



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

Processo n° 15504.009473/2009-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.213 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2015
Matéria IRPJ E REFLEXOS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente NUTRICOM ALIMENTOS LTDA. e OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. RECURSO DE OFÍCIO.
OBRIGATORIEDADE.

É nula a decisão de primeiro grau que, ao eximir o responsável tributário do pagamento de tributos e encargos de multa em montante superior ao limite de sua alçada, deixa de interpor o recurso de ofício.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Incorre em cerceamento do direito de defesa a decisão de primeiro grau que deixa de expor claramente as razões pelas quais não foi acolhida a alegação de decadência suscitada na impugnação ao lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em declarar a nulidade da decisão de primeiro grau, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Presidente e Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto (Presidente), João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteado, Roberto Caparroz de Almeida e Ester Marques Lins de Sousa.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 02-24.654, exarado pela 4ª Turma da DRJ em Belo Horizonte - MG.

Por bem descrever o litígio objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 402 e ss.):

I - Do Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal

O auto de infração referente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, de fls. 02 a 10, registra que o lançamento se deu por

"Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, sujeito a tributação com base no Lucro Real, não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, tal fato, bem como as demais circunstâncias encontram-se descritas no Termo de Verificação Fiscal, parte integrante deste Auto de Infração."

As folhas 11 a 36 encontram-se os autos de infração referentes à Contribuição Social s/Lucro Líquido, Contribuição para o Pis, e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, por lançamento decorrente da fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

O Termo de Verificação Fiscal, de fls. 37 a 61, registra que, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 0610100-2008-00156-1, procedeu aos trabalhos de fiscalização, e apresenta as seguintes razões:

No tópico "CONTEXTO", entende que houve interposição de terceiros como sócios, sem qualquer patrimônio garantidor de suas dívidas, para realização das operações. Complementa que:

"O objetivo do trabalho passou a ter ênfase na identificação dos reais responsáveis pela prática de atividades de simulação, fraude e sonegação de impostos e contribuições sociais relativos às atividades do contribuinte fiscalizado."

No sub-tópico II.1 - A EMPRESA NUTRICOM ALIMENTOS LTDA., o autuante apresenta histórico da constituição e atividades da empresa:

A pessoa jurídica, NUTRICOM ALIMENTOS LTDA., encontrava-se Ativa com declarações entregues a RFB referentes aos anos calendário de 2001 (formulário de Inativa), 2002 e 2003 (ambos formulários do Simples). Nunca entregou DCTF e passou a omissa na entrega de DIPJ nos anos seguintes. Foi excluída do Simples em 30/06/2007.

Conforme contrato social e alterações obtidos na JUCEMG (Anexo XII, fls. 020/044), a empresa foi constituída em 01/12/00 com o objeto de representação comercial por conta própria e de terceiros de gêneros alimentícios em geral, e sede a Rua Gabriel Capistrano, 68 - Santa Maria em

Contagem. Seu quadro societário inicial era composto por Alexandre Henrique Cardoso Naves (99%) e Estanislau Raimundo Ribeiro (1%), sendo que a administração e representação legal da sociedade seria exercida única e exclusivamente pelo sócio Alexandre Naves. Em 20/08/01 a sede foi transferida para a Rua Professor Otilio Macedo, 236 - Pilar em Belo Horizonte/MG.

Em 12/12/01, ocorreu a 2ª alteração contratual e última informada a RFB. Nela, Alexandre Naves transferiu a totalidade de suas cotas à própria empresa.

Estanilau Ribeiro, com apenas 1% do capital, tornou-se o administrador e responsável legal pela Nutricom.

No dia seguinte, em 13/12/01, com a 3ª alteração contratual, ocorreu aumento do capital social de R\$30.000,00 para R\$600.000,00, integralizado em moeda corrente pela própria empresa. O único sócio, Estanilau Ribeiro, teve sua participação proporcionalmente reduzida a apenas 0,1% das cotas.

Com a 5ª alteração contratual, em 10/11/03, foi criada uma filial à Rua da Consolação, 368, 12º andar - Consolação em São Paulo/SP. A totalidade das cotas em nome da empresa foi transferida a Estanilau Ribeiro que agora, detentor de 100% do capital, comprometeu-se a recompor o quadro social.

