



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19311.720512/2013-33
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1301-006.134 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de outubro de 2022
Recorrentes COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. PRECEDENTE DO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 973.733/SC.

A ausência de pagamento antecipado, ou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, afasta a possibilidade de homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional e remete a contagem do prazo decadencial para a regra geral prevista no art. 173, inc. I, do mesmo diploma legal, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Precedente do STJ no Recurso Especial nº 973.733/SC julgado nos termos do art. 543-C do CPC o que implica, em razão do disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009, vinculação dos membros deste Colegiado à tese vencedora no âmbito do STJ.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Ausente a comprovação de dolo necessária à ocorrência de sonegação ou fraude, não subsiste a cominação da penalidade de 150%. 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).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício; (ii) por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário do Contribuinte, vencido o Relator por entender aplicável a regra disposta no art. 346, parágrafo único, do CPC /2015, de adoção subsidiária ao PAF; (iii) quanto ao Recurso Voluntário dos responsáveis, (iii.1) por unanimidade de votos, em não conhecer das questões atinentes à constitucionalidade de normas e indeferir o pedido de perícia e de oitiva de testemunha; e, (iii.2) no mérito, por aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar-lhe provimento parcial para reduzir a multa de ofício a 75% e determinar a extinção da sujeição passiva solidária de Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro, vencidos os Conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Carmen Ferreira Saraiva e Rafael Taranto Malheiros, que lhe negaram provimento. Designado para redação do voto vencedor (não conhecimento do recurso Voluntário do Contribuinte) o Conselheiro Marcelo José Luz de Macedo.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

(documento assinado digitalmente)

Marcelo José Luz de Macedo - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa, Jose Eduardo Dornelas Souza, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Marcelo Jose Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Rafael Taranto Malheiros (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Eduardo Monteiro Cardoso, o conselheiro(a) Giovana Pereira de Paiva Leite.

Relatório

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntários, estes últimos interpostos pelo Contribuinte e Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez (coobrigado), Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl (coobrigado) e Vivaldi Camargo Barbeiro (coobrigado) contra o acórdão nº 14-47.014, proferido pela 12ª Turma da Delegacia de Julgamento Ribeirão Preto/SP, que, ao apreciar as impugnações apresentadas, por unanimidade de votos, entendeu por manter o crédito tributário tal como constituído e por excluir a responsabilidade solidária atribuída à Sandra de Lourdes Gonzalez Babeiro e à Carina Roberta Araújo.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto excertos do relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Com fulcro no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI/2002), aprovado pelo Decreto nº 4.544/02, foi lavrado o auto de infração de fls. 732/734, em 21/05/2013, para exigir R\$ 3.260.900,21 de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$ 1.490.637,15 de juros de mora calculados até 05/2013, e R\$ 4.891.350,35 de multa proporcional ao valor do imposto, o que representa o crédito tributário consolidado de R\$ 9.642.887,71.

O lançamento de ofício de IPI é decorrente do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), em cuja ação fiscal foi constatada a omissão de receita caracterizada pela não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos e investimentos realizados em instituições financeiras, quanto ao ano de 2008.

Os valores omitidos encontram-se discriminados mensalmente à fl. 745, e constituem a base de cálculo do IPI apurado, com a aplicação da alíquota de 5%, com amparo no art. 448, § 2º, do RIPI/2002.

Foi infligida a multa majorada de 150%, em razão da ocorrência de fatos que, em tese, caracterizam o intuito de sonegação.

Consta no Termo de Verificação Fiscal e Imputação de Sujeição Passiva (fls. 739 a 749) que a contribuinte adotou a sistemática do lucro real no ano-calendário de 2008, com apuração trimestral, tendo transmitido a DIPJ e duas declarações DCTF com os valores zerados, sem informação. Por outro lado, sistemas da Receita Federal acusaram movimentação financeira da ordem de 78 milhões de reais no referido ano, com base em informações prestadas pelas instituições financeiras.

Como a empresa não foi localizada no seu endereço cadastral, o Termo de Início de Fiscalização foi enviado para seus dois sócios: CARINA ROBERTA ARAÚJO e MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, via postal, com Aviso de Recebimento.

Não havendo qualquer manifestação por parte dos sócios, foi empreendida diligência fiscal, em 02/04/2012, ao seu endereço cadastral, na cidade de Itatiba, sendo constatado que neste endereço encontrava-se um galpão industrial onde eram exercidas as atividades da empresa "DA ROSA RAMALHO INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA. ME" (CNPJ 00.613.172/0001-30), conforme informações prestadas pelo funcionário EDSON PRIMO CRIVELLARI (RG 17.367.027 e CPF 068.708.178-55). Nos fundos do interior do galpão foi vista no chão uma placa com o nome da empresa FORMILIGAS, que anteriormente lá se estabelecera.

Uma vez que não houve manifestação por parte dos sócios em relação ao atendimento da intimação fiscal e sendo o exame dos extratos bancários indispensável para a continuidade da fiscalização, foi solicitada em 13/03/2012 a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001, direcionadas para os bancos: Real, Luso Brasileiro, Itaú, Bradesco e Santander.

Pela não localização da empresa e tendo em vista o silêncio de seus sócios foi elaborada, em 03/04/2012, Representação Fiscal para tornar a situação da inscrição da fiscalizada Inapta perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), processo 19311.720185/2012-39, culminando com o Ato Declaratório Executivo nº 70, de 11/12/2012 (DOU 13/12/2012).

No início de abril de 2012, chegou à fiscalização, documento datado de 21/03/2012, encaminhado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, residente na cidade de Santana, no estado do Amapá, no qual afirma "não ter posse dos documentos solicitados da FORMILIGAS, em virtude de não ter qualquer envolvimento com esta empresa". Apresentou ainda o documento "PEDIDO DE EXCLUSÃO DE SOCIEDADE EM VIRTUDE DE VÍCIO", endereçado ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Macapá solicitando a exclusão de seu CPF da sociedade das empresas LITOFERME - LITORAL FERROLIGAS E METAIS LTDA, COMERCIAL IMPORTADORA

EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA e DELLA VIDA INDUSTRIA E COMERCIO DE APARELHOS ORTOPÉDICOS LTDA-EPP, por não ter qualquer participação societária nelas.

Diante desse fato, foi feito pedido de cópia dos documentos arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) relativos às alterações contratuais promovidas pela contribuinte. Ao se confrontarem as assinaturas do documento apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA com os documentos obtidos da Jucesp, ficou nítida a falta de semelhança entre elas.

Posteriormente, foi encaminhado e-mail por MARCELO TADEU CARNEIRO GONÇALVES com arquivo digital anexado contendo procuração outorgada pela contribuinte dando poderes de representação para o remetente. Em tal instrumento de procuração, a contribuinte fez-se representada por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA (CPF 221.531.362-53, e RG 14.256.783-9), com firma reconhecida pela escrevente do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais - 9o Subdistrito da Vila Mariana, em São Paulo. Ao confrontar a procuração apresentada com o documento apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, restou nítida mais uma vez a disparidade entre as assinaturas.

Diante do fato de haver no quadro societário da contribuinte sócio alegando não ter qualquer envolvimento com a empresa, foi afixado nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Jundiá o Edital nº 38, de 09/04/2012, para formalizar a ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal.

Em função da disparidade entre as assinaturas, foi enviado ofício para o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Vila Mariana, São Paulo, para obtenção de cópia do documento de identidade apresentado por MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA para abertura de firma no cartório, bem como a respectiva ficha de assinatura.

Em resposta datada de 20/03/2013, a escrevente Naima Oliveira Santos informou que não consta em seus arquivos nenhum registro em nome de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA e, “quanto ao reconhecimento de firma da procuração, na data de 21 de fevereiro de 2013, (1) a escrevente estava de férias, (2) o selo é falso, pois ainda não chegamos a essa numeração de FIRMA, e (3) a etiqueta é diferente do padrão”.

