



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

Processo nº 10630.720205/2006-46
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-003.403 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2019
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente MONTE ALEGRE PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRADORA DE BENS S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2001, 2002

INOVAÇÃO DE QUESTÕES NO ÂMBITO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Nos termos dos artigos 16, inciso III e 17, ambos do Decreto n. 70.235/72, e, ainda, não se tratando de uma questão de ordem pública, deve o contribuinte em impugnação desenvolver todos os fundamentos fático-jurídicos essenciais ao conhecimento da lide administrativa, sob pena de preclusão da matéria, impondo seu não conhecimento.

PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES RECURSAIS.

As razões recursais são genéricas e limitadas, em nada inovando ou questionando especificamente a decisão recorrida. Entretanto, mais de 03 anos após a interposição do referido recurso voluntário, o contribuinte apresenta novas manifestações que, em verdade, acabam se apresentando como novos recursos, inovando em alegações e fundamentos. O Regimento do CARF é absolutamente claro quanto a estas situações, tal qual o RPAF que em seu art. 16 veda a inovação de tese defensiva salvo exceções legais. Permitir que o contribuinte apresente novo recurso sempre que mudar sua representação processual é fazer da lide administrativa inesgotável. E de fato, entendo que o caso concreto não se amolda a nenhuma das exceções previstas, razão pela qual entendo ter-se operado a preclusão.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

Não existe cerceamento do direito de defesa a não entrega da totalidade do processo quando da notificação, uma vez que o contribuinte tem acesso às cópias do processo na repartição fiscal.

Se o Recurso Voluntário denota plena compreensão dos fundamentos de fato e de direito da autuação e da decisão recorrida, rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ARBITRAMENTO.

É de se manter o arbitramento do lucro da empresa que, regularmente intimada, não apresentou os livros e documentos fiscais à fiscalização.

Correto o arbitramento com base em 100% das receitas, quando impossível identificar a atividade que deu origem aos recursos, objeto de lançamento.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. No caso de lançamento de ofício será aplicada multa calculada sobre o crédito tributário apurado, no percentual de 150%, quando caracterizado o evidente intuito de fraude por parte do autuado, em face dos levantamentos realizados pela autoridade Autuante e fatos revelados nos autos do processo.

IRPJ. DECADÊNCIA.

Ainda que se trate de lançamento por homologação, deve ser aplicado prazo previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, em razão da constatação dos elementos de dolo, fraude e simulação.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A utilização em benefício próprio e o manuseio, por pessoas físicas ou jurídicas, de recursos movimentados em conta corrente de pessoa jurídica para tanto utilizada é prova do interesse comum das pessoas físicas e jurídicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio.

SOLIDARIEDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE PESSOAL.

Nos casos de fraude, simulação e prática de outros atos ilícitos os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias e penalidades.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, manter a responsabilização, por interesse comum, de todas as pessoas físicas e jurídicas arroladas, bem assim a integralidade do crédito tributário, inclusive com a penalidade qualificada, negando provimento aos recursos voluntários interpostos.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva- Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Abel Nunes de Oliveira Neto Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Leticia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela DRJ de Juiz de Fora (MG) que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, mantendo as exigências fiscais tributárias referente ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas —IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, e das Contribuições para o Programa de Integração Social — PIS e para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, lavrados em 07/12/2006, que constituíram o crédito tributário no montante de R\$ 121.757.427,30, incluídos o principal, a multa de ofício e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta a apuração nos períodos-base encerrados no intervalo de 31/03/2001 a 31/12/2002.

Segundo consta do Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 70/109), os fatos constatados sugerem a existência de diversos beneficiários dos resultados auferidos pela Monte Alegre Participações e Administração de Bens S/C Ltda., o que trouxe prejuízos a Fazenda Nacional através do ocultamento de valores tributáveis, configurando, ainda, indícios para a aplicação da doutrina da descaracterização da pessoa jurídica. Verificou-se que os sócios de fato e de direito e os procuradores da empresa manipularam os recursos da autuada, de forma a descaracterizar seu objeto. Assim, foram arrolados como responsáveis todos os participantes das relações econômico-financeiras apontadas no Relatório Fiscal, as quais indicam, segundo a fiscalização, uma prática de abrir e fechar empresas no Brasil e no exterior.

Ciente da autuação fiscal, o interessado apresenta Impugnação Administrativa alegando as seguintes razões:

1) Impugnação apresentada por Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes Rodrigues Santos, fls. 1933/1939, 1940/1946 e 1947/1953:

a) “A multiplicidade e diversidade dos dispositivos invocados pelo autuante apenas revela desde logo, a sua incerteza e insegurança para tipificar, com a precisão necessária, em qual situação ele acredita enquadrar-se-iam os Requerentes”

b) “Além da precisa descrição dos fatos e dos dispositivos legais pertinentes, não também de ser assegurados ao contribuinte os meios necessários para possibilitar a sua ampla defesa e, principalmente, a produção de provas e contraprovas”.

c) “Do relato integrante do auto de infração lavrado contra a empresa Monte Alegre - Participações e Administração de Bens S/C Ltda. atribui-se supostamente aos Requerentes as assinaturas em cheques que seriam de emissão da autuada. Ora assinar cheques não constitui efetivamente um ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos e ainda que tal fato houvesse ocorrido, o que somente se admite como forma de argumentação, foi ele praticado no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito”;

2) Impugnação apresentada Piatã Câmbio e Turismo Ltda e Vigo do Brasil Câmbio e Turismo Ltda, fls. 1954/1971 e 1972/1997:

a) “Pelo fato de que, alguns funcionários da Piatã efetuaram alguma movimentação financeira nas contas bancárias da referida empresa, e de a extinta empresa Vigo do Brasil ter sido citada no longo relatório de auditoria fiscal, entendeu a Receita Federal, mesmo sem comprovar uma única e exclusiva operação das quais elas, Suplicantes, tenham sido partes integrantes, que as operações financeiras de câmbio foram por elas praticadas”.

b) “A primeira questão prejudicial (preliminar) se refere à própria inclusão das Suplicantes como responsáveis solidárias da obrigação tributária. Tal inclusão é feita, segundo relatório de auditoria fiscal, com fundamento no disposto nos artigos 124, inciso I, combinado com 134, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional”.

c) “Os dispositivos legais supra não estabelecem em que consiste ou em que casos se manifestam o dito "interesse comum", cabendo a lei ordinária tal definição. Segundo Aliomar Baleeiro (in Direito Tributário Brasileiro, 2a edição, pág. 416), em princípio, os participantes do fato gerador. Da mesma forma, a responsabilidade de terceiros, pressupõe duas condições, a impossibilidade de o contribuinte satisfazer o seu débito, e a participação do terceiro, que no caso, pretende a fiscalização sejam as Suplicantes”;

d) “Ora, em nenhum momento o relatório fiscal evidencia a participação das Suplicantes na movimentação bancária da empresa autuada, embora muito se esforce, a Fiscalização não consegue evidenciar uma única operação que tenha sido praticada pelas Suplicantes, ou que com ela tenham sido beneficiadas, sendo ainda salientado na defesa da Vigo, que essa empresa já não funcionava mais em Governador Valadares desde 16 de outubro de 1998, tendo sido extinta totalmente em 8 de agosto de 2001”;

e) “Porém, o autuante entendeu que se algum dos funcionários da Suplicante (Piatã), supostamente assinou qualquer cheque da empresa autuada, de alguma forma isto "beneficiou" a Suplicante, e, portanto, participou do surgimento do fato gerador da obrigação tributária”;

f) “Ao contrário, preferiu a fiscalização presumir, sem apoio em lei, que se algum funcionário da Suplicante assina um cheque de outra empresa, cujos

proprietários são perfeitamente identificados pela própria Receita Federal, logo, ela, Suplicante, é solidária. **Tal raciocínio não se coaduna com o direito positivo brasileiro, a Suplicante não pode ser responsabilizada por fatos que eram do seu total desconhecimento**”;

g) “Tendo em vista a fundamentação da responsabilidade impugnada, nesse particular, especialmente naquilo que nega tratar-se aqui de responsabilidade e lançamento por **presunção**, cumpre abordar mais detidamente o tópico pertinente ao indício, à prova, à legalidade do lançamento”;

h) “No caso ora submetido a julgamento trata-se de hipótese para a qual a legislação não estabeleceu presunção da responsabilidade tributária. Por consequência, a exigência fiscal consubstanciada no auto de infração tem apoio exclusivamente na *presumptio homini*, e não encontra lastro na legalidade estrita, afrontando ademais a norma inscrita no artigo 142 do CTN por desatendida a vineulação que ali se fez integrar a própria definição de lançamento”;

i) “As Suplicantes querem trazer à consideração do julgador que não auferiram qualquer benefício que lhe estão sendo indevida e levemente atribuídos, de sorte que não devem ao Tesouro imposto sobre esses valores”;

j) “ Outra questão prejudicial à subsistência do lançamento procedido refere-se ao transcurso do prazo decadencial entre parte dos fatos geradores do imposto pretensamente devido e à formalização da exigência, pois, parte dos depósitos bancários que deram azo ao lançamento, datam dos meses de janeiro de 2001 a novembro de 2001, enquanto que o Auto de Infração só foi lavrado em 15 de dezembro de 2006, isto é, depois de transcorrido o prazo de 5(cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, do CTN entre os fatos geradores ocorridos nos mencionados períodos-base”.

k) “Observam que o tema relativo à impossibilidade do agravamento da multa de ofício em matéria de omissão de receitas pautada em presunção legal, atualmente, não comporta mais discussão, isto porque o E. 1º CC, com vistas a evitar perda de tempo da Fiscalização e dos Julgadores, baixou a Súmula nº 14, afastando definitivamente a aplicação da multa qualificada nestes casos;

l) “De outro lado, a se admitir a aplicação da penalidade agravada em autuações pautadas em mera presunção de omissão de receitas por falta de comprovação de origem dos depósitos bancários, estar-se-ia legitimando a acusação do dolo, fraude ou simulação, por presunção da presunção, em verdadeira afronta ao disposto no próprio art. 44, inc. II, da Lei 9.430/96, que exige a prova do crime para a exasperação da penalidade nele prevista”;

m) “Ainda que, por absurdo, venham a ser ultrapassadas as questões prejudiciais do lançamento acima suscitadas, *ad argumentandum tantum*, no tocante ao mérito, a exigência fiscal não tem como prosperar, eis que formulada em afronta aos fatos efetivamente ocorridos”;

n) “A serem verdadeiras as afirmações realizadas pela Fiscalização acerca da questão ora submetida à apreciação, o que somente se admite por amor ao debate, a conclusão por ela alcançada é, no mínimo, *data venha*, equivocada”;

o) “O auto de infração sustenta que se tratariam na espécie de operações de câmbio não autorizado pelo Banco Central, remessas internacionais conhecidas como dólar-cabo. A própria Fiscalização em diversas diligências realizadas, confirmaria que os valores decorrentes das contas-bancárias em questão pertencem a outras pessoas que não a pessoa jurídica autuada, mas refere-se a "troca de dólares" (ver Doc. nº 31, anexado pela própria Fiscalização)”;

p) “Como o fato gerador do imposto de renda, é a aquisição da disponibilidade, econômica ou jurídica, de um acréscimo patrimonial, o tributo somente pode incidir sobre este acréscimo”;

q) “Desta forma, qual seria a acréscimo patrimonial decorrente de uma "operação de troca de dólares?" Evidentemente que a diferença entre o valor de captação do ativo e o valor de sua venda ao tomador. É o que se conhece como *spread*”;

r) “Portanto, a receita decorrente de uma atividade de câmbio, é o *spread* obtido entre o custo de captação da moeda estrangeira, e o valor desta ao tomador”;

s) “Pois bem, se o próprio Fisco enquadra as operações praticadas pela empresa autuada, na categoria de "troca de dólar" ou "dólar-cabo", cujo objeto é a compra e venda de moeda estrangeira (dólar), ou sua troca por moeda nacional (real), em qualquer caso, é inequívoco que a verdadeira base de cálculo da exigência, seria a diferença em o valor da venda e da compra da moeda estrangeira. Contudo, a digna Fiscalização optou por constituir um crédito tributário equivocado, de maior monta, representado pela totalidade dos créditos existentes nas contas”;

t) “Nesta conformidade, pode-se afirmar, com segurança, que a base de cálculo sobre a qual incidiu pretensão IRPJ é de todo irreal, devendo, por isso mesmo, ser anulado o lançamento constituído nestas bases, em observância a mansa e pacífica jurisprudência em voga no E. Primeiro Conselho de Contribuintes sobre o tema”;

u) “*Ad ar gunzentandum tantunz*, ainda que venha a ser mantida a exigência decorrente da alegada omissão de receitas, mesmo assim é injustificada e incabível a aplicação da multa exasperada de 150%, eis que na própria descrição dos fatos contida no Auto de Infração, o Auditor Fiscal reconhece que a autuação se fez por presunção de omissão de receitas, por simples inversão do ônus da prova, é óbvio que admite que o dito intuito doloso invocado para qualificação da penalidade se fez, também, por presunção. Vê-se, assim, que é de todo infundada e ilegal a aplicação da multa qualificada na espécie”.

3) Impugnação apresentada por TN Comércio e Indústria Ltda. - fls. 2000/2023:

a) “Os fatos indicados pela d. Fiscalização em os itens 39 e 45 e 73, onde a Requerente é direta e nominalmente citada, são, nas palavras e no entendimento da própria fiscalização, indícios, sinais, elementos de investigação, a sugerir que a Requerente seria beneficiária de resultados alegada e supostamente auferidos pela sociedade MONTE ALEGRE, da qual, sublinhe-se, a Requerente jamais participou, nem foi cotista, nem administradora, nem gerente, nem empregado, nem preposto, nem diretor, nem representante ou procuradora, e cujos bens jamais administrou”.

- b) “Aqui nestes autos, Srs. Julgadores encontram em exame a possibilidade jurídica de a Fiscalização atribuir à Requerente, a um só tempo, em relação a um mesmo crédito tributário da autuada: a) a obrigação solidária de que trata o inciso 1 do artigo 124 do CTN, sem que a d. Fiscalização tenha provado interesse **jurídico** comum da Requerente, em conjunto com a sociedade fiscalizada MONTE ALEGRE; e, b) a responsabilidade solidária por obrigação de terceiro, de que trata o inciso III do artigo 134 do CTN, sem que tenha sido provado pela d. autoridade fiscal, que a Requerente administrava bens da fiscalizada MONTE ALEGRE, e que tivesse praticado atos comissivos e omissivos relativamente a esses mesmos bens, quais sejam, os “depósitos bancários”;
- c) As disposições dos artigos 124, 1, e 134, III do CTN disciplinam hipóteses distintas. Logo, a d. autoridade fiscal deveria individualizar a hipótese de que trata um desses dispositivos contra a Requerente, jamais misturando as duas hipóteses. Conforme suas próprias declarações em os itens 127 e 128 do Relatório a autoridade administrativa limita-se a concluir pela existência de “indícios”, para simultânea e contraditoriamente, atribuir, a Requerente, obrigação solidária (CTN, art. 124, 1) e responsabilidade solidária (CTN, art. 134, III), o que é contrário ao disposto pelo artigo 142, capui, do CTN;
- d) “Na obrigação solidária, a Requerente figuraria ao lado da autuada MONTE ALEGRE, como contribuinte co-obrigada, e responderia pelo tributo, acréscimos moratórios e multa”.
- e) “Na responsabilidade solidária, como terceiro co-obrigado, responderia subsidiariamente pelo tributo e acréscimos moratórios (CTN, art. 134, par. ún.)”;
- f) “É compreensível que haja essa contradição no lançamento, pois as “conclusões” dos itens 127 e 128 do Relatório, como já se notou acima, não traduzem certezas, mas sim suspeitas, indícios, elementos de investigação”;
- g) “Preliminarmente, levanta o cerceamento do direito de defesa, nulidade da intimação, pelo fato de estar desacompanhada dos anexos do auto de infração”;
- h) “Ainda sobre o cerceamento do direito de defesa, aborda sobre a capitulação legal contraditória da alegada responsabilidade da requerente por suposto crédito tributário”;
- i) “Não vislumbra a Requerente como possa ser a um só tempo (i) contribuinte co-obrigado, nos termos do artigo 124, 1, do CTN, e (ii) terceiro responsável solidário, a teor dos artigos 134, III do mesmo CTN”;
- j) “Essa contradição e essa incerteza do enquadramento legal de responsabilidade da Requerente cerceiam seu direito de defesa, violando seu direito constitucional e legal a uma acusação certa de que se possa defender”;
- k) “Quando a autoridade administrativa diz “até hoje”, deve querer dizer, até o ano de 2006, quando elaborou o Relatório. Portanto, segundo os elementos coligidos pela própria fiscalização, responderia pela AROBRÁS, ainda, até o ano de 2006 (item 39 do Relatório) o Sr. ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA, continuando este também a atuar para MÁRCIO CARDOSO PINTO”;

l) “Não obstante, sendo os fatos geradores e a matéria tributável in casu receitas supostamente omitidas pela autuada na forma de depósitos bancários de origem não comprovada nas contas da MONTE ALEGRE, entendeu a d. fiscalização que a Requerente teria interesse comum nesses mesmos fatos geradores, o que é, data venia, um disparate, fazendo incidir o disposto pelo artigo 124, inciso 1 do CTN”.

