicas Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Glênio Menezes Lourenço,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

Maria Torres de Freitas Bicalho e Rosilene Bicalho. Por isto as seis pessoas respondem pelos créditos constituídos, nos termos do art. 124, I, do CTN, que trata da responsabilidade de fato.

Trata-se de solidariedade de fato (em oposição à solidariedade de direito, estabelecida no inc. II do citado art. 124), em virtude do interesse comum que as seis pessoas físicas têm nos fatos geradores apurados pela fiscalização.

Como bem demonstrado pela fiscalização, os responsáveis tributários (as cinco pessoas físicas e a pessoa jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA), agiam por meio de testas-de-ferro ou laranjas (os sócios formais da empresa Lunar Empreendimentos LTDA).

Ressalto, por oportuno, que na situação dos autos cabe responsabilizar, também, os sócios formais (laranjas) da Lunar Empreendimentos LTDA, o que poderá ser feito por ocasião da execução do crédito tributário, inclusive. Para tanto há necessidade de se obter novo pronunciamento da fiscalização, acerca do comportamento desses sócios de direito. Melhor seria que a fiscalização já os tivesse arrolados como responsáveis tributários, ao lado das cinco pessoas físicas mencionadas. Como assim não foi feito, nada impede que mais tarde essas pessoas sejam postas na condição de responsáveis, dado que conforme os autos restou configurada terem atuados como testas de ferro dos proprietários de fato (a pessoas jurídica Belo Horizonte Refrigerantes LTDA, os três irmãos da família Bicalho, a mãe deles e o Sr. Glênio Menezes Lourenço, marido da Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço).

Neste ponto um único e pequeno reparo deve ser feito à decisão recorrida, sem que a conclusão seja alterada. É com relação à interpretação do art. 135 do CTN e à jurisprudência reportada. Para mim o art. 135 trata de infrações necessariamente dolosas, pelo que o mero inadimplemento de tributo, independentemente de quaisquer circunstâncias, não se configura na hipótese do artigo em comento. Há de se analisar o caso concreto, sendo necessário que a fiscalização caracterize o dolo. Neste sentido a jurisprudência atual do STJ.

Na situação dos autos restou sobejamente demonstrado o dolo, face à utilização de laranjas ou testas-de-ferro. Daí a correta qualificação da multa de ofício, tema do qual trato adiante.

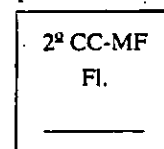
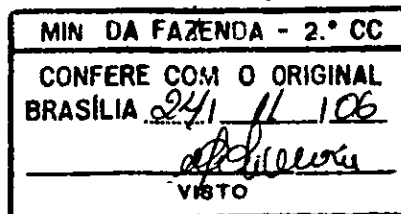
QUALIFICAÇÃO E AGRAVAMENTO DA MULTA

A multa foi qualificada para o percentual de 150% em virtude da omissão, considerada dolosa, na entrega das DIPJ e DCTF referentes aos anos-calendários 1997 e 1998, fato que retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais em tela, bem como em virtude da utilização de interpostas pessoas no contrato social e alterações contratuais da pessoa jurídica Lunar Empreendimentos LTDA, num ardil que tinha como objetivo impedir a responsabilização dos verdadeiros donos da empresa. Apenas as DCTF do ano-calendário 1998 é que foram entregues, após o início da ação fiscal.

Quanto ao agravamento, deveu-se à circunstância de não terem sido atendidas as diversas intimações. Tanto assim que as bases de cálculo foram apuradas a partir dos Demonstrativos de Apuração do ICMS, no ano de 1997, e a partir dos valores de saídas lançadas notas fiscais emitidas pela Lunar, mas apresentadas pelos destinatários, no ano de 1998 (a parte



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

da omissão de receita apurada com base em depósitos bancários foi objeto de outro Auto de Infração).

Na situação dos autos, a prática reiterada da empresa Lunar Empreendimentos LTDA, de informar ao Fisco Federal no ano de 1997, valores inferiores àqueles declarados ao Fisco Estadual, sem qualquer justificativa para tanto, caracteriza a sonegação, consistente na conduta dolosa de impedir o conhecimento, por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador (art. 71, I, da Lei nº 4.502/64). Também é sonegação a omissão, pura e simples, dos valores das vendas no ano de 1998, os quais a fiscalização precisou levantar junto aos clientes da Lunar.