Registrou o autuante que foi procedida Consulta de Vínculos Empregatícios do Trabalhador no sistema CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), da Previdência Social. Em tal relatório, consta o registro de que MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA é empregado da empresa ANGLO FERROUS AMAPÁ MINERAÇÃO LTDA (CNPJ 06.030.747/0002-50 e 06.030.747/0003-30) desde 12/02/2007, em dois de seus estabelecimentos: um na cidade de Pedra Branca do Amapari e o outro na cidade de Santana, ambas no estado do Amapá.

Quanto aos depósitos bancários foi expedida intimação para a apresentação de documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, comprobatória da origem dos créditos nas contas bancárias, sendo sua ciência por meio do Edital nº 67, de 03/07/2012.

Esgotado o prazo para atendimento da intimação fiscal sem qualquer manifestação por parte da contribuinte, solicitou-se o comparecimento de várias pessoas que figuram nas alterações contratuais e que pudessem prestar esclarecimentos a respeito das operações da empresa. O Termo de Solicitação de Comparecimento foi enviado para CARINA ROBERTA ARAÚJO, HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL, ANTONIO LIMA DOS SANTOS, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ, SILVANA SILVA, e VIVALDI CAMARGO RIBEIRO.

DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ enviou documento em papel timbrado do Hospital Sírio Libanês e firmado por seu médico, atestando que se encontrava desde o dia 29/08/2012 internado, sem previsão de alta hospitalar.

Já HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL apresentou instrumento de procuração para MARCELO TADEU CARNEIRO GONÇALVES, que compareceu à DRF/Jundiá, e obteve uma cópia do Termo de Início de Procedimento Fiscal.

Compareceu CARINA ROBERTA ARAÚJO, em 14/09/2012, para prestar esclarecimentos, abaixo reproduzidos:

"A declarante, acompanhada de seu pai, JOSE CARLOS DL ARAUJO (CPF 468.816.468-87), afirmou que em setembro de 2010 foi convidada pelo Sr. DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ a integrar o quadro societário da empresa COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA; que neste convite, ficou acertado que permaneceria como sócia por um período de dois meses, e que após este prazo, seria admitida na empresa como empregada na função de auxiliar administrativa, sem estabelecer ainda sua remuneração; que ingressou formalmente no início de outubro de 2010 conforme 14ª Alteração Contratual datada de 04/10/2010 e registrada na Jucesp em 08/10/2010; que nesta época a empresa estava estabelecida na cidade de Cajamar e que estaria de mudança para a cidade de Itatiba, porém a mudança de domicílio não foi autorizada pela Sefaz (Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo) devido a uma série de guias não recolhidas e dívidas fiscais estaduais; por este motivo não se efetivaria sua contratação como empregada; que então, no mês de fevereiro de 2011, numa conversa com o Sr. DANIEL, solicitou que a retirasse do quadro societário; que foi formalizada sua saída através da 18ª Alteração Contratual, de 01/07/2011, registrada na Jucesp em 29/07/2011; que não praticou qualquer ato de gestão em nome da FORMILIGAS; que os únicos documentos que assinou foram as duas alterações contratuais. Foram entregues cópias das alterações contratuais."

Dada a falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais e de qualquer outra documentação para a verificação da devida tributação, procedeu-se ao arbitramento dos lucros, nos termos do art. 530, inciso III, do RIR/99 e foi exigida a multa qualificada de 150%.

Com base no art. 124, I do Código Tributário Nacional (CTN), foram lavrados Termos de Sujeição Passiva em nome de:

- 1) DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ (CPF 117.649.968-87);
- 2) ANTONIO LIMA DOS SANTOS (CPF 392.238.413-72);
- 3) HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL (CPF 004.083.448-49);
- 4) PEDRO RODRIGUES DE OLIVEIRA (CPF 269.930.118-32);
- 5) VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (CPF 054.806.778-37);
- 6) SANDRA DE LOURDES GONZALEZ BARBEIRO (CPF 036.245.918-51);
- 7) MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA (CPF 221.531.362-53);
- 8) CARINA ROBERTA ARAÚJO (CPF 293.143.868-56).

Em relação ao Banco Luso Brasileiro, figuram como acionistas ANTONIO LIMA DOS SANTOS e DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ. Como fontes de referência, figuram os nomes de VIVALDI CAMARGO BARBEIRO (contador da FISCALIZADA), e HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL. Em sua ficha cadastral, ANTONIO LIMA DOS SANTOS se apresenta como gerente financeiro da FORMILIGAS. No cartão de autógrafos, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ e ANTONIO LIMA DOS SANTOS têm amplos poderes para representar a empresa isoladamente.

Dos documentos apresentados pelo Banco Itaú, as pessoas autorizadas a movimentar a conta bancária são HUGO ROBERTO MONTEIRO DE BARROS CARL, VIVALDI CAMARGO BARBEIRO e SANDRA DE LOURDES GONZALEZ BARBEIRO.

Dos documentos apresentados pelo Banco Bradesco, no cartão de assinaturas consta o nome de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, com assinatura divergente da apresentada por ele nesta ação fiscal. Além disso, seu endereço é informado à Rua Coaracy Nunes, nº 369, na cidade de Macapá-AP. O documento de identidade que aparece no cadastro do banco é o RG de nº 248474, emitido em 03/08/1993, expedido pela SSP/AP. Na resposta de MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, este se

identifica como sendo amapaense, e portador do CPF e do RG de mesmos números que os cadastrados no banco Bradesco.

E dos documentos do Banco Santander, figuram os nomes de DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ e PEDRO RODRIGUES DE OLIVEIRA como sendo representantes e/ou procuradores. No cartão de assinaturas, como procurador, figura VIVALDI CAMARGO BARBEIRO, através de instrumento de procuração outorgada pelo administrador DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ.

Sendo notificados da autuação Sandra de Lourdes Gonzalez Babeiro, Carina Roberta Araújo, Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez, Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro apresentaram impugnações, nas quais alegam:

• **Sandra de Lourdes Gonzalez Barbeiro** alega que desconhece a razão pela qual foi incluída no auto de infração. Contudo, ao que pôde perceber, a sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. responde por débito tributário do período de 2008.

Dessa forma, vem informar que não figurava como sócia da empresa nesse período, nem em 2011, quando se considerou a dissolução irregular da sociedade.

Conforme pode ser lido na Ficha Cadastral Completa expedida pela JUCESP, foi incluída na sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda em marco de 1998 (03/1998) e retirou-se em fevereiro de 2002 (02/2002).

Portanto, mostra-se equivocada a sua inclusão como responsável pelos débitos tributários da Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. porque não se enquadra na figura do responsável (CTN, art. 121, inc. II), isso é, "sem condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".

Nos termos do art. 135, do Código Tributário Nacional, não praticou qualquer ato com excesso de poderes ou contrario a lei, contrato social ou estatuto, e também não tinha qualquer poder de gerência.

Ressalta-se que se retirou da sociedade 6 anos antes da suposta ocorrência do fato gerador e 9 anos antes da suposta dissolução irregular da sociedade, motivo pelo qual não há que se falar em sua responsabilidade.

Nem mesmo o fato de ter sido autorizada a movimentar a conta bancária do Banco Itaú é o suficiente para justificar a sua inclusão nesse auto de infração. Isso porque, como se afirmou e comprovou, foi sócia da sociedade devedora e naquele período - hoje não mais - tinha a autorização para movimentar a conta do Banco Itaú.

Diante do exposto, nos termos do art. 121, inc. II, c/c com o art. 135, caput e inc. III pede a sua exclusão dos termos do presente auto de infração e imposição de multa.

• **Carina Roberta Araújo** alega que deve ser excluída do auto de infração porque nunca exerceu qualquer função de gerência na devedora originária, Formiligas. É robusta a prova documental que confirma esta assertiva.

Não praticou qualquer ato de gestão em nome da FORMILIGAS. Os únicos documentos que assinou foram as duas alterações contratuais. É pessoa simples, vive pacatamente na cidade de Itatiba e foi convidada pelo sr. Daniel Costa para trabalhar na sociedade Formiligas como auxiliar administrativo.