m) “A autoridade administrativa, pelas razões que declinou, optou pelo **montante arbitrado** da renda da pessoa jurídica, atribuindo-lhe os critérios próprios das empresas prestadoras de serviços em geral (item 107 do Relatório), tomando o valor de todos os depósitos de valores em conta corrente como receitas supostamente omitidas”;

4) Impugnação de Ivan Newlands Moniz Freire e Flávio Newlands Moniz Freire, fls. 2.024/2.050 e 2.051 :

a) “Também o registro no item 46 do Relatório Fiscal não é indício de que os Requerentes fossem ligados a DION DE ARAÚJO NOGUEIRA, representante da MONTE ALEGRE, a autuada. Pode ser indício de proximidade e relacionamento do indigitado DION com MÁRCIO CARDOSO PINTO. Aliás, cumpre ressaltar que, ao longo do Relatório, ambos são citados, quase sempre em conjunto, em um grande número de itens. Situação idêntica é a da testemunha comum dos dois contratos de mútuo citados, ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA, que, segundo, declaração da d. fiscalização, tinha endereço cadastral no mesmo prédio que MÁRCIO CARDOSO PINTO”.

b) “A criação da TN Indústria e Comércio Ltda., no local em que funcionava outra (A obras) tem por efeito óbvio atrair, em certas circunstâncias e condições, a incidência do artigo 133 do CTN, que trata da responsabilidade tributária integral ou subsidiária pelo adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento comercial industrial ou profissional e continuar a respectiva exploração. Essa EVENTUAL responsabilidade da TN por tributos porventura devidos pela AROBRÁS, em nada se relaciona com a cotista MONTE ALEGRE da referida AROBRÁS, muito menos prova qualquer relacionamento dos Requerentes com a autuada. Aliás, a referência feita pela d. fiscalização à empresa TN, no item 39, é inútil e desnecessária, parecendo configurar verdadeiro contra-senso”.

c) “Os Requerentes somente voltam a ser citados nominalmente no longo Relatório, bem mais adiante, em o item 77, quando a d. fiscalização alude ao fato de os Requerentes haverem sido denunciados no Processo nº 2001.51.01.534793-1 (5a Vara Criminal Federal-RJ), valendo-se de informações daquele feito, sem contudo fazer qualquer prova de que os fatos lá tratados e que são objeto de defesa pelos Requerentes no foro próprio, tenham qualquer relação com a autuada ou traduzam qualquer elemento volitivo dos Requerentes para prover ou beneficiar-se das receitas alegadamente omitidas pela MONTE ALEGRE, as quais compuseram, na forma de depósitos bancários, a base de cálculo dos tributos lançados. Outra alusão aos Requerentes, no item 81 do Relatório, relativamente a fatos alegados no Processo nº 2004.38.00.035362-5”.

d) “Citando SACHA CALMON, e os esclarecimentos prestados pelo autor sobre o alcance do disposto pelo artigo 135 do CTN e os seus pressupostos de aplicabilidade dessa norma, indaga onde estão provados, no Relatório, o dolo e a má-fé dos Requerentes, relativamente às supostas omissões de receita da autuada? Os Requerentes, nas análises que fizeram, não encontraram essa prova”.

e) “Repita-se que a imputação feita aos Requerentes, no item 14 do relatório é juridicamente impossível, em face do triplo enquadramento legal pretendido pela autoridade administrativa, que, conforme visto acima, contempla três figuras jurídicas de diferentes especificidades, três figuras realmente distintas e incompatíveis entre si. A impressão que se tem, com todas as venhas possíveis, é a de que a d. autoridade administrativa, no afã arrecadatário, resolveu juntar dispositivos legais que não se compatibilizam, porque”.

f) “A atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada e a exigência de tributo somente pode decorrer de lei, em atenção às disposições dos artigos 30 e 142 do CTN. Quando a infração imputada ao contribuinte carece de provas materiais de sua ocorrência, principalmente com relação à responsabilidade do impugnante nos fatos geradores em questão, na data considerada pela autoridade lançadora, o auto de infração não merece prosperar. Portanto, a responsabilidade ora apontada ao impugnante não está embasada em provas, culminando na sua improcedência, pelo que deve ser excluído da qualidade de responsável, feito através do presente Auto de Infração disciplinam hipóteses distintas, para perplexidade de todos os que analisam com serenidade os fatos e referências diretas feitas aos Requerentes no Relatório”.

O Acórdão de nº 09-16.348 – 1ª Turma da DRJ/JFA - recorrido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/03/2001 a 30/11/2001

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE. Comprovado o evidente intuito de fraude o prazo decadencial desloca-se da regra do parágrafo 4º do artigo 150 para a do inciso I do artigo 173, ambos do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Caracterizada a ocorrência da ação dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, é cabível a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Em obediência à norma do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, a renda presumida é identificada com suporte nos depósitos e créditos bancários quando para estes não há no processo provas de sua origem.

ATIVIDADE DE CÂMBIO. CUSTO DE AQUISIÇÃO. Para as operações cuja origem dos depósitos fosse comprovadamente a troca de moeda estrangeira, o custo de aquisição da moeda teria que ser demonstrado para que tão-somente o ganho de capital (spread) pudesse ser tributado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002

NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Presentes os pressupostos do lançamento, não há que se falar em nulidade da autuação. INCONSTITUCIONALIDADE. Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

SOLIDARIEDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE PESSOAL. São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Nos casos de fraude, simulação e prática de outros atos ilícitos os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias e penalidades.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002 .

CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de exigência fundamentada na irregularidade apurada em ação fiscal realizada no Imposto de Renda Pessoa Jurídica, o decidido quanto àquele lançamento é aplicável ao lançamento decorrente.

Lançamento Procedente.

Conforme entendimento da Turma Julgadora:

- “diante da redução total do tributo-base fiscalizados, da omissão total de informações à Receita Federal sobre os rendimentos auferidos e, concomitantemente, identificada a vontade de fraudar o fisco, por afastada a possibilidade do cometimento de erro natural, configurou-se a fraude, o que dá ensejo ao lançamento de ofício com a aplicação da penalidade qualificada.”
- Concluem que "Não há dúvidas quanto à tentativa da Monte Alegre em retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, bem como o conhecimento por parte da autoridade tributária da ocorrência de tais fatos, ressaltando ainda, a falsidade de informação no endereço cadastral informado à Receita Federal."
- "O conjunto de fatos apurados pela Fiscalização caracteriza, no meu entender, tanto a figura de sonegação como da fraude, suficientes para evidenciar o intuito fraudulento. Houvesse a administração tributária confiado passivamente nas informações prestadas pela contribuinte e não tivesse aprofundado a ação fiscal, indiscutivelmente tal inércia resultaria em perda irremediável do crédito tributário exsurgido em decorrência do procedimento de ofício”.
- “A vasta documentação juntada aos autos evidencia que a situação que constituiu o fato gerador dos tributos lançados consubstanciou-se nos negócios realizados pela Monte Alegre Participações e Administrações de Bens Ltda., com a participação direta ou indireta

dos defendentes arrolados como contribuintes solidários. De um lado, o hercúleo e inglório trabalho da Fiscalização em localizar o Sr. Dion Araújo Nogueira, sócio-gerente da fiscalizada”.

- “Por outro lado, mesmo diante da grande dificuldade no levantamento de quais seriam os verdadeiros beneficiários das receitas auferidas pela Monte Alegre, e das declarações prestadas pelos ora defendentes que não sabiam da localização do Sr. Dion, embora tenha provado o Fisco que todos os arrolados tiveram relações comerciais e jurídicas com ele. Daí a conclusão que todas essas pessoas tinham interesse comum nesses negócios, uma vez que, em maior ou menor grau, deles se beneficiaram. Portanto, elas são solidariamente obrigadas, nos termos do art. 124, inciso I, do CTN”.

Em face do referido acórdão, os responsáveis Piatã Câmbio e Turismo Ltda., Antônio Carlos Alves de Oliveira; Ulisses Alves de Oliveira; Denny Menezes Rodrigues Santos; Ivan Newlands Moniz Freire; TN Comércio e Indústria Ltda.; Vigo do Brasil Câmbio e Turismo Ltda.; Ivan Moniz Freire apresentaram Recurso Voluntário.

Os Recorrentes Piatã Câmbio e Turismo Ltda., Vigo do Brasil Câmbio e Turismo Ltda. e Ivan Moniz Freire argumentaram, de forma semelhante, o seguinte:

- a) Preliminarmente, “alegam pela nulidade da solidariedade (artigos 124, inciso I e 134, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional), uma vez que a fiscalização não evidenciou a participação dos Recorrentes na movimentação bancária da empresa autuada”.
- b) Ainda preliminarmente, argumentam que houve a decadência dos fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2001, já que decorrido o prazo de cinco anos previsto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o lançamento foi formalizado somente em dezembro de 2006. Alegam que não restou evidenciado o intuito de fraude, razão pela qual a regra decadencial não seria a do artigo 173 do Código Tributário Nacional”.
- c) No mérito, argumentam que não deve prosperar o arbitramento realizado pela fiscalização, uma vez que para tal, foi considerado o percentual de 100% da movimentação bancária e não apenas o "spread". Ademais, alega o contribuinte/que as justificativas dadas pela fiscalização não carecem de razoabilidade, refutando as razões expostas pela fiscalização para proceder ao arbitramento com base na totalidade das movimentações.
- d) Por fim, alegam ser descabida a majoração da multa de ofício já que não comprovado o evidente intuito de fraude, dolo ou simulação, não podendo a simples, omissão de receitas ensejar a qualificação da multa.

Os Recorrentes Antônio Carlos Alves de Oliveira, Ulisses Alves de Oliveira e Denny Menezes Rodrigues Santos argumentam que a fiscalização, ao enquadrá-los como pessoalmente responsáveis nos termos dos artigos 135 e 137 do Código Tributário Nacional e citar também outros dispositivos (artigos 124 e 134 do Código Tributário Nacional), dificultou/impediu a defesa dos Recorrentes, além de que os fatos descritos no relatório fiscal não são capazes de caracterizar a responsabilidade pessoal pretendida. Ademais, ao 'enquadrá-los como pessoalmente responsáveis nesses termos, a fiscalização não teria observado os princípios da legalidade, tipicidade, segurança jurídica, bem como teria desrespeitado a ampla defesa e o contraditório.

Os Recorrentes Ivan Newlands Muniz Freire, Flávio Newlands Muniz Freire e TN Comércio e Indústria Ltda., em argumentação semelhante, apontam para as seguintes razões de reforma do acórdão recorrido:

- a) “O acórdão equivocadamente entendeu que as presunções comuns constituem meio de prova, enquanto na verdade estes seriam apenas meios de convicção”.
- b) O acórdão recorrido, para confirmar a tese de que as presunções comuns equivalem aos meios de prova, cita o artigo 332 do Código de Processo Civil, segundo o qual todos os meios legais são hábeis para provar a verdade dos fatos, porém, tal dispositivo trata dos meios de prova e não dos meios de convicção.
- c) Restou evidenciado que o acórdão recorrido decidiu com base em presunções comuns, conjuntos indiciários e em prova indireta, em detrimento das únicas provas diretas colhidas pela fiscalização.
- d) Afirmam que as únicas provas diretas colhidas pela fiscalização levam a conclusão de que a responsabilidade apenas poderia ser imputável ao Sr. Márcio Cardoso Pinto e ao Sr. Dion.
- e) Argumentam, em sede preliminar, que houve cerceamento de defesa do Recorrente em razão da capitulação legal contraditória, nulidade da autuação, entrega dos autos desacompanhado de seus anexos e nulidade da intimação.
- f) Aduzem, ainda em sede preliminar, pela nulidade da autuação fiscal, em razão da inobservância do rito previsto na Medida Provisória nº 66/2002.
- g) No mérito, argumentam que a responsabilização solidária do Recorrente não pode prevalecer, já que não havia provas suficientes a demonstrar o interesse comum entre os Recorrentes e a empresa autuada, tampouco sendo comprovado que os Recorrentes administravam os bens da autuada e os valores depositados em suas contas correntes. Ademais, se os Recorrentes nunca exerceram o cargo de gerente ou representaram a autuada, não poderiam incorrer na prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social da autuada.
- h) Por fim, no mesmo sentido já argumentado nos outros recursos, alegam que a base de cálculo utilizada para o lançamento não importa necessariamente na matéria tributável, estando equivocado o arbitramento do lucro efetuado pela fiscalização.

Às fls. 2806 (1ª parte) dos autos – Acórdão de nº 1202-00.030 — 2ª. Câmara / 2ª. Turma Ordinária que julgou improcedente os Recursos Voluntários interpostos, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002,2003

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não existe cerceamento do direito de defesa a não entrega da totalidade do processo quando da notificação, uma vez que o contribuinte tem acesso às cópias do processo na repartição fiscal.

Se o Recurso Voluntário denota plena compreensão dos fundamentos de fato e de direito da autuação e da decisão recorrida, rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A utilização em benefício próprio e o manuseio, por pessoas físicas ou jurídicas, de recursos movimentados em conta corrente de pessoa jurídica para tanto utilizada é prova do interesse comum das pessoas físicas e jurídicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ARBITRAMENTO.

É de se manter o arbitramento do lucro da empresa que, regularmente intimada, não apresentou os livros e documentos fiscais à fiscalização. Correto o arbitramento com base em 100% das receitas, quando impossível identificar a atividade que deu origem aos recursos, objeto de lançamento.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

No caso de lançamento de ofício será aplicada multa calculada sobre o crédito tributário apurado, no percentual de 150%, quando caracterizado o evidente intuito de fraude por parte do autuado, em face dos levantamentos realizados pela autoridade Autuante e fatos revelados nos autos do processo.

IRPJ. DECADÊNCIA. Ainda que se trate de lançamento por homologação, deve ser aplicado prazo previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, em razão da constatação dos elementos de dolo, fraude e simulação.

Preliminar Rejeitada.

Recurso Voluntário Negado.

Em 15/06/2009, foi protocolada **petição pelos co-responsáveis** em que se pleiteia a anulação do referido acórdão, tendo em vista que da publicação da pauta consta apenas a razão social do sujeito passivo contra o qual foi lavrado o auto de infração, o qual não se defendeu, nem recorreu, sendo revel nos autos do processo. Tal fato implica na não observância do direito de defesa dos responsáveis.

Consta dos autos **DESPACHO** de análise da petição do Contribuinte – trazendo a seguinte fundamentação:

Ilustríssima Senhora Presidente da Segunda Câmara da

Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Tomei conhecimento da petição protocolada em 15/06/2009, em nome de alguns dos solidários arrolados nos lançamentos objeto deste processo. O pleito é para anular o julgamento, protestando para que outro seja efetuado.

De fato, na publicação que informou a inclusão do processo em pauta para julgamento consta apenas a razão social do sujeito passivo contra qual foi lavrado auto de infração (Monte Alegre Participações e Administração de Bens S/C Ltda), mas que sequer recorreu. Aliado ao fato de que a publicação referenciou apenas pessoa jurídica (que apesar de sujeito passivo, não é recorrente), não constou o nome dos demais recorrentes na qualidade de responsáveis.

Em razão dos fatos alegados na referenciada petição, sugiro seja efetuado novo julgamento, com a devida publicação – incluindo os responsáveis - da inclusão do respectivo processo em pauta de julgamento. Submeto à apreciação da Sra. Presidente. Consideração Superior

O processo incluído em pauta, em razão da petição do contribuinte com efeito de embargos, para que o Colegiado se manifeste sobre o vício formal apontado.

Às fls. 3021 - Acórdão de nº 1401-00.419 — 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — NULIDADE DE ACÓRDÃO —
Deve ser reconhecida a nulidade do acórdão proferido sem a publicação da pauta de julgamento em nome dos co-responsáveis, mormente porque são os únicos recorrentes, vez que a Pessoa Jurídica é revel.

Às fls. 3031 dos autos – Despacho de sobrestamento do Feito até o julgamento definitivo do tema da constitucionalidade da "quebra de sigilo bancário" pelo Supremo Tribunal Federal.

Às fls. 3038 dos autos – Despacho de Redistribuição.

Às fls. 11945 (3ª parte) – Acórdão de nº **1302-002.696**, no qual acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em “rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso dos responsáveis solidários arrolados, vencidos o Conselheiro Relator que excluía a responsabilidade das pessoas físicas com base no art. 135, inc. III do CTN e o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca que excluía a responsabilidade das pessoas jurídicas arroladas, com base no art. 124, inc. I do CTN; por unanimidade de votos em manter a exigência apurada com base em créditos bancários de origem não comprovada e a base utilizada no arbitramento e a multa qualificada”.. O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ARBITRAMENTO.

É de se manter o arbitramento do lucro da empresa que, regularmente intimada, não apresentou os livros e documentos fiscais à fiscalização.

Correto o arbitramento com base em 100% das receitas, quando impossível identificar a atividade que deu origem aos recursos, objeto de lançamento.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. No caso de lançamento de ofício será aplicada multa calculada sobre o crédito tributário apurado, no percentual de 150%, quando caracterizado o evidente intuito de fraude por parte do autuado, em face dos levantamentos realizados pela autoridade Autuante e fatos revelados nos autos do processo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002

IRPJ. DECADÊNCIA.

