



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

Processo nº 16004.001643/2008-36
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.557 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente DE SOUZA & LIMA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003

Ementa: DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

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 (STJ - Primeira Seção de Julgamento, Resp 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/08/2009, DJ 18/09/2009)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003

Ementa: OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE NÃO DEMONSTRADA. INAPLICABILIDADE.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula CARF nº 14)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos dos coobrigados e dar provimento parcial ao recurso da autuada para acolher a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 2003, inclusive; e no mérito, reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, , Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida que abaixo transcrevo:

No procedimento instituído pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)n. 0810700.2008.02037 contra a contribuinte acima identificada, submetida à tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, foi lavrado auto de infração que exigiu os tributos abaixo relacionados. A capitulação legal está descrita nos termos de apuração (fls. 460/507).

Tributo	Lançado	Multa	Juros
Total			
IRPJ	72.200,61	108.300,90	55.025,84
235.527,35			
CSLL	112.248,34	168.372,50	85.651,48
366.272,32			
Cofins	224.496,70	336.745,01	171.303,06
732.544,77			
PIS/Pasep	72.200,61	108.300,90	55.025,84
235.527,35			
INSS	476.406,97	714.610,43	362.972,38
1.553.989,78			
Total	957.553,23	1.436,329.74	729.978,60
3.123.861,57			

Registra o Termo de Constatação e Descrição dos Fatos (fls. 450/459) que a contribuinte, inicialmente com o ramo de intermediação de mercadorias em geral, alterou seu objeto social, para o de transporte rodoviário de cargas, e modificou seu quadro societário.

Está diretamente ligada com as empresas envolvidas na denominada Operação Grandes Lagos, em especial com Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda. e Frigoríficos Ouroeste Ltda. e seus sócios de direito e de fato, senhores Edson Garcia de Lima, Dorvalino Francisco de Souza, José Roberto de Souza, Antonio Martucci, Luiz Ronaldo Costa Junqueira, Oswaldo Antonio Arantes, José Ribeiro Junqueira Neto e João Francisco Naves Junqueira.

Segundo a autoridade fiscal o *modus operandi* das empresas envolvidas na citada operação é a interposição de pessoas com objetivo de comercialização de produtos do ramo frigorífico sem o pagamento dos tributos devidos.

Duas anotações de mudança contratual merecem ser destacadas: Primeira, a que registra a mudança da sede da contribuinte para a Rua Rio Grande do Sul, 243-B, centro, em Bálamo, SP, que se constatou jamais ter existido, pois ela jamais mudou-se para tal endereço, cujo imóvel pertence ao pai do contador responsável por sua escrita (fls. 11/12, 32/33).

Segunda, a alteração do corpo societário que incluiu a senhora Joana Garcia Martinez de Lima e o senhor Manoel dos Reis de Oliveira.. Eles, não apresentavam condição de dirigir a atividade empresarial, circunstância demonstrada pela concessão de mandato ao senhor Edson Garcia de Lima que lhe atribuiu amplos poderes de gestão.

Outro fato que merece destaque foi o recebimento de três cheques de R\$26.666,66 que o senhor José Roberto de Souza alega decorrerem de empréstimo efetuado para a contribuinte. No entanto foram repassados a ele por outra coligada, Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda.

Intimada a apresentar livros contábeis e fiscais, contrato social e extratos bancários a contribuinte exibiu Livro Caixa com registro de algumas receitas e despesas, sem a movimentação financeira ou bancária, Livro de Saídas, contrato social e extratos bancários da Nossa Caixa relativos à conta 4.000.279-1, agência 434-1.

Com base nas informações constantes dos extratos em duas oportunidades a contribuinte foi instada a justificar débitos e créditos lançados em sua conta corrente. Posteriormente, fora novamente intimada a apresentar referidas informações além dos livros contábeis e fiscais e extratos bancários relativos aos anos-calendário de 2004 a 2007. Novamente não houve atendimento da intimação.

Verificou-se que no ano-calendário de 2003 a contribuinte manteve conta de depósitos no Banco Mercantil do Brasil S.A. Em vista de que as intimações não foram atendidas, procedeu-se à requisição da movimentação financeira diretamente das instituições bancárias.

De posse dos extratos a autoridade fiscal elaborou a planilha de fls. 277/311, capeada pela intimação de fls. 275/276 que instou a contribuinte a comprovar a origem dos recursos que ingressaram nas respectivas contas bancárias, bem assim a identificar os créditos decorrentes de transferências de contas da mesma titularidade. Nos casos de operações de desconto, a informar e demonstrar o negócio jurídico que originou a emissão dos respectivos títulos de crédito.

Dada a inércia da contribuinte, a autoridade fiscal elaborou a intimação de fls. 334/371 e a remeteu para o endereço do senhor Edson Garcia de Lima, que também manteve-se silente.

Em vista de que os intimados não se manifestaram, os valores creditados em conta de depósito foram considerados omissão de receita para fins de apuração da base de cálculo tributada no Simples, sintetizados no demonstrativo de fls. 454. Foram excluídos transferências, estornos, devolução de cheques e valores já oferecidos à tributação, descritos na planilha de fls. 408/440, acrescidos do que foi lançado na Declaração Anual Simplificada da Pessoa Jurídica (PJSI).

Segundo a autoridade fiscal pela circunstancia de ter havido excesso de receita bruta no Simples seria proposta a exclusão da contribuinte do Sistema com efeitos a partir de 01/01/2004, nos termos da Lei n. 9.317/1996, arts. 13, II e 15, IV, com a alteração dada pelas Leis n. 9.732/1998 e Lei n. 11.196/2005.

Por considerar que houve intuito doloso com o objetivo de fraudar a Fazenda Pública Federal, houve agravamento da multa de ofício.

Foi imputada responsabilidade tributária aos/senhores José Roberto de Souza, Dorvalino Francisco de Souza e Edson Garcia de Lima por serem proprietários de fato da contribuinte e terem sido beneficiados pelas "fraudes praticada, , notadamente pela transferência de valores da empresa De Souza e (sic) Lima Ltda., diretamente ã ara sua constas correntes (sic) e/ou para as contas correntes das empresas da qual (sic) são sócios (Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda., Frigorifico Ouroeste Ltda. e Transportadora Sulera Ltda.), conforme restou devidamente comprovado no Termo de Constatação e Descrição dos Fatos anexo ao

Auto de Infração lavrado", caracterizando o interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Em vista de que o procedimento decorreu de requisição do Ministério Público Federal a autoridade fiscal procedeu à comunicação dos fatos apurados à Justiça Federal e ao Ministério Público Federal.

Intimados da imposição tributária a contribuinte e os responsáveis tributários ingressaram com impugnações distintas, em que alegam:

Da contribuinte (fls. 514/550)

Arguiu, em sede preliminar:

-por se tratar de lançamento por homologação, em que vige a regra instituída pelo art. 150, § 4º, do CTN, ocorreu a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento para o período de janeiro a novembro de 2003, em vista de que houve a entrega das informações respectivas e recolhimento dos tributos apurados, aliado ao fato de que a existência de dolo ou simulação não fora comprovada;

-a imposição tributária padece de clareza, materializada na falta de explicação sobre a origem das importâncias lançadas; tampouco demonstrou a existência de, vínculo ou correlação entre os valores depositados nas contas bancárias e a atividade de transporte desenvolvida pela contribuinte.

No mérito, alegou que:

-o lançamento efetuado não pode se basear em suposições, conjecturas ou presunções, A. luz da regra prevista no art. 142 do CTN que exige fatos concretos para sua efetivação, admitindo-se a dispensa de sua comprovação apenas nas hipóteses das ditas presunções legais, tal como prevê o art. 334, IV, do Código de Processo Civil (CPC);

-os depósitos bancários listados pela autoridade fiscal e que serviram de base de cálculo para o lançamento pertencem à sociedade empresária Continental Ouroeste Carnes e Derivados Ltda., que à época dos fatos utilizava-se de contas correntes da contribuinte em decorrência de falta de crédito e limites operacionais; listou uma série de providências que a autoridade fiscal deveria ter tomado para demonstrar que os recursos depositados efetivamente decorreriam de rendimentos de transporte;

-os valores que serviram de base de cálculo para a constituição do crédito tributário já foram objeto de outro procedimento fiscal deflagrado junto d. empresa Continental Ouroeste Ltda., cuja imposição foi lançada em desfavor de Frigorífico Ouroeste Ltda.

-é improcedente a imposição de multa qualificada em vista de que não existe certeza acerca do lançamento nem comprovação de ter havido evidente intuito de fraude, conluio ou sonegação.

Ao final da peça impugnatória requereu:

"a) seja preliminarmente acolhida a preliminar de decadência, nos termos requeridos;

b) preliminarmente, seja decretada a nulidade do auto de infração/lançamento, pelo evidente cerceamento pleno ao direito de defesa, por não atender ao (sic) pressupostos legais;

c) no mérito, *ad argumentandum tantum*, ainda que não seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento, seja deferida a sua impugnação, em homenagem ao Direito e como medida da mais elevada Justiça;

d) caso ainda não seja deferida a sua pretensão quanto ao mérito, o que se admite apenas por amor a argumentação, não poderia se cogitar de penalidade agravada por absoluta ausência da prova do crime".

Dos responsáveis Edson Garcia de Lima e Dorvalino Francisco de Souza (fls. 656/702)

Os designados responsáveis fizeram como seus os argumentos apresentados pela autuada, ao mesmo tempo em que acrescentaram o que segue:

-alegaram que em face de o último Termo de Sujeição Passiva ter sido entregue em 04 de dezembro de 2008, quinta-feira, o prazo começaria a fluir a partir do dia 05 de dezembro de 2008 e venceria no dia 03 de janeiro de 2009, sábado, com prorrogação para o primeiro dia útil seguinte, segunda-feira, 05 de janeiro de 2009;

-por se tratar de lançamento por homologação, em que vige a regra instituída pelo art. 150, § 4º, do CTN, ocorreu a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento para o período de janeiro a novembro de 2003, em vista de que houve a entrega das informações respectivas e recolhimento dos tributos apurados, aliado ao fato de que a existência de dolo ou simulação não fora comprovada;

-a imposição tributária padece de clareza, materializada na falta de explicação sobre a origem das importâncias ora lançadas; tampouco demonstrou-se a existência de vínculo ou correlação dos valores depositados nas contas bancárias com a atividade de transporte desenvolvida pela contribuinte;

-após descrever as alterações contratuais ocorridas, notadamente a saída dos sócios Edson Garcia de Lima e Dorvalino Francisco de Souza, os responsáveis alegaram que a contribuinte continuou a exploração das atividades; em consequência, não houve sucessão da empresa a justificar a imposição de responsabilidade solidária aos sócios que se retiraram;

-é inaplicável a imposição da solidariedade baseada no interesse comum a que alude o art. 124, I, do CTN, em vista de que o lançamento efetuado não pode se basear em suposições, conjecturas ou presunções, à luz da regra do art. 142 do CTN que exige fatos concretos para sua efetivação; admite-se a dispensa de comprovação apenas nas hipóteses das presunções legais, tal como prevê o art. 334, IV, do Código de Processo Civil (CPC);

-os valores que serviram de base de cálculo para a constituição do crédito tributário já foram objeto de outro procedimento fiscal deflagrado junto à empresa Continental Ouroeste Ltda., cuja imposição foi lançada em desfavor de Frigorífico Ouro este Ltda.;

-é improcedente a imposição de multa qualificada em vista de que não existe certeza acerca do lançamento, tampouco comprovação de ter havido evidente intuito de fraude, conluio ou sonegação.