Em 04/03/04, com a 6ª e última alteração contratual conhecida, a sede foi transferida para Av. Senador Queirós, 279 sala 52 - Bairro da Luz em São Paulo/SP e no antigo endereço, foi criada a filial que 'assumirá todas as operações da Matriz'. Foi admitida como quotista a empresa uruguaia Askany Corp. Financial & Trading S/A, sediada a Calle Continuacion Echevevarriaza, 3535 Torre B - apto 1205, em Montevideu. A empresa registrada na RFB sob o CNPJ: 05.386.142/0001-52, era representada pelo procurador Hélivio Alves Pereira OAB/MG 48.423, CPF: 143.714.646-53, domiciliado, segundo contrato social, a Av. Prestes Maia, 241 Conj. 3222 - Centro em São Paulo/SP. Estanilau Ribeiro transferiu parte de suas cotas (0,1%) à Nutricom depositando-as em tesouraria pelo prazo de 180 dias. O restante das cotas (99,99%) foram transferidas a Askany Corp., pelas quais se comprometeu a pagar R\$599.400,00 em até 24 meses. Assim a administração da Nutricom a ser exercida pelo procurador da Askany Corp., Hélivio Alves.

No cadastro da SEF/MG a Nutricom, sob a inscrição estadual 062.109072.00-40, encontra-se Cancelada desde 13/07/06, por encerramento irregular de atividades e inexistência de fato do estabelecimento à Rua Professor Otilio Macedo, 236. A inscrição estadual já se encontrava Bloqueada desde 12/01/04, por desaparecimento do contribuinte. Em 08/04/08 foi publicado Ato de Inidoneidade

e Falsidade pela impressão de documentos fiscais sem a

Autenticado digitalmente em 05/01/2016 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 05/01/2016 p

or MARCELO CUBA NETTO

Impresso em 06/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

devida autorização. Em ocorrências anteriores, a empresa havia sido autuada pelo Fisco Estadual que, dentre outras infrações, ressaltamos o 'aproveitamento indevido de créditos de ICMs provenientes de documentos fiscais: 1 - declarados inidôneos; 2 - que não corresponderam a efetivas entradas de mercadorias no estabelecimento.' (Acórdãos nº 2.806/03CE de 15/04/03, 16.021/031ª de 07/03/03 e 15.835/02/1ª de 02/10/02, Anexo XII, FLS. 045/082).

Em seguida, o atuante descreve as tentativas frustradas de localização da autuada e sócios, redundando em processo administrativo de declaração de inaptidão nos termos do processo 10680.002278/2008 -29 e "Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 14, publicado no DOU de 16/05/08 (anexo XII, FLS. 105/110)."

Informa visita a imóveis alugados pela Nutricom, contatos com imobiliárias e pessoas físicas que, de alguma forma, participaram destas operações.

Ao final, assinala que, "Diferentemente da Junta Comercial, consta do cadastro da RFB a sra Sônia Maria Campos Rios, CPF: 312.617.286-53 como atual procuradora da empresa Askany Corp., a quem também solicitamos esclarecimentos."

Quando apresenta o relato sobre a Askany, o auditor informa que a Sra. Sônia Campos Rio afirma desconhecer constar seu nome como procuradora da citada empresa uruguaia.

No tópico "II.2 - OS SÓCIOS", o atuante apresenta informações e resumo de depoimentos de Estanilau Raimundo Ribeiro e Alexandre Henrique Cardoso Nunes. Apresenta ainda análise e comentários sobre a Askany Corp. Financial & Trading S/A.

No tópico "III - DA NULIDADE DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS E EXCLUSÃO DO SIMPLES", quando, considerando a existência de vício formal nas alterações contratuais, deu início a procedimento administrativo para anular os efeitos no cadastro CNPJ, das alterações contratuais registradas na Junta Comercial em nome da Nutricom.

No tópico "IV - CIRCULARIZAÇÃO DE FORNECEDORES E CLIENTES", apresenta relato de transações comerciais entre a Nutricom e várias empresas.