Ainda que se trate de lançamento por homologação, deve ser aplicado prazo previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, em razão da constatação dos elementos de dolo, fraude e simulação.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A utilização em benefício

próprio e o manuseio, por pessoas físicas ou jurídicas, de recursos movimentados em conta corrente de pessoa jurídica para tanto utilizada é prova do interesse comum das pessoas físicas e jurídicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio.

SOLIDARIEDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE PESSOAL.

Nos casos de fraude, simulação e prática de outros atos ilícitos os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias e penalidades.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/03/2001 a 31/12/2002

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não existe cerceamento do direito de defesa a não entrega da totalidade do processo quando da notificação, uma vez que o contribuinte tem acesso às cópias do processo na repartição fiscal.

Se o Recurso Voluntário denota plena compreensão dos fundamentos de fato e de direito da autuação e da decisão recorrida, rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Às fls. dos autos 11981- TERMO DE REVELIA das contribuintes MONTE ALEGRE – PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA / NORDMARK HOLDING SOCIEDAD ANÔNIMA / DION ARAÚJO NOGUEIRA, AROBRAS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA e MARCIO CARDOSO PINTO.

Cientificados do acórdão em 03/07/2018 (Edital de e-fls. 11.987), os responsáveis solidários (Ulisses Alves de Oliveira e Flávio Newlands Moniz Freire), opuseram, em 06/07/2018 e 05/07/2018 - fls. 12.003 - Embargos de Declaração de fls. 12.003 e ss. e 12.020 e ss., respectivamente), trazendo as seguintes razões:

1) Vício apontado pelo responsável tributário, Sr. Ulisses Alves de Oliveira:

Omissão de "ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma julgadora sintetizado na falta de apreciação das Razões Aditivas ao Recurso Voluntário, apresentada antes da decisão" - razões adicionais ao recurso do Sr. Ulisses Alves de Oliveira de fls. 2.814 recebidas em 30/09/2011 questionando a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pelo Fisco.

2) Vício apontado pelo responsável tributário, Sr. Flávio Newlands Moniz Freire:

Insurge-se contra o fato de não ter sido intimada através da pauta publicada com menção à realização do julgamento

Às fls. 12079 dos autos EXAME DE ADMISSIBILIDADE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS, ADMITINDO PARCIALMENTE os presentes embargos opostos pelos responsáveis tributários, a fim de que sejam submetidas à apreciação da Turma

apenas o vício de omissão apontado nos embargos do Solidário, Sr. Ulisses Alves de Oliveira (item 1) e REJEITANDO, em caráter definitivo o vício aponto no âmbito dos embargos do outro solidário, Sr. Flávio Newlands Moniz Freire (item 2).

Isto porque, à fl. 2814 do processo físico (3.014 do e-processo) consta petição do Sr. Ulisses questionando a inconstitucionalidade da quebra de sigilo perante a jurisprudência do STF, e tal petição não foi analisada na decisão recorrida.

Em 25/10/2018 foi distribuído perante a 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, ação de mandado de segurança impetrada por FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE, em face da Presidente do CARF e do Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, no qual o impetrante "sustenta a nulidade da decisão do CARF, proferida por meio do Acórdão nº 1302-002.696, pois teria ocorrido a publicação da pauta de julgamento sem que o nome do impetrante, mas apenas o nome do contribuinte principal, o que teria impedido o exercício de seu direito de ampla defesa e contraditório".

Em 19 de novembro de 2018, o Juiz da 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, deferiu liminar, **"para suspender os efeitos do Acórdão nº 1302-002.696, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, até que seja editada nova pauta, com a irregularidade sanada, e proferido novo julgamento"**.

Às fls. 12100 dos autos - DESPACHO S/N - saneamento de processamento, consignando o seguinte:

A determinação judicial é no sentido de que seja proferido novo julgamento do recurso voluntário interposto, mediante a reinclusão do processo em pauta de julgamento, com indicação de todos os sujeitos passivos (solidários) interessados, notadamente daqueles que de fato apresentaram recurso voluntário.

Embora não explicitada na decisão liminar, a autoridade judicial, na prática, a anulação do acórdão proferido, com a realização de novo julgamento, observando-se o rito de publicação da pauta determinado pelo juízo.

A providência que se imporia de imediato seria a determinação ao relator do processo perante a 2ª Turma Ordinária desta 3ª Câmara para que, dando cumprimento à liminar deferida no mandado de segurança, inclua novamente o processo em pauta de julgamento, observando a necessidade de indicação de todos os responsáveis solidários arrolados, para que o colegiado realize novo julgamento e profira novo acórdão.

Ocorre que ao examinar mais detidamente os autos, identifiquei situação que também importaria em nulidade do acórdão proferido por este colegiado, uma vez que tendo sido conhecidos e acolhidos os embargos de declaração pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, ao proferir o Acórdão nº 1401-00.419, mediante o qual acolheu embargos interpostos para declarar a nulidade do Acórdão nº 1202-00.030, em razão da falta de publicidade na

pauta de julgamento do nome dos responsáveis tributários, aquela turma ordinária restou preventa para o conhecimento e a apreciação dos recursos voluntários, nos termos do art. 49, §§ 5º e 8º do Anexo II do Ricarf (Portaria MF. 343, de 09 de Junho de 2015).

Assim, incumbiria aos relatores, sorteados de forma sucessiva no âmbito desta 2ª TO/3ª Câmara, ter declinado da competência em prol da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, o que não ocorreu.

*Desta feita, com vistas a dar cumprimento à ordem judicial expedida e corrigir o erro de processamento na distribuição (por sorteio) do recurso para apreciação deste colegiado, com base no disposto no art. 17, inc. VII e IX e nos art. 49 § 5º e 8º do Anexo II do Ricarf, determino a devolução do presente processo à Dipro/Cojul para que o mesmo seja redistribuído à 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Seção, para que seja sorteado novo relator com vistas a que seja proferido novo julgamento dos recursos voluntários interpostos, **realçando-se, desde logo, a necessidade de observância, quando da publicação da pauta, da indicação, junto com o contribuinte principal, de todos os responsáveis solidários arrolados, notadamente daqueles que de fato apresentaram recurso voluntário, conforme determinado na ordem judicial proferida.***

Não obstante a competência regimental a mim conferida para a correção de erros de processamento e redirecionamento de processos, tendo em vista as peculiaridades do caso e o fato de envolver a competência entre câmaras da mesma Seção, submeto esta decisão ao Sr. Presidente desta 1ª Seção.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara

da 1ª Seção de Julgamento do CARF

De acordo.

Considerando a determinação contida na decisão judicial referida e que a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Seção restou preventa ao conhecer e acolher os embargos por meio do Acórdão nº 1401-00.419, mediante o qual declarou a nulidade do acórdão nº 1202-00.030;

Com base no art. 19, incs. V e VII do Anexo II do Ricarf, referendo a decisão acima, do Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, para determinar a devolução do presente processo à Dipro/Cojul para que o mesmo seja redistribuído à 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Seção, com vistas a ser sorteado novo relator para que seja proferido novo julgamento dos recursos voluntários interpostos.

*Reitero, outrossim, **a necessidade de observância, quando da publicação da pauta, da indicação, junto com o contribuinte principal, de todos os responsáveis solidários arrolados, notadamente daqueles que de fato apresentaram recurso***

voluntário, conforme expressamente determinado na ordem judicial proferida.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo

Presidente da 1ª Seção de Julgamento do CARF

Às 12103 dos autos - DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO.

Às fls. 12112 dos autos – Petição das Recorrentes **IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE, FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE e TERRAS NOVAS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA** (sucessora, por incorporação, da extinta TN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA)., alegando as seguintes razões que alegam consistir em FATOS NOVOS:

- a) As disposições do artigo 42 da Lei n. 9.430/96 encontram-se sob exame do Supremo Tribunal Federal, como tema de repercussão geral 842, no RE n. 855.649: "Tema 842 - Incidência de Imposto de Renda sobre os depósitos bancários considerados como omissão de receita ou de rendimento, em face da previsão contida no art. 42 da Lei 9.430/1996". A decisão pela existência de repercussão geral no citado recurso extraordinário é fato superveniente (2015) à impugnação e aos recursos voluntários (2007) e lá se discute a constitucionalidade do dispositivo legal, o artigo 42, da Lei n. 9.430/96, pois a mera existência de depósitos bancários não constitui per se acréscimo patrimonial, conceito este sem o qual não ocorre o fato gerador do imposto sobre a renda. Assim, em preliminar, superveniente à impugnação, os Recorrentes arguem a aplicação do Parag. 2º do artigo 62 do RICARF ao caso concreto, na eventualidade de o Supremo Tribunal Federal, antes do julgamento dos recursos voluntários, decidir o RE 855.649, pela inconstitucionalidade do artigo 42 da Lei n. 9.430/96.
- b) "Mesmo que se desconsiderasse a pessoa jurídica da MONTEALEGRE, ad. fiscalização não logrou provar qualquer liame, vínculo ou relação, entre a origem e/ou destinação dos depósitos bancários e os Recorrentes, o que o v. acórdão EXPRESSAMENTE reconhece às fls. 2.312, de sorte que a cobrança ofende frontal e diretamente o CTN, por falta de acréscimo patrimonial tributável. O Fisco não aponta, nem indica a pessoa de que contribuintes, em conjunto ou separadamente, teria beneficiado de acréscimo patrimonial, na proporção dos depósitos bancários, entre 20/03/2001 e 30/12/2002, para o que deveria ter aplicado a Lei n. 8.021/90, mas não o fez.
- c) "O contexto econômico do qual decorrem os fatos geradores tributados pelo auto de infração que os Recorrentes buscam anular, sendo certo que no Relatório de Auditoria Fiscal e na Representação Fiscal para Fins Penais há inequívoca menção e imputação de operações ilegítimas de câmbio em todas as suas modalidades".

- d) “Sobre o valor total das operações de câmbio ilegítimas recaíram os tributos e multas com nítida feição confiscatória, pois é óbvio e evidente que nem o contribuinte nominal (revel e não recorrente), nem os apontados solidários e responsáveis tributários, auferiram renda ou acréscimo patrimonial equivalente à totalidade das entradas nas contas correntes indicadas nos autos, porque as saídas são identificadas como operações de câmbio. Câmbio. é troca. Estas são palavras sinônimas. E o preço do câmbio ou da troca é o spread”.
- e) “O lançamento foi realizado com base em arbitramento de depósitos bancários, sob a argumentação de inexistência da escrituração. Se estes valores não são confiáveis para se efetuar o lançamento, como admite a própria fiscalização, este não deveria ter sido realizado”.
- f) “Ora, é cediço que, em se tratando operações envolvendo compra e venda de moeda, a própria Secretaria da Receita Federal, através do artigo 14, da Instrução Normativa nº 118/2000, estabeleceu que o ganho de capital correspondente a cada alienação será a diferença positiva, em reais, entre o valor da alienação e o respectivo custo de aquisição”.
- g) “Porém, se a própria fiscalização sustenta que se trata de operações de câmbio e que os depósitos bancários constituem fundamento suficiente e confiável para a apuração da base de cálculo da obrigação tributária, a receita decorrente do spread, nada mais é do que um percentual daqueles depósitos ou a diferença entre depósitos e saques. Elementos contábeis existem nos autos, a d. fiscalização não os processou de conformidade com as regras de arbitramento do RIR/99”.
- h) “O relatório da auditoria fiscal, entretanto, se utiliza exatamente do fato de existirem outros processos contra os Recorrentes IVAN e FLÁVIO, inclusive com a transcrição de partes de processos que se encontravam em segredo de justiça, para concluir que a autuada exercia operações de câmbio. Porém, quando lhe é conveniente, a d. fiscalização "... sugere que os recursos financeiros podem ter mudado de rumo ...".”.
- i) Requereu “o provimento dos recursos voluntários, para fazer com que os tributos reclamados pelo fisco incidam sobre a receita efetiva, correspondente à diferença" a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira", tudo apurado mediante avaliação contraditória, solicitando, outrossim, a distribuição a Relator com a ulterior inclusão em pauta de julgamento, com a publicação em nome dos recorrentes”.

Às fls. 12.268 à 12.302 o solidário Ulisses Alves de Oliveira apresenta nova petição protocolada em 08/03/2019, além de arquivos não pagináveis, que intitula de RAZÕES ADITIVAS COMPLEMENTARES, em razão da "ocorrência de fato novo".

Nas referidas razões complementares alega basicamente que:

- a) O lançamento não poderia ser realizado contra a MONTE ALEGRE vez que houve a desconsideração da sua personalidade jurídica;

b) Conseguiu ter acesso apenas agora à documentação contábil da empresa relativa aos anos de 2001 e 2002, sendo fato novo e em nome do sagrado direito de defesa, devem ser consideradas nesse momento processual.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva - Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Como bem relatado no despacho de saneamento, cuida-se de processo administrativo de exigência de crédito tributário em face da contribuinte MONTE ALEGRE PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRADORA DE BENS S/C LTDA., que foi objeto de recursos voluntários interpostos exclusivamente pelos responsáveis solidários PIATÃ CÂMBIO E TURISMO LTDA; ANTÔNIO CARLOS ALVES DE OLIVEIRA; ULISSES ALVES DE OLIVEIRA; DENNY MENEZES; RODRIGUES SANTOS; IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE; FLAVIO NEWLANDAS, TN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.; VIGO DO BRASIL CÂMBIO E TURISMO LTDA. e IVAN MONIZ FREIRE.

Os referidos recursos foram apreciados originalmente pela (extinta) 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara desta 1ª Seção, em 12 de maio de 2009, que proferiu o Acórdão nº 1202-00,030, negando-lhes provimento.

Em 26 de janeiro de 2011 a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 1ª Seção, proferiu o Acórdão nº 1401-00.419, mediante o qual acolheu embargos interpostos para declarar a nulidade do acórdão nº 1202-00030, em razão da falta de publicidade na pauta de julgamento do nome dos responsáveis tributários, nos termos das disposições regimentais vigentes à época do julgamento.

Na sequência o processo foi objeto de devolução, em 19 de junho de 2015, pelo então relator perante aquela 2ª Turma da 2ª Câmara, ora extinta, em face da renúncia ao mandato de conselheiro (despacho às fls. 11926) e redistribuído a esta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, mediante sorteio de novo relator na (despacho às fls. 11927), sendo ainda redistribuído, mais duas vezes por sorteio, para novo relator na mesma turma ordinária (fls. 11928/11929) em face da extinção dos respectivos mandatos dos relatores anteriores.

Em 09 de abril de 2018, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara proferiu o Acórdão nº 1302-002.696, mediante o qual foi negado provimento aos recursos voluntários.

Cientificados os recorrentes, os responsáveis solidários ULISSES ALVES DE OLIVEIRA E FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE opuseram embargos de declaração, que restaram parcialmente admitidos Pelo então presidente, conforme despacho em

09 de outubro de 2018 (fls. 12079/12085) e os autos devolvidos ao então relator, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, para relatar os embargos.

Em 25/10/2018 foi distribuído perante a 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, ação de mandado de segurança impetrada por FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE, em face da Presidente do CARF e do Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, no qual o impetrante "sustenta a nulidade da decisão do CARF, proferida por meio do Acórdão nº 1302-002.696, pois teria ocorrido a publicação da pauta de julgamento sem que o nome do impetrante, mas apenas o nome do contribuinte principal, o que teria impedido o exercício de seu direito de ampla defesa e contraditório".

Em 19 de novembro de 2018, o Juiz da 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, deferiu liminar, **"para suspender os efeitos do Acórdão nº 1302-002.696, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, até que seja editada nova pauta, com a irregularidade sanada, e proferido novo julgamento"**.

A determinação judicial foi no sentido de que seja proferido novo julgamento do recurso voluntário interposto, mediante a reinclusão do processo em pauta de julgamento, com indicação de todos os sujeitos passivos (solidários) interessados, notadamente daqueles que de fato apresentaram recurso voluntário. Embora não explicitada na decisão liminar, a autoridade judicial, na prática, determinou a anulação do acórdão proferido, com a realização de novo julgamento, observando-se o rito de publicação da pauta determinado pelo juízo.

A providência que se imporia de imediato seria a determinação ao relator do processo perante a 2ª Turma Ordinária desta 3ª Câmara para que, dando cumprimento à liminar deferida no mandado de segurança, inclua novamente o processo em pauta de julgamento, observando a necessidade de indicação de todos os responsáveis solidários arrolados, para que o colegiado realize novo julgamento e profira novo acórdão.

Ocorre que ao examinar mais detidamente os autos, o Presidente da r. TO, o Cons. Luiz Tadeu Matosinho, identificou situação que também importaria em nulidade do acórdão proferido por este colegiado, uma vez que tendo sido conhecidos e acolhidos os embargos de declaração pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, ao proferir o Acórdão nº 1401-00.419, mediante o qual acolheu embargos interpostos para declarar a nulidade do Acórdão nº 1202-00.030, em razão da falta de publicidade na pauta de julgamento do nome dos responsáveis tributários, aquela turma ordinária restou preventa para o conhecimento e a apreciação dos recursos voluntários, nos termos do art. 49, §§ 5º e 8º do Anexo II do Ricarf (Portaria MF. 343, de 09 de Junho de 2015).