Contudo, ao aceitar o emprego oferecido foi surpreendida com uma estranha condição imposta pelo sr. Daniel: foi obrigada a assinar documento denominado "Alteração de Contrato Social" afirmando que esta seria sócia da sociedade Formiligas.

Diante dessa estranha imposição - tendo em vista que possuía aptidão apenas para exercer a função de auxiliar administrativo - indagou ao sr. Daniel sobre essa medida, o qual foi explicado que esta trabalharia apenas por dois meses como suposta sócia e, ao final, seria regularmente registrada como funcionária da sociedade.

Passados poucos meses da sua inclusão na sociedade e não concretizada a promessa do emprego fixo, a sra. Carina pediu a sua exclusão da sociedade, o qual foi prontamente

acatada pelo sr. Daniel. Daí assinou alteração de contrato social, documento também apresentado à fiscalização.

Como se vê, no exercício da sua função a sra. CARINA não tinha - e nem poderia ter - qualquer poder de gerência para decidir pagar ou não pagar tributos. Nem sequer era responsável por essa área, trabalhando no catálogo de documentos, na redação de cartas e atendendo ao telefone. Não era de sua responsabilidade o recolhimento e o pagamento de tributos.

O CTN (art.121) descreve o sujeito passivo da obrigação tributária como aquele que guarde alguma relação com a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária ou aquele que venha a ser chamado por lei a responder por ela:

Não guarda qualquer relação com a situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária ora cobrada, nem, tampouco, tinha competência funcional ou administrativa para praticar algum ato com excesso de poderes ou infração da lei. Afinal, era mera encarregada de custos da sociedade, executando tarefas em serviços de contabilidade.

De fato, a sra. Carina, em meados de 2010 foi coagida a assinar documento que não tinha conhecimento, sob pena de não ser finalizado o processo de sua contratação.

Aliás, para a realização das suas atividades, continuou a ser subordinada diretamente ao sr. Daniel - este sim, amealhando lucros com a sua atividade.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial, apresentando a sua CTPS, momento em que poderá ser demonstrado o histórico da sua função de auxiliar administrativo.

• **Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez** alega que o procedimento fiscal, como restará configurado, baseou-se em provas obtidas por meios ilícitos, seja pela quebra inconstitucional do sigilo bancário, seja da segurança jurídica, seja pela falta de motivação para emissão do ato administrativo que solicitou a quebra do sigilo bancário. A total improcedência do lançamento em relação ao IRPJ e a CSLL por ter havido erro no lançamento quanto ao período de apuração, maculando toda a apuração do resultado no respectivo período. Assim como a improcedência do lançamento em relação ao PIS, COFINS e IPI dos meses de janeiro/2008 a maio/2008.

Alega ser inconstitucional o art. 6º da Lei Complementar (LC) 105/2001 que permitiu o acesso do fisco às contas de depósito e aplicações financeiras dos contribuintes por haver violação ao art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. No entanto, deixa de aprofundar tal debate na fase administrativa, uma vez que as instâncias administrativas têm se recusado a proceder ao exame de constitucionalidade da LC 105/2001 por entenderem estar tal exame na competência do Poder Judiciário.

Recentemente, em 5/12/2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário 389.908-PR e concluiu pela inconstitucionalidade da LC nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001.

Embora não seja uma decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) existe para Recurso Extraordinário com matéria similar (RE 601.314) o reconhecimento da repercussão geral prevista no art. 543-A do Código de Processo Civil (CPC). Resulta dizer que o resultado daquele irá ser repetido em todos os recursos similares.

Ou seja, a inconstitucionalidade do art 6º da LC 105/2001 reconhecida pelo STF irá se propagar por todas as decisões emitidas pelo Poder Judiciário.

E não só pelo Poder Judiciário. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) teve seu regimento alterado em 21/12/2010 pela Portaria MF 586/2010 e, entre as modificações, encontramos o art. 62-A que determina que o Carf irá reproduzir as decisões do STF oriundas de recursos para os quais houve o reconhecimento da repercussão geral. Logo, a inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001 irá repercutir também na esfera administrativa. Reconhecida tal inconstitucionalidade, o acesso do fisco aos dados bancários obtidos pela via administrativa será tido como ilegal, tornando ilícitas todas as provas daí decorrentes. Sem tais provas, o presente lançamento perderá totalmente sua motivação tática, o que resultará em sua total

improcedência. O reconhecimento administrativo da improcedência evitará que a Fazenda Nacional seja condenada, em eventual ação judicial, a ônus sucumbencial e custas judiciais de expressivo valor monetário.

Além disso, a legislação exige que, havendo procedimento fiscal instaurado, a autoridade fiscalizadora faça relatório circunstanciado do caso, justificando a indispensabilidade dos exames das contas de depósito e aplicações financeiras em um dos casos do art. 3º do Decreto 3.724/2001.

Tal procedimento foi totalmente ignorado no presente caso.

Não está nos autos o necessário relatório circunstanciado da autoridade fiscal. Sua presença nos autos é indispensável para que o contribuinte possa exercer seu direito à defesa. Sem o relatório circunstanciado como poderá o impugnante demonstrar que o exame de suas contas era totalmente dispensável e que não existiam as razões da autoridade fiscal para emitir a RMF? A inexistência do relatório circunstanciado nos autos equivale à sua inexistência.

A emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira -RMF é ato administrativo que, como todo ato administrativo, necessita adequada motivação.

No texto da própria RMF não há referência a qualquer inciso do art. 3º do Decreto 3.724/2001 fls. 67/70.

Sendo a omissão da RMF ato administrativo emitido sem a motivação exigida pelo Decreto 3.724/2001, é ato nulo que deve ter sua nulidade declarada pela autoridade julgadora de primeira instância, o que requer o impugnante.

Conseqüentemente, tornam-se ilícitas todas as provas obtidas em virtude de tal requisição, o que fulmina todo o procedimento fiscal a partir desse ponto, resultando na total improcedência do lançamento.

Ocorreu a decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 03/06/2013. A decadência em tributos cujo lançamento se dá por homologação, como o IRPJ, a CSLL, a Cofins e o PIS ocorre em cinco anos contados a partir do fato gerador, conforme farta e uníssona jurisprudência do Conselho de Contribuintes confirmada pela posição da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em resumo, considerando que a impugnante apresentou a DIPJ com fatos geradores trimestrais e que tomou ciência da presente autuação em 03/06/2013, estão decaídos os fatos geradores referentes aos trimestres anteriores a 03/06/2008. o que atinge o primeiro trimestre de 2008 e os meses de janeiro/2008 a maio/2008 em relação ao PIS. Cofins e IPI.

Ilegalidade da Taxa Selic como juros de mora. Não há previsão legal do que seja a taxa Selic. A lei apenas manda aplicá-la, sem indicar nenhum percentual, delegando indevidamente seu cálculo a ato governamental, que segue as naturais oscilações do mercado financeiro- mas sempre com a preliminar interferência do Banco Central.

O art. 161, § 1º do CTN, com força de lei complementar, determina que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser em contrário. A lei ordinária não criou a Taxa Selic, mas apenas estabeleceu seu uso. A criação da Taxa Selic foi obra do poder regulamentar do Banco Central, não tendo sido expressão da atividade do Poder Legislativo.

Por todo o exposto, requer a limitação dos juros de mora ao percentual de 0,5% ao mês.

A autoridade fiscal fixou a multa de ofício em 150%, percentual que caracteriza confisco do patrimônio do impugnante conforme os tribunais pátrios já vêm decidindo. Para a multa de ofício os tribunais têm determinado que o percentual de 20% cumpre sua função para o sistema tributário. Diante disso, o impugnante requer a improcedência da multa de ofício aplicada e, subsidiariamente, a aplicação do percentual de 20% no caso dos autos.

• **Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl** alega que deverá ser declarada a decadência parcial do crédito tributário porque prestadas as informações à autoridade fiscal no prazo determinado, esta dispunha do prazo de cinco anos para examiná-las e

homologá-las ou não. Não o fazendo no prazo determinado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito (CTN, art. 150, § 4º).

