

constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a sujeição passiva, sendo autorizada, assim, a inclusão de referida pessoa no pólo passivo das obrigações formalizadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, NEGAR PROVIMENTO, pelo voto de qualidade, em relação aos Recursos Voluntários interpostos por Paulo Victor Cardoso, Marcelo Pereira Cardoso e Adalberto Cardoso, vencidos os Conselheiros, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator) e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto por Fabiana Cardoso Lee, vencido, em relação a este, o Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator). Para redigir os respectivos votos vencedores, designado o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Fizeram sustentação oral os advogados Guilherme Araújo de Oliveira OAB/MG nº 144.193, representando os responsáveis solidários Paulo Victor Cardoso, Marcelo Pereira Cardoso e Adalberto Cardoso e Flávio Machado Visctor Dias OAB/MG nº 99.110, representando a responsável solidária Fabiana Cardos Lee.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Trata-se, nos presentes autos, de autuações lavradas contra a empresa PROGRESSO ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., indicando a verificação, no caso, de “omissão de receitas”, identificadas pelos agentes da fiscalização a partir de atuação fiscal especificamente instaurada, cognominada como “Operação Castelhana”, identificando que a referida empresa, desde a sua composição, é constituída por pessoas que não possuem qualquer capacidade econômica, apresentando-se, na verdade, como meros “laranjas” dos efetivos e verdadeiros usuários e executores do esquema.

A omissão de receitas, pelo que se verifica, teve como suporte a existência de movimentação bancária em valores que não condiziam com as informações fiscais apresentadas pela contribuinte, e, ainda, a comprovação da existência de “Notas Fiscais Paralelas”, circundado, ainda, pelo fato de que a empresa-contribuinte, na verdade, teria sido constituída como instrumento para a manutenção de atividades fraudulentas. Vejamos:

Da irregularidade na constituição da empresa

Da leitura dos elementos apresentados, verifica-se que, instaurada a fiscalização, no local onde deveria estar estabelecida a empresa não pode ser ela localizada, identificando-se ali outros agentes que não teriam qualquer conhecimento do paradeiro da fiscalizada.

De acordo com as informações constantes do Termo de Verificação Fiscal, a empresa teria sido criada com o intuito de ser uma subsidiária oculta da sua controladora, a **Pink Alimentos do Brasil Ltda**, tendo como seus sócios, à época da constituição, os Senhores **Sebastião Mauricio Alves de Sousa**, com 99% das quotas, e **Antonio Tavares Dias**, com 1%.

Do histórico societário, verifica-se que em 12.12.2003, **Antonio Tavares** transferiu suas quotas para **Willian Antonio Rosa**. Em 12.12.2003, o Sr. Sebastião retira-se da sociedade e o Sr. Willian fica com 100% das quotas e faz uma injeção de capital. Em 05.07.2004, o Sr. Willian transfere 20% das quotas a **Reginaldo Soares Coutinho**. Em 16.07.2004 aumenta-se o capital em R\$ 2.700.000,00, cuja integralização se deu supostamente em moeda no mesmo dia.

O Sr. Willian, segundo as informações apresentadas, teria adquirido a empresa por R\$600.000,00 e injetado mais R\$300.000 em 12.12.2003. Permaneceu como sócio unitário até a quinta alteração contratual em 05.07.2004, quando passou 20% de suas quotas para o Sr. Reginaldo, que por elas teria pagado R\$ 180.000,00. E em 16.08.2004 foi feito novo aporte de capital no montante de R\$2.880.000,00.

Entretanto, o suposto sócio não possuía capacidade econômica nem bens que lhe permitissem realizar tamanha integralização. O Sr. Willian residia e pelo que consta ainda reside em bairro humilde, em rua próxima ao aterro sanitário de Belo Horizonte. Tal residência não condiz com a condição de possuidor de R\$2.880.000,00 em dinheiro. Não consta nenhuma movimentação financeira nas DCPMF dos bancos, o que indica que tal quantia não passou por sua conta bancária. O Sr. Willian não possuía nada além das cotas da Progresso e seu único

rendimento declarado provém da retirada pró-labore. Tal acréscimo nem foi declarado na DIRPF. Portanto, há indícios fortes de que foram simuladas as alterações contratuais pelas quais os aportes foram declarados.

Verificou-se no Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS que seu grau de instrução é a 4a série do 1o grau incompleta, e que os últimos três empregos de carteira assinada foram de empregado de conservação e limpeza, gari e porteiro ou zelador.

É semelhante a situação do Sr. Reginaldo, pois também não possuía bens que lhe proporcionassem a vultosa quantia necessária para aquisição das cotas e para o posterior aporte de capital. Em sua declaração de pessoa física não consta a propriedade dessas cotas. De acordo com a última alteração contratual, o sr. Reginaldo e o Sr. Willian residem no mesmo local. Portanto a ele se aplicam as observações anteriores a respeito da residência do último.

Em face dessas verificações, e, ainda, das informações obtidas e resguardadas por sigilo nos documentos relacionados à cognominada **Operação Castelhana**, foi então identificado que a empresa “Progresso”, na verdade, fora constituída para atuar como subsidiária do Grupo Pink Alimentos, nos termos ali então especificamente apresentados.

A partir dessas informações, entenderam os agentes da fiscalização pela responsabilização das empresas vinculadas a Grupo Pink Alimentos e seus “sócios de fato”, sendo relevante destacar, em relação a este ponto, o seguinte e específico trecho contido no relatório apresentado pela r. decisão de origem, descrita a partir dos registros constantes no TVF:

A responsabilidade solidária — Pink Alimentos do Brasil Ltda e seus sócios de fato

- A Progresso era controlada e gerida por meio de funcionários da Pink e por ordem dos diretores de fato desta, a saber: **Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso**, conforme relatório reservado de maio de 2006 (fls. 215 a 219). Era-o também por **Fabiana Cardoso Lee**, filha de Adalberto Cardoso, que detinha procuração para gerir a empresa e assinar cheques. Na ficha cadastral da conta no Banco Bradesco declarou-se como gerente comercial da Progresso (vide fls. 17, 19 e 20 do anexo I, e amostra de cheques assinados pela Sra. Fabiana entre 2004 e 2007 a fls. 106 do anexo D).
- Também confirma a subordinação da Progresso ao Grupo Pink e aos seus sócios o fato de que eram os Srs. **Adalberto e Paulo Victor** os fiadores dum contrato de desconto de títulos firmado com o Banco do Brasil (anexo I, fls. 96 e 97). Na ficha cadastral consta que eles seriam os contatos da empresa, além de o Sr. Ricardo (empregado da Pink anexo I, fls. 106).
- A empresa oficialmente possuía apenas uma funcionária: **Ronne Rozemberg de Souza**, a qual trabalhara antes na Invicta Com. e Distribuição de Gêneros Alimentícios Ltda a partir de 01.11.2001 (pertencente ao Grupo Pink). Além disso ela é irmã de outra empregada do grupo Pink, o que demonstra que este é o empregador comum.
- Os documentos apreendidos durante a Operação Castelhana estavam no estabelecimento da Pink, conforme termo de deslacreção, exame de documentos, constatação e lacração datado de 18.09.2008, lavrado em decorrência de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal (ver anexo V, fls. 2 a 42). A

constatação de que vasta documentação contábil e financeira da Progresso estava na posse do grupo Pink é a primeira e mais robusta prova da ligação entre as empresas.

- Entre esses documentos salientam-se as procurações, contratos sociais, livros, documentos contábeis, notas fiscais, cheques e documentos bancários, papéis relativos à participação em licitações, cujos pormenores são descritos e analisados nas páginas 6 a 10 do termo de verificação fiscal.

Documentos comuns da Progresso e da Pink

- O que se procura provar com os documentos apreendidos é a estreita relação da Progresso com a Pink, que consiste em ser a primeira subsidiária integral da segunda, ou seja, os verdadeiros sócios da Progresso eram os verdadeiros sócios da Pink. A prova dessa relação pode ser obtida por qualquer meio, ao passo que as provas acima discriminadas se mostram bastante robustas. O artigo 987 do atual Código Civil disciplina a matéria. Embora já revogado, o artigo 305 do Código Comercial Brasileiro disciplinava antes o assunto e trazia algumas presunções de relação de sociedade e serve de referência de provas indiciárias.

- Documentos apreendidos no estabelecimento da Pink demonstram exatamente a relação promiscua e comum a que se refere o artigo 305 do Código Comercial, principalmente relatórios, balanços, expedientes, relação de representantes e telefones úteis, e-mails, solicitações e documentos de identidade que fazem referências a ambas empresas, conforme pormenorizado nas páginas 11 e 12 do termo de verificação fiscal. Destaca-se, entre outros, o relatório reservado de maio de 2006, no qual constam como membros do conselho de administração da Pink ***Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso,***

- Nesse relatório consta ainda que as empresas Alibra, Progresso, Invicta e Alnutri pertencem ao grupo Pink (fls. 215 a 221).