Assim, incumbiria aos relatores, sorteados de forma sucessiva no âmbito da 2ª TO/3ª Câmara, terem declinado da competência em prol da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, o que não ocorreu.

Entretanto, em cumprimento à referida decisão judicial, e com as providências determinadas no Despacho de Saneamento às fls. 12.100 dos autos, tais vícios encontram-se sanados.

Outrossim, em cumprimento à determinação judicial e também do referido despacho de saneamento, este Relator quando da indicação do presente processo à pauta de julgamento, orientou a Secretaria responsável para proceder à publicação da pauta constando o nome de todos os responsáveis solidários.

Pois bem, antes da análise dos Recursos Voluntários interpostos pelos responsáveis solidários, faz-se necessário analisar a possibilidade de se apreciar as Razões Aditivas Complementares apresentadas pelas partes.

Como relatado, o Sr. Ulisses Alves de Oliveira apresentou 02 razões aditivas complementares em razão de supostos fatos novos. São elas:

(i) as de fls. 2814 e ss do processo físico (3.014 do e-processo) questionando a inconstitucionalidade da quebra de sigilo perante a jurisprudência do STF, e tal petição não foi analisada na decisão recorrida, e;

(ii) às fls. 12.268 à 12.302 que intitula de RAZÕES ADITIVAS COMPLEMENTARES, em razão da "ocorrência de fato novo" onde alega que :

- a) O lançamento não poderia ser realizado contra a MONTE ALEGRE vez que houve a desconsideração da sua personalidade jurídica;
- b) Conseguiu ter acesso apenas agora à documentação contábil da empresa relativa aos anos de 2001 e 2002, sendo fato novo e em nome do sagrado direito de defesa, devem ser consideradas nesse momento processual.

Por sua vez, às fls. 12112 dos autos – Petição das Recorrentes **IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE, FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE e TERRAS NOVAS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA** (sucessora, por incorporação, da extinta TN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA)., alegando as seguintes razões que alegam consistir em FATOS NOVOS:

- As disposições do artigo 42 da Lei n. 9.430/96 encontram-se sob exame do Supremo Tribunal Federal, como tema de repercussão geral 842, no RE n. 855.649: "Tema 842 - Incidência de Imposto de Renda sobre os depósitos bancários considerados como omissão de receita ou de rendimento, em face da previsão contida no art. 42 da Lei 9.430/1996". A decisão pela existência de repercussão geral no citado recurso extraordinário é fato superveniente (2015) à impugnação e aos recursos voluntários (2007) e lá se discute a constitucionalidade do dispositivo legal, o artigo 42, da Lei n. 9.430/96, pois a mera existência de depósitos bancários não constitui per se acréscimo patrimonial, conceito este sem o qual não ocorre o fato gerador do imposto sobre a renda. Assim, em preliminar, superveniente à impugnação, os Recorrentes arguem a aplicação do Parag. 2º do artigo 62 do RICARF ao caso concreto, na eventualidade de o Supremo Tribunal Federal, antes do julgamento dos recursos voluntários, decidir o RE855.649, pela inconstitucionalidade do artigo 42 da Lei n. 9.430/96.
- "Mesmo que se desconsiderasse a pessoa jurídica da MONTEALEGRE, ad. fiscalização não logrou provar qualquer liame, vínculo ou relação, entre a origem e/ou destinação dos depósitos bancários e os Recorrentes, o que o v.

acórdão EXPRESSAMENTE reconhece às fls. 2.312, de sorte que a cobrança ofende frontal e diretamente o CTN, por falta de acréscimo patrimonial tributável. O Fisco não aponta, nem indica a pessoa de que contribuintes, em conjunto ou separadamente, teria beneficiado de acréscimo patrimonial, na proporção dos depósitos bancários, entre 20/03/2001 e 30/12/2002, para o que deveria ter aplicado a Lei nº 8.021/90, mas não o fez.

- “O contexto econômico do qual decorrem os fatos geradores tributados pelo auto de infração que os Recorrentes buscam anular, sendo certo que no Relatório de Auditoria Fiscal e na Representação Fiscal para Fins Penais há inequívoca menção e imputação de operações ilegítimas de câmbio em todas as suas modalidades”.
- “Sobre o valor total das operações de câmbio ilegítimas recaíram os tributos e multas com nítida feição confiscatória, pois é óbvio e evidente que nem o contribuinte nominal (revel e não recorrente), nem os apontados solidários e responsáveis tributários, auferiram renda ou acréscimo patrimonial equivalente à totalidade das entradas nas contas correntes indicadas nos autos, porque as saídas são identificadas como operações de câmbio. Câmbio. é troca. Estas são palavras sinônimas. E o preço do câmbio ou da troca é o spread”.
- “O lançamento foi realizado com base em arbitramento de depósitos bancários, sob a argumentação de inexistência da escrituração. Se estes valores não são confiáveis para se efetuar o lançamento, como admite a própria fiscalização, este não deveria ter sido realizado”.
- “Ora, é cediço que, em se tratando operações envolvendo compra e venda de moeda, a própria Secretaria da Receita Federal, através do artigo 14, da Instrução Normativa nº 118/2000, estabeleceu que o ganho de capital correspondente a cada alienação será a diferença positiva, em reais, entre o valor da alienação e o respectivo custo de aquisição”.
- “Porém, se a própria fiscalização sustenta que se trata de operações de câmbio e que os depósitos bancários constituem fundamento suficiente e confiável para a apuração da base de cálculo da obrigação tributária, a receita decorrente do spread, nada mais é do que um percentual daqueles depósitos ou a diferença entre depósitos e saques. Elementos contábeis existem nos autos, a d. fiscalização não os processou de conformidade com as regras de arbitramento do RIR/99”.
- “O relatório da auditoria fiscal, entretanto, se utiliza exatamente do fato de existirem outros processos contra os Recorrentes IVAN e FLÁVIO, inclusive com a transcrição de partes de processos que se encontravam em segredo de justiça, para concluir que a autuada exercia operações de câmbio. Porém, quando lhe é conveniente, a d. fiscalização "... sugere que os recursos financeiros podem ter mudado de rumo ...".”.
- Requereu “o provimento dos recursos voluntários, para fazer com que os tributos reclamados pelo fisco incidam sobre a receita efetiva, correspondente à diferença" a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira", tudo apurado mediante avaliação

contraditória, solicitando, outrossim, a distribuição a Relator com a ulterior inclusão em pauta de julgamento, com a publicação em nome dos recorrentes”.

As demais petições espalhadas ao longo das mais de 12 mil páginas de processo (fora os anexos e arquivos não pagináveis) ou já restaram prejudicadas, *ex vi* pedido de sobrestamento até análise do STF sobre a constitucionalidade da quebra de sigilo, ou se confundem com as razões já alegadas nos recursos que serão posteriormente analisados.

Por ora, são essas 03 razões recursais aditivas que acabam inovando em alegações, supostamente por consistirem em fatos novos. Em tempo, cumpre ressaltar que a decisão judicial apenas determina novo julgamento dos recursos, não determinando a reabertura do prazo recursal.

Da análise das razões aditivas apresentadas pelas partes, entendo que nenhuma das alegações se amolda ao conceito de questão de ordem pública ou de fato novo.

As questões de ordem pública, que refletem a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são imperativos que devem ser reconhecidos de ofício pelo julgador para que se tenha a correta prestação jurisdicional por parte do julgador.

As razões apresentadas pela recorrente em seus verdadeiros "novos" recursos são matérias que poderiam e deveriam ser alegadas desde a impugnação, e não o foram. Eventual defesa mal conduzida pelas recorrentes não pode justificar a apresentação de novas razões a qualquer tempo, sob pena de tornar o processo administrativo infundável. Também não se tratam de fatos novos.

Os Recursos, como regra geral, devolvem ao órgão *ad quem* o conhecimento daquilo que tenha sido expressamente impugnado no órgão *a quo* dado o seu efeito *tantum devolutum quantum appellatum*, estando o conhecimento de seus termos, salvo pelas matérias de ordem pública ou alegadas em decorrência direta da própria decisão, limitados aquilo que expressamente constou da impugnação.

Tal entendimento, no âmbito do PAF, tem assento normativo no que prevê o art. 16, inciso III do Decreto nº 70.235/71 que impõem ao contribuinte o ônus de, em sua impugnação, trazer todos os fundamentos relevantes para o julgamento da lide administrativa.

Logo, por exemplo, não tendo sido aventada a matéria em sede de impugnação e não se tratando de questão de ordem pública, fato novo ou decorrência lógica das articulações da própria decisão recorrida, resta precluso tal direito sendo vedado seu conhecimento por este colegiado, sob pena de haver a supressão de instância conforme se extrai do Art. 17 do Decreto nº 70.235/71.

De fato, o art. 5º, LV da Constituição Federal garante aos litigantes em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ressalva, entretanto, na parte final, que o exercício desse direito deve observar os “meios e recursos a ela inerentes”.

O processo administrativo fiscal é regido pelos princípios do contraditório e ampla defesa, os quais foram plenamente respeitados. Também é regido pelo princípio da verdade material e da celeridade.

Este Tribunal administrativo busca alcançar a verdade material mas precisa fazê-lo dando celeridade e pondo fim ao litígio administrativo.

Por se tratarem de princípios, necessário se faz realizar a ponderação de valores para se chegar a uma decisão mais justa. E nessa esteira é que o próprio RPAF já excepciona as situações de admissão posterior de documentos e defesas.

Permitir que o contribuinte apresente novos recursos em qualquer momento é fazer da lide administrativa inesgotável. E de fato, entendo que o caso concreto não se amolda a nenhuma das exceções previstas, razão pela qual entendo ter-se operado a preclusão.

Outrossim, cumpre ressaltar que grande parte dos documentos apresentados nas razões aditivas são relativos a livros contábeis da empresa, que não fazem prova isoladamente.

Ademais, a contabilidade da empresa autuada, que não foi apresentada na fase de fiscalização (e exatamente por isso o arbitramento foi aplicado), não pode ser apresentada agora após mais de 10 anos do lançamento, esperando-se que seja feito, em verdade, um novo lançamento tributário.

Não se tratam de fatos e nem documentos novos. O Sr. Ulisses não logrou êxito em provar que jamais teve acesso a tais documentos, e o porquê que apenas agora fez a sua juntada. Por outro lado, o procedimento fiscal demonstrou de forma cabal que o Sr. Ulisses era uma das principais peças do esquema delituoso montado pelos autuados, movimentando vultosas quantias, e envolvendo diversos membros de sua família como "laranjas".

Ainda, a sua alegação quanto à inconstitucionalidade da quebra de sigilo resta prejudicada vez que o processo já foi sobrestado e o STF já se pronunciou sobre o assunto. E por último, sua alegação de nulidade em razão do lançamento ter sido feito em nome da MONTE ALEGRE também se constitui em alegação preclusa.

Por sua vez, quanto à alegação de ilegitimidade passiva da Monte Alegre, entendo que tal argumento não assiste aos recorrentes. Isto porque, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi estabelecido para salvaguardar os credores de eventuais abusos da pessoa jurídica.

Trata-se, portanto, de prerrogativa para exigência e efetiva execução do crédito tributário. Ademais, no presente caso, os sócios da Monte Alegre respondem pessoal e solidariamente pelo crédito constituído, de forma que a eventual desconsideração em nada alteraria o fato de que os responsáveis solidários responderão pessoalmente pelo crédito lançado.

Defender a necessidade de se anular um auto de infração por este motivo, quando se trata de prerrogativa para satisfação do crédito pelo Exequente, que dentro do contexto probatório optou por exigir de todas as partes, seria usar uma prerrogativa que é do credor para salvaguardar os devedores, o que não faz nenhum sentido.

Quanto às razões aditivas apresentadas por IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE, FLÁVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE e TERRAS NOVAS

ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, igualmente entendo que não se tratam de fatos novos ou questões de ordem pública.

A exceção se faz quanto ao pedido decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 42 da Lei n. 9.430/96 em razão do reconhecimento da repercussão geral perante o STF, mas tal pedido resta prejudicado vez que o Supremo Tribunal não concluiu o julgamento, não havendo o que ser aplicado em favor dos contribuintes.

Outrossim, todas as demais razões encontram-se preclusas, vez que não foram alegadas na oportunidade devida, e algumas se confundem com as razões recursais que serão apreciadas na seqüência.

Em suma, como já me posicionei, claramente, nenhuma das alegações apresentadas pelos Recorrentes se enquadram no conceito de matéria de ordem pública, tampouco existe qualquer justificativa para sua alegação a destempo.

Medidas como essas devem ser repreendidas, pois acarretam em clara procrastinação e prolongamento do curso do processo administrativo fiscal, que é regido pelos princípios da eficiência e da celeridade.

Em resumo, entendo que restou prejudicado o pedido de aplicação da decisão do STF quanto ao artigo 42 da Lei n. 9.430/96, vez que ainda não julgado, e deixo de conhecer das demais preliminares e razões de mérito arguidas nas manifestações posteriores ao recurso voluntário apresentadas pelas recorrentes, em razão da ocorrência da preclusão.

Passo à análise dos recursos voluntários.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que os recursos voluntários estão sendo apreciados pela terceira vez em uma TO deste Conselho Administrativo.

Os julgamentos anteriores apreciaram adequadamente as razões recursais, mantendo integralmente o lançamento, mas foram anulados por falhas procedimentais quando da intimação dos autuados. Em uma primeira oportunidade via embargos de declaração, e em uma segunda oportunidade por via judicial.

Trata-se de caso bastante peculiar, e jamais este Relator analisou um PAF cujos Recursos Voluntários foram analisados por tantos conselheiros desse tribunal administrativo. Com esse novo julgamento já chegam a 24 conselheiros apreciando as razões recursais dos autuados.

Em comum a todos os julgamentos, e também com a posição deste Relator, o entendimento de que o lançamento deve ser mantido.

A última decisão proferida pela Segunda TO da 3a. Câmara foi esclarecedora e analisou adequadamente todas as alegações recursais, concordando esse Relator com o resultado a que chegou naquela oportunidade.

Assim é que, adoto as razões de decidir apresentadas naquela oportunidade pelo então Relator Cons. Rogério Aparecido Gil, do qual discordo, tão somente, da sua posição quanto à exclusão da responsabilidade. Entretanto, concordo com o voto vencedor proferido pelo Cons. Carlos Candal.

Desta feita, passo a reproduzir as razões de voto as quais adoto no presente julgamento.

Das preliminares de cerceamento do direito de defesa e Da nulidade da autuação fiscal

Com relação à alegação de cerceamento do direito de defesa em razão de suposta capitulação legal contraditória e entrega dos autos desacompanhados de seus anexos, bem como nulidade de intimação, apresento o seguinte entendimento.

O fato de os autos estarem desacompanhados de seus anexos, em si, não caracteriza, necessariamente, cerceamento de defesa. Os presentes autos sempre estiveram à disposição da contribuinte e dos recorrentes. Sobretudo, analisando-se as razões de recurso interpostas, verifica-se que os recorrentes tiveram plena ciência dos elementos da acusação fiscal.

Ademais, as provas dos autos atestam contra tais alegações, vez que dos autos constam informações de que os mesmos estão acompanhados dos seus anexos.

Também não há que se falar em nulidade de intimação, porquanto todos aqueles que puderam ser encontrados, após exaustivas tentativas de localização por parte da fiscalização, foram devidamente intimados. Aqueles que o endereço era desconhecido foram intimados por meio de Edital.

Vale registrar que, os recorrentes apresentaram seus esclarecimentos e respostas a termo de intimação, como se depreende do "índice de documentos": Docs. 06, 07 e 08 documentos de auditoria de Arobrás, Vigo do Brasil e Piatã Câmbio e Turismo; Docs. 18/26 esclarecimentos de José Pereira Alves, ; Docs. 35, 36 e 37 resposta à termo de intimação, respectivamente, de Ulisses Alves de Oliveira, Denny Menezes Rodrigues dos Santos, Átila Valadares, dentre outros.

Nesse contexto, também não há como acolher a preliminar de cerceamento de defesa, em razão de capitulação legal contraditória. Os autos evidenciam que, tanto no Auto de Infração quanto no Relatório Fiscal, que o crédito tributário está sendo cobrado por arbitramento por presunção de receita omitida, apurada nos termos do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, bem como que a multa foi qualificada em razão da presença de intuito de fraude, conforme motivação específica no Termo de Verificação Fiscal. Também restou clara a motivação da imputação das responsabilidades solidária e pessoais e as respectivas capitulações legais.

Uma vez clara a capitulação legal e sua subsunção à motivação do lançamento, não há também que se acolher a preliminar de nulidade do lançamento, em razão da inobservância do rito previsto na Medida Provisória nº 66/2002.

Ora, não se trata *in casu* de acusação fulcrada em elisão fiscal, dissimulação ou simulação relativa, ou de desconsideração de ato jurídico, o que poderia eventualmente ensejar a discussão acerca do disposto na Medida Provisória 66/2002, nesta parte não convertida em lei.