Aplicar-se-ia a regra disposta no art. 173, inc. 1. apenas e tão somente se o contribuinte do tributo não procedesse ao cumprimento de qualquer "auto-lançamento", - o que não é a hipótese dos autos. Como é incontroverso e foi afirmado pela autoridade fiscal, a sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda. cumpriu com o seu dever e apresentou as respectivas declarações (DIPJ e DCTF) dos tributos ora cobrados.

Diante do exposto, é de rigor seja declarada a ocorrência da decadência em relação aos supostos ilícitos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de maio de 2008 porque o prazo decadencial de cinco anos transcorreu sem que a Fazenda Pública tenha se manifestado e, portanto, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário daquele período.

Alega que não poderá ser chamado para responder ao presente auto de infração porque não cometeu nenhum ato ilícito e a responsabilidade tributária prevista nos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional é subjetiva porque depende de prova do ato ilícito e do dano.

Foi incluído como responsável pelo crédito tributário da sociedade fiscalizada apenas e tão somente porque um dia, em um passado muito distante, figurou como sócio da presente sociedade. E o simples fato de se associar não configura prática de ato ilícito. Daí porque, diante da ausência de imputação de ato ilícito ao sr. HUGO ROBERTO, indevida a sua inclusão como responsável tributário pelos débitos da sociedade Comercial Importadora Exportadora Formiligas Ltda.

Por outro lado, não há que se falar em ato ilícito pela ausência de preenchimento detalhado das declarações DCTF e DIPJ. Afinal, foram cumpridas as exigências legais de preenchimento e apresentação das respectivas declarações e, portanto, não há que se imputar culpa há qualquer um dos agentes, principalmente ao sr. HUGO ROBERTO.

Por fim, nem se diga que pelo simples fato de a sociedade ser supostamente devedora de tributos é o suficiente para imputar responsabilidade ao sr. HUGO ROBERTO.

Por fim, o sr. HUGO ROBERTO não poderá responder pelos débitos da sociedade FORMILIGAS também porque não figurava como sócio na época da sua dissolução irregular.

Em outras palavras, o sr. Hugo Roberto, enquanto sócio desta sociedade, mantinha endereço atualizado na cidade de Cajamar. E este endereço foi mantido por mais de um ano, após a sua saída da sociedade, em 27 de novembro de 2009.

Apenas em outubro de 2010, na alteração societária registrada sob o n. 339.096/10-0. os sócios da sociedade Formiligas quais sejam, os srs. MARCO AURÉLIO DE CAMPOS SILVA, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALES E CARINA ROBERTA ARAUJO, consolidaram alteração da sede da sociedade para a Rua Basílio Consolini, nº 155, Jardim de Lucca, Itatiba, São Paulo.

E como ficou muito bem demonstrado, o sr. HUGO ROBERTO nunca chegou a ser sócio da sociedade FORMILIGAS naquele endereço, exercendo as suas atividades apenas em Cajamar, São Paulo.

Portanto, não pode ser imputada nenhuma responsabilidade sr. HUGO ROBERTO pela suposta dissolução irregular da sociedade, razão pela qual pede a sua exclusão do auto de infração ora respondido.

A multa de ofício de 150% é confiscatória. Para a multa de ofício os tribunais têm determinado que o percentual de 20% cumpre sua função para o sistema tributário. Diante disso, o impugnante requer a improcedência da multa de ofício aplicada e, subsidiariamente, a aplicação do percentual de 20% no caso dos autos.

No mérito, pede sejam observados os limites impostos para o arbitramento do lucro da sociedade e, por consequência, a retificação dos cálculos apresentados e dos montantes supostamente devidos.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente mediante juntada de documentos, perícia, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal dos representantes legais da Formiligas e dos seus contadores.

• **Vivaldi Camargo Barbeiro** alega que

O CTN (art.121) descreve o sujeito passivo da obrigação tributária como aquele que guarde alguma relação com a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária ou aquele que venha a ser chamado por lei a responder por ela:

Não guarda qualquer relação com a situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária ora cobrada, nem, tampouco, tinha competência funcional ou administrativa para praticar algum ato com excesso de poderes ou infração da lei. Afinal, era mera encarregada de custos da sociedade, executando tarefas em serviços de contabilidade.

Não poderá ser chamado para responder ao presente auto de infração porque não cometeu nenhum ato ilícito.

Como foi afirmado pela autoridade fiscal, o Sr. Vivaldi Camargo Barbeiro era prestador de serviço da sociedade FORMILIGAS. Ou seja, com relação a ela não tinha nenhum vínculo societário.

Essa afirmação é cabalmente provada pela Ficha Cadastral Completa da sociedade expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Estabelecida essa premissa - ausência de vínculo societário - o Sr. Vivaldi não pode ser responsabilizado pela dissolução irregular da sociedade.

Por outro lado, figurando como prestador de serviços para a sociedade, também não pode ser imputado a ele qualquer ato de administração. Os poderes do Sr. Vivaldi eram extremamente limitados. A sociedade, por meio do seu administrador, firmou instrumento de procuração ao Sr. Vivaldi para que este, utilizando-se do seu know-kow prestasse os serviços de assessoria da maneira mais eficiente possível.

E como é óbvio, devido à ausência de vínculo societário, a prestação dos serviços era remunerada por um preço. Ou seja, o Sr. Vivaldi não recebia dividendo, recebia salário da sociedade e não participava dos seus Lucros e Resultados.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva por ato ilícito, conforme dispõe os arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional, indispensável à imputação de algum tipo de ato ao suposto responsável tributário.

Ao deixar de fazê-lo, a autoridade fiscal não criou provas, indícios ou nem sequer algum vínculo de causalidade entre a conduta do Sr. Vivaldi e os tributos devidos.

Diante dessa situação fática e jurídica, outra não é a solução, senão a conclusão de que o Sr. Vivaldi não poderá responder por obrigação tributária de outrem, devendo o seu nome ser excluído do presente auto de infração, nos termos dos arts. 121, inc. I, e 135, caput e inc. III, do Código Tributário Nacional.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente mediante juntada de documentos, perícia, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal dos representantes legais da Formiligas.

Naquela oportunidade, a r.turma julgadora entendeu pela improcedência da impugnação, e por excluir a responsabilidade solidária atribuída à Sandra de Lourdes Gonzalez Babeiro e à Carina Roberta Araújo, nos termos do acórdão a seguir ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. NULIDADE.

Verificado que o procedimento adotado pela fiscalização encontra fundamento no Decreto nº 3.724, de 2001, que autoriza a expedição de RMF, não há que se falar em nulidade do feito.

PERÍCIA. REQUISITOS.

Considera-se não formulado o pedido de perícia ou diligência que deixe de atender os requisitos legais.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO.

A juntada posterior de documentação só é possível em casos especificados na lei.

PROVAS ILÍCITAS.

Improcedente alegação de ilicitude das provas quando obtidas com fundamento na legislação em vigor.

PROVA TESTEMUNHAL.

Inexiste previsão legal para oitiva de testemunhas no julgamento administrativo em primeira instância.

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. IPI.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

MULTA DE OFÍCIO.

O lançamento decorrente de procedimento fiscal implica a exigência de multa de ofício, cujo percentual é fixado em lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A aplicação da taxa Selic tem previsão legal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO DECORRENTE. OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA COM ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A existência de movimentação financeira sem comprovação de origem, em conta bancária de titularidade de interposta pessoa, faz presumir a ocorrência de omissão de receitas; caracterizada a omissão de receitas em lançamento de ofício respeitante ao IRPJ, cobra-se, por decorrência, em virtude da irrefutável relação de causa e efeito, o IPI correspondente, com os consectários legais.

OMISSÃO DE RECEITAS. IPI. PRESUNÇÃO LEGAL. SAÍDA DE PRODUTOS SEM A EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA MAIS ELEVADA.