Ao final da peça impugnatória requereram:

"a) seja preliminarmente acolhida a preliminar de decadência, nos termos requeridos;

b) preliminarmente, seja decretada a nulidade do auto de infração/lançamento, pelo evidente cerceamento pleno ao direito de defesa, por não atender ao (sic) pressupostos legais;

c) no mérito, *ad argumentandum tantum*, ainda que não seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento, seja deferida a sua impugnação, em homenagem ao Direito e como medida da mais elevada Justiça;

c) caso ainda não seja deferida a sua pretensão quanto ao mérito, o que se admite apenas por amor a argumentação, não poderia se cogitar de penalidade agravada por absoluta ausência da prova do crime".

Do responsável José Roberto de Souza (fls. 772/805)

O designado responsável fez como seus os argumentos apresentados pela autuada, ao mesmo tempo em que acrescentou o que segue:

-alegou que em face de o ultimo Termo de Sujeição Passiva ter sido entregue em 04 de dezembro de 2008, quinta-feira, o prazo começaria a fluir a partir do dia 05 de dezembro de 2008 e venceria no dia 03 de janeiro de 2009, sábado, com prorrogação para o primeiro dia útil seguinte, segunda-feira, 05 de janeiro de 2009;

-por se tratar de lançamento por homologação, em que vige a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ocorreu a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento para o período de janeiro a novembro de 2003, em vista de que houve a entrega das informações respectivas e recolhimento dos tributos apurados, aliado ao fato de que a existência de dolo ou simulação não fora comprovada;

-a imposição tributária padece de clareza, materializada na falta de explicação sobre a origem das importâncias ora lançadas; tampouco demonstrou-se a existência de vínculo ou correlação dos valores depositados nas contas bancárias com a atividade de transporte desenvolvida pela contribuinte;

-arguiu que nunca participou do quadro de sócios da autuada e o fato de ter-lhe efetuado empréstimo gratuito cujo pagamento ocorreu com cheques de outra empresa não autoriza o fisco torná-lo presuntivamente responsável solidário pelos tributos lançados; a indagação sobre as razões por que a contribuinte efetuou pagamento com cheques de terceiros devem ser dirigidas diretamente a ela;

-é inaplicável a imposição da solidariedade baseada no interesse comum a que alude o art. 124, I, do CTN, em vista de que o lançamento efetuado não pode se basear em suposições, conjecturas ou presunções, d. luz da regra do art. 142 do CTN que exige fatos concretos para sua efetivação; admite-se a dispensa de sua comprovação apenas nas hipóteses das presunções legais, previstas no art. 334, IV, do Código de Processo Civil (CPC);

-é improcedente a imposição de multa qualificada em vista de que não existe certeza acerca do lançamento, tampouco comprovação de ter havido evidente intuito de fraude, conluio ou sonegação.

Ao final da peça impugnatória requereu

"a) seja preliminarmente acolhida a preliminar de decadência, nos termos requeridos;

b) preliminarmente, seja decretada a nulidade do auto de infração/lançamento, pelo evidente cerceamento pleno ao direito de defesa, por não atender ao (sic) pressupostos legais;

c) no mérito, *ad argumentandum tantum*, ainda que não seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento, seja deferida a sua impugnação, em homenagem ao Direito e como medida da mais elevada Justiça;

d) caso ainda não seja deferida a sua pretensão quanto ao mérito, o que se admite apenas por amor a argumentação, não poderia se cogitar de penalidade agravada por absoluta ausência da prova do crime".

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto – SP prolatou o Acórdão 14-35.835, pelo qual não conheceu das impugnações apresentadas pelos coobrigados por considerá-las intempestivas. Em relação à impugnação formalizada pela pessoa jurídica, manifestou-se pela improcedência. A decisão consubstanciou-se na seguinte ementa:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2003

DEPOSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Caracteriza omissão de receita decorrente de presunção legal a ausência de comprovação da origem de depósitos mantidos em conta corrente bancária.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTAGEM. PRAZO. MARCO INICIAL.

Na sistemática de lançamento por homologação é necessário o pagamento antecipado do tributo para que a contagem do prazo decadencial inicie a partir do fato gerador, além da inocorrência de dolo, fraude ou simulação.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ONUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova e dispensa a autoridade lançadora de provar que o fato indiciário corresponde A. obtenção de rendimentos, cabendo ao Fisco demonstrar a ocorrência do fato indiciário e ao contribuinte comprovar que o fato presumido inexistiu na situação concreta.

*MULTA QUALIFICADA. DOLO. INTENÇÃO.
DEMONSTRAÇÃO.*

É cabível a imposição de multa de ofício qualificada quanto ficar demonstrada intenção dolosa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL. PIS. COFINS. INSS

Tratando-se de exigências reflexas de tributos e/ou contribuições que têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ), a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejulgado da decisão dos processos decorrentes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

*RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO
INTEMPESTIVA.*

A impugnação apresentada a destempo pelo responsável tributário não instaura o correspondente litígio no procedimento administrativo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificados da decisão, a pessoa jurídica e os coobrigados apresentaram recurso voluntário a este Colegiado repisando as razões de defesa suscitadas na peças impugnatória.

No que se refere à intempestividade das impugnações, os coobrigados alegam que, segundo orientação emanada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, no caso da atribuição de solidariedade passiva contra várias pessoas ao mesmo tempo, o termo inicial do prazo para impugnação é a data de recebimento do último AR.

Acrescentam que a Portaria RFB nº 2.284/2010 que, em situações como essa, define o prazo a partir de cada intimação, só produziria efeitos a partir de sua edição.

Reclamam ainda que a Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto não funcionou para o público no dia 02/01/2009, tendo em vista que compareceu ao setor de atendimento no horário normal de funcionamento e o mesmo se encontrava fechado. Aduz que, se nessa data o setor de atendimento funcionou em horário diverso do convencional, não há como considerar dia de expediente normal para efeitos de contagem do prazo recursal.

Preliminarmente, o julgamento foi sobrestado sob a égide do § 1º, do art. 62-A, do Anexo II, da Portaria MF 259/2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF; tendo em vista envolver matéria sob apreciação do STF sob o regime de Repercussão Geral. Entretanto, considerando que o dispositivo em questão foi revogado pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, não mais se justifica o sobrestamento

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Os recursos foram apresentados tempestivamente por representante legalmente habilitado e preenchem as demais condições de admissibilidade.

Em relação ao recurso voluntário interposto pelos coobrigados, como questão a ser dirimida preliminarmente ao mérito da autuação tem-se a análise da tempestividade das impugnações por eles apresentadas.

Nesse ponto, a primeira alegação refere-se à data em que os coobrigados foram intimados. Insiste a recorrente no argumento de que “.....os últimos solidários foram intimados em 04/12/2008, como informado pelo correio, e não em 03/12/2008”.

Pelo exame dos autos, não vislumbrei qualquer indicativo de que a pessoa jurídica ou algum dos coobrigados tenham sido intimados em 04/12/2008. O AR de fl. 510 indica que o coobrigado Edson Garcia de Lima foi cientificado da autuação e do Termo de Sujeição Passiva em **02/12/2008**. O AR de fl. 511 deixa claro que o coobrigado Dorvalino Francisco de Souza foi intimado em **03/12/2008**, mesma data da intimação do coobrigado José Roberto de Souza, conforme AR de fl. 512, e da pessoa jurídica, de acordo com AR de fl. 513.

A decisão recorrida aplicou a regra de contagem dos prazos estabelecida no art. 5º, do Decreto nº 70.235/72, e constatou que o termo final para apresentação da impugnação seria **02/01/2009**, tanto para os coobrigados como para a pessoa jurídica. Tendo em vista que as impugnações dos coobrigados foram apresentadas em **05/01/2009**, o acórdão decidiu pela intempestividade dos recursos.

Como segunda alegação de defesa nessa questão, tem-se a alegação de que no caso da atribuição de solidariedade passiva contra várias pessoas ao mesmo tempo, o termo inicial do prazo para impugnação seria a data de recebimento do último AR. Tal argumento não faz diferença na análise da questão pois, conforme visto no parágrafo anterior, a data do último AR dos coobrigados foi 03/12/2008 e o termo final para apresentação da impugnação seria **02/01/2009**, para todos eles.

A terceira alegação dirige-se ao horário de funcionamento da Unidade Local na data limite para apresentação das impugnações (02/01/2009) pois, sustentou a defesa, compareceu ao setor de atendimento no horário normal de funcionamento e o mesmo se encontrava fechado. Aduz que, mesmo se nessa data o setor de atendimento tenha funcionado em horário diverso do convencional, não há como considerar dia de expediente normal para efeitos de contagem do prazo recursal.

Nessa linha de defesa, os recorrentes esqueceram-se de um detalhe primordial: Se, como alegado, o setor de atendimento da Receita Federal estava fechado em 02/01/2009 quando do comparecimento para protocolizar as impugnações dos coobrigados, **COMO EXPLICAR A PROTOCOLIZAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NESTA MESMA DATA ?**

Levando-se em consideração que o representante legal da pessoa jurídica e dos coobrigados é o mesmo, considero no mínimo “curiosa” a alegação de que o setor de atendimento estava fechado para receber a impugnação dos coobrigados, não obstante funcionar normalmente para receber a impugnação da pessoa jurídica.

Assim, entendo perfeitamente caracterizada a intempestividade das impugnações dos coobrigados, motivo pelo qual considero inepta a defesa e precluído o direito de se insurgirem tanto contra o mérito da autuação como das razões que levaram à lavratura dos Termos de Sujeição Passiva.

Do até aqui exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado pelos coobrigados.

No recurso voluntário da pessoa jurídica foi suscitada a ocorrência da decadência, rejeitada pela decisão recorrida, em relação aos fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2003, inclusive.

Nessa matéria, pauto minha linha de raciocínio no sentido de que esse prazo foi definido como regra geral no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(.....)

Por outro lado, dentre as modalidades de lançamento definidas pelo CTN, o art. 150 trata do lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ. Nessa hipótese, o § 4º do dispositivo estabeleceu regra específica para a decadência:

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

(.....)

§ 4º Se a lei não fixar prazo 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

No que se refere às contribuições sociais sua natureza tributária coloca-as, no gênero, como espécies sujeitas ao lançamento por homologação. Aplicam-se a elas, portanto, as disposições do art. 150 do Código Tributário Nacional. O já mencionado § 4º do mencionado artigo autoriza que a lei estabeleça prazo diverso dos cinco anos ali determinados.

Foi assim que a Lei nº 8.212, de 26 de julho de 1991, regulamentando a Seguridade Social, tratou do prazo decadencial das contribuições sociais da seguinte forma:

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

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

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.” (grifo nosso)

A mencionada lei determina expressamente quais as contribuições sociais, a cargo da empresa, que tenham base no lucro e no faturamento:

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22 são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982,

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990.

(.....).

O Decreto-Lei nº 1.940/82 regulamenta o Finsocial. Posteriormente, a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 criou a Cofins e determinou que essa contribuição seria cobrada em substituição àquela. Assim dispõe o art. 9º da LC:

Art. 9º A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixará de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuição ora instituída. (grifo nosso).

Vê-se, portanto, que sob a ótica da Lei 8.212/91 a contribuição para a Seguridade Social calculada sobre o faturamento é o Finsocial, posteriormente substituído pela Cofins e a contribuição calculada sobre o lucro é a CSLL. Não há menção ao PIS.

É certo que o CTN concedeu à lei ordinária a possibilidade de estabelecer prazo decadencial diferente daquele originariamente previsto no § 4º do art. 150 daquele diploma legal. No entanto, não se pode perder de vista que se trata de uma excepcionalidade.

Sob essa ótica, constatando-se que a Lei nº 8.212/91 em nenhum de seus dispositivos trata do PIS, considerar-se que o prazo decadencial previsto no art. 45 daquela norma aplicar-se-ia a essa contribuição seria um abuso interpretativo à concessão feita pelo CTN.

O tema do prazo decadencial tem grande importância na relação fisco-contribuinte, inclusive pelo impacto no princípio da segurança jurídica. Sendo assim, o tratamento da matéria é prerrogativa da norma positivada. Não havendo disposição expressa no texto legal, não se pode definir o prazo decadencial com base em interpretação do alcance da lei.

Entendo, destarte, que ao prazo decadencial do PIS deve ser aplicada a regra geral quinquenal estabelecida no § 4º do art. 150 do CTN.

Por outro lado, a Cofins, a CSLL e a contribuição ao INSS estão elencadas entre aquelas submetidas às regras da Lei nº 8.212/91, incluindo aí o prazo decadencial definido no art. 45 desse diploma legal. Entretanto, com a edição da Súmula Vinculante nº 8, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o mencionado dispositivo legal. Assim, a CSLL e a Cofins submetem-se ao prazo decadencial nas mesmas regras que os demais tributos sujeitos ao lançamento por homologação:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Entretanto, não se pode ignorar que o STJ consolidou entendimento em caráter definitivo (art. 543-C, do CPC) no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento é relevante para definição do prazo (Resp 973733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, Ministro Luiz Fux):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS 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 inocorre, 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 imponible, 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.

Assim, para definir a questão da decadência caberia avaliar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que será feito após análise do mérito da autuação.

Em caráter de preliminar a recorrente sustenta o que seria “falta de clareza da autuação” em função do Fisco não ter explicado de que conta contábil ou documento constante da escrituração ou terceiras empresas foram extraídas as importâncias lançadas.

Ora, o procedimento fiscal foi cristalino em identificar a matéria tributável nos valores lançados a crédito nas contas correntes de titularidade da empresa sem que tivessem origem comprovada, conforme previsão legal expressa no art. 42, da Lei nº 9.430/96. É claro que o Fisco não identificou as operações a que se refere os depósitos pois isso seria

obrigação da recorrente e, aliás, a autuação decorreu justamente da ausência de identificação, pois é dessa circunstância que trata o dispositivo mencionado.

Sob esse prisma, não há como aceitar sem demonstração a afirmativa de que os depósitos sob exame eram de propriedade de outra empresa ou teriam sido tributados em outro procedimento.

No que se refere à impossibilidade de autuação mediante presunção, é restrição que não atinge as presunções legais em função da positivação da matéria em lei em sentido estrito. No caso, o art. 42, da Lei 9.430/96 estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

Sob esse prisma, não cabe a simples alegação de que os depósitos pertenceriam a terceiros, sem o lastro da documentação comprobatória, coincidente em datas e valores.

Quanto à jurisprudência trazida aos autos pela recorrente, ainda que a interessada defina-a como “recente”, indicam decisões proferidas há mais de dez (10) anos, analisando situações constituídas sob a égide de legislação já revogada.

Pelo exposto, entendo que são improcedentes as razões de defesa, motivo pelo qual voto por negar provimento ao recurso.

Em relação à qualificação da multa, reproduzo aqui as razões que levaram a autoridade lançadora a entender pela exasperação:

....Tendo em vista o fato de o contribuinte ter declarado à Receita Federal uma receita de apenas R\$ 19.150,00, ter como sócios interpostas pessoas dos verdadeiros proprietários, Srs. Edson Garcia de Lima, Dorvalino Francisco de Souza e José Roberto de Souza (também sócios de direito e de fato das empresas Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda e Frigorífico Ouroeste) e quando intimado a comprovar os créditos ingressados em suas conta correntes, no ano calendário de 2003, superior a R\$ 10 milhões de Reais não respondeu as sucessivas intimações, restou flagrantemente caracterizado o evidente intuito de fraudar a Fazenda Pública Federal, fato suficiente para justificar a exasperação da penalidade na forma prevista no citado art. 44, II, da Lei no 9.430 de 1996, que assim dispõe:....

Para analisar a questão não se pode olvidar que a autuação foi feita com base numa presunção legal. Isso significa que a irregularidade tem origem na assunção de que se obterá o mesmo resultado que se obteve numa generalidade de casos iguais, em virtude de uma lei de frequência de resultados conhecidos.

A norma concede à autoridade o poder de presumir ocorrido esse resultado. Entretanto, a fraude não se presume. Há que se aprofundar a análise dos indícios apurados.

Saliento que, a meu ver, não é o fato de se tratar de apenas um indício que descaracteriza o dolo. Ao contrário, indício é prova e a prova indiciária pode perfeitamente firmar convicção quanto à conduta fraudulenta. Só que, em casos como o presente, é necessária

a constatação de fatos agravantes complementares que diferenciem perfeitamente esta situação de outras hipóteses de omissão de receita nas quais é aplicada multa de 75%.

Sob esse prisma, o fato de declarar uma receita de “apenas” R\$ 19.150,00 não seria um fator a evidenciar o intuito fraudulento. A meu ver, a magnitude da receita omitida não é parâmetro para caracterizar a fraude. Aliás, imaginemos o contrário, ou seja, a apuração de omissão de receita valor de R\$ 19.150,00. Se essa omissão tivesse origem num procedimento incontestavelmente fraudulento (por exemplo, emissão de nota fiscal “fria”), ainda que a receita declarada fosse muito superior, a fraude estaria caracterizada.

Quanto à ausência de resposta às intimações poderia, em tese, gerar o agravamento da multa em 50%, mas não a qualificação.

Em relação à utilização de interpostas pessoas, para que tal fato justifique a qualificação da multa deve ser comprovada sua vinculação direta a alguma das disposições contidas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64.

Na verdade, essa prática visa disfarçar a responsabilidade dos verdadeiros gestores da empresa frente aos atos por eles praticados. O impacto dessa conduta certamente ocorrerá na fase de execução desta ou de qualquer outra decisão, tanto administrativa como judicial, desfavorável à empresa.

Mas, quanto aos dispositivos da Lei nº 4.502/64 supra mencionados, não ficou demonstrado de que forma a conduta teria impedido ou retardado a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou ainda seu conhecimento pela autoridade tributária

No Acórdão 103-22.706, proferido na antiga 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, com voto condutor de lavra do ilustre Conselheiro FLÁVIO FRANCO CORREA, a questão foi analisada com precisão:

....Assim, não há relação de causa e efeito, pois a conduta dolosa prevista nos tipos dos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, só é juridicamente relevante quando provoca alteração do resultado, a teor do artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Sim, é preciso compreender que a norma freqüentemente não está toda ela contida numa única lei. É o que se vê, no presente exame, pois o preceito primário, que prevê a conduta proibida, reside nos artigos aludidos da Lei nº 4.502, de 1964, mas a punição do agente requer a produção de um resultado juridicamente desvalorado, que é a supressão ou a redução do tributo, consoante a redação do preceito secundário, inscrito no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996

Sendo assim, voto no sentido de reduzir a multa ao percentual de 75%.

A partir daí, a questão da decadência passa a ser avaliada de acordo com a existência ou não de pagamentos.

Considerando o fato gerador mensal, verifica-se que o sujeito passivo informou pagamentos nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2003. Nesse caso, o termo inicial do prazo decadencial seria a data do fato gerador (31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003 e 31/05/2003) e, com ciência da autuação em **02/12/2008**, todos estariam atingidos pela caducidade.

Processo nº 16004.001643/2008-36
Acórdão n.º **1402-001.557**

S1-C4T2
Fl. 17

Quanto aos demais meses, inexistindo pagamento o termo inicial é postergado para **01/01/2004** e o termo final ocorreria em **02/01/2009**. Para esses fatos geradores não ocorreu a decadência.

Em resumo do exposto, encaminho meu voto no sentido de acolher a preliminar de decadência para os fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 2003, inclusive; e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Relator