A acusação está motivada em fraude perpetrada por meio da utilização dos recursos depositados na Monte Alegre por diversas pessoas físicas e jurídicas, com o fim de ocultar os rendimentos e seus titulares.

Não se verifica, portanto, quaisquer dos elementos ensejadores do cerceamento de defesa e da nulidade dela decorrente.

Fechando o raciocínio, verifica-se que foram atendidos os pressupostos legais para a validade do auto de infração, determinados pelo Decreto nº 70.325, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, que ao dispor sobre a nulidade, estabelece:

"Art. 59. São nulos:

I. os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

O fato alegado, portanto, não pertence à classe daqueles previstos na norma supra transcrita.

Da Responsabilidade Solidária (artigo 124, inciso I e artigo 134, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional) e Da Responsabilidade Pessoal (artigos 135, inciso III)

A responsabilidade pessoal foi atribuída aos Recorrentes Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira; Denny Menezes Rodrigues Santos; Ivanj Moniz Freire; Ivan Newlands Moniz Freire e Flávio Newlands Moniz Freire. Para estas pessoas físicas também foi imputada a responsabilidade solidária dos artigos 124, inciso I e artigo 134, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional, adiante tratada.

Quanto à responsabilidade pessoal, entendeu a Delegacia da Receita Federal de Julgamento que os Recorrentes atuaram nos negócios desenvolvidos pela autuada como procuradores perante as instituições bancárias durante o período fiscalizado, utilizando os valores movimentados em benefício próprio, restando comprovado, ainda, que os então impugnantes decidiam pela prática dos negócios da empresa autuada.

Ademais, concluiu a DRJ no sentido de que mesmo que não houvesse prova de que parte dos responsáveis movimentavam as contas da autuada, ficou provado a relação destes com o sócio-gerente da empresa (Sr. Dion Araújo Nogueira) e, conseqüentemente, com as operações desenvolvidas pela empresa autuada.

Por outro lado, argumentam os recorrentes que: (i) ao enquadrá-los como pessoalmente responsáveis nos termos dos artigos 135 e 137 do Código Tributário Nacional e citar também outros dispositivos (artigos 124 e 134 do Código Tributário Nacional), dificultou/impediu a defesa dos Recorrentes, além de que os fatos descritos no relatório fiscal não são capazes de caracterizar a responsabilidade pessoal pretendida; (ii) ao enquadrá-los como pessoalmente responsáveis nesses termos, a fiscalização não teria observado os princípios da legalidade, tipicidade, segurança jurídica, bem como teria desrespeitado a ampla defesa e o contraditório; (iii) os Recorrentes nunca exerceram o cargo de gerente ou

representaram a autuada, não poderiam incorrer na prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social da autuada.

Entendo que agiu bem a DRJ, e em consonância com o § 3º do artigo 57 do Anexo II do Regimento Interno do CARF reproduzo o trecho específico da análise que adoto como razão de decidir:

Os defendentes Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira, Denny Menezes Rodrigues Santos, Ivan Moniz Freire, Ivan Newlands Moniz Freire, Flávio Newlands Moniz Freire e Márcio Cardoso Pinto, arrolados como pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário constituído de ofício, nos termos do artigo 135, III, e 137, I, do CTN, alegam, nas respectivas defesas apresentadas, que os fatos descritos no relatório de auditoria fiscal não se enquadram nos requisitos da lei para caracterizar a responsabilidade pessoal, conforme as razões de defesa individualmente destacadas no Relatório.

Com relação à responsabilidade pessoal o Juiz Federal Leandro Paulsen, no livro “Direito Tributário”, 2ª edição, consigna à pág. 135:

“ Se, e somente se, os dirigentes, controladores ou representantes das empresas houverem agido de modo estritamente ilícito no trato da matéria em questão, afrontando a lei, o contrato social ou estatuto cometendo fraudes ou sonegação fiscal em termos claros e estritos serão eles igualmente responsáveis por tais débitos. Para isso, ao autuar a sociedade, o credor tributário deve necessariamente estender a autuação a seus dirigentes, se sinais houver desde logo desses ilícitos, de modo a que no ensejo do procedimento administrativo que afinal vai conceder poder de inscrição e título executivo ao credor fiscal essa responsabilização fique apurada.” (João Luiz Coelho da Rocha, Responsabilidade de Diretores, Sócios Gerentes e Controladores por Débitos Tributários, RDDT nº 28, janeiro/98, pp. 37/48). (grifos e negritos acrescidos)

O presente lançamento decorre da constatação de depósitos bancários cuja origem a contribuinte não logrou comprovar, creditados em conta corrente da empresa, nos anos-calendário de 2001 e 2002. Em razão das infrações apuradas, os defendentes foram considerados responsáveis tributários pelo crédito apurado.

Em diversos itens do Relatório de Auditoria Fiscal é comprovada a participação dos defendentes Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes Rodrigues Santos (mandatários/prepostos/empregados da Vigo/Piatã) nos negócios desenvolvidos pela Monte Alegre, como procuradores da autuada perante as instituições bancárias (Banco do Brasil/Valadares e Bradesco/Valadares),

durante o período fiscalizado. Destaca-se, abaixo, o item 21 daquele Relatório:

*“21. Com o instrumento de procuração cuja cópia o Registro de PJ apresentou **DOC. 40**, o Sr. DION ARAÚJO NOGUEIRA assina o Contrato Social da MONTE ALEGRE por si e pela sócia NORDMARK.*

*O documento passado pela NORDMARK para o Sr. DION dá-lhe amplos e ilimitados poderes de administração e gerência, para todos os fins, inclusive para modificar os estatutos da empresa, vendê-la, podendo substabelecer total ou parcialmente. Documentos fornecidos pelo Bradesco **DOC. 39**, informam **que antes de qualquer atividade da NORDMARK tornou-se seu sócio em 24 de junho de 1997 o Sr. ULISSES ALVES DE OLIVEIRA**. Informam também que são procuradores da MONTE ALEGRE junto àquela instituição os Srs. ANTÔNIO CARLOS ALVES DE OLIVEIRA e DENNY MENEZES, os três ligados à PIATÃ CAMBIO E TURISMO LTDA/VIGO DO BRASIL CAMBIO E TURISMO LTDA filial de Valadares/MG. O Sr. Ulisses Alves de Oliveira foi procurador que assinou toda a movimentação financeira da MONTE ALEGRE junto ao Banco do Brasil/Valadares **ANEXO com 06 (seis) volumes e 1.196 folhas**. A movimentação financeira no Bradesco/Valadares daquela empresa foi assinada por Denny Menezes **ANEXO I com 21 (vinte e um) volumes e 4.968 folhas**. São provas cabais da participação de todos que tem poder de mando na VIGO DO BRASIL/PIATÃ/AROBRÁS/TN no esquema MONTE ALEGRE a confirmação para pagamento de cheques (inclusive dezenas de cheques de redondos R\$ 100.000,00 a cada dia **ANEXO I**) por funcionários do Bradesco a mandatários/prepostos/empregados da VIGO/PIATÃ. No verso dos cheques (**ANEXO I**) constam o nome do funcionário do Banco consultante, o nome do funcionário da VIGO/PIATÃ consultado, o dia, a hora e minuto da consulta e, às vezes, o telefone chamado, quase sempre o 32714001 e 32717411.*

*A "**PLANILHA DE CONFIRMAÇÃO DE CHEQUES PARA PAGAMENTO**" anexa a este Relatório, em 13 (treze) folhas, contém essas informações, a título de exemplo. Essa prova toma-se ainda mais robusta quando circularizamos depositantes e beneficiários de cheques relativos às contas envolvidas **DOC. 31**, bem como considerando as declarações do ex-funcionário da VIGO/PIATÃ ÁTILA VALADARES **DOC. 37**, onde fica claro que os cheques das contas da MONTE ALEGRE eram preenchidos e assinados na Av. Minas Gerais, 446, endereço da VIGO/PIATÃ.”*

De fato, com relação aos Srs. Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira, Denny Menezes Rodrigues Santos, não

restam dúvidas quanto a condição destes de responsáveis tributários, tendo em vista que a situação que constituiu o fato gerador dos tributos lançados contou com a participação deles, uma vez que estes se utilizaram das receitas dolosamente omitidas, para benefício próprio e/ou da empresa, conforme cheques emitidos da conta-corrente da fiscalizada por ele assinados **(Anexo II com 06 (seis) volumes e 1.196 folhas e Anexo I com 21 (vinte e um) volumes e 4.968 folhas)**.

A movimentação financeira de quantias tão elevadas, mais de **R\$ 111.000.000,00** e de **R\$ 147.000.000,00** nos anos de 2001 e 2002, respectivamente, leva a conclusão que os referidos procuradores efetivamente geriam e decidiam pela prática dos negócios da empresa autuada, Monte Alegre Participações e Administração de Bens S/C Ltda., praticando atos com excesso de poderes, mormente pelo fato de que da prática de seus atos resultaram obrigações tributárias que deixaram de ser recolhidas aos cofres públicos.

Note-se, ainda, a qualidade do Sr. Antônio Carlos Alves de Oliveira, não só de procurador da Monte Alegre junto às instituições financeiras, mas também de sócio da Piatã Turismo Ltda. em todos os períodos-base fiscalizados.

O item 62 do Relatório de Auditoria Fiscal traz um importante depoimento prestado pelo Sr. Átila Valadares, identificado como tesoureiro da Vigo/Piatã e denunciado na operação Urutu Cruzeiro, muito consultado para confirmação de pagamento de cheques da Monte Alegre, que confirma que os negócios da Monte Alegre foram efetivamente desenvolvidos na Vigo/Piatã:

" QUE, trabalhando na VIGO PIATÃ e na PIATÃ, era de seu conhecimento que lá eram emitidos os cheques da MONTE ALEGRE PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, cujos cheques, a título de exemplo, lhe são exibidos neste ato; QUE, sobre a conta mantida em nome daquela empresa no Bradesco no. 67.350 agencia 0396, a exemplo dos cheques 4634, 5079, 5344, 5360, 5361, 5433, 5601, 5604, 5616, 5938, 5939, 6148, 6213, 6281, 7127, 7129, 7130, 7948, 7987, confirmou ao funcionário do Bradesco, via telefone, a emissão de cheques, em atendimento à determinação de sua chefia imediata — Antônio Carlos e Denny Menezes; QUE, conforme consta do verso das cópias dos cheques que lhe foram exibidas neste ato, as pessoas JAIRO, KARINE, HERBERT, SHEILA, SIDNEI, GERALDINO e SIMONE são funcionários do Bradesco; QUE as pessoas consultadas ANTÔNIO e DENNY são da PIATÃ, respectivamente dono e gerente; QUE nas atividades que desenvolveu na VIGO PIATÃ e, posteriormente, na PIATÃ, nunca ficou sabendo quem eram os reais donos da MONTE ALEGRE, mas os cheques eram feitos na PIATÃ, todavia o depoente diz que não se lembra quem os preenchia e nem de quem os assinava; QUE não sabe onde fica ou ficava localizada a empresa MONTE ALEGRE PARTIC E ADM DE BENS S/C LTDA; QUE não sabe quem eram os donos da MONTE ALEGRE; QUE não sabe quais as atividades eram desenvolvidas pela MONTE ALEGRE; QUE não conheceu nem nunca ouviu falar em DION DE ARAÚJO NOGUEIRA;

Ficou provado nos autos que a empresa mantinha indevidamente como seu endereço cadastral a cidade de São Paulo, quando seus negócios foram realizados em Governador Valadares/MG, por pessoas ligadas à Piatã Câmbio e Turismo Ltda., antiga filial da Vigo do Brasil Câmbio e Turismo Ltda. Inclusive, foi lavrada pela Fiscalização Representação Fiscal e Relatório de Diligências visando alterar de ofício o endereço da Monte Alegre para Av. Minas Gerais, 446, Centro de Governador Valadares/MG, ou seja, no mesmo endereço de localização da Piatã. O processo tomou o número 10630.001128/200621, culminando com a expedição do Ato Declaratório Executivo 66, publicado no DOU de 03/12/2006. Note-se que o Sr. Ivan Moniz Freire foi sócio-gerente da Vigo do Brasil até a data de sua extinção, em 13/09/2001. E também é sócio da Piatã desde sua constituição (01/1998), portanto, atuou na Vigo/Piatã em todos os períodos-base que foram objeto da ação fiscal efetivada na Monte Alegre. É claro que a condição de sócio-gerente na Vigo/Piatã colocava o Sr. Ivan Moniz Freire em situação privilegiada no que tange ao acesso e conhecimento dos fatos ocorridos dentro de sua empresa, e dos ilícitos e sonegação fiscal advindos dos atos praticados naquele estabelecimento, não podendo, assim, ser afastada a responsabilidade tributária pelo crédito tributário lançado de ofício.

Quanto aos demais defendentes Ivan Newlands Moniz Freire, Flávio Newlands Moniz Freire e Márcio Cardoso Pinto, também responsabilizados pessoalmente pelo crédito tributário lançado, nos termos do inciso III do art. 135 do CTN, ainda que não haja prova direta nos autos do acesso deles à movimentação financeira da Monte Alegre, fato veementemente contestado nas respectivas defesas apresentadas, a responsabilidade pessoal a eles atribuída não poderá ser afastada neste julgamento, em face dos elementos trazidos aos autos pelo fisco que impõem a ligação entre esses senhores e o sócio-gerente da empresa autuada, Sr. Dion Araújo Nogueira, e conseqüentemente, com as operações desenvolvidas pela Monte Alegre.

O RAF informa que consta nos cadastros da SRF que a Monte Alegre foi inscrita no CNPJ em 12/08/1997, tendo como sócios DION ARAÚJO NOGUEIRA, CPF 399.352.13820, com 0,13% do capital, e NORDMARK HOLDING SOCIEDAD ANONIMA, com sede em Montevideo, no Uruguai, com 99,87%, tendo como representante o próprio Sr. DION. Informa que consta também, nos cadastros da SRF, que a Monte Alegre apresentou declarações até o ano calendário 2000, ficou omissa nos anos 2001 e 2002 (anos objeto da auditoria), entregando as declarações dos anos calendário 2003 a 2005 na modalidade INATIVA DOC. 12.

Da análise dos Estatutos da Nordmark, a Fiscalização afirma, em seu item 23 que:

“A NORDMARK foi criada nos termos da Lei 11.073 de 24/06/1948, ou seja, é uma **SIAFI-Sociedade Anônima Financeira de Inversion**, modelo de "offshore" que são utilizadas comumente na administração de bens localizadas no estrangeiro e servindo como ponto de

triangulação de recursos financeiros internacionais. A legislação sobre tais negócios é propícia para a última etapa da lavagem de dinheiro e da integração dos recursos, pois dificilmente a fiscalização brasileira poderá detectar com exatidão a origem do dinheiro aplicado em tais empresas. São também amplamente utilizadas para a chamada "blindagem patrimonial", conforme é de conhecimento público".

O relato fiscal traz informações sobre a participação do Sr. Dion Araújo Nogueira em outra empresa situada no Paraguai (YASUMAC CORP SOCIEDAD ANONIMA), bem como de que ele é sócio-gerente em diversas outras pessoas jurídicas sediadas no Brasil, como MARCAP PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, LINEAR PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, SUNTOUR IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA, dentre outras. Essas empresas citadas estão na situação de INAPTA por não entregarem declarações ao Imposto de Renda há muitos anos, mantendo indevidamente como endereço a Rua dos Inocentes, 300, Bairro Socorro/SP (mesmo endereço da Monte Alegre nos cadastros da SRF).

A longa tentativa de a fiscalização localizar o Sr. Dion Araújo Nogueira, sócio-gerente da Monte Alegre, é clara pelas provas juntadas aos autos - intimações, editais, diligências em vários estados do Brasil, depoimentos colhidos - enfim, não restou localizado o Sr. Dion.

Assim, cuidou a Fiscalização de enviar intimações aos cartórios de notas do domicílio fiscal da contribuinte, solicitando informações acerca de possíveis procurações lavradas, tendo como outorgantes as pessoas que foram envolvidas. Em resposta às intimações os cartórios enviaram cópias de várias certidões e procurações nas quais se outorgam a algumas pessoas físicas (Ulisses Alves de Oliveira, Antônio Carlos Alves de Oliveira, Denny Menezes Rodrigues Santos) poderes amplos e irrestritos para representar a Monte Alegre junto a instituições financeiras e praticar quaisquer atos referentes à movimentação bancária, como já ressaltado neste Voto.

Todavia, constatou a fiscalização que também os Srs. Ivan Newlands Moniz Freire, Flávio Newlands Moniz Freire e Márcio Cardoso Pinto deveriam ser responsabilizados pelo crédito tributário da Monte Alegre. Isto porque, em face da relação entre a Monte Alegre e empresas do ramo de comércio e indústria de peças e montagem de bicicletas AROBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ 02.000.879/000179 sucessora da AROMINAS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 66.432.725/000167 que, por sua vez, foi sucedida pela TN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, CNPJ 04.053.314/000294 e outras empresas do mesmo ramo, onde são sócios o Sr. DION, o Sr. MÁRCIO CARDOSO PINTO, o Sr. IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE e o Sr. FLAVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE.

