



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

Processo nº 13603.002854/2003-34
Recurso nº 203-132.310 Especial do Contribuinte
Matéria AI Cofins - nulidade do acórdão recorrido por incompetência em razão da matéria; falta de exame de admissibilidade dos recursos dos responsáveis; decadência de Cofins 173, I
Acórdão nº 02-03.235
Sessão de 30 de junho de 2008
Recorrente LUNAR EMPREENDIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/1997 a 30/09/1998

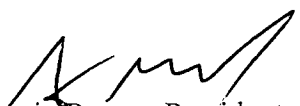
**JULGAMENTO POR ÓRGÃO INCOMPETENTE.
NULIDADE.**

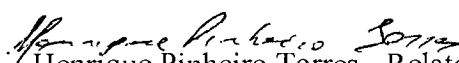
O ato praticado por pessoa ou órgão incompetente *ratione materiae* (em razão da matéria), traz em sua gênese o vício da nulidade absoluta e, por isso, não se convalida. É nulo o acórdão Proferido pela primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes quando versar sobre lançamento de Cofins, cuja exigência fiscal estiver lastreada, no todo ou em parte, em fatos que serviram para determinar a prática de infração a dispositivos legais do Imposto de Renda.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para anular o acórdão recorrido, determinando o encaminhamento dos autos ao Primeiro Conselho de Contribuintes por se tratar de matéria da competência de Câmaras do IRPJ.


Antonio Praga - Presidente


Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Praga, Josefa Maria Coelho Marques, Gileno Gurjão Barreto, Antonio Carlos Atulim, Maria Teresa Martínez López, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Dalton César Cordeiro de Miranda, Henrique Pinheiro Torres, Leonardo Siade Manzan, Júlio César Vieira Gomes, Manoel Coelho Arruda Junior, Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Antonio Carlos Guidoni Filho.



Relatório

Por bem relatar a discussão em tela, adoto e transcrevo o relatório do **Acórdão** recorrido.

“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 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

A

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 precípuo 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 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 de declarações (DIPJ e DCTF), relativas aos anos-calandário 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 ardil 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.

H

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 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 cumpria ao fisco, nos termos da legislação aplicável (art. 368, parágrafo único do CPC) a prova do fato declarado, o que não foi feito.

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 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. Impugnação – Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. – fls. 291/320

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.

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

Contesta a exigência dos juros moratórios equivalentes à Taxa Selic, tendo citado 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 terceiras 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.

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 autuada 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 autuada 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).

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 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, argui o seguinte:

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

- 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; *R*

- 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 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.

H

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)."

ACORDARAM os Membros da ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **em negar provimento ao Recurso: I) 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.** Manifestando a deliberação adotada por meio do acórdão recorrido, sintetizado na seguinte ementa:

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 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.

A contribuinte, às fls. 648/661 com apoio no art. 32, inciso II do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, interpôs RECURSO ESPECIAL, em face do referido acórdão. Requereu seu regular processamento e posterior remessa à egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Por meio do Despacho nº 203-084 fls.1.225, o Presidente da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes recebeu o Recurso Especial interposto quanto à decadência do direito de apurar e constituir os créditos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, já devidamente qualificada nos autos do presente processo, com apoio no art. 32, inciso II do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, interpôs RECURSO ESPECIAL, em face do referido acórdão. Requereu seu regular processamento e posterior remessa à egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais. Todavia, a Câmara recorrida não se manifestou sobre a admissibilidade desse recurso.

Rogério Luiz Bicalho, Glênio Lourenço Menezes, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho, já devidamente qualificados nos autos do presente processo, com apoio no art. 32, inciso II do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, interpuseram RECURSO ESPECIAL, em face do referido acórdão. Requereram seu regular processamento e posterior remessa à egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais. Assim como no caso do recurso apresentado por Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, a Terceira Câmara não se manifestou sobre a admissibilidade desses recursos

A Fazenda Nacional, às fls. 1.227/1.233, apresentou Contra-Razões ao Recurso Especial de fls. 648/661, interposto pela Lunar Empreendimentos Ltda.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso apresentado por Lunar Empreendimentos Ltda. merece ser conhecido por ser tempestivo e atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Os recursos apresentados pelos demais sujeitos passivos arrolados no auto de infração não sofreram exame de admissibilidade pelo presidente da câmara recorrida, o que, a primeira vista, exigiria o retorno dos autos para que se cumprisse tal formalidade, mas em vista de outros incidentes processuais, que podem tornar inócua tal medida, ultrapasso, por hora, essa questão, em vista da preliminar que suscito de ofício. Caso seja vencido, aí retorno à questão de se retornar aos autos para exame de admissibilidade dos demais recursos especial apresentados nestes autos.

Como dito linhas acima antes de adentrar-se na questão de mérito, necessário se faz analisar preliminar de nulidade do acórdão recorrido, que suscito de ofício, pelas razões seguintes:

Compulsando os autos, vê-se que a exigência do crédito tributário pertinente a estes autos de Cofins decorre de fato que lastrearam também a exigência do Imposto de Renda, senão vejamos excerto do Termo de Verificação Fiscal, comum aos lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, transcrito pela decisão de primeira instância em seu 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).*

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 improfícuo, 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 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.

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 precípuo 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;

M

- 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 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 de 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 ardil 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.

Com base nos excertos acima, não há dúvida de que a exigência dessa contribuição foi lastreada em fatos cuja apuração serviram para determinar a prática de infração a dispositivos legais do Imposto de Renda.

Assim, por força do disposto no § único do artigo 1º do Decreto nº 2.191, de 03/04/97 e na alínea “d”¹ do inciso I do artigo 20 do Regimento Interno dos Conselhos de

¹ Art. 20. Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, inclusive penalidade isolada, observada a seguinte distribuição:

I - às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras, os relativos à:
a) omissis;

Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, é do Primeiro Conselho de Contribuintes a competência para julgar o recurso voluntário apresentado pela autuada. Todavia, o julgamento deu-se perante a 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, incompetente para tal feito.

O ato praticado por pessoa ou órgão incompetente *ratione materiae* (em razão da matéria), traz em sua gênese o vício da nulidade absoluta e, por isso, não se convalida. Daí, no curso do processo, pode e deve ser anulado, por quem de direito, de ofício ou por provocação das partes, a qualquer tempo.

É de lembrar-se que o vício insanável de um ato contamina os demais dele decorrentes, impondo-se, por conseguinte, a anulação de todos eles. Outro não é o entendimento do Mestre Hely Lopes Meirelles², a seguir transcrito:

(...) é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (...), mas essa declaração opera extunc, isto é retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas. (destaques do original).

Por derradeiro, faz-se oportuno reproduzir os ensinamentos de Antônio da Silva Cabral³, sobre os efeitos do recurso voluntário:

(...) o recurso voluntário remete à instância superior o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas no processo, como também a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que ditam como devem proceder os agentes públicos, de modo a obter-se uma melhor prestação jurisdicional ao sujeito passivo.

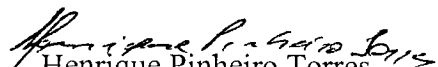
Assim, o reexame da matéria impõe a averiguação, de ofício, da validade dos atos até então praticados.

d) exigência da contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), da contribuição para o PIS/Pasep e da contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins), quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu também para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica.

² Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores: 1992, p. 156.

³ Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, p.413. 

Diante do exposto, voto no sentido de anular o processo a partir do acórdão recorrido, inclusive, e determinar a remessa dos autos ao Primeiro Conselho de Contribuintes para julgar os recursos voluntários interpostos pelos sujeitos passivos.


Henrique Pinheiro Torres