Tópico "V - MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA"

Neste tópico o atuante apresenta análise dos documentos bancários fornecidos pelos bancos relacionados, informando que foram apresentados cartões de assinatura "constando além da assinatura de Estanilau Ribeiro, uma rubrica de caligrafia bastante diversa." Destaca que "Tal assinatura foi feita de forma diferente da encontrada nos documentos de identidade", não reconhecida pelo Sr. Estanilau como sua.

Relata ainda que os cheques, de valores expressivos, eram nominais à Nutricom e sacados diretamente no caixa.

Nos sub-itens 4, 5 e 6 informa que foram apresentados contratos de concessão de créditos por parte dos bancos à Nutricom, tendo como avalistas os Srs. Carlos e Cláudio Stein Pena.

No sub-tópico "V.1 - DA ANÁLISE DO EXTRATO BANCÁRIO", explicita a metodologia utilizada para caracterizar a omissão de receita.

No tópico "VI - OS RESPONSÁVEIS PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO", autoridade fiscal apresenta seu argumentos de convicção e relaciona as pessoas que entende solidariamente responsáveis pelo crédito tributário, lavrando os respectivos termos constantes do Anexo XIV, fls. 038/077.

No sub-tópico "VI.1 - DAS RESPOSTAS APRESENTADAS" informa que, apesar do atendimento da solicitação de dilação do prazo, nenhum fato objetivo foi acrescentado.

No tópico "VII - DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL" expressa seu entendimento que o levou a formalizar a representação fiscal para fins penais.

Nos tópicos seguintes apresenta explanação sobre o lançamento tributário levado a termo.

Às fls. 62 a 92, apresenta "RELAÇÃO MENSAL DE CRÉDITOS E DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO APURAÇÃO DE RECEITA OMITIDA" e às fls. 93/96, "DEMONSTRATIVO DA SITUAÇÃO FISCAL APURADA".

Às fls. 99 encontra-se a "RELAÇÃO DE ANEXOS" ao presente processo, numerados de I a XIV, e respectivo conteúdo.

Em 27 de maio de 2009, os avisos de recebimento - AR, destinados às pessoas físicas Alexandre Henrique Cardoso Naves, Cláudio Fernando Stein Pena e Carlos Otávio Stein Pena e à pessoa jurídica Indulac - Indust. De Produtos Lácteos Ltda., de fls. 104/107 registram a data de recebimento em 27 de maio de 2009. Às fls. 108, documento dos Correios - Sedex informa a entrega à Nova Ponte em 29 de maio de 2009.

II - Das impugnações

São apresentadas três impugnações, a seguir mencionadas na ordem que se apresentam nos autos.

PRIMEIRA IMPUGNAÇÃO

Apresentada em 26 de junho de 2009, a impugnação de fls. 120/138, assinada por Carlos Otávio Stein Pena, Cláudio Fernando Stein Pena, Spasso Empr. e Serv. Ltda, Laço Assessoria e Rep. Com. Ltda e Indulac - Ind. de Prod. Lácteos Ltda, argumenta inicialmente no tópico "I — A INFRAÇÃO IMPUTADA" que, "conforme passará a ser demonstrado em

seguida, o lançamento fiscal efetuado afigura-se totalmente nulo e improcedente."

II - NÃO REALIZAÇÃO DOS ATOS NECESSÁRIOS À MUDANÇA DO DOMICÍLIO FISCAL DA NUTRICOM. INCOMPETÊNCIA DA DRF/BH.

Neste tópico, argumenta que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Belo Horizonte não tem jurisdição sobre o contribuinte, que, afirma, transferiu sua sede para São Paulo. Com este argumento entende que "os autos de infração lavrados pela DRF/BH devem ser declarados nulos por vício de competência."

III - ERRO NA ELEIÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS

Argumenta que "a fiscalização não juntou aos autos nenhuma comprovação concreta de que os impugnantes administraram, gerenciaram ou receberam lucros da Nutricom."

IV - O ARTIGO 124, I, DO CTN NÃO ENSEJA A RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DE SUPOSTOS SÓCIOS DE FATO. ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL DA EXIGÊNCIA.