- Portanto, fica evidenciada a sujeição integral da Progresso à administração da Pink, e devem ser responsabilizadas nos termos do artigo 124, inciso I, e do artigo 135, do CTN, as seguintes pessoas: a) **Pink Alimentos do Brasil Ltda**, CNPJ 17.238.718/0002-02; b) **Paulo Victor Cardoso**, na qualidade de sócio de fato da Pink e da Progresso e de igualmente administrador de fato; c) **Adalberto Cardoso**, na qualidade de sócio de fato da Pink e da Progresso e de igualmente administrador de fato; d) **Marcelo Pereira Cardoso**, na qualidade de sócio de fato da Pink e da Progresso e de igualmente administrador de fato; e) **Fabiana Cardoso Lee**, que é filha de Adalberto Cardoso, aparece como procuradora da empresa e se declarava como gerente comercial.

Promovida a lavratura dos respectivos autos de infração, foram então devidamente intimada a contribuinte, bem como, também, todos os responsáveis aqui indicados, sendo de relevante destaque que a empresa PROGRESSO ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. manteve-se completamente silente, apenas se verificando nos autos as defesas construídas pelos “responsáveis” indicados, seguindo, em cada caso, a linha de defesa pertinente, nos termos então devidamente analisados no relatório da r. decisão de origem.

Analisando os termos das defesas apresentadas, por sua vez, entendeu a d. 3ª Turma da DRJ/BHE pela *Procedência Parcial do Lançamento*, em acórdão que assim então ficou especificamente ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR

Contar-se-á o prazo decadencial de cinco anos a partir da data do fato gerador somente se tiver havido pagamento parcial da obrigação e se não for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

ARBITRAMENTO DE LUCROS

Será arbitrado o lucro do contribuinte que, regularmente intimado, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal que estiver obrigado a manter em virtude do regime de tributação por ele adotado.

OMISSÃO DE RECEITAS - NOTAS FISCAIS PARALELAS

Constitui omissão de receita o valor das notas fiscais que, emitidas para acobertar vendas de mercadorias, hajam sido impressas sem autorização ou que usem a mesma numeração de outras impressas regularmente, salvo se comprovado que a receita respectiva fora computada na base de cálculo das obrigações tributárias do período.

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Presumem-se decorrentes de omissão de receita os valores depositados em conta bancária cuja origem não for comprovada mediante documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO - PERCENTUAL DE APLICAÇÃO

Aplica-se a multa de ofício no percentual de 150% se estiverem comprovadas as circunstâncias previstas na lei como caracterizadoras de infração qualificada. E ainda majora-se essa multa em 50% se o sujeito passivo deixar de atender intimação fiscal no prazo marcado para apresentar documentos ou para prestar esclarecimentos.

COFINS - PIS - REDUÇÃO A ZERO DA ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE VENDAS DE ALIMENTOS

Em virtude de ser interpretada literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário, para fazer jus a benefício fiscal, o contribuinte deve comprovar que suas operações satisfazem rigorosamente os requisitos legais.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL - PIS - COFINS

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado. Também o são os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

ARGUIÇÃO DE NULIDADE - FALTA DE INTIMAÇÃO PARA ACOMPANHAR A AÇÃO FISCAL

A fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal somente se instaura com a impugnação das exigências fiscais. As intimações para prestar esclarecimentos ou documentos durante a fase de fiscalização ou preparação do lançamento são realizadas apenas no interesse da administração tributária e quando esta as julgar necessárias. Não constitui causa de nulidade nem cerceamento do direito de defesa deixar de intimar o sujeito passivo para acompanhar o trabalho fiscal do qual resultou o lançamento de ofício.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE - COMPARTILHAMENTO DE PROVAS

Havendo decisão judicial que expressamente determina o seu compartilhamento, não é ilícito, nem constitui causa de nulidade, o emprego pelo fisco de provas obtidas por meio de operações policiais, ainda que o sujeito passivo do lançamento resultante da ação fiscal não figure no rol de denunciados da respectiva ação penal.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em razão da exoneração parcial apontada, da decisão recorre de ofício a douta autoridade julgadora de origem, nos termos do art. 21, parágrafo 1º do Decreto 70.235/72.

Regularmente intimada a contribuinte (Progresso Alimentos Importação e Exportação Ltda – que não impugnou), bem como também os respectivos responsáveis, por estes últimos foram então apresentados os competentes Recursos Voluntários, valendo, em relação a eles, especificamente destacar o seguinte:

Fls. 3801 – PAULO VITOR CARDOSO

- Que o recorrente nunca fez parte do quadro societário da empresa autuada, sendo apenas um terceiro sem qualquer vínculo jurídico.
- Que a sua inclusão como responsável foi decorrente de exclusiva análise de presunção, nunca tendo tido conhecimento do desenvolvimento do procedimento fiscal, até o recebimento da autuação lavrada.
- Que já foi, em época anterior ao período fiscalizado, sócio da empresa *Pink Alimentos do Brasil Ltda.*, considerada nos autos como suposta controladora da empresa autuada.
- Que após a comentada “Operação Castellhana” os verdadeiros sócios das empresas apontadas nunca foram investigados por quaisquer atos.

- A empresa *Pink Alimentos do Brasil Ltda.*, em meados de 2002, passou a enfrentar efetivas e verdadeiras dificuldades financeiras, passando a buscar no mercado novos investidores.
- Após a chegada de novos sócios, no final de 2003, em razão de problemas entre os sócios, ocorreu então nova alteração, com a saída de diversos deles.
- Nessas circunstâncias, desde 2003 o recorrente não mais fazia parte da empresa *Pink Alimentos do Brasil Ltda.* e muito menos da empresa PROGRESSO ALIMENTOS, sendo indevida, portanto, a sua inclusão como responsável no feito.
- Não existe nos autos nenhum documento que confira ao recorrente qualquer poder de gestão ou para atuação em nome das empresas apontadas.
- A respeito das informações bancárias onde consta o nome do recorrente como “responsável” ou “contato”, ele destaca que, em junho de 2004, atuou como fiador numa operação de crédito da empresa Progresso Alimentos, conforme havia sido acertado antes de sua saída com os demais sócios das empresas relacionadas. Ademais, a simples existência de um cadastro bancário não pode servir de prova para impor a consideração de que o recorrente mantinha qualquer relação com a referida empresa.
- O dito “relatório reservado” não pode servir de prova contra ninguém, tendo em vista o seu anonimato e a inexistência de qualquer participação dos acusados na sua produção.
- A respeito do pagamento de R\$ 20.000,00, em 09/2006, o recorrente destaca que esse pode ter qualquer natureza, inclusive ser relativo a negócios passados. As ilações promovidas pela fiscalização (sobretudo quanto aos supostos cheques nominais a “Paulo”) não são hábeis a demonstrar que se trate do recorrente.
- A par de todas as considerações fáticas, destaca ainda o recorrente que aos agentes da fiscalização não caberia a competência para a imposição de responsabilidade tributária, sendo tal ato necessariamente vinculado ao desenvolvimento de processos de cobrança (Execução Fiscal).
- Por não ter participado de todos os atos do processo de fiscalização, o lançamento seria nulo, por ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.
- Por não existirem nos autos as informações contidas nos processos judiciais relativos à mencionada “Operação Castelhana”, os acusados não podem verificar a regularidade dos procedimentos de quebra de sigilo realizadas, culminando, assim, na nulidade das provas produzidas contra eles.
- Que, em decorrência da apresentação de DCTF’s pela contribuinte, teria ocorrido a decadência parcial do direito do Fisco em relação aos períodos de 2004 e setembro/2005.
- Que o “ônus da prova” (ou “dever de provar”) da ocorrência do fato gerador é da autoridade fiscal.

- Que o lançamento efetivado, por não se basear em “prova” da ocorrência do fato gerador, afrontaria o princípio da capacidade contributiva.
- No período de 2004 a 2007, os produtos comercializados pela empresa PROGRESSO ALIMENTOS (Bebida Láctea – derivados do leite: em pó -, Feijão Cariquinha, Arroz Agulhinha e Fubá de Milho) eram isentos de PIS e COFINS, conforme a Lei 10.925/2004.
- Por não haver nos autos a comprovação de dolo e fraude, indevida se mostra a aplicação da penalidade pecuniária no importe de 150% e 225%.
- Argüi a aplicação da súmula CARF nº 14, que afasta a aplicação da qualificação da multa sem a necessária comprovação do intuito de dolo ou fraude.

Fls. 3861 - MARCELO PEREIRA CARDOSO

- Aduz as idênticas razões apresentadas no Recurso de PAULO VITOR CARDOSO.

Fls. 3966 – ADALBERTO CARDOSO

- Em suas considerações iniciais, o recorrente ressalta a tempestividade de seu recurso, especificamente ante ao fato de que a intimação a ele supostamente encaminhada, havia sido enviada a endereço diverso daquele eleito perante a fiscalização, tendo sido recebido por pessoa completamente desconhecida, o que, por sua vez, não lhe pode obstar a interposição do presente.
- Ultrapassada a questão da tempestividade, o recurso interposto aduz então as idênticas razões antes apresentadas no Recurso do Sr. PAULO VITOR CARDOSO.

Fls. 3914 – FABIANA CARDOSO LEE

- Após fazer apontamentos a respeito do auto lavrado e da fiscalização desenvolvida em relação à contribuinte e à empresa “*Pink Alimentos do Brasil Ltda.*”, destaca que dos termos apresentados consta a sua atuação como “administradora” da empresa Progresso Alimentos porque “*detinha procuração para gerir a empresa*”.
- Que na verdade a recorrente era empregada da empresa PINK Alimentos, e nela, exercia a função de gerente de vendas, geralmente representando a empresa PINK e outras empresas em processos de licitação.
- Que não se encontra no autos, em lugar algum, qualquer documento que comprove que a recorrente teria “poderes especiais” para gerir a empresa PROGRESSO ALIMENTOS.

- Que a decisão de primeira instância, analisando as razões de sua impugnação, reconhece que os poderes conferidos à impugnante não a qualificariam como

administradora de fato da contribuinte, mas manteve a imputação de responsabilidade, exclusivamente, sob o frágil fundamento de que “os poderes concedidos para a abertura e movimentação de contas bancárias transcendem aos que ordinariamente se concedem a um empregado de posição de somenos importância na empresa”.

- Que diversos outros empregados das empresas apontadas também detinham poderes como aqueles apontados, mas não tiveram a imputação de responsabilidade pelos créditos tributários. A responsabilidade imputada à recorrente, verifica-se, decorreria do fato de ela ser uma das filhas dos fundadores da empresa Pink Alimentos (“FAMÍLIA CARDOSO”), o que, definitivamente, não pode prevalecer.

- Que o lançamento seria nulo, por não indicar, especificamente, qual o motivo e o fundamento próprio para a responsabilidade tributária imputada.

- Que as provas que embasam o lançamento foram obtidas de forma ilícita, especificamente porque a autorização judicial para a quebra de sigilo, concedida nos autos do processo que tratou da “Operação Castelhana”, apenas abarcava os denunciados contidos naqueles autos.

- Que a própria DRJ, ao pretender refutar os argumentos apresentados em sua impugnação, apenas cita os nomes dos Srs. Victor Cardoso, Adalberto Campos e Marcelo Pereira Cardoso, não demonstrando, em momento algum, qual seria a objetiva atuação da recorrente.

- Que teria ocorrido a decadência do direito da Fazenda Pública de promover o lançamento em relação aos fatos ocorridos entre novembro/2004 a outubro/2005.

- Ultrapassadas as ponderações preliminares, a recorrente destaca então que, em seu recurso, tratará – exclusivamente -, da imputação da responsabilidade tributária.

- A partir dessas considerações, passa então a analisar as disposições normativas próprias do campo da responsabilidade (de terceiros) no âmbito do direito tributário, realçando, em suas considerações, a exegese do art. 128 do CTN.

- A partir daí, então, destaca as disposições do Art. 135, inciso III do CTN, analisando, então, os limites próprios da responsabilidade de diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica, destacando aí, então, o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da matéria, sobretudo no que tange à necessidade objetiva de demonstração dos atos praticados pelos apontados terceiros para, então, somente aí se viabilizar a aplicação da hipótese contida naquele dispositivo, destacando, sobretudo, a impossibilidade de sua aplicação fundada, exclusivamente, no simples inadimplemento tributário.

- Na análise do caso, destaca a recorrente, verifica-se que a simples existência de procuração em seu nome não se mostra suficiente para a configuração da prática objetiva de qualquer ato, devendo este ser então devidamente demonstrado, o que efetivamente não foi na presente vertente.

- Que os instrumentos de mandato considerados nos autos referiam-se, tão somente, a poderes de representação para a participação em procedimentos licitatórios, e, ainda, a movimentação de valores mantidos em uma conta corrente, poderes esses próprios para

o desenvolvimento das atividades de seu contrato, de forma idêntica a todos os demais procuradores da empresa.

- Que nos autos não restou demonstrado nenhum elemento capaz de admitir a imputação de responsabilidade da recorrente em relação aos referidos créditos tributários, a não ser o fato de ser ela filha do Sr. Adalberto Cardoso.

- Que os poderes a ela outorgados em absolutamente nada desvirtuam a sua atuação como mera “empregada” (nunca possuindo qualquer poder de “gestão”) da contribuinte, estando, assim, submetida ao comando dos diretores da empresa, e, por isso, não podendo de forma alguma, ser considerada como responsável pelas imputadas infrações.

- *“Quem cumpre ordens, só age em nome de seus superiores e não pode ser responsabilizado da forma como pretende a malfadada atuação”.*

- Que a recorrente reside e sempre residiu na cidade de São Paulo-SP (provas juntadas aos autos), não podendo nunca ter exercido gestão numa empresa sediada na cidade de Belo Horizonte-MG.

- Após todas as considerações a respeito da impossibilidade de imputação da pretendida responsabilidade tributária, passa então a discorrer pela inaplicabilidade da multa majorada de 150%, sobretudo ante a aplicação de meras presunções, sem que restasse demonstrado qualquer possibilidade de configuração de dolo da recorrente.

- Os únicos atos apontados pela fiscalização, insiste a recorrente, são atos praticados por outras pessoas, nunca por ela própria.

- Requer, assim, a desconstituição da responsabilidade tributária apontada.

Recebidos os autos para apreciação e julgamento, entendeu este Colegiado, em 09/04/2013, pela conversão do julgamento em diligência, por meio da Resolução nº 1301000.103, determinando-se o sobrestamento do feito até a final decisão a ser proferida nos autos do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI), tendo em vista a discussão aqui apontada a respeito da regularidade da quebra de sigilo bancário efetivada (LC 105/2001), e, no caso, a aplicação das disposições do parágrafo 1º do Art. 62-A do RICARF.

Restando, pois, revogadas as disposições daquele dispositivo regimental por meio da Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, retornam então os autos para julgamento.

Esse é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo regular o recurso de ofício e tempestivos os recursos voluntários interpostos, deles conheço.

Conforme se verifica da leitura do extenso relatório aqui apresentado, tratam os presentes autos de autuação fiscal efetivada pelos agentes da fiscalização fazendária federal, promovendo-se o arbitramento do lucro da contribuinte-autuada em relação aos períodos 4º Trimestre de 2004, e todos os trimestres dos anos de 2005, 2006 e 2007, em razão da não apresentação dos livros e documentos relativos a sua escrituração, apesar da regular intimação realizada.

Todo o trabalho desenvolvido pela fiscalização, vale destacar, foi originado a partir dos documentos apreendidos durante a chamada “Operação Castelhana”, a partir, então, da decisão proferida pela Justiça Federal, concedendo a extensão da quebra de sigilo aos agentes da Receita Federal.

De acordo com o que se verifica dos autos, a empresa autuada (Progresso Alimentos Importação e Exportação Ltda. – “PROGRESSO”) foi, na verdade, uma empresa criada a partir da utilização de “laranjas”, sendo comandada, na verdade, diretamente pelos diretores da empresa Pink Alimentos do Brasil Ltda. – “PINK”, indicados como sendo, então, os senhores ADALBERTO CARDOSO (CPF 140.188.706-63), PAULO VICTOR CARDOSO (CPF 191.747.056-87), MARCELO PEREIRA CARDOSO (CPF 736.006.956-49), e, também, a Srta. FABIANA CARDOSO LEE (CPF 032.253.716-96).

Apesar de regularmente intimada, tanto da lavratura do auto de infração, quanto, também, da decisão exarada em primeira instância, a contribuinte “PROGRESSO” não apresentou qualquer defesa nos autos. A empresa PINK, apesar de ter inicialmente impugnado, não interpôs recurso da decisão de primeira instância, somente se verificando, conforme aqui antes relatado, recursos das pessoas físicas indicadas como responsáveis.

Apresentadas, então, as razões gerais do feito, passemos à análise dos recursos interpostos.

DO RECURSO DE OFÍCIO

A primeira consideração que aqui se faz necessária, verifica-se, é a análise específica e objetiva a respeito da parcela exonerada pela r. decisão de primeira instância, tendo em vista, inclusive, o registro do competente recurso de ofício interposto, da forma como aqui, então, especificamente apresentado.

Dos termos da decisão exarada pela primeira instância administrativa, verifica-se a objetiva descrição da exoneração efetivada, que é realizada então a partir dos seguintes comandos:

Acórdão

Acordam os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade, nos termos do voto do relator, parte integrante deste acórdão, em julgar parcialmente procedentes as impugnações para:

- *INDEFERIR os pedidos de produção posterior de prova documental e pericial;*
- *INDEFERIR os pedidos de que intimações sejam encaminhadas ao endereço de advogado do sujeito passivo solidário;*
- *REJEITAR as argüições de nulidade;*
- *MANTER todos os termos de sujeição passiva solidária;*
- *MANTER PARCIALMENTE o crédito tributário constituído, para:*
 1. *quanto ao lançamento de IRPJ, REDUZIR o montante do tributo exigido em relação ao 1º, ao 2º e ao 4º trimestre de 2006 respectivamente para R\$ 88.904,72, R\$ 21.164,16 e R\$ 24.725,51 assim como, na mesma proporção, as multas e os juros de mora correlatos; mas MANTER, sem alterações, as exigências fiscais relativas aos demais períodos de apuração;*
 2. *quanto ao lançamento de CSLL, REDUZIR o montante do tributo exigido com relação ao 1º, ao 2º e ao 4º trimestre de 2006 respectivamente para R\$ 42.707,12, R\$ 12.223,87, e R\$ 13.826,48, assim como manter, na mesma proporção, as multas e os juros de mora correlatos, mas MANTER, sem alteração, as exigências fiscais relativas aos demais períodos de apuração;*
 3. *quanto aos dois autos e infração de contribuição para o PIS, REDUZIR o montante do tributo exigido com relação aos meses de janeiro, março, abril, maio, outubro, novembro e dezembro de 2006, respectivamente, para R\$7.531,27, R\$13.897,80, R\$2.595,15, R\$2.577,16, R\$4.411,67, R\$2.793,00 e R\$1.116,83, assim como, na mesma proporção, as multas e os juros de mora correlatos; mas MANTER, sem alteração, as exigências fiscais relativas aos demais períodos de apuração;*
 4. *quanto aos dois autos de infração de Cofins, REDUZIR o montante do tributo exigido com relação aos meses de janeiro, março, abril, maio, outubro, novembro e dezembro de 2006, respectivamente para R\$34.759,71, R\$64.143,67, R\$11.977,62, R\$11.894,61, R\$20.361,55, R\$12.890,76 e R\$5.154,58, assim como, na mesma proporção, as multas e os juros de mora correlatos; mas MANTER, sem alteração, as exigências fiscais relativas aos demais períodos de apuração.*

Da análise dos fundamentos adotados pela r. decisão de primeira instância,

teria, ao tempo e modo devido, efetivamente apresentado os documentos contábeis e fiscais que refletissem a realidade de suas atividades, a douta autoridade de primeira instância, analisando os argumentos expedidos pelas impugnações apresentadas, efetivamente reconhece a aplicabilidade das disposições da Lei 10.925/2004, que, estabelecendo a isenção da incidência do PIS e da COFINS sobre diversos produtos potencialmente comercializados pela autuada, impõe então a necessária redução dos encargos respectivos onde tais fatos, a partir dos elementos contidos autos, possam então efetivamente ser apurados.

Com espeque nas disposições do Decreto 5.630/2005, que, regulamentando as disposições da referida Lei (e de todas as sucessivas alterações a ela relacionadas), aponta em relação a cada produto a sua aplicabilidade temporal, foram então efetivamente analisadas as notas fiscais especificamente trazidas aos autos, promovendo-se, a partir daí, a dedução dos montantes apurados daqueles anteriormente apresentados, e, com isso, garantindo a integral eficácia da norma referenciada.

Do trecho específico da decisão que tratou do assunto aqui apontado, destacamos:

Tendo em mente os aspectos salientados nos parágrafos precedentes, foram examinadas as notas fiscais constantes do anexo I e do anexo II. Observou-se primeiramente que, ao contrario do que aparentemente querem fazer crer os impugnantes, incluem-se no rol dos produtos comercializados pela Progresso muitos que não são, nem sequer em tese, beneficiados pela norma em causa. A tabela adiante contém a relação dos itens comercializados pela autuada que, levando-se em conta apenas a descrição das notas fiscais, não se beneficiam da redução a zero, ainda que se adote um critério apenas genérico de classificação.

(...)

Em segundo lugar, nota-se que há produtos cuja descrição na nota fiscal não coincide exatamente com os dizeres da norma legal instituidora do benefício. Visto que os impugnantes não trouxeram aos autos nenhum documento ou informação que pudesse corrigir ou complementar os dizeres das notas fiscais, não há como considerar sujeitos à alíquota zero as receitas decorrentes das vendas desses produtos. Conforme já explanado neste voto, o legislador especificou precisamente os produtos beneficiados, e os que não puderem ser claramente enquadrados na descrição legal deverão ser submetidos ao tratamento destinado aos demais produtos, isto é, sofrer a incidência integral da Cofins e da contribuição para o PIS. Os produtos e mercadorias que se acham nessa situação são os discriminados na tabela adiante.

(...)

Em terceiro lugar, visto que somente a partir de 15 de junho de 2007 passaram a ser beneficiadas com alíquota zero as vendas de produtos classificados como leite em pó semi-desnatado, leite fermentado, bebidas e compostos lácteos e fórmulas infantis, não se pode excluir nenhum montante das contribuições lançadas relativas a esses itens, porque as notas fiscais constantes dos autos dizem respeito apenas a períodos de apuração anteriores àquela data.

(...)

Com base apenas na descrição dos produtos supra nas notas fiscais é possível enquadrá-los no disposto no inciso XI do artigo 1º do Decreto nº 5.630, de 2005. Portanto, as vendas deles estão sujeitas à alíquota zero. Contudo, o benefício somente se aplica a partir de 10 de março de 2006, conforme disposto no artigo 3º, inciso II, do mesmo decreto. Conseqüentemente, cumpre reconhecer o benefício reivindicado pelos impugnantes apenas em

relação às operações realizadas a partir daquela data. Tais operações e notas fiscais estão enumeradas na tabela abaixo:

(...)

Portanto, conforme indicado na tabela supra, acata-se apenas parcialmente a pretensão dos impugnantes apreciada nesta subseção. Mais adiante neste voto são demonstrados os ajustes que cumpre fazer no crédito tributário em virtude da exclusão deferida.

A partir da análise desses fundamentos, o que se verifica é que, a partir dos documentos expressamente contidos nos autos, os agentes da douta DRJ promoveram o levantamento dos montantes que, ao menos em tese, poderiam ser beneficiados pela isenção de que trata a Lei 10.925/2004, promovendo, assim, o batimento do valor apurado com o montante inicialmente lançado.

Para destaques necessários, é relevante realçar que, por força exclusiva do não-atendimento pela fiscalizada das intimações regularmente encaminhadas pelos agentes da fiscalização a respeito da obrigatoriedade de apresentação de seus respectivos registros fiscais e contábeis, foi então determinado o montante do tributo devido a partir da aplicação da sistemática de “arbitramento do lucro”, não se discutindo, nestes autos, em momento algum o procedimento de apuração aplicado pelos agentes da fiscalização.

Ao garantir a douta DRJ o abatimento dos montantes apurados a partir das Notas Fiscais posteriormente trazidas aos autos, o que se promoveu, então, foi apenas, e tão somente, o controle de legalidade do lançamento, garantindo-se a aplicação das disposições normativas próprias e, com isso, evitando eventuais questionamentos futuros a respeito de sua regularidade.

A limitação das análises desenvolvidas pelos agentes da fiscalização, e, também, dos julgadores de primeira instância, é relevante destacar, decorreu, única e exclusivamente do desatendimento regular e tempestivo das intimações para a apresentação de registros e documentos contábeis e fiscais pela empresa fiscalizada.

Em face dessas considerações, entendo como regular a exoneração aqui apresentada, sobretudo porque, apesar de extemporâneos, os documentos apresentados de fato importam em efetiva prova de que parte dos montantes movimentados, por certo, não se submeteriam à incidência das contribuições do PIS e da COFINS, devendo, assim, então, ser efetivamente deduzidos do montante global apontado.

Diante disso, julgo por NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, mantendo, assim, a exoneração parcial da forma como apresentada.

DOS RECURSO VOLUNTARIOS

Conforme apresentado na parte final de nosso relatório, as empresas PROGRESSO (Contribuinte) e PINK (Responsável) não interpuseram recursos contra a decisão de primeira instância, somente se verificando nos autos os recursos voluntários interpostos pelos responsáveis pessoas físicas PAULO VICTOR CARDOSO, ADALBERTO CARDOSO, MARCELO PEREIRA CARDOSO e FABIANA CARDOSO LEE.

Da leitura dos termos dos Recursos interpostos, entretanto, verificamos identidade integral em relação às razões sustentadas pelos Srs. PAULO VICTOR CARDOSO, ADALBERTO CARDOSO e MARCELO PEREIRA CARDOSO, somente se verificando uma certa distinção na tese então desenhada pela Sra. FABIANA CARDOSO LEE.

Em face dessa verificação, então, passaremos à análise dos recursos, a ser feita, então, em dois blocos distintos. Vejamos.

Do Recurso Voluntário de

PAULO VICTOR CARDOSO, ADALBERTO CARDOSO e MARCELO PEREIRA CARDOSO

Conforme antes apontado, os recursos voluntários interpostos pelos responsáveis indicados são efetivamente idênticos em todos os seus termos, podendo aqui, então, serem analisados em conjunto, da forma como passamos a expor.

Da argüição de ilegitimidade passiva

O primeiro ponto destacado pelos recorrentes refere-se ao fato de que, nenhum deles, nunca teria feito parte do quadro societário da empresa autuada (PROGRESSO), sendo certo, também, que quando da lavratura dos correspondentes autos de infração, nenhum deles sequer se mantinha sócio da empresa PINK, pretendo, com isso, então, o reconhecimento de sua “*ilegitimidade passiva*”.

Entretanto, a par de todos os esforços empreendidos nas peças apresentadas, é importante ressaltar que, no presente caso, está-se diante de acusação de efetiva e verdadeira operação fraudulenta, em que os então “diretores de fato” do grupo PINK, promoveram a constituição de outra empresa (“empresa de fachada”), a partir da utilização de “laranjas”, com o intuito claro e objetivo de efetivamente de encobrir as operações verdadeiramente realizadas, e, com isso, escudar-se das possíveis responsabilidades daí decorrentes.

A sua não apresentação formal no contrato social das referidas empresas, então, é, na verdade, um dos fundamentos próprios do lançamento efetivado, sobretudo porque, acaso fosse possível ali a sua verificação, certamente, o direcionamento da ação fiscal seria diversa daquela aqui então intentada.

Na verdade, todos os recorrentes indicados atuaram, de fato, como diretores diretos dos empreendimentos, tomando decisões e direcionando práticas que, apesar de inicialmente encobertas pelos padrões formais utilizados, eram a eles então diretamente relacionadas.

A respeito dos sócios nominais da empresa PROGRESSO, é relevante destacar que, conforme restou devidamente comprovado nos autos, eles não passavam de pessoas humildes, sem qualquer condições de terem efetivamente promovido os investimentos referenciados, residindo, à época da autuação, na periferia da cidade de Belo Horizonte-MG (próximo ao “lixão”). A falsidade dos atos é manifesta, e os recorrentes, pelo que se verifica, insistem em pretender a sua sustentação.

Aliás, é importante destacar: no caso, não se trata de “presunção”, mas sim de verificação efetivamente material de que a atuação de todos estes indicados responsáveis mantinha-se ostensiva no controle das atividades da empresa PINK, e, também, na própria PROGRESSO, não se podendo considerar, de forma alguma, a simples composição formal do contrato social como suficiente para elidir a sua responsabilidade no presente feito.

A ausência de documento material que comprove a existência de “*poderes de gestão*” desses responsáveis indicados, mais uma vez, é exatamente o caminho por eles dolosamente pretendido para pretender a burla ao sistema tributário, da forma como aqui desenhado, não servindo, absolutamente, como meio para possibilitar a desconstituição do lançamento.

Da análise da decisão de primeira instância, quando analisa, especificamente, as razões trazidas em sede de impugnação a respeito do pretendido reconhecimento de ilegitimidade passiva – no caso, especificamente em relação à impugnação do Sr. Paulo Victor Cardoso -, assim então especificamente se verifica:

Apesar de Paulo Victor Cardoso já não constar ostensivamente no quadro de administrador nem de sócio da Pink durante os períodos de apuração alcançados pelos lançamentos fiscais, há nos autos provas categóricas de que ele permaneceu à frente da empresa, atuando como um dos seus administradores e recebendo benefícios como um dos seus sócios, ao lado de outros membros da família Cardoso. Há também prova de que interferia diretamente nos negócios da própria Progresso.

O impugnante se queixa de que não consta dos autos o Relatório Reservado a que o autuante faz referência no termo de verificação fiscal. A queixa, porém, é infundada. Em verdade, esse documento não só se acha nos autos, como também constitui uma das provas cabais de que o impugnante continuou conduzindo os negócios tanto da Pink como da Progresso, embora formalmente tivesse realizado a sua retirada. O relatório em causa é um dos inúmeros itens apreendidos na sede da Pink durante a Operação Castelhana. Integra um conjunto de documentos juntado a folhas 215 a 234, que contém partes duma espécie de contabilidade paralela do grupo Pink. Especificamente o Relatório Reservado se encontra a folhas 215 a 218. Nele a Progresso, juntamente com as firmas Alibra, Invicta e Al-Nutri, é identificada como empresa coligada do grupo Pink. Nele também nomeiam-se os integrantes do conselho de administração do grupo. Paulo Victor Cardoso encabeça a lista, fazendo companhia a Adalberto Cardoso e a Marcelo Pereira Cardoso.

Não menos importante para a presente discussão é o documento a folhas 219 e seguintes, intitulado "Balancete Operacional Mensal — Coligadas", no qual as receitas e despesas das empresas constituintes do grupo Pink, incluindo a Progresso, são tratadas de forma unificada.

Outro documento de igual relevância acha-se a folhas 222 a 230. Intitula-se "Contas a Pagar Simples" e contém, em ordem cronológica, o registro de pagamentos vários feitos a fornecedores, funcionários e dirigentes do grupo. Entre os pagamentos registrados encontram-se a folhas 223 um no valor de R\$ 20.000,00, datado de 29.09.2006, cujo beneficiário é Paulo Victor Cardoso. Outros membros da família Cardoso também constam como beneficiários de pagamentos. No documento a folhas 232, intitulado "Caixa Ricardo", depara-se com outra provável referência ao Sr. Paulo,

pois ao lado da inscrição "Paulo" aparece a soma de R\$ 230.000,00. Já a folhas 233, no documento intitulado "Balanço" 31/10/2006 encontra-se outra soma associada ao nome Paulo: uma das linhas da tabela dos débitos contém os dizeres "empréstimo Paulo", ao qual se vincula a importância de R\$ 92.669,18. Ainda que o Paulo a que se refere esses documentos possa ser outra pessoa, não há dúvida de que a pessoa que, em 29.09.2006 (cerca de três anos depois da data em que alega ter deixado a sociedade), recebeu os R\$ 20.000,00 é Paulo Victor Cardoso, o que prova que ele se beneficiava diretamente da posição que mantinha tanto na Pink quanto na Progresso.

(Grifos e destaques nossos)

Da leitura desse trecho – confirmado pela análise dos demais elementos contidos nos autos –, verifica-se que, ao contrário do que afirmam os recorrentes, mesmo nunca tendo feito parte do quadro societário da empresa PROGRESSO, e, ainda, tendo-se já formalmente retirado do contrato social da empresa PINK, os senhores **Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e a Marcelo Pereira Cardoso** efetivamente continuavam no controle das atividades do grupo, verificando-se no caso, então, a presença clara da fraude e, com isso, a perfeita regularidade da imputação de responsabilidade tributária, da forma como aqui então efetivado.

Aliás, a respeito do pagamento de valores aos recorrentes, verifica-se que, apesar de suas alegações genéricas de que os referidos montantes “poderiam” ser referentes a dívidas passadas, não se verifica nos autos uma prova sequer dessa alegação, não se podendo aqui, de forma alguma, considerá-la como séria.

A responsabilidade tributária, no presente caso, decorre da verificação da presença da atuação fraudulenta, reconhecendo-se então todos os recorrentes aqui indicados como efetivos e verdadeiros “gestores” da contribuinte – sobretudo por atuarem materialmente como dirigentes de seus desígnios –, aplicando-se, assim, com perfeição, as disposições do Art. 135, inciso III do CTN. Vejamos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Diante dessas considerações, completamente infundadas, verificam-se, são as arguições trazidas de suposta ilegitimidade passiva dos recorrentes, sendo aqui de se reconhecer, de fato, que no caso está-se a tratar de imputação de responsabilidade tributária dos conhecidos “**diretores de fato**” da pessoa jurídica autuada, fato esse devidamente comprovado nos autos e, em momento algum, objetivamente desconstituído pelos recorrentes.

Das nulidades arguidas

Juntamente com as considerações relativas à suposta ilegitimidade passiva, os recorrentes arguem, também, a nulidade do lançamento efetivado, sobretudo porque não teriam participado do desenvolvimento do processo desde a sua inicialização, somente dele tomando

conhecimento após a lavratura do auto de infração, e ainda, de que não teriam tido conhecimento do apontado “Relatório Reservado”, referente à dita “Operação Castelhana”, e, inclusive, que a decisão que possibilitou a extensão da quebra do sigilo à Receita Federal somente poderia ser utilizada contra aqueles especificamente presentes na demanda judicial, sendo, assim, inoponível a terceiros.

No que tange ao mencionado “Relatório Reservado”, de fato, a decisão de primeira instância – conforme trecho aqui antes especificamente destacado – expressamente indica a sua presença nos autos, mantido, por certo, em anexo ao feito, exatamente como forma de garantir a reserva do sigilo próprio dos documentos.

No que se refere à pretendida inoponibilidade da quebra de sigilo a (supostos) “terceiros”, com a mais respeitosa vênia, não há razão alguma para o seu acolhimento na presente vertente, sobretudo porque a consideração apresentada não possui qualquer substância legal.

A prova da ocorrência de ilícitos que acarretam a incidência tributária, definitivamente, prestam-se sim para a apuração dos montantes devidos e a sua co-respectiva exigência, não se podendo, de forma alguma, limitar-se a imputação, no caso, apenas às partes do respectivo processo judicial.

Por essas razões, rejeito, integralmente, todas as “nulidades” argüidas pelos recorrentes, entendo, no caso, perfeitamente regular a imputação, da forma como realizada.

Da competência dos agentes da fiscalização

Prosseguindo em suas razões, os recorrentes sustentam ainda que aos agentes da fiscalização não seria legítima a pretensão de imputação de responsabilidade tributária, entendendo que essa seria ato próprio da atividade de cobrança do tributo, reservado, assim, ao momento de eventual execução do crédito tributário.

Tal argumentação, por certo, decorre do efetivo desconhecimento da doutrina e jurisprudência histórica a respeito da matéria, sobretudo porque, como se sabe, a competência dos agentes da fiscalização encontra-se expressamente contida nas disposições do Art. 142 do CTN, que, ao dispor sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

No caso presente, como aqui já apontado, trata-se de imputação de responsabilidade tributária, decorrente de aplicação das disposições do Art. 135, inciso III do CTN, que, no caso, inclusive, expressamente reconhece a “responsabilidade pessoal” dos agentes ali apontados.

A possibilidade da cobrança do crédito tributário diretamente dos responsáveis, por certo, demanda a sua presença quando da formalização da exigência, sendo o processo administrativo fiscal, por sua vez, o meio próprio e adequado para esse mister.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Por essas disposições, verifica-se que, afastando-se, no caso, a aplicação do Art. 150, par. 4º do CTN – seja pela ausência de comprovação de recolhimento, ou, ainda, pela efetiva presença de dolo, fraude e simulação nos casos analisados -, aplica-se, iniludivelmente, as disposições de seu Art. 173, inciso I, devendo esse ser o meio adequado para a verificação da decadência, nos termos em que então especificamente explicitados pelo julgado transcrito.

A r. decisão de primeira instância, nesse passo, após afastar a aplicação das disposições do Art. 150, par. 4º do CTN, indicando a aplicação das disposições do mencionado Art. 173, inciso I, assim então especificamente considerou:

*Quanto à CSLL e ao IRPJ, em que a apuração é trimestral, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é o quarto trimestre do ano-calendário de 2004. O encerramento desse período se dá em 31.12.2004. Quanto à Cofins e à Contribuição para o PIS, em que a apuração é mensal, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é dezembro de 2004. O encerramento desse período também se dá em 31.12.2004. **O fisco tem de aguardar que se encerre o período de apuração antes de rever ou averiguar o procedimento adotado pelo contribuinte. Portanto, em relação a todos os tributos lançados, o lançamento de ofício somente poderia ter sido feito a partir de 02.01.2005. O primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados é 02.01.2006. Contados desta data, os cinco anos dados ao fisco para efetuar o lançamento encerrar-se-iam em 02.01.2011. Uma vez que os sujeitos passivos foram cientificados até 01.11.2010, pelo menos dois meses antes de atingido o prazo de cinco anos, é improcedente a arguição de decadência, a qual, por isso mesmo, é rejeitada.***

(Destaque nosso)

Em que pese todo o esforço exegético da referida decisão, entretanto, verifica-se que, a teor do que então especificamente expresso nas disposições do REsp 973.733 – SC, a aplicação das disposições do Art. 173, inciso I não é essa aqui apontada, **devendo assim ser então iniciada a contagem do prazo quinquenal, imediatamente, no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.**

Nessas circunstâncias, ao contrário do considerado pela r. decisão de primeira instância, **o primeiro dia para a contagem do prazo decadencial a partir da aplicação das disposições do Art. 173, inciso I do CTN, considerando as circunstâncias fáticas apresentadas,**

deve ser então o dia 01/01/2005, reconhecendo-se assim, então, em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2004, a ocorrência da decadência no dia 01/01/2010.

Como a intimação do lançamento somente se materializou no dia 01/11/2010, decaídos, assim, de fato, estavam já os primeiros fatos geradores considerados, devendo assim, portanto, ser excluídos todos os valores relativos ao ano-calendário de 2004, mantendo-se o lançamento, entretanto, em relação a todos os demais períodos.

Da aplicação de isenção do PIS e da COFINS

Dando continuidade às suas argumentações, aduzem ainda os recorrentes que, em relação às atividades desenvolvidas pela contribuinte, aplicável seria a isenção de que trata a Lei 10.925/2004, sendo indevida, portanto, a cobrança de quaisquer montantes em relação aos fatos geradores a eles relacionados.

A norma em questão, vale destacar, refere-se - como aqui já antes apontado -, à previsão de isenção do PIS e da COFINS sobre a comercialização de diversos produtos alimentícios, ali se verificando, de fato, a possibilidade da presença de diversos itens comercializados pela contribuinte.

Ocorre que, ao contrário do que pretendem fazer crer os recorrentes, a autuação efetivada, como aqui desde antes apontado, teve como meio o “arbitramento do lucro”, especificamente por força do não-atendimento reiterado da contribuinte às intimações encaminhadas pelos agentes da fiscalização, a respeito dos registros contábeis e fiscais por ela então supostamente mantidos.

A contribuinte não apresentou qualquer documentação, somente se verificando essas a partir dos documentos arrecadados pelos agentes da fiscalização, ou ainda, quando da apresentação das respectivas impugnações ao lançamento.

A respeito da análise dos elementos contidos nos autos, e, no caso, a efetiva e adequada redução do montante tributável, foi efetivado quando da prolação da h. Decisão de Primeira Instância, sendo esse tema, inclusive, aqui especificamente enfrentado quando de nossa apreciação do competente Recurso de Ofício.

A rigor, competiria à contribuinte a entrega regular, ao tempo e modo devido, dos documentos requeridos pelos agentes da fiscalização, o que, assim não procedendo, não pode agora, de forma completamente desvinculada de qualquer comprovação fática objetiva, pretender a anulação ou redução do montante lançado.

Aliás, conforme já aqui destacamos, a d. Turma de origem, visando garantir a regularidade do lançamento, e a inviabilidade de discussões futuras sobre a regularidade da cobrança, especificamente analisou as notas fiscais juntadas aos autos, promovendo já a adequação dos montantes exigidos nos presentes autos, nada mais restando a ser aqui, então, efetivamente apreciado em relação a essa matéria.

Tendo em vista que os recorrentes apenas alegam, sem nada provar, em relação ao enquadramento do restante de suas operações na hipótese assentada, não se pode aqui, de forma alguma acolher a pretensão da forma como então aqui aduzida.

Da multas aplicadas

Por fim, sustentam ainda os recorrentes a invalidade das penalidades pecuniárias aplicadas, sobretudo por destacar, no caso, a impossibilidade de consideração de *dolo ou fraude*, e, ainda, por ser inadmissível a qualificação (e também o agravamento) a partir da exclusiva aplicação de presunções (*Súmula CARF nº 14*).

Sobre esse tema específico, é relevante destacar que, ao contrário do que sustentam os recorrentes, toda a autuação se baseou, no caso, na presença e configuração de efetiva e verdadeira atuação dolosa, fraudulenta e dissimulada dos referidos responsáveis, que, escudando-se na formalidade com a utilização de agentes “laranjas”, pretenderam verdadeiramente imiscuir-se do dever legal de pagamento de tributos, o que, inclusive, restou ampla e devidamente apresentado nos autos.

Nessas circunstâncias, não se verificam, de forma alguma, as condições próprias da indicada Súmula CARF nº 14, sobretudo porque, como se verifica, a apuração não fora realizada por mera aplicação da presunção, havendo nos autos provas cabais e completas da efetiva atuação dolosa e fraudulenta dos referidos agentes, restando, portanto, perfeitamente regular a aplicação das penalidades nos patamares apontados.

Em face de todas essas considerações, em relação aos recursos voluntários interpostos por **Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso**, encaminho o meu voto no sentido de DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, especificamente no que se refere ao reconhecimento da *Decadência Parcial*, ante a adequada aplicação das disposições do Art. 173, inciso I do CTN (nos termos determinados no julgamento do Resp 973.733 – SC), e, no caso, o reconhecimento da extinção dos créditos tributários apurados em relação ao ano-calendário de 2004, mantendo, entretanto, a autuação e as consequentes responsabilidades tributárias aqui imputadas em todos os seus demais termos.

Do Recurso Voluntário de

FABIANA CARDOSO LEE

A par de todas as considerações aqui apresentadas, insta aqui ainda destacar a necessária análise dos termos do Recurso Voluntário interposto por **Fabiana Cardoso Lee**, que, de forma efetivamente própria, e diversa daquela sustentada pelos demais responsáveis indicados nos presentes autos, opõe-se ao lançamento – e, também, à decisão de primeira instância -, aduzindo exclusivamente a invalidade da imputação de sua responsabilidade tributária, da forma como tratada nos autos.

A respeito da imputação de responsabilidade contra ela configurada, verifico que, em suas razões, volta a sustentar que a consideração realizada pelos agentes da fiscalização teria partido, exclusivamente, do fato de que ela seria filha de um dos diretores da PINK (Sr. Adalberto Cardoso), não havendo nos autos nenhuma prova de que ela teria efetivamente agido ou atuado dentro das circunstâncias próprias do Art. 135, inciso III do CTN.

Analizando os autos, tanto em relação às argumentações da recorrente, dos agentes da fiscalização, ou ainda, daqueles constantes da r. decisão de primeira instância,

verifico que o primeiro ponto de ataque mantido seria decorrente do fato de que a referida recorrente seria detentora de “Procuração”, conferindo-lhe poderes plenipotenciários para a gestão da empresa PROGRESSO.

A respeito desse ponto específico, devo destacar, já há tempos me tenho manifestado nas sessões deste conselho por não verificar pelo simples fato da existência de “mandato” (instrumento de procuração) a possibilidade de configuração das hipóteses do Art. 135, inciso III do CTN.

Na verdade, na linha já há tempos assente pela doutrina civilista, a concessão de mandato representa, por si, efetivo e verdadeiro exercício de *direito potestativo* do mandante, que, inclusive, sequer demanda a necessidade de concordância do mandatário.

A respeito dessa matéria, relevantes se apresentam as disposições dos Art. 653 e seguintes do Código Civil, que, a respeito do mandato, assim então especificamente estabelecem:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1o O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2o O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

(...)

Art. 659. A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução.

(...)

A existência do mandato, por si só, a meu ver, não acarreta, por si só, a conclusão de que o agente esteja inteiramente vinculado aos fatos praticados pelos mandantes.

Na verdade, a responsabilidade do mandatário, em cada caso, deverá ser apurada de acordo com os atos por ele então especificamente praticados.

Tais considerações aqui se fazem relevantes, sobretudo porque, nos autos, em momento algum se verifica a efetiva comprovação da realização de um ato que, por si, importe em consideração de ato contrário à lei ou aos estatutos.

Analisando os termos da decisão de primeira instância, verifico que, especificamente analisando a discussão em torno da (i)legitimidade da ora recorrente, assim se pronunciou o colegiado *a quo* (fls. 1628):

“Em contraste com esse quadro, depara-se nos autos com um conjunto de provas que demonstram ser Fabiana Cardoso Lee muito mais que um presta-nomes. A folhas 294 do volume II a procuração que lhe confere poderes para abrir e movimentar sem

restrições de prazo e de lugar contas bancárias da Progresso; no anexo VI, cópias de dezenas de cheques assinados por ela, de 2004 a 2007, que demonstram que esses poderes foram efetivamente exercidos durante todos os anos-calendários abrangidos pelos lançamentos de ofício de trata o presente processo; a folhas 17, 19 e 20 do anexo I, cópia da ficha cadastral de abertura de conta da Progresso no Banco Bradesco, em que Fabiana se declara gerente comercial; por fim, no volume II, a folhas 265, 271, 287, 293, 294, 312 a 315, e 359 a 380, cópias das procurações que lhe conferem poderes para representar a Progresso em processos licitatórios. Toda essa documentação comprova que Fabiana pertencia aos escalões superiores do grupo Pink, ao seu quadro de dirigentes ou gerentes, ainda que sua atuação fosse limitada a um setor geográfico (São Paulo) ou funcional (comercial). Além disso, ainda que este aspecto não seja relevante, a circunstância de ser membro da família Cardoso, verdadeira controladora da Pink e da Progresso, torna inverossímil sua alegação de que era mera cumpridora de ordens de seus superiores, sem ter conhecimento dos artifícios fraudulentos com os quais colaborava. Em consequência, ela está apta a ser responsabilizada nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN.”

De todas as considerações trazidas na decisão recorrida, a única parte que efetivamente apresenta a existência de fatos materializados pela Sr. FABIANA CARDOSO LEE, é essa aqui então apresentada.

Ora, não sendo relevante a simples existência das “procurações” como aqui por mim já destacado, indago: **quais foram os atos efetivamente praticados pela referida “responsável”?**

De tudo o que analisamos nos autos, o que se verifica – fora a existência de procurações, ou, ainda, o fato de ser parte integrante da “Família Cardoso” -, os atos praticados teriam sido então, exclusivamente, os de estar habilitada para a movimentação de valores constantes em contas bancárias, sendo, nos autos, efetivamente indiscutível essa consideração.

A par de tudo o que sustentado, e, também, de todas as considerações trazidas pela decisão de primeira instância, com todas as vênias, não consigo vislumbrar como suficiente para o reconhecimento da responsabilidade tributária, o simples fato de que determinado agente possua poderes de movimentação de contas correntes.

Essa ponderação aqui se faz relevante e necessária, sobretudo porque, não raras vezes, nas mais diversas estruturas empresariais existentes no Brasil, verifica-se a presença de agentes que possuam, sim, autorização para a administração de haveres financeiros, sem que isso importe, necessariamente, no reconhecimento de que esses sujeitos sejam então os dirigentes da empresa.

Aliás, tendo em vista as muitas necessidades diárias das pessoas jurídicas, sobretudo naquelas que atuem em várias localidades, não é raro que, por vezes, mostre-se perfeitamente possível a constituição de uma “conta” especificamente direcionada a um determinado campo de atuação, mantendo-se, perfeitamente, o controle dos montantes ali então movimentados.

Com todas as vênias, considerar que a recorrente (FABIANA CARDOSO LEE) seja possível responsável pelo montante do crédito tributário apurado, exclusivamente,

por possuir procurações, por estar habilitada a movimentar uma determinada conta bancária e/ou ainda por ser parente de um dos dirigentes da empresa PINK, com toda a certeza, a meu sentir importa em verdadeiro alargamento da possibilidade de responsabilização tributária contida no Art. 135, inciso III do CTN, o que, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria, há tempos encontra-se superado.

A par de todas essas considerações, entendo que, ao contrário da conclusão atingida em relação aos demais recorrentes, no presente caso, entendo não restar devidamente comprovada a materialização da hipótese contida nas disposições do Art. 135, inciso III do CTN, sobretudo por não vislumbrar, no caso, qual seria, efetivamente, o ato praticado pela recorrente como sendo decorrente de “*excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”, concluindo então, no caso, pela impossibilidade de manutenção da responsabilidade tributária a ela imputada, e, assim, devendo então ser regularmente desconstituída.

Assim, em relação ao Recurso Voluntário interposto pela Sra. FABIANA CARDOSO LEE, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO, afastando, assim, a imputação de responsabilidade tributária com base nas disposições do Art. 135, inciso III do CTN.

Conclusão

Assim, ante a todo o exposto, concluo o meu voto, NEGANDO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, DANDO PARCIAL PROVIMENTO aos Recursos Voluntários interposto por *Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso*, especificamente por reconhecer, no caso, a decadência parcial do crédito tributário, excluindo assim os montantes relativos aos fatos ocorridos no ano-calendário de 2004, e, ainda, DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário da *Sra. Fabiana Cardoso Lee*, afastando, em relação a ela, a responsabilidade tributária imputada.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro WILSON FERNANDES GUIMARÃES, redator designado.

Em que pese a fundamentada argumentação expendida pelo Ilustre Conselheiro Relator, a Turma Julgadora decidiu de forma diversa, **relativamente ao reconhecimento de caducidade do direito de se efetuar o lançamento tributário e à exclusão da responsabilidade imputada à Sra. Fabiana Cardoso Lee.**

No que tange à decadência, os fragmentos abaixo reproduzidos, extraídos do pronunciamento do Ilustre Relator, sintetizam o entendimento por ele esposado.

[...]

A r. decisão de primeira instância, nesse passo, após afastar a aplicação das disposições do Art. 150, par. 4º do CTN, indicando a aplicação das disposições do mencionado Art. 173, inciso I, assim então especificamente considerou:

Quanto à CSLL e ao IRPJ, em que a apuração é trimestral, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é o quarto trimestre do ano-calendário de 2004. O encerramento desse período se dá em 31.12.2004. Quanto à Cofins e à Contribuição para o PIS, em que a apuração é mensal, o período mais remoto alcançado pelo lançamento é dezembro de 2004. O encerramento desse período também se dá em 31.12.2004. O fisco tem de aguardar que se encerre o período de apuração antes de rever ou averiguar o procedimento adotado pelo contribuinte. Portanto, em relação a todos os tributos lançados, o lançamento de ofício somente poderia ter sido feito a partir de 02.01.2005. O primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados é 02.01.2006. Contados desta data, os cinco anos dados ao fisco para efetuar o lançamento encerrar-se-iam em 02.01.2011. Uma vez que os sujeitos passivos foram cientificados até 01.11.2010, pelo menos dois meses antes de atingido o prazo de cinco anos, é improcedente a arguição de decadência, a qual, por isso mesmo, é rejeitada.

(Destaque nosso)

Em que pese todo o esforço exegético da referida decisão, entretanto, verifica-se que, a teor do que então especificamente expresso nas disposições do REsp 973.733 – SC, a aplicação das disposições do Art. 173, inciso I não é essa aqui apontada, devendo assim ser então iniciada a contagem do prazo quinquenal, imediatamente, no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Nessas circunstâncias, ao contrário do considerado pela r. decisão de primeira instância, o primeiro dia para a contagem do prazo decadencial a partir da aplicação das disposições do Art. 173, inciso I do CTN, considerando as circunstâncias fáticas apresentadas, deve ser então o dia 01/01/2005, reconhecendo-se assim, então, em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2004, a ocorrência da decadência no dia 01/01/2010.

Como a intimação do lançamento somente se materializou no dia 01/11/2010, **decaídos, assim, de fato, estavam já os primeiros fatos geradores considerados,**

devendo assim, portanto, ser excluídos todos os valores relativos ao ano-calendário de 2004, mantendo-se o lançamento, entretanto, em relação a todos os demais períodos.

Constata-se, assim, que o Relator, para fins de aplicação da regra de caducidade estampada no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, empresta interpretação literal ao pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça na apreciação do RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), que por ter sido processado nos termos do Art. 543-C (Recursos Repetitivos), deve necessariamente ser observado por esta Corte Administrativa, *ex vi* do disposto no art. 62-A do Regimento Interno.

Contudo, o Colegiado entendeu de forma diversa, pois a adoção da definição pretendida pelo Relator, em que pese o fato de ser ela a expressada literalmente pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito das disposições do art. 543-C do CPC, implica necessariamente na própria eliminação do termo inicial estampado no inciso I do art. 173 do CTN, norma que serviu de suporte para o pronunciamento judicial

Diante de tal circunstância, resta evidente o equívoco da conceituação trazida pelo pronunciamento da Corte Judicial, equívoco esse devidamente reparado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça por ocasião da apreciação dos EDcl no AgRG no Recurso Especial nº 674.497 – PR (2004/0109978-2).

A questão posta em discussão foi brilhantemente apreciada pelo Ilustre Conselheiro Waldir Veiga Rocha em inúmeros julgados, motivo pelo qual peço licença para reproduzir fragmentos do pronunciamento correspondente.

[...]

A decadência, especialmente no que toca aos tributos sujeitos ao lançamento dito por homologação, é matéria tormentosa, que tem suscitado interpretações variadas mesmo no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Em oportunidades anteriores, tenho me manifestado no sentido de que o critério aplicável para se distinguir se um lançamento é por homologação ou de ofício deve ser a própria sistemática de apuração do tributo. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação seriam aqueles para os quais a lei estabelece para o sujeito passivo que apure o valor devido e antecipe o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa. Seria essa sistemática, a atividade exercida pelo contribuinte, que faria com que o lançamento fosse por homologação, e não a mera presença ou ausência de pagamento.

Entretanto, com o louvável fito de fazer com que as decisões administrativas se conformassem à jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Regimento Interno deste Conselho (RICARF) sofreu alterações, especialmente a introdução do art. 62-A no Anexo II da Portaria MF nº 256/2009, com a redação a seguir transcrita:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Introduzido pela Portaria MF nº 586/2010, publicada no DOU de 22/12/2010)

Ocorre que a matéria sob exame, a saber, a aplicabilidade do art. 150, § 4º, ou do art. 173, I, ambos do CTN, já foi objeto de decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), nos autos do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0). O julgamento se deu em 12/08/2009 e o acórdão foi publicado no DJe de 18/09/2009, restando assim ementado (grifos constam do original):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro

de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Posteriormente, o próprio STJ reviu seu posicionamento quanto ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial, nos EDcl no AgRG no Recurso Especial nº 674.497 – PR (2004/0109978-2). Ressalto que o ilustre Ministro Relator, após mencionar expressamente o REsp nº 973.733, registra que “impõe-se o acolhimento dos presentes embargos de declaração, a fim de se adequar o decisório embargado à jurisprudência uniformizada no âmbito do STJ sobre a matéria”. O julgamento ocorreu em 09/02/2010, e o acórdão foi publicado no DJe em 26/02/2010, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

De se observar a diferença relevante entre um e outro julgados: no primeiro caso (REsp nº 973.733), o termo inicial para a contagem do prazo decadencial era tido como sendo o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, interpretação esta que fugia por completo à textualidade do art. 173, I, do CTN. No segundo julgado, revendo o posicionamento anterior, o Tribunal passou a considerar que (naquele caso), completando-se o fato gerador em 31 de dezembro de 1993, o lançamento somente poderia ser feito a partir de 1994, e o prazo decadencial começaria a fluir em 1º de janeiro de 1995.

No presente caso, conforme assinala o pronunciamento nesta parte vencido, a contribuinte foi cientificada dos lançamentos tributários em 1º de novembro de 2010, logo, relativamente aos fatos geradores ocorridos em dezembro de 2004, a Fiscalização poderia promover os lançamentos tributários até 31 de dezembro desse mesmo ano, motivo pelo qual descabe falar em caducidade.

No que diz respeito à imputação de responsabilidade tributária à Sra. Fabiana Cardoso Lee, a Turma Julgadora, distanciando-se do pronunciamento do Ilustre Conselheiro

Relator, alinhou-se ao decidido em primeira instância, eis que entendeu que foram colacionados aos autos elementos justificadores da adoção da medida.

O ato decisório recorrido, para manter a responsabilidade tributária da Sra. Fabiana Cardoso Lee, assinalou que referida senhora participou ativamente dos procedimentos ilícitos apurados pela Fiscalização, pois, embora fosse apenas uma empregada da empresa PINK, empresa esta supostamente independente da fiscalizada, atuou como representante da autuada em processos de licitação e ainda recebeu poderes para abrir e movimentar contas bancárias. Registra a decisão que a Sra. Fabiana Cardoso Lee apresentava-se como gerente comercial ou de vendas, sendo irrelevante se da fiscalizada ou da empresa PINK, haja vista o fato de a PINK ser a controladora de fato da autuada.

Documentos reunidos ao processo comprovam que a referida senhora emitiu cheques no período de 2004 a 2007, em quantidade e valores significativos.

A alegação de que ela sempre atuou cumprindo ordens superiores e sem extrapolar os limites dos poderes que lhe foram conferidos pela procuração, não encontra respaldo nos autos, eis que pelo que foi reunido pela Fiscalização resta indubitoso o seu conhecimento acerca das ilicitudes praticadas.

Como se vê, o fato de a Sra. Fabiana Cardoso Lee ser filha de um dos principais dirigentes de fato do Grupo PINK, diferentemente do que parece ter entendido o Ilustre Conselheiro Relator, não constituiu, por si só, elemento essencial à imputação de responsabilidade promovida pela Fiscalização, embora não seja sequer razoável imaginar que ela, em virtude dessa relação familiar e do fato de ter atuado de forma efetiva na empresa fiscalizada, desconhecesse as fraudes perpetradas.

Pelas razões expostas, decidiu o Colegiado rejeitar a alegação de decadência e manter a responsabilidade tributária imputada à Sra. Fabiana Cardoso Lee.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Processo nº 15504.018302/2010-11
Acórdão n.º **1301-001.606**

S1-C3T1
Fl. 1.533

CÓPIA