Por outro lado, a utilização da personalidade jurídica da Lunar Empreendimentos LTDA, por parte da empresa Belo Horizonte Refrigerantes LTDA e das cinco pessoas físicas, para encobrir a sociedade de fato formada na verdade por estes seis, é fraude, tipificada no art. 72 da Lei nº 4.502/64. Como todos atuaram em conjunto, na situação dos autos restou também caracterizado o conluio (art. 72 da Lei nº 4.502/64).⁵

Caracterizadas as condutas dolosas, plenamente cabível a qualificação da multa, para o percentual de 150%, depois agravado para 225% em virtude do não atendimento às intimações da fiscalização.

Pelo conjunto de provas acostadas aos autos, resta plenamente demonstrado o cabimento da qualificação da multa, bem como do seu agravamento. Assim, a decisão recorrida deve ser mantida. Não carece de reforma, inclusive no ponto em que não apreciou as alegações de que os consectários legais violam princípios constitucionais como o do não-confisco, da legalidade, anterioridade e indelegabilidade.

É que alegação de inconstitucionalidade é matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste processo administrativo porque somente o Judiciário é competente para julgá-la. Ademais, não cabe a este tribunal administrativo deixar de aplicar a legislação em vigor antes que aquele Poder se pronuncie. Neste sentido já informa, inclusive, o art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

TAXA SELIC

Por último a questão referente à taxa Selic, que nada tem de ilegal, no que substituiu os juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês com amparo no art. 13 da Lei nº

⁵ A redação da Lei nº 4.502/64 é a seguinte:

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

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24.1/11/106
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

9.065/95. Este dispositivo legal determina que os juros de mora incidentes sobre os tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal sejam equivalentes à taxa Selic a partir de 01/04/1995. Antes os juros de mora já eram equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna, nos termos do art. 84, I, da Lei nº 8.981, de 20/01/1995.

Estatuído em lei que a Selic será empregada para fins tributários, inclusive no caso dos indébitos (os arts. 16 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, determinaram a incidência da referida taxa também sobre as restituições e compensações, a partir de 01/01/96), tornou-se irrelevante saber se, originalmente, possuía natureza remuneratória (decorrente de convenção, lei ou sentença, a título de rendimento do capital ou do bem), compensatória ou indenizatória (devida para indenizar danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens), ou ainda moratória (devida em virtude do atraso do devedor, no cumprimento de obrigação de pagar).

A discussão é estéril porque, se fora do plano jurídico trata-se de taxa média praticada no mercado financeiro, juridicamente ela tem a natureza de juros de mora, a teor dos dispositivos legais retrocitados.

Outrossim, quem argúi que a taxa Selic não tem natureza tributária mas financeira, incorre em dois erros: um jurídico, dado que a matéria foi objeto de lei (e lei versando exclusivamente sobre tributos, cabe ressaltar); e outro erro, lógico, face a que não existe uma taxa de juros que não seja financeira. A taxa Selic, como índice financeiro que é, pode ter diversas aplicações, incluindo a sua utilização como juros de mora para fins tributários.

Por outro lado, os juros de mora podem ser superiores a 1% ao mês, pois o art. 161 do CTN, no seu § 1º, determina que "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Este dispositivo não impede que o percentual seja superior a 1%, quando a lei assim dispõe.

A referendar o emprego da taxa Selic, trago à colação decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, onde já é pacífico o seu emprego nas restituições e compensações, a partir de 01/01/96. O julgado abaixo deixa assentado que o mesmo tratamento deve ser dado aos créditos tributários em favor da Fazenda Nacional. Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. TAXA SELIC. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. CDA. CERTEZA E LIQUIDEZ. SÚMULA N. 7/STJ. COTEJO ANALÍTICO NÃO DEMONSTRADO.

1. Não cabe a esta Corte Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. O artigo 161 do CTN, ao estipular que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalva, expressamente, "se a lei não dispuser de modo diverso", de modo que, estando a SELIC prevista em lei, inexistente ilegalidade na sua aplicação.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.002854/2003-34
Recurso nº : 132.310
Acórdão nº : 203-11.329

MIN DA FAZENDA -
CONFERE COM O ORIGINAL.
BRASÍLIA 24/11/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

3. Este Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, aplicado a taxa SELIC a favor do contribuinte, nas hipóteses de restituições e compensações, não sendo razoável deixar de fazê-la incidir nas situações inversas, em que é credora a Fazenda Pública.

4. Para se verificar a liquidez ou certeza da CDA ou, ainda, a presença dos requisitos essenciais a sua validade, seria necessário reexaminar questões fático-probatórias, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

5. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2003/0046623-9, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 18/05/2004, DJ de 28/06/2004 PG:00252, **negritos ausentes no original**).

CONCLUSÃO

Destarte, descabe qualquer reforma na decisão recorrida, tampouco no lançamento.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 20 de setembro de 2006.

[Assinatura]
EMANUEL CARLOS BASTAS DE ASSIS