"Ao tentar encaixar no instituto da solidariedade algo que, se fosse o caso, seria no máximo, responsabilidade de terceiros, a fiscalização acabou cometendo erro de enquadramento legal gravíssimo, o qual, por si só, já serve para afastar os impugnantes da autuação, pois como demonstrado, de solidariedade não se trata (e é isto - e apenas isto - o que lhes está sendo imputado)."

V - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

*"Ao impor responsabilidade solidária aos impugnantes, a auditoria fez expressa menção ao 'parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01' (fls. 52). Ora, não há dúvida de que, ao concluir que haveria 'sócios de fato' distintos daquele indicados nos atos constitutivos, a fiscalização **desconsiderou** a estrutura societária da empresa fiscalizada, ou seja, lançou mão da prerrogativa contida no referido dispositivo legal" Complementa que o citado artigo não foi regulamentado.*

VI - DEPÓSITOS BANCÁRIOS. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E NÃO CARACTERIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO EM RELAÇÃO AOS IMPUGNANTES.

Argumenta que o prazo de 5 (cinco) dias caracteriza-se como ilegal, posto que, segundo o artigo 844 do RIR/99 este prazo deveria ser de 20 (vinte) dias. Conclui que houve cerceamento do direito de defesa. Argumenta, ainda que:

"Ora, como os impugnantes não foram considerados os efetivos titulares das contas bancárias mantidas pela

Nutricom, mas meros sócios de fato, não se configura, em relação a eles, a presunção de omissão de receitas prevista no artigo 42 da Lei 9.430/96, a qual, repita-se, só atinge o titular (de fato ou de direito)."

VII - DECADÊNCIA

"Com a devida vênia, o prazo decadencial de cinco anos conta-se não do primeiro dia do exercício seguinte ao da entrega da declaração, mas "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"

VIII - MULTA QUALIFICADA

"Percebe-se, assim, que há uma inequívoca incompatibilidade lógica entre a presunção de omissão de receitas/rendimentos prevista no artigo 42 da Lei n" 9.430/96 e a imposição de multa qualificada."

IX - NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Argumentam que a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício não encontra respaldo legal.

X - PEDIDO

"Isso posto, os impugnantes requerem o acolhimento da presente defesa, para que, nos termos dos fundamentos acima, os autos de infração em tela sejam anulados, cancelados ou julgados totalmente improcedentes e/ou que a responsabilidade passiva solidária imputada a eles seja revogada."

SEGUNDA IMPUGNAÇÃO

A impugnação interposta por Alexandre Henrique Cardoso Naves, de fls. 141 a 198, em 26 de junho de 2009, assinada por Fernando Bento de Araújo e Luiz C. Correa Santos, mediante procuração de fls. 200, inicia solicitando efeito suspensivo nos termos do caput do Art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Encerra a petição solicitando, caso "ultrapassado o pedido anterior, o que se admite em sede de mero argumento, seja a sobredita Representação e/ou os seus efeitos suspensos até a solução definitiva da demanda."

Em sua impugnação, o interessado cita o processo 10680.002278/208-29 quando se declarou a inaptidão da Nutricom Alimentos Ltda, pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 14, de 15 de maio de 2008, 15504.007218/2009-38 e a exclusão do Simples pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 062/2009, de 08 de abril de 2009.

A impugnação interposta pelo Sr. Alexandre Henrique Cardoso Naves defende que a autuação não deve prosperar, argumentando que:

"II.II Da Responsabilidade Tributária

"Ao constituir a sociedade, o IMPUGNANTE foi levado a acreditar que formalizaria uma parceria comercial com empresas do mesmo segmento, beneficiando-se, sim, da experiência e do conhecimento que os seus incentivadores tinham e detinham sobre o mercado, haja vista os longos anos no comércio atacadista de alimentos.

Sua condição econômico-financeira (suas dificuldades financeiras) vivenciadas a época, mais do que um incentivo, representaram poderoso estímulo que lhe obrigou (obrigaram), porque precisava, a aceitar a proposta.