No item 45 do RAF a fiscalização faz uma síntese da relação do Sr. Dion e da Monte Alegre com todos os arrolados como responsáveis pelo crédito tributário lançado de ofício, à vista das procurações conferidas pela autuada, representada pelo seu sócio-gerente, Sr. Dion Araújo Nogueira, não só para fins de movimentação financeira da autuada Monte

Alegre, mas ainda para gerir e administrar os negócios dessa pessoa jurídica, e da consequência desses atos, como sucessivas alterações e sucessões de pessoas jurídicas, valendo destacar:

45. *Consta que a primeira empresa da qual o Sr. DION foi sócio com LUIZ FRANCISCO PINO, em 1992, foi a KONAK COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, mudando seu nome sucessivamente para TBG COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, TBG MONTAGENS E REPRESENTAÇÕES DE BICICLETAS LTDA e, finalmente, SANTAY LTDA. A JUCESP enviou os documentos da SANTAY LTDA, onde possivelmente o Sr. DION iniciou suas atividades de representante comercial do ramo de peças para bicicletas, tornando-se conhecido em Gov. Valadares/MG DOC. AIV07. Notar que o Sr. FRANCISCO LUIZ PINO, seu sócio, também veio para Governador Valadares ser o gerente geral da TN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, conforme informações do contador TEÓFILO DE OLIVEIRA TIRADENTES DOC. 46, que afirmou que o Sr. PINO tinha real poder de mando naquela empresa. A TN DOC. AIV08 (indústria de peças de bicicletas) foi sucessora da AROBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, na Rua Lateral 700, Bairro Atalaia, Gov. Valadares/MG, que por sua vez sucedeu a AROMINAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, naquele mesmo endereço e com a mesma atividade, aproveitando a mesma linha de produção e maioria dos funcionários. O Sr. TEÓFILO foi testemunha na 5ª. Alteração da AROBRÁS, e o Sr. LUIZ FRANCISCO PINO foi testemunha da 6ª. Alteração Contratual da AROBRÁS, com data de 06/08/1999. Na AROBRÁS são sócios TERRAS NOVAS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, de IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE e FLAVIO NEWLANDS MONIZ FREIRE, e MÁRCIO CARDOSO PINTO, conforme já dito. As seguintes procurações comprovam a ligação existente entre tais pessoas físicas e jurídicas DOC. 50: Em 28/08/1997 a MONTE ALEGRE, através da NORDMARK representada pelo Sr. DION, confere amplos e ilimitados poderes a ULISSES ALVES DE OLIVEIRA, inclusive para movimentar contas bancárias em nome da empresa, procuração lavrada às fls. 160 do Livro 0138 no 2º. Ofício de Notas de Governador Valadares/MG; Em 26/12/1997 AROBRÁS, representada pelo Sr. DION, confere poderes especiais para agir em repartições públicas a ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA, procuração lavrada às fls. 131 do Livro 257 do 1º. Ofício de Notas de Governador Valadares/MG; Em 20/02/1998 AROBRÁS, representada por MÁRCIO CARDOSO PINTO, confere aqueles mesmos poderes a ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA, procuração lavrada às fls. 193 do Livro 259 do Cartório do 1º. Ofício de Notas de Gov. Valadares; Em 30/03/2000 às fls. 106 do Livro 163 do 2º. Ofício de Notas de Governador Valadares/MG foi lavrada procuração onde o Sr. DION confere poderes especiais a DENNY MENEZES RODRIGUES SANTOS para ceder ou transferir, total ou parcialmente, a quem lhe convier, as quotas que o outorgante*

*possui no capital social da firma MONTE ALEGRE PARTICIPAÇÕES E ADM DE BENS S/C LTDA; Em 30/03/2000, às fls. 107 do Livro 163 foi lavrada procuração onde MONTE ALEGRE, representada por DION ARAÚJO NOGUEIRA, confere poderes especiais para gerir e administrar bens e negócios de interesse da outorgante, podendo inclusive ceder direitos de qualquer natureza, alienar ou hipotecar bens móveis ou imóveis e participações da outorgante em empresas de qualquer natureza, especialmente a **AROBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, podendo executar todos os atos necessários à conclusão do negócio só Sr. DENNY MENEZES RODRIGUES SANTOS. Veja que a TN, cujos sócios são os filhos de IVAN MONIZ FREIRE, assumiu todo o acervo patrimonial e linha de produção da AROBRÁS, inclusive seus empregados, o que justifica a lavratura dessa procuração; Em 12/01/2001 às fls. 072 do Livro 171 do 2º. Ofício de Notas de Governador Valadares/MG foi lavrada procuração onde PLANA VÊ Planejamento Administração e Vendas S/C Ltda, detentora do MEMORIAL PARK CEMITÉRIO JARDIM de Governador Valadares, representada por IVAN NEWLANDS MONIZ FREIRE, nomeia DENNY MENEZES RODRIGUES SANTOS, a quem confere amplos e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa, inclusive abrir e movimentar contas bancárias; e, finalmente, em 21/06/2001 às fls. 195 do Livro 175 do 2º. Ofício de Notas de Governador Valadares, DENNY MENEZES substabelece os poderes obtidos pelas procurações do Sr. DION e da MONTE ALEGRE para ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA, homem de confiança de MÁRCIO CARDOSO PINTO, o que se conclui pelas procurações outorgadas pelas suas empresas ao Sr. DUNGA. Tais procurações podem ser consultadas no **DOC. 50**.*

Quanto à responsabilização do Sr. Márcio Cardoso Pinto, note-se que ele é citado ao longo de quase todo o Relatório Fiscal, como pessoa que sempre esteve ao lado de operações comerciais do Sr. Dion, por exemplo, conferindo-lhe poderes para constituir qualquer tipo de pessoa jurídica em qualquer parte do território nacional (item 26 do RAF). O relato fiscal dá conta, em seu item 29, que ouvida “também a contadora CLAUDETE COSTA DA SILVA, da CONTÁBIL OURO, de São Paulo/SP, que consta no cadastro do CNPJ da MONTE ALEGRE, da MARCAP e da LINEAR como sua contadora e foi testemunha nos documentos de constituição das citadas empresas **DOC. 52**. A Sra. CLAUDETE informou: QUE nunca foi contadora da MONTE ALEGRE nem da MARCAP; QUE as empresas faziam parte do grupo que trabalhava, a SRS Indústria e Comércio; QUE participou da abertura delas; QUE acredita que o dono delas era o Sr. MÁRCIO CARDOSO PINTO”.

Também não podem deixar de ser destacados os itens 36 e 37 do Relatório Fiscal que trazem importantes informações sobre as provas obtidas pela fiscalização que deixam o Sr. Márcio Cardoso Pinto estreitamente ligado ao Sr. Dion e à Monte Alegre. Senão vejamos:

36. *UMA IRREGULARIDADE SALTA AOS OLHOS: DOCUMENTOS ENCAMINHADOS PELO CARTÓRIO DO 3º. OFÍCIO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS DE SÃO PAULO DOC. 40, INFORMAM QUE O INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL MARCAP PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA SÓ FOI ASSINADO EM 14/04/1997 E REGISTRADO SOB NO. 291398 EM 09/05/1997 NAQUELA SERVENTIA. Como a MARCAP pôde ter adquirido as duas empresas em 14/02/1997 se só foi constituída oficialmente dois meses depois? Como a JUCESP - JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (que apresentou os mesmos documentos do Sr. CLÁUDIO ROSA JÚNIOR) pôde registrar essas aquisições ANTES da constituição de quem as adquiria?*

37. *Documentos fornecidos pela JUCESP sobre a SUNTOUR DOC. AIV06 fls. 226 a 266 do ANEXO IV e SRS DOC. AIV04 fls. 168 a 225 do ANEXO IV informam que entrou como sócio da MARCAP, no lugar do Sr. DION, o Sr. MÁRCIO CARDOSO PINTO, que possivelmente sempre esteve por trás dela, dando-lhe o nome com as iniciais de seu nome (MARCAP/MARCIO CARDOSO PINTO).*

São indícios dessa situação as informações de que o Sr. MÁRCIO CARDOSO PINTO entrou como sócio no lugar do Sr. DION; sempre esteve no ramo de comércio e indústria de bicicletas em Governador Valadares/MG e região, sendo o Sr. DION um representante comercial que lhe vendia peças de bicicletas de indústrias de São Paulo; o Sr. DION era sócio de empresa de Representação Comercial antes da aquisição da indústria de peças de bicicletas e da criação da MARCAP/MONTE ALEGRE; as informações prestadas por TEÓFILO DE OLIVEIRA TIRADENTES DOC. 46, ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA DOC. 47 e ULISSES ALVES DE OLIVEIRA DOC. 33, dos contadores WALTON FRANCISCO ALVES (de que constou indevidamente como responsável pelo preenchimento de declarações da MONTE ALEGRE) e CLAUDETE COSTA DA SILVA (de que o dono da MARCAP/MONTE ALEGRE seria MÁRCIO CARDOSO PINTO) DOC.

52. *Os documentos apresentados pela JUCESP comprovam que na Alteração de Contrato da SRS IND de 25/05/1998, onde o Sr. DION assina por Márcio Cardoso Pinto, pela MARCAP e por si próprio, já se apresenta como sócio gerente da MARCAP o Sr. MÁRCIO CARDOSO PINTO Fls. 169, 202 a 204 do ANEXO IV. As testemunhas são Claudete Costa da Silva e Douglas Celso Wanderley.*

Destaco, ainda, as informações trazidas no item 46 do RAF, as quais por certo não são prova da responsabilidade do Sr. Márcio pelo crédito tributário constituído de ofício em nome da Monte Alegre. No

entanto, tais elementos merecem destaque porque provam a estreita ligação comercial entre o Sr. Dion, a Monte Alegre e o defendente Sr. Márcio.

"No Anexo IV **DOC.** AIV01, consta um CONTRATO PARTICULAR DE MUTUO SEM FIANÇA datado de 01/02/1998, onde o mutuante MONTE ALEGRE PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, representada por DION DE ARAÚJO NOGUEIRA, disponibiliza a quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à AROBRÁS, representada por MÁRCIO CARDOSO PINTO, sendo a quantia retirada segundo os interesses e disponibilidades das partes. No mesmo DOC. AIV01 consta outro CONTRATO PARTICULAR DE MUTUO SEM FIANÇA daquela mesma data, onde o mutuante MARCAP PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, representada por DION DE ARAÚJO NOGUEIRA, disponibiliza a quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à AROBRÁS, representada por MÁRCIO CARDOSO PINTO sendo a quantia retirada segundo os interesses e disponibilidades das partes. Nos dois contratos uma das testemunhas foi a mesma: ANTÔNIO DUNGA DE OLIVEIRA."

Também o fato de a fiscalização ter ressaltado no item 47 do RAF que no âmbito da auditoria da Vigo do Brasil/Piatã, ter sido constatado que os irmãos Freire e Márcio Cardoso Pinto adquiriram em co-propriedade uma aeronave, não tem o condão de atrair a incidência da responsabilidade ou coobrigação dos Requerentes pelos créditos tributários lançados contra a autuada MONTE ALEGRE. Todavia, tal fato não é absolutamente irrelevante, ao passo que revela, sim, a estreita relação entre essas pessoas.

De igual forma, as informações trazidas no RAF, especialmente nos itens 73 a 75 sobre as auditorias executadas na Arobrás/Arominas, Vigo do Brasil e Piatã Câmbio e Turismo Ltda., GV Serviços Ltda., pela Fiscalização de Governador Valadares, não são elementos caracterizadores da responsabilidade tributária pelos créditos da Monte Alegre, mas deixam claro o grande esquema de sonegação fiscal também por parte dessas pessoas jurídicas no Brasil, e quanto à Vigo, também no exterior: "**DOC.8.** Reportagem no Portal Estadão (estadão.com.br) de 13/04/2000 informa que a VIGO pagou multa de Us\$ 1,6 milhão ao Governo Americano num inquérito de lavagem de dinheiro, que seis de seus empregados foram presos e quatro deles ainda cumpriam pena na época da reportagem. Muito oportuna, ainda, a informação de que "Na auditoria na empresa GV SERVIÇOS LTDA, verificamos também cheques emitidos por aquela empresa nominais à MONTE ALEGRE e depositados na conta bancária 0673501 agencia 3964 em Valadares, com o endosso de ANTÔNIO CARLOS ALVES DE OLIVEIRA, sócio da PIATÃ CAMBIO E TURISMO LTDA.DOC. 14, mais uma prova de seu envolvimento e da PIATÃ nos negócios da MONTE ALEGRE".

E também o fato de alguns dos responsabilizados estarem envolvidos em processos criminais que ainda não transitaram em julgado, conforme salientado nos itens **76 a 81** do RAF, também não foi causa da responsabilidade imputada aos defendentes. O que quis ser evidenciado, sim, nas palavras dos próprios autuantes, foi "a existência de processos em varas

criminais do Rio de Janeiro, Curitiba e Minas Gerais, envolvendo fatos ligados a pessoas responsabilizadas neste processo”.

Note-se que o lançamento que culminou com a responsabilidade pelos créditos tributários é fruto de dois anos de trabalho da Fiscalização, com inúmeras intimações, diligências em diversos estados, depoimentos, enfim, a vasta documentação juntada aos autos por si só demonstra que mesmo diante de clara sonegação e fraude o fisco não foi logo tributando os valores depositados nas contas correntes mantidas pela Monte Alegre como se houvesse defrontado com infrações e suas comprovações perfeitas e acabadas. Somente após um amplo trabalho imputou a responsabilização pelo crédito tributário apurado.

Um único elemento indiciário, via de regra, é insuficiente para caracterizar a infração. Entretanto, vários indícios, todos indicando para a mesma direção, provam o ilícito. É normal que diante de tantos documentos, da dificuldade enfrentada, pode haver realmente algum equívoco, alguma incongruência no relato, incapazes, no entanto, de desabonar o árduo trabalho daquelas autoridades.

O forte conjunto indiciário faz prova indireta suficiente para a formação da convicção desta julgadora de que não há como excluir a responsabilidade pessoal atribuída a nenhum dos defendentes, sendo que a empresa autuada não se exime da condição de contribuinte.

Nestes termos, nego provimento ao recurso voluntário de Antônio Carlos Alves de Oliveira, Ulisses Alves de Oliveira, Denny Menezes Rodrigues Santos, Ivan Newlands Moniz Freire, Ivan Moniz Freire e Flávio Newlands Moniz Freire cuja responsabilidade fica mantida, também, com fundamento no artigo 135, inciso III do CTN.

Quanto à responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, inciso I e artigo 134, inciso III, do Código Tributário Nacional, entendeu a Delegacia da Receita Federal de Julgamento que restou comprovada a relação dos então impugnantes arrolados como responsáveis solidários e a autuada, bem como com o Sr. Dion. Afirma que os Recorrentes, tinham interesse comum nos negócios realizados e se beneficiaram com os mesmos. Ademais, destaca que a simples falsidade de endereço na constituição da empresa autuada é caso típico de responsabilidade solidária.

No Termo de Verificação Fiscal, foi apontado também que a fiscalização procedeu à descaracterização da personalidade jurídica, sob o fundamento de que houve abuso de direito, "consubstanciado na utilização do instituto da pessoa jurídica com vistas a dissimular a realidade e burlar uma disposição legal, uma obrigação contratual ou causar um prejuízo a terceiro". A fiscalização aduz, ainda, que "estando claro e provado que a pessoa jurídica foi mero instrumento de uma outra pessoa, torna-se possível a descaracterização da personalidade jurídica de forma a prevalecer a realidade sobre a aparência. (...) Com efeito, os sócios de fato e de direito e os procuradores da empresa manipularam seus recursos, de tal forma a descaracterizar completamente seu objeto, sendo que provavelmente os recursos já foram carreados para outros negócios seus. Sugere isso a prática reiterada de abrir e fechar empresas, no Brasil e no exterior".

Por fim, a fiscalização conclui que "diante dos indícios apontados e sob o fulcro dos arts. 121, inciso I, 135, inciso III, da Lei nº 5.172/66, arrolam-se como responsáveis pelo crédito tributário lançado de ofício neste auto de infração, todos os participantes das relações econômico-financeiras subjacentes".

De outra parte, argumentam os Recorrentes, em suma, que: (i) não há solidariedade (artigos 124, inciso I e 134, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional), uma vez que a fiscalização não evidenciou a participação dos Recorrentes na movimentação bancária da empresa autuada; (ii) que a responsabilização solidária do Recorrente não pode prevalecer, já que não havia provas suficientes a demonstrar o interesse comum entre os Recorrentes e a empresa autuada, tampouco sendo comprovado que os Recorrentes administravam os bens da autuada e os valores depositados em suas contas correntes.

Neste passo, antes de verificar os fatos relacionados a cada Recorrente, apontados no lançamento, capaz de caracterizar a responsabilidade solidária, cumpre-nos fazer algumas considerações sobre esta modalidade de responsabilidade.

O artigo 124, inciso I e o artigo 134, inciso III dispõem:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

III os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;"

A solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Como "situação de interesse comum" podemos exemplificar a propriedade de um imóvel, do que decorre que todos os proprietários são solidariamente responsáveis pelo tributo que recai sobre a propriedade (IPTU) ou transferência do imóvel (ITBI).

