



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

Processo nº 19515.003854/2007-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-01.486 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de novembro de 2011
Matéria IRPF
Recorrente HILDA APARECIDA LOPES PEREIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

DECADÊNCIA. PRAZO. TERMO INICIAL. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

No lançamento por homologação, com falta de pagamento ou na ocorrência de dolo, fraude, simulação, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece ao art. 173, I, do CTN, iniciando-se o prazo no primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. TERCEIROS ESTRANHOS A AUTUAÇÃO.

Com a lavratura do auto de infração instaura-se o litígio entre o fisco e o contribuinte. O direito de defesa socorre o acusado, não alcança terceiros, ainda que seja a sociedade de titularidade do autuado.

DEPOSITO BANCARIOS. ÔNUS DA PROVA.

Na relação jurídica tributária o ônus da prova cabe inicialmente ao fisco na demonstração da ocorrência do fato tributável. Ao sujeito passivo compete, comprovar o direito alegado e assim elidir a imputação que lhe é imposta. Constatada existência de movimentação financeira nas contas bancárias do autuado, não declarado à fiscalização, cabe ele comprovar a origem dos depósitos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas pela Recorrente e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Nelson Mallmann- Presidente.

Odmir Fernandes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Guilherme Barranco de Souza, Antonio Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Rafael Pandolfo e Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntario** da decisão 7ª Turma de Julgamento da DRJ de São Paulo, que manteve parte da autuação sobre *omissão de rendimentos* caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada.

Adoto o relatório da decisão recorrida:

“Em ação levada a efeito na contribuinte acima qualificada, apurou-se o crédito tributário na importância correspondente a R\$ 509.034,66 relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física — OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA (anos-calendário 2001, 2002 e 2003), sendo R\$ 160.865,62 referentes ao imposto, R\$ 241.298,42 referentes à multa proporcional e R\$ 106.870,62 referentes aos juros, cujo crédito encontra-se consubstanciado no Auto de Infração de fls. (463 a 467).

2. As infrações apuradas, que resultaram na constituição do crédito tributário referido, encontram-se relatadas no Termo de Verificação do Auto de Infração (fls. 446 a 458) e nos dá conta, segundo relato, de omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimentos, mantidas em Instituições Financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, do qual destacam-se os seguintes aspectos:

2.1. a fiscalizada apresentou nos anos-calendário em referência, tempestivamente e em separado do companheiro, o Sr. Eduardo Lopes Lourenço, CPF nº 509.363.018-72, Declaração de Ajuste Anual Simplificada, em cuja Declaração de Bens pôde ser constatada a informação de bens mantidos em condomínio, pelo casal.

2.2. foi instaurado, concomitantemente, procedimento contra o companheiro, Eduardo Lopes Lourenço - nos mesmos anos-

calendário de 2001 a 2003, tendo informado este igualmente, nas Declarações de Ajuste Anual apresentadas, bens adquiridos em condomínio com a fiscalizada, a variação patrimonial dos conviventes foi apurada no procedimento levado efeito no companheiro e em nome deste, computando-se os recursos/origens e dispêndios da fiscalizada, cuja apuração, respaldada por documentação comprobatória, hábil e idônea, constituiu o objeto central da presente ação fiscal;

2.3. depois de intimada a contribuinte, relativamente ao efetivo recebimento dos montantes de R\$ 366.660,00 e R\$ 323.000,00 da empresa Toque de Classe Decorações Ltda., nos anos-calendário de 2001 e 2002, respectivamente, e de R\$ 280.250,00 da empresa Toque de Classe Serviços de Cobrança Ltda., ano-calendário 2003, ela informou que tais valores tratam-se de pagamentos referentes à distribuição de lucros dos períodos de 1999 a 2003;

2.4. em sendo assim, foi desenvolvido trabalhos fiscais nas pessoas jurídicas referidas, tendo concluído a fiscalização, conforme Termo de Conclusão Fiscal, que ocorreu simulação nas operações realizadas pela pessoa física, valendo-se das pessoas jurídicas. Concluiu a fiscalização que pôde ser constatada nos atos praticados pela pessoa jurídica de forma constante e continuada ao longo de todo o período sob exame. A conclusão a que se chegou é que, a constituição formal da empresa foi um artifício utilizado por seus sócios e pessoas ligadas, para ocultar recursos não comprováveis e transferi-los, de um lado, revestindo-os da aparência legalmente admitida de distribuição de lucros, e bem assim, para a realização de gastos incompatíveis com os rendimentos declarados, e de outro, a familiares, graciosamente;