No caso de omissão de receitas, devido à presunção legal de saída de produtos à margem da escrituração fiscal e à conseqüente impossibilidade de separação por elementos da escrita, utiliza-se a alíquota mais elevada, daquelas praticadas pelo sujeito passivo, para a quantificação do imposto devido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Ciente do acórdão recorrido, o Contribuinte e coobrigados apresentam os respectivos Recursos Voluntários, tempestivamente, cujos argumentos apresentados serão a seguir analisados. Também foi apresentado recurso de ofício pelo fato da exclusão de responsáveis tributários.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

RECURSO VOLUNTÁRIO**1. ADMISSIBILIDADE**

Os recursos são tempestivos e atendem aos pressupostos regimentais de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Quanto ao recurso voluntário do contribuinte, embora ele tenha sido considerado *revel* pelo fato de não ter apresentado impugnação ao lançamento, compreendo inexistir óbice para que em recurso, ele apresente suas considerações, ainda que limitadas. Aplica-se aqui a regra disposta no art. 346, parágrafo único do CPC /2015, de adoção subsidiária ao PAF:

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Assim, ainda que *matéria* tida por incontroversa não possa ser rediscutida em face da revelia, uma vez que a *preclusão* impede a alegação de matéria de defesa que deveria ter sido alegada em sede de impugnação, nada impede que o contribuinte apresente seu recurso, alegando, por exemplo, matéria de ordem pública, mesmo porque o fato de ter deixado de apresentar defesa à lide, não significa que renunciou ao seu direito de recorrer.

Assim, passo a apreciar integralmente as razões dos recursos.

2. RESUMO DA LIDE

Trata-se de lançamento de IPI, decorrente de lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ (19311.720511/2013-99), em razão de omissão de rendimentos apontada pela autoridade fiscal com base em depósitos bancários sem comprovação de origem (art. 42 da Lei nº 9.430/96). O lucro do período foi arbitrado em razão de o contribuinte não apresentar os livros contábeis e documentação pertinente aos períodos de apuração em exame. Houve imputação de responsabilidade a sócios com poder de gerência, bem como à sua gerente administrativa à época dos fatos geradores (senhora Vivaldi Camargo Barbeiro).

3. DA SUPOSTA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Os Recorrentes trazem à baila inúmeras questões atinentes a princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis.

Ocorre que em relação a tais matérias, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Observe-se que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato.

Sobre a matéria, este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Nestes termos, não conheço dos argumentos de recurso em relação a este ponto.

4. DA PRETENSA NULIDADE DO LANÇAMENTO

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

*Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)*

Compulsando os autos, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Além disso, no caso concreto, não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte e aos coobrigados, tanto que, já em sede de impugnação, defenderam-se plenamente, despendendo com clareza e qualidade, todos os argumentos necessários ao pleno exercício de suas defesas. Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pelos detalhes da descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal e enquadramento legal utilizado no Termo de Verificação Fiscal, no qual se apontou com minúcias os fatos constatados, qualificando-os e subsumindo-os com perfeição aos dispositivos legais apontados no próprio relatório em questão.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Assim sendo, não vejo mácula no auto de infração lavrado.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Portanto, deve ser afastada esta arguição de nulidade.

5. DA ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA

Aduzem os Recorrentes que deveria ser reconhecida a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 03/06/2008. Entendo não lhe assistir razão.

Sobre a matéria, assim dispõe o art. 150, § 4º do CTN, *verbis*:

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.

Em relação à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (art. 543-C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento

por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, mas também a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observar na ementa do REsp 973733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

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 impositivo, 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 impositivos 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 efetuassem 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.

No caso concreto, independentemente da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, item que será analisado em tópico específico deste voto quando da análise da

qualificação da penalidade, é incontroversa a inexistência de recolhimento antecipado, o que implica que o início da contagem do prazo decadencial deve se dar com base no disposto no art. 173, I, do CTN, conforme já salientado alhures. Não basta a confissão de dívida, como argumentou um dos Recorrentes em sua peça recursal, para que a contagem do prazo decadencial se dê a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Na ausência de pagamento antecipado, o início da contagem do prazo decadencial é postergado para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido realizado.

Portanto, em relação aos fatos geradores ocorridos até junho de 2008, o lançamento poderia ter sido realizado ainda no ano de 2008, e o início da contagem do prazo se deu em 01/01/2009, encerrando-se em 31/12/2013.

Ora, considerando que a do lançamento ocorreu 06/06/2013, não há que se falar em decadência.

Rejeito, portanto, tal arguição.

6. DO ARBITRAMENTO DE LUCROS

Em relação ao arbitramento, não se sustentam as razões apresentadas pela defesa. Isso porque o contribuinte, intimado a apresentar seus livros contábeis e fiscais, deixou de fazê-lo. A decisão recorrida bem aborda a questão, por isso, transcrevo seus fundamentos como razões de decidir:

Arbitramento.

Na impugnação apresentada por Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl há o pedido para que sejam observados os limites impostos para o arbitramento do lucro da sociedade e, por consequência, a retificação dos cálculos apresentados e dos montantes supostamente devidos.

Verifica-se nos autos que o arbitramento do lucro teve como fundamento o art. 530, III, do RIR, de 1999.

No presente caso, a contribuinte, relativamente ao ano-calendário de 2008, foi intimada a apresentar os livros Diário, Razão e Lalur e os extratos bancários, e nada apresentou. Assim, não restou à fiscalização outra alternativa senão arbitrar o lucro da empresa e aplicar o disposto nos arts. 532 e 537 do citado regulamento, in verbis:

Dispõe o RIR/1999, nos arts. 532 e 537:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

(...)

Art. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).(sublinhei)

Portanto, correto está o procedimento fiscal de arbitrar o lucro com base na receita bruta conhecida, para apurar a base de cálculo do imposto.

Nestes termos, correto o arbitramento de lucros levado a efeito pela autoridade fiscal.

7. DA OMISSÃO DE RECEITAS

O contribuinte é acusado de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

O contribuinte foi intimado a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente, deixando de atender a contento a solicitação da autoridade fiscal. Ou seja, não houve a comprovação da origem dos depósitos questionados pelo Fisco, limitando-se os Recorrentes a discorrerem sobre a

impossibilidade de apresentação de documentação que comprovaria a origem dos depósitos, bem como que nem todos os depósitos corresponderiam a receitas.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Corroborando este entendimento, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES

– Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

Nesse passo, caracterizada a omissão de receitas pelas razões aduzidas, que também foi causa para imposição fiscal a esfera do IRPJ, é inafastável a autuação decorrente, por falta de lançamento do imposto dada a presunção legal de vendas sem emissão de nota fiscal.

Com referência ao IPI, o exator calculou este imposto mediante a aplicação da alíquota mais elevada daquelas praticadas pela empresa (5%), sobre o valor tributável correspondente à receita omitida no período em referência.

É curial transcrever o dispositivo do RIPI/2002 que trata da omissão de receitas, ou seja, o art. 448, principalmente no que concerne ao § 2º, já que não é o caso de pesquisa de elementos subsidiários (caput e § 1º) como insumos (auditoria de produção ou de estoque), mas sim da apuração de receitas com origem não comprovada, com a aplicação da alíquota mais elevada ou a única utilizada pela empresa, para a cobrança do imposto devido, tendo em vista a impossibilidade de separação pelos elementos da escrita fiscal:

Art. 448. Constituem elementos subsidiários, para o cálculo da produção, e correspondente pagamento do imposto, dos estabelecimentos industriais, o valor e quantidade das matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, o valor das despesas gerais efetivamente feitas, o da mão-de-obra empregada e o dos demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens (Lei nº 4.502, de 1964, art. 108).

§1º Apurada qualquer falta no confronto da produção resultante do cálculo dos elementos constantes desse artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente, o qual, no caso de fabricante de produtos sujeitos a alíquotas e preços diversos, será calculado com base nas alíquotas e preços mais elevados, quando não for possível fazer a separação pelos elementos da escrita do estabelecimento. (Incluído pelo Decreto nº 4.859, de 14.10.2003)

§2º Apuradas, também, receitas cuja origem não seja comprovada, considerar-se-ão provenientes de vendas não registradas e sobre elas será exigido o imposto, mediante adoção do critério estabelecido no § 1º. (Incluído pelo Decreto nº 4.859, de 14.10.2003)

Assim, correto o procedimento adotado pela fiscalização, utilizando-se como base de cálculo para o IPI as omissões de receitas apuradas e aplicação da alíquota de 5%.