Por inocência ou excesso de confiança depositada nas pessoas que, naquele momento, "lhe estenderam a mão", somada à sua falta de conhecimento sobre o segmento (sobre o mercado) no qual se aventurou a ingressar, concordou, após indicação destas mesmas pessoas, em confiar a escrita e o controle contábil e fiscal da recém constituída sociedade ao Sr. Wainer Teófilo Alves, registrado no CRC/MG, sob o nº 059.473, que até então não conhecia (vide fl. 07, § 6º, item 02, do TVF fl. 43 do PAF nº15504.009473/2009-15.

*Acreditando estar bem assessorado, confiou, **durante o período em que esteve na sociedade autuada (de 01.12.2000 a 12.12.2001)**, a condução dos negócios a pessoas a quem acreditava ser mais indicadas (qualificadas).*

*Como restou expressamente certificado e registrado pela Autoridade fiscal (vide dentre outros os § 2º m fl. 17 e § 1º fl. 18, ambas, do TVF fls. 53 e 54 do PAF), as compras, as negociações e os contatos firmados com fornecedores, instituições bancárias e outros, a contabilização, enfim, todos os atos de gestão da NUTRICOM, **SEMPRE** foram realizados pelos Srs. Carlos Otávio Stein Pena e Cláudio Fernando Stein Pena.*

*À época dos fatos, o **IMPUGNANTE** não podia avaliar, muito menos prever pudesse a sociedade vir a ser utilizada para fins diversos daqueles usualmente admitidos (aceitos).*

Os atos que ora se imputam a NUTRICOM e/ou aos seus reais gestores foram realizados sem o seu conhecimento e, óbvia e conseqüentemente, sem o seu consentimento.

*A situação do IMPUGNANTE, como se vê, mutatis mutandis, se assemelha a vivenciada pelo Sr. Estanilau, **ambos, sócios formais**, não justificando tratamentos diferenciados, em respeito ao arqui-princípio da Isonomia.*

*À toda evidencia, se o **IMPUGNANTE** não praticou atos de gestão, muito menos se beneficiou dos seus resultados, não lhe pode ser imputada a condição de co-responsável.*

*Se para os reais gestores da sociedade autuada, o **IMPUGNANTE** sabidamente sem qualquer responsabilidade pelos fatos, foi premeditadamente admitido como "bode expiatório", expressão brasileira para "boi de piranha", esta condição não pode ser admitida (convalidada) pela Fazenda Pública Federal.*

*A razão (**única**) para a co-responsabilização, **repita-se**, foi (é) a existência de alguns raros depoimentos, por meio dos quais, **pessoas de alguma forma relacionadas à sociedade autuada e/ou aos seus "reais" gestores**, teriam informado (sugerido) a suposta vinculação do **IMPUGNANTE** a NUTRICOM.*

A justificativa invocada é insustentável.

A própria Autoridade fiscal reconheceu (reconhece) a fragilidade dos depoimentos, tanto que a eles conferiu pouca ou quase nenhuma credibilidade.

De mais a mais, várias outras declarações foram colhidas pela fiscalização, estas, sim, de maior confiabilidade e fidelidade.

*Todas, sem exceção, confirmam que as negociações, as contratações, os contatos, enfim, a administração da NUTRICOM em momento algum foi exercida pelo **IMPUGNANTE**.*

As declarações de fls. 10, 11 e 12, todas, do TVF (fls. 46 a 48 do PAF nº 15504.009473/2009-15) são claras e consistentes.

Por elas se pode constatar que as contratações (compras e vendas) e os contatos foram executados e realizados, pessoalmente, por um de seus "reais" administradores (Cláudio Fernando Stein Pena), por suas empresas (Nova Pontes Serviços Gerais Ltda. - CNPJ/MF nº 01.053.102/0001-38 e Sapsso Empreendimentos e Serviços Ltda - CNPJ/MF nº 01.457.287/0002-27 e por seus empregados (Adilson Antônio Bragança e Saturnino Pinheiro Neto - CPF nº 477.009.396-91)."

No item II-IV., o impugnante requer que se determine "a riscadura" da expressão "testa de ferro" que lhe foi atribuída pela fiscalização.