2.5. por decorrência de todos os fatos apurados, a fiscalização considerou indevida a apropriação pela fiscalizada, nos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, de Rendimentos Isentos e Não Tributáveis a título de lucros distribuídos pela pessoa jurídica da qual figurou como sócia (mesmo porque a própria formação do lucro não foi comprovada), como também, imputa-lhe a responsabilidade por toda a movimentação financeira constatada na conta corrente titulada pela empresa (nº 00825-0/Ag. 2980 do Banco Itaú), sendo os valores nela lançados, após exame individualizado, levados ao demonstrativo da análise da variação patrimonial do casal, elaborado em nome do companheiro Eduardo Lopes Lourenço;

2.6. constituiu-se, então, crédito tributário em razão de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, mediante aplicação da multa qualificada de 150%, de conformidade como disposto no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, configurando, a matéria tributável, em tese, crime contra a ordem tributária, segundo dispõe o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

3. O Auto de Infração foi lavrado em 10/12/2007, tomando o interessado ciência em 13/12/2007, por via postal, AR de fl. 495.”

Auto de Infração a fls. 463 a 467.

Relatório de fiscalização fls. 446 s segts.

Relatório de fiscalização das sociedades 470 e segts..

Notificação do lançamento em 13/12/2007 fl. 495

Decisão recorrida a fls. 613 e segtes.

Nas razões recurso a fls 651 e sgtes. onde sustenta:

a) Decadência do crédito tributário exigido no período de maio de 2001 a dezembro de 2003, por força do art. 150, § 4º ou do período de 2001, pelo art. 173, I, ambos do CTN;

b) Regularidade das operações da sociedade Toque de Classe Decorações Ltda., não sendo possível imputar responsabilidade à Recorrente. Não houve a utilização de interposta pessoa (laranja) pelos sócios ou terceiros dessa sociedade para ocultar recursos sem origem comprovada, como consta do relatório de fiscalização de fls. 4/20 e desqualificar o lançamento por via reflexa à Recorrente;

c) Exigência sobre meras presunções infundadas na apuração dos resultados com irregularidade da sociedade Toque de Classe;

d) Cerceamento do direito de defesa de a sociedade Toque de Classe se defender;

e) Inexistência de conduta dolosa do Eduardo Lopes Lourenço;

f) Erros na apuração da base de cálculo pela falta de exclusão de vários depósitos:

f.1) mês de junho de 2003: Transferência (doc), no valor de R\$ 14.000,00 (4/Junho), relativo a devolução de empréstimo de seu filho e cheque depósito no valor de R\$ 5.000,00 (25/Junho), devolvido;

f.2) mês de julho/2003, foi considerado omissão de rendimentos R\$5.000,00, valor este de cheque que não foi compensado;

f.3) mês de setembro de 2003, idem o valor de R\$ 6.500,00

f.4) os depósitos de R\$ 31.000,00; R\$15.000,00; R\$ 15.000,00 e R\$ 30.540,00 correspondem a prestação de serviços para Servaz S.A Saneamento Construção e Dragagem. Reconhece existência de pequena diferença decorrente de ajustes na prestação dos serviços;

f.5) depósito de R\$ 9.460,00 corresponde a prestação de serviços Para.Kildáre Dufne.

f. 6) depósitos de R\$ 2.830,00, R\$ 1.000,00 e R\$ 3.006,00 -Prestação de serviços para Sidnei Paiola Transportes ME

f.7) depósito de R\$6.000,000 e R\$1.750,00 correspondente a prestação de serviços a Radioactive.

g) necessidade do aproveitamento do imposto pago pela pessoa jurídica com redução da exigência. Faz demonstrativo e confessa parte da autuação;

h) indevido computo do depósito em dinheiro de R\$ 10.400,00 como rendimentos omitido em maio de 2001;

i) necessidade de abater 100% dos valores oferecidos a tributação pela Recorrente na apuração de eventual omissão de rendimentos;

j) inexigibilidade da multa de 150% por inexistência de dolo, fraude ou simulação.

k) o montante supostamente omitido no mês de junho de 2002 está errado, pois foram considerados como rendimentos omitidos depósitos relativos a (a) um cheque devolvido de R\$ 2.940,00 e (b) duas vezes um mesmo lançamento de R\$ 2.940,00, o que é um verdadeiro engano;

l) a fiscalização considerou um depósito em dinheiro, no momento de R\$ 10.400,00, e realizado pela própria Impugnante, como rendimento omitido do fisco, o que é inadmissível, já que se trata de ingresso de dinheiro próprio, e não de rendimento;

m) não houve comprovação de dolo, fraude ou simulação que justifique a aplicação da multa de 150%, tendo em vista que prestou, tempestivamente, esclarecimentos à Receita Federal do Brasil;

Voto

Conselheiro Odmir Fernandes, relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Trata-se da exigência do imposto sobre omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada.