9. DA MULTA DE OFÍCIO

Sobre o tema, assim concluiu a decisão recorrida:

A contribuinte contestou a multa aplicada no lançamento, alegando que é confiscatória e solicitando a sua redução.

Verifica-se que a multa aplicada está prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, e § 1º, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

Referida multa tem natureza punitiva e é aplicada nos lançamentos de ofício, não ficando o seu percentual ao arbítrio da autoridade lançadora.

Portanto, não cabe a sua redução para 20%, devendo-se esclarecer que somente se aplica tal percentual nos recolhimentos espontâneos, o que aqui não ocorreu.

Quanto à alegação de que é confiscatória, como visto anteriormente, não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese.

Em relação aos argumentos atinentes ao confisco, já se discorreu a respeito de suas peculiaridades no âmbito do processo administrativo fiscal.

Para qualificação da penalidade, faz-se necessário perquirir o dolo, ou seja, algo a mais em relação a uma mera omissão de receita. Nessa linha de raciocínio, inclusive, foi editada a Súmula CARF nº 14, assim vazada: “*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*”.

Entendeu a decisão recorrida restarem evidenciados os elementos necessários à manutenção da qualificação da penalidade.

Entendo que, neste ponto, a decisão recorrida deve ser reformada, de forma que a multa aplicada seja reduzida para o patamar de 75%.

Primeiro, a conduta apontada pela fiscalização (sonegação) não foi devidamente comprovada.

Ora, considerando-se as gravíssimas consequências da qualificação da multa, que ultrapassam a questão pecuniária, adentrando no terreno do direito penal tributário, não pode a sonegação, no caso, ser presumida. Para qualificar a multa, exigindo, por conseguinte, a multa na ordem de 150%, é mister comprovar condutas tipificadas em lei, o que no caso, não ocorreram.

No caso da presunção do art. 42 da Lei nº 9.430, compreendo ainda haver uma atenuante: quando a autoridade fiscal faz a opção por fiscalizar o contribuinte com base na movimentação bancária, penso que ela impõe a si mesma algumas limitações, e no caso, uma delas diz respeito à multa qualificada, que em tese não se coaduna com presunções, a não ser que ela desenvolva um esforço probatório extra para demonstrar a ocorrência das causas de qualificação da multa, e aplique o percentual elevado, mas não foi este o caso.

Embora a presunção utilizada para efetuar o lançamento tenha respaldo em lei, ela não serve para provar o intuito doloso do Contribuinte, para a prática infracional. Essa prova tem que ser direta, além de ser evidenciado, pela fiscalização, o liame entre a conduta dolosa praticada e a infração apontada.

Ora, os elementos apontados pela autoridade fiscal não permitem concluir ter o contribuinte tenha agido com dolo, de modo a caracterizar sonegação, fraude ou conluio a que aludem os artigos 71, 72 e 72 da Lei nº 4.502/1964. (TVF, e-fls 746)

AGRAVAMENTO DA MULTA

Diante da conduta dos administradores, ao deixar de oferecer à tributação as receitas advindas de sua atividade, de promover alteração contratual no sentido de deixar como sócios pessoas consideradas como "laranjas", de apresentar declarações DIPJ e DCTF totalmente zeradas no tocante à apuração dos tributos devidos, de não apresentar quaisquer livros contábeis e fiscais, nem qualquer documentação acerca das operações da empresa, depara-se com a ocorrência de fatos que, **em tese**, caracterizam o intuito da sonegação, definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, ensejando a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, inciso I e parágrafo 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Veja-se, a autuação baseou-se única e exclusivamente em presunção legal de omissão de receitas, sendo que as contas bancárias em que se apoia o lançamento estavam em nome da própria empresa. As demais peculiaridades descritas no termo de verificação em nada alteram as características da ocorrência do fato gerador, este sim, elemento a ser levado em consideração para fins de dosimetria da penalidade a ser cominada. Logo, não há que se falar em qualificação da multa.

Desse modo, voto por reduzir a penalidade ao percentual de 75%.

10. RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A respeito do tema, frisa-se que o litígio limita-se aos coobrigados Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro. Isso porque alguns coobrigados sequer apresentaram impugnação (Antônio Lima dos Santos, Pedro Domingues de Oliveira e Marco Aurélio de Campos Silva), e o coobrigado Daniel Costa Pedro Dario Gonzalez, embora tenha apresentado impugnação, não contestou em sua peça de defesa a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída, precluindo, portanto, seu direito de fazê-lo em sede de recurso voluntário. Nesse sentido, em relação a tal ponto, deixo de conhecer suas razões apostas em sua peça recursal. Assim, passo a análise do tema.

A fiscalização emitiu o Termo de Responsabilidade Solidária contra essas pessoas, com base no artigo 124, I, do CTN.

Por sua vez, a decisão recorrida manteve a imputação de responsabilidade atribuída, nos seguintes termos:

***Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl**, relacionado como responsável tributário, ingressou na sociedade em 30/08/2007 e se retirou em 2009, tendo exercido a função de gerente nesse período.*

Sendo sócio com poderes de gestão à época dos fatos (2008), verifica-se que realizou conjuntamente com o outro sócio-gerente a situação configuradora do fato gerador e agiu com excesso de poderes e infração à lei ao omitir rendimentos, com a supressão dos tributos, e não fornecer documentos obrigatórios ao fisco. Ficou evidenciada no processo a ocorrência de fraude, portanto a ocorrência do dolo e a infração à lei.

Assim, correta a imputação de sujeição passiva solidária ao Sr. Hugo, não somente com base no CTN, art. 124, I, mas também no art. 135, III, do referido código.

*Quanto a **Vivaldi Camargo Barbeiro**, consta no processo a procuração de fls. 131/132 outorgada pela autuada em 03/09/2004, com prazo indeterminado, na qual lhe foram concedidos amplos e especiais poderes para representar a contribuinte perante as repartições públicas federais, estaduais e municipais, instituições bancárias, podendo abrir e movimentar contas em nome da outorgante, assinar contratos de financiamento em geral, assinar cheques, sustá-los, dar quitação em duplicatas, determinar protestos ou cancelá-los, descontar títulos, assinar contratos de leasing e tudo o que for necessário ao cargo de gerente administrativo da firma.*

Verifica-se que referida pessoa física não atuava como um simples prestador de serviços de contabilidade. Possuía amplos poderes para administrar a contribuinte e tinha sim, ao contrário do que afirma, competência funcional e administrativa para praticar atos com excesso de poderes ou infração da lei. Vivaldi, como administrador da autuada, realizou conjuntamente outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador dos tributos lançados. Infringiu a lei ao omitir rendimentos, com a supressão dos tributos, e não fornecer documentos obrigatórios ao fisco.

Portanto, considero correta a imputação de responsabilidade a Vivaldi Camargo Barbeiro.

Tenho adotado o entendimento, de certa forma pacificado no âmbito do STJ, de que a solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas, seja física ou jurídica, que tenham interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária, pois possui uma dimensão jurídica própria, e não um significado meramente econômico.

Nesse sentido, também é a lição de LUIS EDUARDO SCHOUERI:

Mesmo que duas partes em um contrato fruam vantagens por conta do não recolhimento de um tributo, isso não será, por si, suficiente para que se aponte um interesse comum. Eles podem ter interesse comum em lesar o Fisco. Pode o comprador, até mesmo, ser conivente com o fato de o vendedor não ter recolhido o imposto que devia. Pode, ainda, ter tido um ganho financeiro por isso, já que a inadimplência do vendedor poder ter sido refletida no preço. Ainda assim, comprador e vendedor não tem interesse comum no fato jurídico tributário¹.

PAULO DE BARROS CARVALHO:

Aquilo que vemos repetir-se com frequência, em casos dessa natureza, é que o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo de solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale, sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de

¹ Schoueri, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2ª ed. Saraiva: 2012, p. 503

imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador².

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA

O art. 124 diz que "são solidariamente obrigadas" as pessoas enquadradas num dos seus dois incisos, isto é, as que "tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (inciso I) e as que sejam "expressamente designadas por lei" (inciso II).

Desta disposição normativa já se pode destacar que a solidariedade prevista no inciso I não é entre responsáveis, porque a solidariedade, especialmente nesse inciso, é entre pessoas que tenha o dever de cumprir a obrigação tributária como contribuintes, e assim o sejam desde o momento da ocorrência do respectivo fato gerador, para cuja ocorrência agiram pessoalmente e em relação à qual detém a respectiva capacidade tributária.

Realmente, quando essa norma verdadeiramente prescreve em caráter geral a solidariedade tributária passiva das "pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal", está aludindo a interesse que deve ser diretamente relacionado ao fato gerador (à situação que o constitua) e que torna essas pessoas contribuintes por igual quanto à respectiva e única obrigação tributária.

Como dito anteriormente, nas situações objetivadas pelo inciso I do art. 124, a solidariedade nasce originária e naturalmente, a ponto de dispensar sua determinação por lei do poder tributante competente. Para ela, basta o CTN, ao contrário da solidariedade admitida pelo inciso II do mesmo artigo, que depende de norma específica³.

JOSE JAYME DE MACEDO OLIVEIRA:

Em sede tributária, o CTN enumera duas situações denunciativas da configuração da solidariedade de fato, no inciso I, e de direito, no inciso II. Quanto à primeira, embora o dispositivo não defina o que vem a ser "interesse comum", exsurge que envolve ela as pessoas que tenham participação comum no fato gerador, ou seja, que o hajam praticado conjuntamente. Se a hipótese de incidência de IPTU é a propriedade imobiliária urbana e se José e Maria são ambos donos de um único imóvel, há solidariedade entre ambos, sito é o Município pode exigir o pagamento do total do tributo de qualquer dos dois. Pagando um, o problema do ressarcimento pelo outro é questão não-tributária⁴.

SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

O inciso I (do artigo 124 do CTN) noticia a solidariedade natural. É o caso dos dois irmãos que são co-proprietários pro indiviso de um trato de terra. Todos são, naturalmente, co-devedores solidários do imposto territorial rural (ITR).⁵

RENATO LOPES BECHO:

Que é ter interesse comum no fato gerador? Parece-nos ser quando há mais de uma pessoa ocupando o mesmo pólo de uma relação jurídica (agora não de

² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, p. 311

³ Op. cit.

⁴ OLIVEIRA, José Jayme Macedo de. Código Tributário Nacional - Comentários. Doutrina e Jurisprudência, p. 337

⁵ Curso de Direito Tributário Brasileiro. Ed. Forense. 7ª edição. p. 708.

natureza tributária). Especifiquemos melhor. Há situações econômicas em que mais de uma pessoa ocupa uma mesma posição em relação a outras. É o que ocorre na coopropriedade. Quando houver mais de um proprietário (contribuinte), haverá solidariedade entre eles". E ainda: " entre comprador e vendedor poderá haver solidariedade, mas essa não é decorrência de interesse comum entre eles, posto que os interesses são distintos, ainda que convergentes. Se existir solidariedade entre comprador e vendedor ela será decorrência da lei, tendo por fundamento a expressa disposição legal. Nos termos do art. 124 do CTN, essa eventual solidariedade estará baseada no artigo 124, II, e terá que ser composta com outra disposição normativa. ⁶

ANDRÉA M. DARZÉ:

O mero interesse social, moral o econômico no pressuposto fático do tributo não autoriza a aplicação do artigo 124, I, do CTN. Deve haver interesse jurídico comum, que surge a partir da existência de direito e deveres idênticos, entre pessoas situadas no mesmo pólo da relação jurídica de direito privado tomada pelo legislador como suporte factual da incidência do tributo, ou mais de uma pessoa realizando o verbo eleito como critério material do tributo, quando esta representar situação jurídica. ⁷

Compreendo que o conceito de interesse comum, previsto no art. 124, I, do CTN, não se aplica ao caso vertente, e por isso, não devendo ser atribuída a responsabilidade solidária aos Srs. Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro.

É fato que na condição de contador ou eventualmente administradores, seus atos voltam-se para tais atividades desenvolvidas no período, e nessa condição, não podem ser responsabilizados, com base no dispositivo do art. 124, I, CTN, pela infração de omissão de receitas imputada ao contribuinte, até mesmo porque este fato tributável é totalmente estranho à sua atividade de contador ou administrador.

Para atribuir-se responsabilidade à eles com base no referido artigo, deveria ser comprovado que eles teriam interesse jurídico comum na realização do fato gerador da obrigação tributária, ou seja, que seriam sujeitos da relação tributária que deu azo ao fato imponible. Também não restou provado eventual proveito sobre o fato tributável, de forma a atrair a chamada *confusão patrimonial*.

Por outro lado, em tese, haveria possibilidade de imputação de responsabilidade, por sucessão (com fulcro no art. 132, parágrafo único, do CTN), em relação à pessoa jurídica Da Rosa Ramalho Indústria e Comércio de Móveis Ltda ME (CNPJ 00.613.172/0001-30), necessitando, porém, serem analisados outros elementos de prova. Contudo, não tendo sido esses os fundamentos utilizados pela autoridade fiscal, e ainda, a pessoa jurídica sequer integrou a lide, não há como aperfeiçoar o procedimento administrativo quando de seu julgamento.

Dessa forma, afasta-se a responsabilidade dos Srs. Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro.

11. DA TAXA SELIC

⁶ Becho, Renato Lopes. A responsabilidade Tributária dos Sócios tem Fundamento Legal? RDDT 182/107. nov/2010.

⁷ Darzé, Andréa M. Responsabilidade Tributária - Solidariedade e Subsidiariamente. Ed. Noeses. 2010, p. 231

No que tange ao questionamento da aplicação da taxa Selic, a matéria encontra-se absolutamente pacificada no âmbito do CARF, tendo sido alvo, inclusive de súmula, cujo enunciado número 4 recebeu a seguinte redação:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conforme determina o *caput* do art. 72 do Regimento Interno do CARF, os enunciados da súmula CARF são de observância obrigatória por parte de seus membros.

Desse modo, correta a aplicação da taxa Selic sobre os tributos apurados.

12. DO REQUERIMENTO DE PERÍCIA E DA PROVA TESTEMUNHAL

Os interessados requereram em sua impugnação, e também em sede de recurso voluntário, a realização de perícia a fim de demonstrar que grande parte dos recursos movimentados em suas contas correntes diz respeito a valores estranhos ao seu faturamento. O pedido foi indeferido pela decisão recorrida de forma fundamentada.

O recurso voluntário apresentado repete o pedido de perícia.

O inciso IV do art. 16 e o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993), assim dispõem:

Art. 16 – A impugnação mencionará:

[...]

IV – As diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/93).

§ 1º – Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (parágrafo introduzido pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/1993).

[...]

Art. 18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, tanto a perícia quanto a diligência objetivam a comprovação de elementos ou fatos que o contribuinte não pôde trazer aos autos.

No caso ora examinado trata-se da exigência de tributos sobre suposta omissão de receitas baseada em presunção legal insculpida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Para elidir a presunção de omissão de receitas baseadas em depósitos bancários bastaria ao recorrente demonstrar que determinados depósitos possuíam origem em operação que não denotava a auferição de renda. Tanto em sua impugnação, quanto em sede de recurso voluntário, o contribuinte limitou-se a argumentar de que muitos dos depósitos não se referiam à renda, sem trazer à baila elementos suficientes que pudessem comprovar suas alegações.

Além disso, deixou-se de identificar o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, o que por si só, já seria suficiente para o indeferimento do pleito.

Dessa forma, além da ausência do preenchimento dos requisitos legais para seu deferimento, resta demonstrada a desnecessidade da perícia, uma vez que, conforme dispõe o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, compete à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

Diante do exposto, indefiro o pedido de perícia.

No que tange ao pedido de provas testemunhas, outra sorte não merece o recurso. Por bem retratar o tema, adoto os fundamentos da decisão recorrida:

Com relação à produção de prova testemunhal solicitada pela interessada, deve ser indeferida, porque o Decreto nº 70.235, de 1972 disciplina que a impugnação deverá ser formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar (art. 15 e §§ 4º, 5º e 6º do art. 16), além de diligências e perícias na forma do art. 16, IV e §§. Não existe previsão legal para apresentação de provas testemunhais no julgamento administrativo em primeira instância. Digno de menção o ensinamento do insigne Francisco de Assis Praxedes, verbis:

“No procedimento tributário administrativo, só se verifica o procedimento escrito, isto é, todos os atos processuais se exprimem por escrito. E de um modo apenas se movem os atos processuais. Dizer que o procedimento é apenas escrito é o mesmo que dizer que inexistente o procedimento oral no processo tributário administrativo federal, no âmbito do Ministério da Fazenda.

Sendo o procedimento escrito, a conclusão é de que os meios de prova permitidos são a documental e a pericial, para a demonstração dos fatos deduzidos na petição de impugnação” (O Processo Tributário Administrativo no Âmbito Federal, Revista Resenha Tributária nº 21/82 – Comentários 1.3, p. 429)”.

Indefiro, portanto, o pedido para oitiva de testemunhas.

RECURSO DE OFÍCIO

Quanto à sua admissibilidade, deve-se ressaltar que a Portaria MF nº 63, de 2017, estabeleceu um limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Confira-se:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

No caso em tela, somando-se os valores exonerados em favor dos coobrigados Sandra de Lourdes G Barbeiro e Carina Roberta Araújo, verifica-se que eles superam o limite de dois milhões e quinhentos mil reais, estabelecido pela norma em referência. Portanto, conheço do recurso.

Com referência ao mérito, por concordar com seus fundamentos, adoto-os como razão de decidir, transcrevendo-os a seguir:

Com relação à Sandra de Lourdes Gonzalez Barbeiro consta no processo as alterações contratuais da contribuinte que dão conta de que a citada pessoa figurou como sócia-gerente no período de 1998 a fevereiro de 2002. Consta, também, documento do banco

Itaú, datado de 1999, informando que ela assinava pela empresa. Nenhum outro documento a respeito de Sandra foi anexado ao processo.

Dessa forma, entendo que não ficou caracterizado o interesse comum da referida pessoa física na situação que constituiu o fato gerador ocorrido em 2008, devendo ser excluída do pólo passivo.

Quanto a Carina Roberta Araújo, consta no processo que figurou como sócia-administradora da contribuinte de 04/10/2010 a 01/07/2011. À época dos fatos constatados na autuação ela não participava do quadro societário da contribuinte e não existem provas de que tenha atuado com infração à lei ou ao contrato social ou que tenha interesse comum com o fato gerador ocorrido em 2008.

Assim, entendo que deve ser excluída do pólo passivo.

CONCLUSÃO

Nestes termos, voto por:

(i) negar provimento ao Recurso de Ofício;

(ii) conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte;

(iii) quanto aos Recursos Voluntários dos responsáveis, não conhecer das questões atinentes à constitucionalidade de normas e indeferir o pedido de perícia e de oitiva de testemunha; e no mérito, dar provimento parcial para reduzir a multa de ofício a 75% e determinar a extinção da sujeição passiva solidária de Hugo Roberto Carl e Vivaldi Camargo Barbeiro.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Redator designado.

O presente voto vencedor trata única e exclusivamente de um ponto, cuja maioria da Turma acabou não concordando com as razões do voto apresentado pelo Conselheiro Relator. Trata-se mais especificamente do tópico “1. ADMISSIBILIDADE”, na parte da fundamentação jurídica atinente ao tema da preclusão.

Veja-se, nesse sentido, o que consta dos fundamentos do voto vencido:

Quanto ao recurso voluntário do contribuinte, embora ele tenha sido considerado revel pelo fato de não ter apresentado impugnação ao lançamento, compreendo inexistir óbice para que em recurso, ele apresente suas considerações, ainda que limitadas. Aplica-se aqui a regra disposta no art. 346, parágrafo único do CPC /2015, de adoção subsidiária ao PAF:

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Assim, ainda que matéria tida por incontroversa não possa ser rediscutida em face da revelia, uma vez que a preclusão impede a alegação de matéria de defesa que deveria ter sido alegada em sede de impugnação, nada impede que o contribuinte apresente seu recurso, alegando, por exemplo, matéria de ordem pública, mesmo porque o fato de ter deixado de apresentar defesa à lide, não significa que renunciou ao seu direito de recorrer.

[grifos constam do original]

Como se percebe, o Conselheiro Relator entende ser aplicável ao caso o artigo 346, parágrafo único, da Lei nº 13.105/2015, a qual instituiu o denominado novo Código de Processo Civil. Por consequência, ainda que determinado sujeito não tivesse apresentado impugnação ao lançamento, quer dizer, ainda que fosse revel, inexistiria óbice para que ele apresentasse recurso voluntário, pois, segundo consta do próprio voto vencido, *o fato de ter deixado de apresentar defesa à lide, não significa que renunciou ao direito de recorrer.*

Trata-se, contudo, de entendimento vencido.

Isto porque, a nosso ver, não seria possível nesse ponto a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Veja-se nesse sentido o que estabelece o artigo 15 da referida norma:

Lei nº 13.105/2015 – CPC

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

In casu, ao que nos consta, o Decreto nº 70.235/1972, o qual dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal (“PAF”), dispõe de norma específica, mais precisamente o artigo 14, cuja redação estipula que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Ora, se a impugnação instaura a fase litigiosa do procedimento, não haveria que se falar em litígio ante a sua ausência. Pelo menos para aquele sujeito específico, o qual deixou de apresentar defesa.

Um auto de infração não impugnado, portanto, autoriza a administração pública a adotar as medidas cabíveis para cobrança do crédito tributário, no caso, mediante inscrição em dívida ativa e cobrança por meio de execução fiscal, sem que sequer seja necessário instaurar uma lide para que seja proferida decisão.

É importante entender isso porque o racional do artigo 346, parágrafo único, da Lei nº 13.105/2015, o qual o Conselheiro relator pretendia aplicar ao caso, não se coaduna com a

lógica do processo administrativo, encontrando-se inserido em um contexto totalmente diferente, cujo atenção se volta para os conflitos em causas cíveis, os quais são instaurados sempre por iniciativa de uma parte e necessitam da intervenção do Estado-juiz para aplicar a lei ao caso concreto e decidir a lide.

Tanto isso é verdade que o *caput* do aludido dispositivo legal estipula que os prazos processuais continuam a fluir contra o revel, veja-se:

Lei nº 13.105/2015 – CPC

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Já no processo administrativo fiscal, se o contribuinte não apresenta impugnação em face do lançamento, não há que se falar em lide ou processo. Os débitos seguem diretamente para cobrança. E caso a defesa seja apresentada por um responsável, por exemplo, a lide se instaura apenas em face do referido sujeito, de modo que o contribuinte sequer participa do processo.

Perceba-se, portanto, que se o *caput* do dispositivo não é aplicável ao caso, não seria possível pretender a aplicação tão somente do seu parágrafo único, o qual de fato admite o sujeito revel intervir no processo, mas em um ambiente processual cível, no qual o processo se instaura e tem o seu andamento regular mesmo sem a participação do sujeito em um primeiro momento.

Em resumo do aduzido, o que se pretende afirmar é que não é possível a aplicação – seja de maneira supletiva ou subsidiária – do parágrafo único do artigo 346 do Código de Processo Civil ao Processo Administrativo Fiscal, de modo que não se pode conhecer do recurso voluntário de um sujeito o qual sequer apresentou impugnação ao auto de infração.

Logo, não se conhece do recurso voluntário do contribuinte, o qual fora considerado revel pelo fato de não ter apresentado impugnação ao lançamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