Como ensina Marcos Vinícius Neder (in Responsabilidade Tributária, Editora Dialética, 2007. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinícius Neder, p. 47), "as pessoas portadoras de interesses comuns são vinculadas por pessoas externas formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que as une; enquanto, nos interesses coincidentes, o vínculo pessoal visa apenas atender a uma necessidade específica (tarefa) (...) A situação a despertar o interesse comum referido no art. 124 do CTN é aquela consubstanciada na relação jurídica privada subjacente ao fato gerador do tributo (...)".

Portanto, nos casos de responsabilidade solidária, decorrente do artigo 124, inciso I do CTN, temos mais de um sujeito passivo para o mesmo fato gerador, pois todos participam do fato jurídico tributário, que gera a obrigação tributária.

Desta forma, a partir dos fatos e documentos acostados pela fiscalização, cumpre verificar se os Recorrentes participaram diretamente ou indiretamente como detentores de direito ou deveres da relação jurídica privada que constitui o fato jurídico tributário, consubstanciado no aferimento e utilização dos recursos omitidos transitados pelas contas correntes da Monte Alegre. Vale lembrar que, todos os Recorrentes foram responsabilizados exclusivamente ou também de forma solidária. Passo então ao relato circunstanciado, mas não exaustivo para cada Recorrente.

Em primeiro lugar, importante destacar que o relatório fiscal aponta que a empresa, inicialmente sediada em São Paulo, teve seu domicílio alterado de para Minas Gerais e que possuía como sócios, Dion Araújo Nogueira e Nordmark Holding S.A., esta também representada pelo Sr. Dion, sendo que o sócio da Nordmark era o Sr. Ulisses Alves de Oliveira.

Informa também que são procuradores da Monte Alegre, junto ao Bradesco, o Sr. Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes, os três ligados à Piatã/Vigo do Brasil.

A movimentação financeira no Bradesco/Valadares foi assinada por Denny Menezes.

A par da "impressionante" movimentação financeira em Minas Gerais, a Monte Alegre apresentava declarações na modalidade inativa. Ademais, o Sr., Dion nunca foi encontrado em São Paulo e os contadores da Monte Alegre informam que nunca foram contadores de tal empresa.

Tanto a Monte Alegre quanto a Marcap Participações em Administração de Bens Ltda., Linear e a SunTour tiveram como sócio-gerente o Sr. Dion e estavam na situação de INAPTAS.

A Piatã Câmbio e Turismo Ltda. (anteriormente denominada Vigo do Brasil Câmbio e Turismo Ltda.) é apontada no item 21 do TVF, no qual é descrito "são provas cabais da participação de todos que tem poder de mando na Vigo do Brasil/Piatã/Arobrás/TN no esquema Monte Alegre a confirmação para pagamento de cheques (inclusive de dezenas de cheques redondos de R\$ 100.000,00 a cada dia — Anexo I).

E prossegue: "essa prova torna-se ainda mais robusta quando circularizamos depositantes e beneficiários de cheques relativos às contas envolvidas — doc. 31, onde fica claro que os cheques das contas da Monte Alegre eram preenchidos e assinados na Av. Minas Gerais, 446, endereço da Vigo/Piatã".

Em outro trecho do TVF, a fiscalização conclui no item 59: "Toda movimentação no Banco do Brasil foi assinada, através de procuração, por Ulisses Alves de Oliveira e o endereço cadastral naquele Banco é Av. Minas Gerais, 446, Governador Valadares/MG, endereço da Piatã/Vigo do Brasil Anexo II e doc. 30"; item 60. No local da assinatura dos cheques emitidos pela Monte Alegre relativos ao Bradesco também consta o endereço da Av. Minas Gerais, 446, Governador Valadares, endereço da Piatã/Vigo do Brasil. (...) Na maioria dos casos há inclusive a informação da hora e do telefone em que os responsáveis pela emissão do cheque foi contactado. É assim prova cristalina que os cheques da Monte Alegre eram emitidos na Piatã/Vigo do Brasil e confirmado por seus funcionários."

A Piatã/Vigo e a TN Comércio e Indústria Ltda. eram ligadas aos Srs. Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes, os quais tinha autorização para movimentar os valores da Monte Alegre no Banco Bradesco.

Ademais, foram encontradas em tais empresas, cheques da Caixa Econômica Federal, mantidos em nome de Sebastiana Alves de Oliveira, nominais a Monte Alegre e à Dion, depositadas na conta da Monte Alegre. A sra. Sebastiana é irmã de Ulisses Alves de Oliveira e Antonio Carlos Alves de Oliveira.

Importante apontar, também, que a Vigo do Brasil/Piatã, Arobrás recebiam dez cheques de 100.000,00 (cem mil reais) a cada dez dias.

O Sr. Átila Valadares, identificado como tesoureiro da Vigo do Brasil/Piatã informou que os cheques da Monte Alegre eram feitos na Piatã, todavia não se lembrava quem os preenchia e os assinava. Também informou desconhecer as atividades exercidas pela Monte Alegre.

Quanto às operações financeiras, aponta a fiscalização, no item 64, "repise-se que funcionários do Bradesco consultavam diariamente, às vezes várias vezes por dia, os emitentes de cheques da Monte Alegre a funcionários e gerentes nos telefones da Vigo/Piatã e que a agência do Bradesco em Valadares fica quase em frente à Vigo/Piatã".

Quanto às operações financeiras a fiscalização conclui: "São os últimos três volumes do Anexo I, que vão da folha 3.752 a 4.968 do processo. São cerca de 1.210 folhas, cada uma com cerca de 100 beneficiários perfeitamente identificados com nomes, CPF e CNPJ, etc. Trata-se da operação chamada "dólar-cabo", quando brasileiros entregam recursos em dólares no exterior, para que alguém (da Vigo/Piatã, que usaram a conta da Monte Alegre sem que os remetentes soubessem) creditassem os valores em conta bancária no Brasil, cujo número foi fornecido pelo remetente".

Por fim, aponta processo administrativo nº 10630.001468/2003-18 no qual foi apurado que a Vigo/Piatã utilizava-se de contas bancárias em nome de "laranjas".

Quanto à TN Comércio e Indústria Ltda., é apontado que a empresa é sucessora das empresas Arominas Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. e Arobrás Indústria e Comércio Ltda., tendo como sócios o Sr. Dion, o Sr. Márcio Cardoso Pinto, o Sr. Ivan Newlands Moniz Freire e o Sr. Flávio Newlands Moniz Freire. Cumpre esclarecer que todas as empresas estavam no mesmo endereço em Governador Valadares/MG, e desenvolviam a mesma atividade (item 45), estando no mesmo ramo da Monte Alegre

Ademais, no item 46, extrai-se o seguinte: "no Anexo IV, consta Contrato Particular de Mutuo sem Fiança, onde o mutuante Monte Alegre, representada por Dion de Araujo Nogueira, disponibiliza a quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à Arobrás, sendo a quantia retirada segundo os interesses particulares e disponibilidades das partes. No mesmo anexo, consta outro contrato particular de mútuo sem fiança, onde o mutuante Marcap Participações e Administração de Bens, representada por Dion Araujo Nogueira, disponibiliza a quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à Arobrás, sendo a quantia retirada segundo os interesses e disponibilidades das partes"

Importante apontar que os Recorrentes Flávio Newlands e Ivan Newlands criaram posteriormente a empresa TN Comércio (comércio de peças de bicicletas), no mesmo endereço da Arominas, assumindo todos os funcionários. Também funcionavam no mesmo endereço as empresas Comercial Ciclo e Sibex, todas atualmente paralisadas. Por fim, a

fiscalização menciona o Processo Administrativo nº 10630.000203/200122, no qual é constituído crédito tributário em face da Arobrás, sendo esta responsabilizada por créditos tributários da Arominas, em decorrência de sucessão, tendo os adquirentes usado de um subterfúgio: ao invés de dar continuidade na Arominas, simularam que foi transferida para um endereço inexistente.

Além disto, em 30/03/2000, às fls. 106 do Livro 163 do 2o Ofício de Notas de Governador Valadares/MG, foi lavrada procuração na qual o Sr. Dion confere poderes especiais à Denny para ceder ou transferir as cotas que este possui no capital social da Monte Alegre, e posteriormente, a Monte Alegre, representada por Dion, confere poderes para gerir e administrar os bens e negócios desta, podendo inclusive ceder direito de qualquer natureza, alienar bens e participações, especialmente à Arobrás Indústria e Comercio Ltda.

Quanto aos Recorrentes Ulisses Alves de Oliveira, Antonio Carlos de Oliveira e Denny Menezes Rodrigues Santos, cumpre esclarecer que o relatório fiscal aponta que, a empresa autuada inicialmente sediada em São Paulo, teve seu domicílio alterado de ofício para Minas Gerais e que possuía como sócios, Dion Araújo Nogueira e Nordmark Holding S.A., esta também representada pelo Sr. Dion, sendo que o sócio da Nordmark era o Sr. Ulisses Alves de Oliveira. Informa, também, que são procuradores da Monte Alegre, junto ao Bradesco, o Sr. Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes, os três ligados à Piatã/Vigo do Brasil. A movimentação financeira no Bradesco/Valadares foi assinada por Denny Menezes.

Ademais, foram encontradas nas empresas Piatã/Vigo do Brasil e TN Comércio e Indústria, cheques da Caixa Econômica Federal, mantidos em nome de Sebastiana Alves de Oliveira, nominais a Monte Alegre e à Dion, depositadas na conta da Monte Alegre.

A sra. Sebastiana é irmã de Ulisses Alves de Oliveira e Antonio Carlos Alves de Oliveira.

É mencionado no TVF, que o Sr. Ulisses Alves de Oliveira foi indicado pelo Banco do Brasil, como representante da conta da Monte Alegre lá movimentada.

Ademais, o Sr. Ulisses Alves de Oliveira e o Sr. Antonio Alves de Oliveira faziam a movimentação financeira das contas da Vigo do Brasil/Piatã através de procuração, sendo que o Bradesco confirmou que eram pessoas da Vigo do Brasil/Piatã que pediam provisões de fundos para saques e transferências de altas quantias.

Aponta o Relatório Fiscal para a existência de documentos referentes à abertura da conta AVALON (fls. 147 a 173 do Anexo 3), os quais estão assinados por Ivan Moniz Freire. Em depoimento de TONINHO DA BARCELONA, o mesmo descreve a atividade de dólar-cabo da Vigo e menciona que seus contatos lá eram Ivan, Amaury e Ulisses.

Ainda quanto aos Recorrentes Antônio Carlos Alves de Oliveira e Denny Menezes Rodrigues Santos, estes foram responsabilizados, pois, segundo aponta a fiscalização, eram procuradores da Monte Alegre perante o Bradesco, sendo que o primeiro assinava a movimentação financeira da Monte Alegre junto a esta mesma instituição financeira. Além disto, em 30/03/2000, às fls. 106 do Livro 163 do 2o Ofício de Notas de Governador Valadares/MG, foi lavrada procuração na qual o Sr. Dion confere poderes especiais ao Sr. Denny para ceder ou transferir as cotas que este possui no capital social da Monte Alegre, e posteriormente, a Monte Alegre, representada por Dion, confere poderes para gerir e

administrar os bens e negócio desta, podendo inclusive ceder direito de qualquer natureza, alienar bens e participações, especialmente à Arobrás Indústria e Comércio Ltda.

Esclarece-se que o Sr. Denny negou que assinou a movimentação da Monte Alegre no Bradesco, não reconhecendo como suas as assinaturas localizadas naquela instituição, dizendo, ainda, ter substabelecido os poderes que possuía. No entanto, o Bradesco identificou o Sr. Denny como sendo o signatário dos cheques.

Quanto aos Recorrentes Flávio Newlands e Ivan Newlands, tem-se que estes se associaram ao Sr. Marcio Cardoso Pinto para constituir a Arobrás, no mesmo endereço da Arominas, sendo que a associação de Marcio Cardoso Pinto, Flávio Newlands e Ivan Newlands deu-se no mesmo mês em que foram criadas a Monte Alegre e a Marcap.

Conforme relata o TVF, com a 7ª alteração do contrato social da Arobrás, os sócios eram Terras Novas (de Ivan Newlands e Flávio Newlands), Márcio Cardoso Pinto, Marcap Participações e Monte Alegre, estas duas últimas representadas pelo Sr. Dion.

Importante apontar que os Recorrentes Flávio Newlands e Ivan Newlands criaram posteriormente a empresa TN Comércio (comércio de peças de bicicletas), no mesmo endereço da Arominas, assumindo todos os funcionários. Também funcionavam no mesmo endereço as empresas Comercial Ciclo e Sibex, todas atualmente paralisadas.

Ainda, no âmbito da auditoria da Vigo do Brasil/Piatã, verificou-se que os Recorrentes Ivan Newlands e Flávio Newlands adquiriram aeronave PTITU, modelo 55B55.

Quanto aos Recorrentes Ivan Moniz Freire e Flávio Moniz Freire, os mesmos também abriram empresas de comércio e indústria de peças para bicicletas, em Itapetinga/BA, quais sejam, IBB Indústria Brasileira de Bicicletas Ltda. e IBB Comercial Brasileira de Bicicletas Ltda.

No parágrafo 77 do Relatório de Auditoria Fiscal, consta que os Recorrentes Flávio Newlands, Ivan Newlands e Ivan Moniz Freire, além de Hélio Gusmão, são denunciados por remessas pela Vigo do Brasil de recursos ao exterior para a subconta AVALON, mantido em nome de Beacon Hill, no J.P Morgan e, posteriormente, na agência do Banestado em Nova York. Informa que os documentos de abertura da conta AVALON (fls. 147 a 173 do Anexo 3) estão assinados por Ivan Moniz Freire. Em depoimento de TONINHO DA BARCELONA, o mesmo descreve a atividade de dólar-cabo da Vigo e menciona que seus contatos lá eram Ivan, Amaury e Ulisses.

Por tudo quanto exposto, considerando que (a) a responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário; (b) a utilização em benefício próprio e o manuseio, por pessoas físicas ou jurídicas, de recursos movimentados em conta corrente de pessoa jurídica para tanto utilizada é prova do interesse comum das pessoas físicas e jurídicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio, voto por manter a responsabilização solidária de todos os arrolados no Relatório Fiscal e no Auto de Infração.

Do Mérito

O lançamento está fundamentado em depósitos bancários de origem não comprovada, apurados mediante extratos bancários, obtidos por meio de Requisição de

Movimentação Financeira RMF, isto após reiteradas intimações à empresa e aos envolvidos para apresentar os extratos bancários, inclusive por meio de edital para notificação do início da ação fiscal.

Apesar de todas as tentativas de localizar o Sr. Dion e a autuada Monte Alegre, conforme demonstrado no tópico "Diligência para Localização da empresa e do sócio Dion" (fls. 82 a 86), as mesmas restaram infrutíferas, sendo certo que a fiscalização tentou intimar para esclarecer a origem dos recursos a Nordmark e a Monte Alegre, por meio de Edital, o Sr. Dion, no endereço em Fortaleza, o qual retornou desconhecido, além Ulisses, Denny, Piatã, Ivan Moniz Freire.

Aqueles que responderam, disseram que nada sabem sobre a origem dos recursos e tampouco sabem onde estão os documentos fiscais da Monte Alegre.

Uma vez encontrada a receita omitida por meio de presunção legal, a fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, considerando como omissão de receitas os depósitos e os créditos bancários de origem não comprovada, conforme disposto no artigo 42, da Lei nº 9.430/96.

O PIS e a COFINS foram calculados sobre a totalidade das receitas omitidas, lembrando que nenhum tributo foi recolhido no período fiscalizado. O arbitramento se fez necessário, uma vez que os Processo nº 10630.720205/200646 procuradores notificados informaram que não tinham nenhuma escrita fiscal e tampouco sabiam onde encontrá-la.

Note-se que a presunção de omissão de receitas nos casos em que o contribuinte não demonstra a origem da movimentação financeira em suas contas bancárias está instituída em Lei, e, preenchida a hipótese de incidência prevista no texto legal., cabe ao contribuinte comprovar a inocorrência dos fatos presumidos por determinação legal.

Dessa forma, a presunção tem por objetivo dissipar dúvidas sobre a realidade, estabelecendo uma correlação lógica, a partir de uma correlação natural, exprimida por determinados acontecimentos da vida cotidiana ligados uns aos outros. É, na definição clássica de Alfredo Augusto Becker, "o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido, cuja existência é provável".

Em se tratando de presunção legal, a verificação de determinado fato autoriza o lançamento tributário com base nas observações feitas pelo agente fazendário, facultando-se ao contribuinte a apresentação de elementos hábeis a elidir a presunção construída. Há, em tais casos, verdadeira inversão do ônus da prova, eis que a mera constatação do fato previsto em lei permite a constituição do crédito tributário.

O artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 se encaixa exatamente na situação descrita acima. Da leitura de seu conteúdo, extrai-se que a omissão de receita ou de rendimento resta caracterizada quando verificada a existência de valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Tal artigo foge à regra comum ao desvincular o agente fazendário da obrigação de apresentar as provas necessárias à sustentação do lançamento efetuado, relegando ao contribuinte a atribuição de fornecer elementos capazes de afastar a presunção criada pelo legislador.