Não há alegação de quebra do sigilo bancário, daí o conhecimento do recurso.

Sustenta a Recorrente duas preliminares: decadência e cerceamento de defesa.

Ofensa ao cerceamento de defesa pela falta de oportunidade para a sociedade Toque de Classe Serviços de Cobrança Ltda se defender.

Preliminar de ofensa ao direito de defesa.

Pede a Recorrente que a ofensa ocorreu porque a sociedade não pode se defender. Não há menor sentido nessa alegação de ofensa a esse direito de defesa.

É princípio básico do direito processual a existência de interesse e legitimidade para contestar, impugnar e recorrer.

Existe ilegitimidade por buscar a Recorrente a defesa de pessoa diversa, estranha a acusação, que não é parte nestes autos, não foi autuada e não esta sendo acusada de nada nestes autos.

Falta de interesse por não ser ela, a sociedade a pessoa acusada, não foi e não é ela objeto da ação fiscal.

Ninguém pode pleitear direito próprio em nome alheio, no caso a sociedade, mesmo que esse alguém seja titular da sociedade.

As pessoas são distintas e não se confundem. O processo tutela o direito subjetivo de cada titular, seja pessoa física ou jurídica.

A sociedade é abstrata, não pensa, não age, e é representada pelos seus dirigentes na forma definida nos seus atos constitutivos. Mas esse poder de representação não transforma o titular no direito de pleitear em nome próprio o direito da sociedade.

Afasto essa prejudicial pela total impertinência.

Decadência

Tocante a decadência, cuida-se da exigência do imposto de renda da pessoa física, decorrente de omissão de rendimentos, de lançamento por homologação, em que sujeito passivo possui o dever de antecipar o pagamento do tributo, sem o prévio exame da autoridade administrativa, de fato gerador complexo e sujeito a ajuste anual, que se perfaz no dia 31 de dezembro de cada ano, conforme Súmula nº 38, deste Conselho.

Súmula 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

Não se cuida de tributação mensal e exclusiva na fonte, com fato gerador instantâneo, como pensa a Recorrente, mas de fato gerador anual.

No lançamento por homologação, havendo prova do pagamento e ausência de dolo, fraude ou simulação, o termo inicial da decadência é dia 1º do ano seguinte ao fato gerador, na forma do art. 150, Par. 4º do CTN.

Contudo, não há prova do pagamento.

Com isso a regra do prazo o decadência obedece ao art. 173, I, do CTN, com início do prazo no 1º dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, na posição fixada pelo C. STJ em recurso repetitivo, de observância obrigatória por este Conselho a ter do art. 62-A do seu Regimento Interno.

Nesse sentido, o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº. 973.733 – SC, submetido ao rito do recuso repetitivo, estabeleceu que a contagem do prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação:

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 imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se Documento: 6162167 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 18/09/2009 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 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 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.*

Em julgados posteriores sobre o tema da contagem do prazo decadencial, o C. STJ aplicou a mesma decisão acima transcrita, conforme se constata no julgado do AgRg no Recurso Especial nº. 1.203.986 – MG::

PROCESSUAL CIVIL. 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. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. *O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."*

2. *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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da*

decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210).

Documento: 12878841 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 24/11/2010 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "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). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR)

4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005.

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. Agravo regimental desprovido.

Nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 674.497 – PR, do C. STJ houve o acolhimento em parte do embargo para modificar o entendimento sobre os fatos

geradores ocorridos em dezembro, cuja exação só poderia ser exigida a partir de janeiro do ano seguinte:

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

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

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

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

O Ministro Mauro Campbell Marques, relator do processo, assim se manifestou em seu voto:

Sobre o tema, a Primeira Seção desta Corte, utilizando-se da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei dos Recursos Repetitivos, ao julgar o REsp 973.733/SC, Rel Min. Luiz Fux (j. 12.8.2009), reiterou o entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação não declarado e inadimplido, como o caso dos autos, o Fisco dispõe de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado para a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN. Somente nos casos em que o pagamento foi feito antecipadamente, o prazo será de cinco anos a contar do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN)

(...)

Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994.

Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

Desta forma, para lançamentos em que não houve pagamento antecipado, é de se observar que os julgados do C. STJ firmaram posição no sentido de que, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 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 CTN..

Assim, termo inicial da decadência em 01.01.2003, 01.01.2004 e 01.01.2005, nas exigências sob exame de 2001, 2002 e 2003.

Com isso, a fiscalização tinha até o dia 31.12.2007, 31.12.2008 e 31.12.2009 para constituir o crédito tributário pelo lançamento.

A notificação do lançamento ocorreu em 13.12.2007, por via portal, mediante AR (fis. 495).

Logo, não se operou a extinção do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário pelo lançamento (autuação).

Mérito.

No mérito, a autuada esta sendo acusada da omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada.

Como vimos, não há alegação de quebra do sigilo bancário e os extratos das contas bancárias vieram para os autos, sem qualquer quebra do sigilo.

Para justificar a origem dos depósitos bancários, a autuada sustenta que as sociedades Toque de Classe Decorações Ltda. e Toque de Classe Serviços de Cobranças Ltda., de que é titular, com seu companheiro Eduardo Lopes Lourenço, Auditor da Receita Federal, possuía lucros que foram distribuídos.

Para a Recorrente autuada esses lucros justificam os depósitos bancários constatado pela fiscalização. Não há qualquer prova deste fato sustentado pela autuada.

Insiste em dizer que não houve irregularidade das operações e dos resultados obtidos pela sociedade de que é titular.

Se houve ou não regularidade das operações das sociedades pouco importa aqui. A autuada - pessoa física – esta sendo acusada da omissão de rendimentos comprovados por depósitos bancários em sua conta.

Assim, deve comprovar a existência dos lucros distribuídos ou justificar a origem dos depósitos, mas nada fez para a comprovação exigida.

Também não cabe examinar aqui da conduta dolosa ou não de Eduardo Lopes Lourenço, companheiro da Recorrente.

Ele não é e ano esta sendo acusado nesta autuação. É certo que há diversas informações nos autos sobre sua conduta na qualidade de auditor fiscal da Receita Federal, sugerindo indícios de corrupção, mas isto não é objeto destes autos.

Importa ao desate destes autos, repetimos, a justificativa da origem dos depósitos bancários. Nada mais.

A multa qualificada, segundo a decisão recorrida, levou em consideração a constituição das sociedades para, por intermédio delas, ocultar ou sonegar os rendimentos tributáveis na pessoa física da autuada. Este é o motivo da qualificadora da multa

Não vemos nesse fato apontado pela fiscalização e pela decisão recorrida, razão ou motivo para permitir a qualificação da penalidade.

O fato de existir possível dolo ou fraude na escrituração contábil ou na distribuição de resultados pelas sociedades não pode ser objeto de penalização da pessoa física, mesmo que essa pessoa possua poder de mando na sociedade e ela seja a autuada.

A sociedade é abstrata, não pensa e age pelas mãos de seus dirigentes, mas as pessoas são distintas com a separação patrimonial de bens. Ainda que o dirigente se confunda com a pessoa autuada, não se pode extrair ilação do dolo e da simulação pela sociedade, sem decisão judicial que reconheça o abuso da sociedade ou da confusão patrimonial de bens, na forma do art. 50 do C.C.

Se houve dolo ou fraude na sociedade, ela deveria ser fiscalizada e autuada. Se não foi, não cabe a autuada esse questionamento

Ademias, a omissão de rendimentos, caracterizados depósitos bancários, objeto da autuação, não permite extrair maior conclusão da possível existência de dolo, fraude ou simulação, sem elementos firmes e consistentes da ilicitude da conduta.

Os demais argumentos desenvolvidos pela Recorrente sobre a dedução de valores, que não teriam sido considerados na autuação, é matéria de prova que não veio para os autos para elidir a autuação.

Prova que poderia envolver as sociedades de titularidade da autuada, mas nada foi comprovado no sentido de justificar os depósitos bancários.

Anote-se que essa prova seria a pericial para demonstrar o desacerto da atuação. Autuação que, até a prova em contrário, possui a presunção de legitimidade e veracidade dos fatos que são imputados ao autuado.

Observe-se que são diversos valores questionados e o julgador não é perito contábil para aferir as contas, confrontar e apontar o defeito da autuação. Esta tarefa é da prova técnica a cargo quem alega.

A Recorrente pode até ter alguma razão nas suas alegações, mas não basta argumentar, precisa apontar com precisão o desacerto da autuação e da decisão recorrida. Sem isso é impossível conhecer/reconhecer o possível defeito da autuação.

Ante o exposto, **conheço e dou parcial provimento** ao recurso para desqualificar a multa, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Odmir Fernandes - Relator

Processo nº 19515.003854/2007-51
Acórdão n.º **2202-01.486**

S2-C2T2
Fl. 7

CÓPIA