No tópico III. Do Mérito, o impugnante afirma:

*"Apesar de não ser o responsável pelo crédito fiscal (vide itens precedentes), o **IMPUGNANTE**, em respeito ao Princípio da Eventualidade, contesta a atuação fiscal, não representando tal atitude, repita-se, aceitação da sujeição passiva tributária."*

*Ao final, requer, dentre outros itens, que seja desconsiderada a sua indicação como responsável solidário e, caso ultrapassado o **pedido acima**, seja o auto de infração declarado nulo.*

TERCEIRA IMPUGNAÇÃO

Às fls. 228/237, volume II, consta impugnação interposta por Nova Ponte Serviços Gerais Ltda, com data de 29 de junho de 2009, acompanhada dos documentos de fls. 238 a 393. Argumenta que nunca participou da administração, da contabilidade, do fiscal ou financeiro da Nutricom e que o relacionamento "de minha empresa com a investigada era apenas a locação de espaço em alguns períodos". Acrescenta que:

"A 'intima' relação da Impugnante com a Nutricom se resume a uma única nota fiscal de R\$30.000,00 (fl. 100 do Anexo XIV). Conforme demonstra o comprovante de TED de fl. 101 e a folha do extrato bancário de fl. 102 (ambos do Anexo XIV), o serviço de beneficiamento prestado foi efetivamente pago. Aliás, como não poderia deixar de ser, tudo está devidamente contabilizado (Diário 2003 à fl. 105 do Anexo XIV). No ano de 2004, a impugnante não teve nenhuma relação com a Nutricom."

Por fim, transcreve trechos do Acórdão nº 107-08692:

"Em caso ainda mais específico, praticamente idêntico ao dos autos, vejam que a imputação de responsabilidade solidária não é aceita nem quando os dirigentes da autuada e das empresas implicadas são os mesmos:

'A fiscalização assim entendeu porque considerou que as empresas de propriedade dos sócios-irmãos e a Emporium constituíam uma sociedade de fato, o que evidentemente não é o caso dos autos. Todas as empresas foram constituídas de acordo com a lei, sendo autônomas e independentes. O fato de o seu dirigente imitir-se atrás de laranjas para fugir aos seus deveres de contribuinte, como os verdadeiros donos da Emporium, não autoriza essa conclusão em relação àquelas sociedades.

Desta forma, limito a responsabilidade solidária a Emporium Empreendimentos Ltda aos Srs. Claudio Fernando Stein Pena, Carlos Otávio Stein Pena."

A Nova Ponte não questiona o lançamento tributário, limitando-se apenas a contrapor argumentos à indicação de devedor solidário. Os demais, ainda que afirmem fazelo em caráter subsidiário, apresentam suas teses contra o lançamento e/ou contra os procedimentos da fiscalização.

Examinadas as razões de defesa, a DRJ de origem julgou improcedentes as impugnações mas afastou a responsabilidade tributária das pessoas jurídicas Spasso Empreendimentos e Serviços Ltda., Laço Assessoria e Representação Comercial Ltda., Indulac - Indústria de Produtos Lácteos Ltda., Nova Ponte Serviços Gerais Ltda., e do Sr. Alexandre Henrique Cardoso Naves. Não houve recurso de ofício.

Irresignados, os responsáveis tributários Carlos Otávio Stein Pena e Cláudio Fernando Stein Pena interpuseram recurso voluntário onde reproduzem, em síntese, as mesmas razões expostas na impugnação ao lançamento (fl. 451 e ss.).

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) DA NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A DRJ de origem afastou a responsabilidade tributária das pessoas jurídicas Spasso Empreendimentos e Serviços Ltda., Laço Assessoria e Representação Comercial Ltda., Indulac - Indústria de Produtos Lácteos Ltda., Nova Ponte Serviços Gerais Ltda., e do Sr. Alexandre Henrique Cardoso Naves, todavia, não recorreu de ofício de sua decisão.

Sobre o recurso de ofício o art. 34, I, do Decreto nº 70.235/72 assim estabelece:

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

*I - exonerar o **sujeito passivo** do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)*

(...)

Por sua vez a Portaria MF nº 3/2008 assim prescreve:

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

(...)

Por fim, de acordo com o art. 121 do CTN, sujeito passivo pode ser qualificado como contribuinte ou responsável, *in verbis*:

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

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

No caso, como os tributos e encargos de multa de que foram exonerados os responsáveis tributários acima apontados superam o montante de R\$ 1.000.000,00, deveria a DRJ haver encaminhado a questão, de ofício, para reexame necessário por parte deste Conselho.

Por outro lado, entendo que esta Turma não poderia suprir o vício recursal sem violar o direito dos responsáveis tributários de: (i) reafirmarem por escrito, no prazo de trinta dias da ciência ao recurso de ofício, as razões pelas quais entendem correta a decisão de primeiro grau, e; (ii) comparecerem a este Conselho, pessoalmente ou por meio de seus representantes, para exporem oralmente essas razões.

Outra questão que envolve a nulidade da decisão *a quo* diz respeito ao cerceamento do direito de defesa suscitado pela recorrente quanto ao argumento de decadência de parte do crédito tributário lançado.

Em sua impugnação alegaram os interessados o seguinte (fl. 135 e ss., do volume I):

VII - DECADÊNCIA

Ao tratar da questão da caducidade, a auditoria diz que, "com relação aos anos-calendário de 2003 e 2004, a decadência se opera a partir de 01/01/2010 e 01/01/2011 (cinco anos após o primeiro dia do exercício seguinte à data da entrega da declaração) respectivamente" (fl. 59).

Com a devida vênia, o prazo decadencial de cinco anos conta-se não do primeiro dia do exercício seguinte ao da entrega da declaração, mas "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN).

Pois bem, como o lançamento foi feito pelo regime do lucro arbitrado, em que os períodos de apuração do IRPJ e da CSLL são trimestrais, os lançamentos referentes ao primeiro, segundo e terceiro trimestres de 2003 poderiam ter sido feitos no próprio ano de 2003, razão pela qual o prazo decadencial de cinco anos começa a fluir em 01/01/2004, com término em 01/01/2009. Como os impugnantes foram notificados do lançamento apenas em 27/05/2009, não há como afastar a decadência. Nesse sentido, vale conferir a jurisprudência da DRJ/Juiz de Fora:

"DECADÊNCIA. O IRPJ incidente sobre omissão de receitas, tributado em separado e de forma definitiva, admite o lançamento no próprio ano em que se deu o ilícito, seja qual for a forma de apuração e tributação do lucro adotada

pela pessoa Jurídica. Portanto, o termo inicial da contagem do prazo decadencial, segundo a regra do art. 173, I, do CTN, será o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da omissão." (DRJ/Juiz de Fora, Acórdão no 09-1023, de 26/03/2002)

Já em relação ao PIS e à COFINS, cuja periodicidade de apuração é mensal, os lançamentos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2003 poderiam ser feitos no curso do ano de 2003, o que enseja a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir de 01/01/2004. Como a autuação só foi feita em 27/05/2009 e a data final para uma cobrança válida seria 01/01/2009, operou-se a decadência:

"O período compreendido pelo lançamento partiu, como já se disse, dos fatos geradores ocorridos em 30/09/98 e a multa foi aplicada em razão de dolo, de modo que a contagem da caducidade se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que poderia ser lançado o crédito tributário. No caso, o lançamento poderia ser feito no quarto trimestre de 1998 e a contagem se faz a partir do primeiro dia do primeiro trimestre de 1999, podendo o lançamento ser feito validamente até 31/12/2003." (Acórdão no 107-08692)

II): Por sua vez a DRJ tratou da questão nos seguintes termos (fl. 420 do volume

VII - DECADÊNCIA

Para se demonstrar a improcedência dos argumentos apresentados, a transcrição do parágrafo 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional, é suficiente.

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

Resta evidente, portanto, que a DRJ não enfrentou de forma clara os argumentos carreados pelos impugnantes no tocante à decadência. Em especial, não refutou a alegação da defesa segundo à qual, no caso, a contagem do prazo decadencial é regida art. 173, I, do CTN, nem se pronunciou sobre a data de início da contagem.

3) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, voto por declarar a nulidade da decisão recorrida, devendo outra ser proferida em seu lugar.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Processo nº 15504.009473/2009-15
Acórdão n.º **1201-001.213**

S1-C2T1
Fl. 15

CÓPIA