Cita-se o seguinte entendimento do Conselho de Contribuintes sobre a matéria:

**"LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS
PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS**

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações. (Acórdão nº 10614066) "

Neste ponto, reitero, que para elidir a presunção, não basta que seja apontado o depositante, mas principalmente, identificada a natureza da operação. Assim, o simples fato de o Banco Central apontar o nome das pessoas físicas ou jurídicas que efetuaram os depósitos na conta bancária da Recorrente, não é o bastante para que reste provada a origem dos recursos.

Há a necessidade de que a Recorrente comprove a natureza das operações que deram causa aos depósitos para que se confirme que não se referem a rendimentos sujeitos à incidência tributária ou que já tenham sido submetidos à tributação.

Dessa maneira, na medida que nem o contribuinte, tampouco os sujeitos passivos solidários comprovaram ou sequer alegaram acerca da origem dos depósitos e/ou sua tributação, inegável a aplicação da presunção prevista no artigo 42, da Lei nº 9.43/96 sobre os depósitos e créditos bancários.

O arbitramento foi feito com base no artigo 47, da Lei nº 8.981/95 e nos artigos 894, inciso III, do RIR/94 e 845, inciso III, do RIR/99 além do artigo 16, da Lei nº 9.249/95 e artigo 1º, da Lei nº 9.43/96.

Os Recorrentes argumentam que, não deve prosperar o arbitramento realizado pela fiscalização, uma vez que para tal, foi considerado o percentual de 100% da movimentação bancária e não apenas o "spread". Aduzem, ainda, que as justificativas dadas pela fiscalização não carecem de razoabilidade.

Entendo que a apuração do Lucro Real ou Presumido, de responsabilidade dos contribuintes, deve ser feita dentro dos estritos limites da lei, vale dizer, os livros contábeis, que servem de arrimo para a quantificação do imposto devido em cada período, devem representar de forma fidedigna as atividades realizadas pelas empresas, a fim de que sejam revestidos da fé necessária para validar a apuração feita pelo contribuinte e fundamentar eventual lançamento tributário por parte do Fisco.

Em não existindo documento hábil, nada mais razoável que conferir a autoridade administrativa meio de apurar o *quantum debeatur* de modo a suprir a deficiência dos livros e registros contábeis do contribuinte, garantindo que o Fisco não seja preterido por apuração de lucro inferior ao realmente devido. É sob este fundamento que reside a figura do lucro arbitrado.

No presente caso, restou demonstrado que não havia qualquer escrita fiscal que pudesse embasar a apuração dos valores tributáveis por outro meio, que não o arbitramento. Como dito, a fiscalização tentou intimar para esclarecer a origem dos recursos a Nordmark e a Monte Alegre, por meio de Edital, o Sr. Dion, no endereço em Fortaleza, o qual retornou desconhecido, além de Ulisses, Denny, Piatã, Ivan Moniz Freire, sendo que aqueles que responderam, disseram que nada sabem sobre a origem dos recursos e tampouco sabem onde estão os documentos fiscais da Monte Alegre.

O arbitramento é inclusive mais benéfico ao contribuinte, tendo em vista a inexistência de qualquer escrita fiscal, o grande montante de receita omitida, a possibilidade do fisco, de forma mais benéfica ao contribuinte, efetuar o arbitramento a partir da presunção da Lei nº 9.430/96, e auferir custo pelo arbitramento e a impossibilidade de se atribuir a receita de spread, em razão da falta de identificação da atividade que originou a receita omitida, inclusive pelo fato de serem diversas pessoas físicas e jurídicas a manipular os recursos objeto de lançamento.

Ademais, não prospera a alegação dos Recorrentes de que o arbitramento deveria ter sido feito apenas com base no "spread" e não em 100% das movimentações bancárias, uma vez que, em face da inexistência de escrita fiscal ou qualquer documento que demonstrasse a origem dos recursos e a existência de somente esta atividade de que decorrem, não é possível que se faça o arbitramento apenas com base no "spread", cujo percentual sequer foi comprovado pela Recorrente.

E mesmo assim, no caso concreto apesar da alegação de intermediação na compra e venda de moedas, o próprio esquema delituoso construído com a finalidade de eventualmente ocultar os reais detentores ou destinatários, acabou mudando a natureza jurídica das operações.

Isto porque, a atuada realizava as operações em nome próprio, e não como intermediária, razão pela qual a tributação necessariamente deve recair sobre todo o valor movimentado, não apenas pelo "spread", o qual, repita-se, sequer restou comprovado e quantificado diante da imprestabilidade da contabilidade.

Desta forma, tendo em vista que não há qualquer certeza acerca da atividade a que tais recursos se referem, correto o arbitramento do lucro com base em 100% das receitas, conforme efetuado pela autoridade fazendária.

Da Qualificação da Penalidade e da Decadência

A qualificação da penalidade foi imputada conforme a seguinte motivação da fiscalização:

"Está claro que, ao ocultar tamanha renda tributável A Administração Tributária Federal, tinha o contribuinte a consciência que a conduta levaria ao resultado ilícito (...)"

Indubitavelmente, as ações perpetradas pela autuada, através de seus sócios de fato, caracterizaram, em tese, o propósito deliberado de impedir ou retardar, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, além de procurar impedir a ocorrência ou modificar a característica essencial do fato gerador do imposto, (...) Restou certo que pessoas estranhas ao quadro societário da empresa movimentaram contas bancárias em seu nome, com o fim deliberado de fugir da tributação. "

Antes de analisar o caso concreto, cumpre verificar a natureza da sanção tributária, em especial da multa qualificada.

O vocábulo sanção é adotado pelo direito positivo brasileiro tanto para indicar a aprovação de uma lei, quanto para indicar uma coerção.

A sanção, enquanto meio coercitivo, é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular diretamente um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe. Assim, a sanção corresponde à consequência jurídica pela desobediência a determinada norma jurídica, sendo elemento a ela inerente. A desobediência de um dever imposto por uma norma jurídica corresponde ao denominado ilícito, o qual é a razão da imposição da sanção, consequência jurídica.

Na norma sancionadora, verifica-se no antecedente um fato jurídico correspondente a determinado evento ilícito vertido em linguagem competente. No consequente, está a própria sanção com as indicações precisas dos sujeitos do vínculo (in casu, o contribuinte e a fazenda) e a forma de calcular-se o montante da penalidade aplicável.

Desta feita, a sanção é uma consequência jurídica que pode ser tanto de natureza indenizatória, anulando os efeitos do ato ilícito praticado, quanto penalizatória, apenando aquele que cometeu o ilícito. Sobre a natureza indenizatória e penalizatória da multa, Hector Villegas classifica-as como repressivas ou repressivo-compensatórias, dependendo da finalidade de castigar o infrator, ou castigá-lo e ressarcir o fisco pelos prejuízos sofridos. Em ambos os casos, a consequência jurídica deverá pretender coibir a ilicitude.

Se a sanção é consequência jurídica da desobediência de uma determinada norma jurídica, então, a natureza da sanção está diretamente relacionada com a natureza da norma jurídica desobedecida, melhor dizendo, com o ilícito que tenta impedir.

Dito isto, partindo do tipo de ilícito, passamos ao elenco das espécies de sanções que se verificam em lançamentos de ofício de natureza tributária, mais especificamente, as multas. As multas, no direito tributário, podem ser aplicadas em decorrência, principalmente, do não-pagamento de tributo, da mora ou da inobservância de obrigação acessória.

Em lançamentos de ofício poderão ser encontradas, isolada ou cumulativamente, sanções de natureza tributária, administrativa ou penal-tributária.

Será de natureza tributária, se aplicada em razão de descumprimento de uma obrigação tributária (obrigação de dar, entregar dinheiro aos cofres públicos). Será de natureza administrativa, se relacionada ao descumprimento de uma obrigação acessória (obrigação de

fazer). E, será de natureza penal tributária a sanção aplicada às infrações decorrentes de atos dolosos, visando a fraude ou a sonegação fiscal.

Para o evento do não pagamento, nos lançamentos de ofício, verificamos a imposição de multa de ofício, espécie de sanção pecuniária. As multas de ofício são penalidades pecuniárias repressivo-compensatórias ou, por vezes, predominantemente repressivas, que normalmente asseguram o recebimento do crédito tributário pelo erário. Tais multas podem aparecer como valores fixos ou por limites (máximo e mínimo), mas, via de regra, as multas de ofício constituem-se em percentuais aplicáveis sobre o valor do tributo devido ou do fato jurídico.

O percentual e a base (tributo devido ou fato jurídico), quantificadores da sanção, variam de acordo com a sua natureza predominantemente repressiva ou compensatória, dependendo das características do descumprimento da obrigação.

No âmbito federal, a multa de ofício será agravada (percentual aumentado pela metade), nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ou apresentar documentos. Será qualificada a penalidade (percentual duplicado), nos casos de sonegação e fraude.

No caso de qualificação da penalidade, a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 44, § 1º (na redação vigente à época do lançamento), estabelece que "o percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo [75%] será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis". Ou seja, importante observar que a menção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 é feita para limitar a qualificação da multa apenas aos casos em que ocorrer sonegação, fraude ou conluio.

Há, portanto, que se distinguir a fraude do mero erro ou entendimento do contribuinte acerca de determinado fato. Isto porque, a multa de ofício qualificada é sempre aplicada para os casos em que se pretende a fraude ou a sonegação. Por esta razão, a autoridade administrativa deve observar, para a imputação desta espécie de multa, a existência do elemento subjetivo, o dolo. O dolo se verifica pela vontade do agente de alcançar o resultado (in casu, fraude ou sonegação) ou assumir o risco de produzi-lo.

Afirma-se que a autoridade administrativa precisa averiguar se efetivamente existiu dolo para que então possa imputar a multa qualificada, com base no próprio Código Penal Brasileiro, o qual assevera no parágrafo único do artigo 18 que: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente."

Neste passo, a sanção administrativa de natureza predominantemente punitiva será aquela única, dentre as multas tributárias, de natureza subjetiva, na qual se identifica vontade do agente (intuito doloso) e o nexó entre sua atitude e a sonegação, a fraude ou o conluio.

O conluio é o ajuste entre duas pessoas (físicas e/ou jurídicas), visando sonegação ou a fraude. Tanto a sonegação quanto a fraude correspondem a ações ou omissões tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento ou acontecimento do fato jurídico tributário, respectivamente. Na definição de Ruy Barbosa Nogueira, a sonegação

impede a apuração da obrigação tributária principal enquanto a fraude impede o pagamento do tributo já devido.

Assim, distinguindo-se o ilícito penal e do ilícito fiscal, tem-se que, enquanto para o primeiro aplica-se o elemento subjetivo (trata-se de sanção de caráter personalíssimo), para o segundo, aplica-se o critério objetivo. Enquanto as sanções penais e penais tributárias se referem à conduta do agente, as sanções meramente fiscais, assim como as sanções administrativas, referem-se ao fato (ex. falta de pagamento de imposto).

Nesse ponto, para a falta de pagamento do imposto aplica-se a responsabilidade objetiva, prevista no artigo 136 do Código Tributário Nacional: "a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

Já a aplicação da "multa qualificada" pressupõe uma ilicitude especialmente qualificada. Para a aplicação da sanção administrativa de natureza "penal tributária", além da infração tributária haverá que ser verificada a participação e vontade do agente.

Sobre este aspecto, nunca é demais lembrar que a mera falta de pagamento de tributo não é crime, tampouco ato doloso. Arrematando a questão, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro também pugna pela responsabilidade pessoal do agente por infrações decorrentes de dolo específico, firmando o seguinte entendimento:

"RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE. Em princípio, a responsabilidade tributária por infrações da legislação fiscal cabe ao contribuinte ou ao coresponsável, como tais definidos no CTN Mas este, como vimos, em certos casos taxativos, também a estende a terceiros os arts. 134 e 135). Em certos casos especiais, a responsabilidade será de quem cometeu a infração o agente sem que nela se envolva o contribuinte ou sujeito passivo da obrigação tributária. Isso acontece, em princípio, quando o ato do agente também se dirige contra o representado ou quando se reveste de dolo específico.

O CTN distingue três hipóteses. A primeira é a de a falta constituir ao mesmo tempo um crime ou contravenção penal.

Mas, nesse caso, também, responde o contribuinte fiscalmente, se o agente estava no exercício regular de administração, mandato, função, emprego ou no cumprimento de ordem expressa de quem podia expedi-la. No terceiro caso, há diferentes hipóteses de o agente ter praticado atos contra os seus representados, mandantes, preponentes, patrões, etc. seria demais puni-los quando já são vítimas e culpa não revelaram nas faltas dos prepostos. Mas entenda-se: a responsabilidade é exclusiva do agente quanto aos efeitos das infrações (multa, inclusive moratória, se se apossou dos fundos do mandante ou patrão e correção monetária,). Mas se o sujeito passivo continua responsável pelo imposto devido por atividade, ato ou coisa que fez surgir a obrigação tributária."

Concluimos, assim, que a qualificação pressupõe a existência de fraude ou sonegação. Portanto, sempre que houver qualificação, esta deve ser motivada em separado, já que não se confunde com o próprio motivo do lançamento, sendo certo que a motivação pressupõe uma ilicitude especialmente qualificada de natureza penal tributária.

Voltando ao presente caso, verifica-se que restou comprovada pela fiscalização não só a omissão de receita em vultuosos montantes e por longo período de tempo, como também, como bem relatado no Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 105), que "os sócios de fato e de direito e os procuradores da empresa manipularam seus recursos, de tal forma a descaracterizar completamente seu objeto, sendo que provavelmente os recursos já foram carreados para outros negócios seus. Sugere isso a prática reiterada de abrir e fechar empresas no Brasil e no exterior".

Os próprios fatos narrados e comprovados no TVF são absolutamente auto-explicativos, e demonstram de forma clara o grau de complexidade de todo o esquema criminoso montado pelos autuados, bem como a atuação direta e indireta dos mesmos na fraude.

Pelo exposto, voto pela manutenção da qualificação da penalidade.

Uma vez mantida a qualificação da penalidade, não há como se acolher a preliminar de decadência para os fatos geradores autuados, datados de janeiro a novembro de 2001, uma vez que não se aplica, in casu, o prazo previsto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, mas aquele previsto no artigo 173 do mesmo codex, porquanto existentes elementos caracterizadores do evidente intuito de fraude, estabelecidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Cumprido dizer que, para efeito de escolha entre a aplicação da norma decadencial prevista no artigo 150 ou no artigo 173, ambos do Código Tributário Nacional, deve-se verificar a forma de apuração originariamente prevista para o tributo em análise.

O lançamento, portanto efetuado pela autoridade administrativa, é resultado de uma das duas operações: ou da não homologação da apuração efetuada pelo contribuinte, ou da apuração a que está originariamente obrigada, em atividade vinculada, a Administração Pública. Para esta última hipótese, existe previsão no inciso I do artigo 149 do Código Tributário Nacional, enquanto que para a modalidade de apuração por homologação, aplicam-se outras previsões para o lançamento, como aquelas dos incisos II e III, ambos do mesmo dispositivo legal.

Os incisos se prestam justamente a demonstrar as diferentes situações: uma coisa é o lançamento de ofício como modalidade originária, outra coisa é o lançamento de ofício efetuado em revisão de apuração que ficou originariamente a cargo do contribuinte.

A meu ver, admitir que o fato de haver lançamento por parte da autoridade administrativa, em razão da não homologação da apuração efetuada pelo contribuinte, substitui a modalidade de apuração prevista para um tipo de tributo, implica em negar vigência ao disposto no artigo 149 e também ao disposto no artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional. Ainda, importa essa interpretação em tornar sem efeito a disposição última do citado artigo. Isto porque, o referido dispositivo legal expressamente determina que é apenas no caso de comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação que, na modalidade de apuração por

homologação, este prazo se desloca para aquele disposto no artigo 173, inciso I, do mesmo Código.

Nos casos de apuração por homologação apenas haverá constatação de dolo, fraude ou simulação se houver lançamento de ofício, mas nem sempre que há o lançamento de ofício existe a constatação de dolo, fraude ou simulação. Assim, se a norma legal especifica as hipóteses em que o prazo previsto no artigo 150 do Código Tributário Nacional se desloca para aquele previsto no artigo 173 do mesmo código, então tal prazo não pode ser aplicado para qualquer lançamento de ofício, senão apenas nos casos em que ocorrer lançamento de ofício que implique em não homologação do procedimento adotado pelo contribuinte e com constatação de dolo, fraude ou simulação. O prazo previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional é também aplicável aos tributos cuja modalidade de apuração é originariamente de ofício, conforme dispõe o inciso I do artigo 149 do Código Tributário Nacional.

Como visto no presente caso, verifica-se o deslocamento do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional para o artigo 173 do mesmo *codex*, porquanto existentes elementos caracterizadores do evidente intuito de fraude, estabelecidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, conforme exaustivamente demonstrado ao longo do presente voto, bem como no Relatório de Auditoria Fiscal.

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, manter a responsabilização, por interesse comum, de todas as pessoas físicas e jurídicas arroladas bem como a integralidade do crédito tributário, inclusive com a penalidade qualificada, negando provimento aos Recursos Voluntários interpostos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva