



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

Processo n° 10660.720143/2013-44
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-002.276 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de junho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - OMISSAO DE RECEITAS
Recorrentes GRAO DE OURO ARMAZENS GERAIS LTDA - EPP
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais carece de competência para se pronunciar sobre o processo administrativo de arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL

Nos termos da lei, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária, na hipótese do titular, após intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a sua respectiva origem.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF n° 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

SIMPLES NACIONAL. MAJORAÇÃO DAS ALÍQUOTAS EM 20%. CABIMENTO.

Cabível a majoração das alíquotas máximas do SIMPLES, em 20% (vinte por cento), na hipótese de o contribuinte ultrapassar o limite máximo previsto na legislação tributária.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CABIMENTO.

A multa de ofício de 75% está prevista em lei, razão pela qual deve ser exigida.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIO-GERENTE.

A mera qualificação de sócio, ainda que com amplos poderes de administração, não enseja a imputação de responsabilidade pessoal ou solidária, devendo o fisco motivar e comprovar a prática de ato com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato social ou caracterizar a confusão patrimonial, o que não restou demonstrado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: 1) negar provimento ao Recurso de Ofício; 2) negar provimento ao recurso voluntário da contribuinte; e, 3) dar provimento ao recurso voluntário do responsável tributário Sr. Silvio de Souza Filho para afastá-lo do pólo passivo, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator.

EDITADO EM: 29/06/2018

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Eduardo Morgado Rodrigues (suplente convocado em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Por bem resumir a controvérsia instaurada, reproduzo o seguinte trecho do relatório da decisão de piso (fls. 2.476/2.504):

Em nome da interessada foram lavrados autos de infração referentes ao IRPJ (Simples Nacional), à CSLL, ao PIS/Pasep e à Cofins, fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro a dezembro do ano-calendário 2008, que lhe exigem um crédito tributário total no valor de R\$ 3.792.226,39, com juros de mora calculados até o último dia útil de fevereiro de 2013.

Consta do Termo de Verificação Fiscal – TVF, que a empresa, optante pelo SIMPLES, foi selecionada para o procedimento fiscal por apresentar movimentação financeira incompatível com a receita declarada, nos anos-calendário 2008 e 2009.

No período do procedimento fiscal, a empresa foi intimada por diversas vezes, sendo lavrados Termo de Início de Procedimento Fiscal, Termo de Constatação e de Intimação Fiscal, Termo de Notificação e Termo de Constatação Fiscal.

Da análise de toda a documentação coletada ficou constatado que o sujeito passivo incorreu em infrações a dispositivos e normas legais pertinentes ao SIMPLES NACIONAL e demais dispositivos legais aplicáveis.

Fundamentou-se no art. 34 da Lei Complementar n.º 123/2006 e no art. 42 da Lei n.º 9.430/96, que trata da omissão de receita. Transcreveu ainda, caput e parágrafos 1º e 2º, inciso I, do art. 849 do Decreto n.º 3.000/99 (RIR/99), que tratam do mesmo assunto, para depois concluir que os dispositivos legais estabelecem uma presunção legal de omissão de rendimentos, que autoriza o lançamento dos tributos devidos, transferindo ao contribuinte o ônus de elidir a presunção, mediante a comprovação da origem dos recursos.

Feito isso, passou a cuidar da permanência indevida da empresa no Regime de Tributação SIMPLES NACIONAL, para depois tratar dos acréscimos legais devidos, dentre os quais majoração de alíquotas, multa e juros de mora aplicáveis.

Mais a frente tratou da sujeição passiva solidária, com fundamentação legal nos arts. 124, 135, inciso III, e 137, inciso I, todos do CTN.

Por derradeiro, faz um breve relato da Representação Fiscal p/ Fins Penais e do Arrolamento de Bens e Direitos efetuados, para depois proceder à conclusão.

A contribuinte, por sua vez, após um breve relato dos fatos, em síntese, assim se defende:

[...]

Dos fatos acima narrados e diante da documentação apresentada pela **Impugnante**, por ocasião do trâmite do procedimento fiscalizatório, não pairam dúvidas acerca de determinados conclusões a que inegavelmente se podem chegar, quais sejam:

- a origem dos valores creditados em conta corrente da **Impugnante**, é proveniente de um negócio envolvendo a comercialização de milho em grãos;
- existia um negócio comercial realizado entre determinados produtores rurais, a **Impugnante** e um adquirente de milho;
- o ato formal de emissão da nota fiscal de venda de milho foi realizada pelo Produtor Rural diretamente para certos adquirentes;
- a **Impugnante** não adquiriu formalmente tampouco faticamente o milho vendido pelos produtores rurais;
- A **Impugnante** prestava serviços de armazenagem e secagem para diversos produtores de grãos na região de Alfenas Minas Gerais, que contavam com sua total confiança;

Assim, a questão central divergente que envolve este auto de infração está focada no seguinte ponto:

A Impugnante foi legitimada pelos produtores rurais, através do "Termo de Autorização", a receber os valores advindos da comercialização do milho por eles realizada, como se fosse seu, para posterior repasse e prestação de contas ??????.

Se a resposta for positiva os valores apontados como "**Créditos de Origem não Comprovada**", pela i. Auditora Fiscal, em seu "**Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Total**" não poderão ser entendidos como omissão de receita, descaracterizando o auto de infração perpetrado.

Por outra banda, **caso a resposta seja negativa**, ainda assim há que se considerar que houve intermediação, realizada pela **Impugnante**, na venda de milho feita pelo produtor rural, e a partir daí adotando critérios objetivos, analisar todas as "**Autorizações**" emitidas entre a **Impugnante** e os Produtores Rurais, refazendo o "**Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Total**" para só assim apurar o valor dos "**Créditos de Origem não Comprovada**".

Mesmo porque, os valores que Ingressaram nas contas-correntes da Impugnante - a título de recebimento da operação havida entre produtor e terceiro-comprador - tiveram destino a seus legítimos possuidores, como se verá abaixo.

Infere-se de toda a narrativa concatenada que os valores que ingressaram nas contas-correntes da Impugnante nem todos eram oriundos da prestação de serviços, mas que havia também recebimento de quantias que provinham da venda de mercadoria de produtores rurais, cuja operação era apenas intermediada por aquela.

Pois bem. Assim entendido e demonstrado nos autos do procedimento de fiscalização que houve a Intermediação efetuada pela Impugnante, ante as várias autorizações juntadas que afiguram-se, juridicamente, como contratos com inserção de cláusula-mandato, outro caminho não há senão conceber que os valores recebidos pela Impugnante à título daquelas negociações Intermediadas não lhe pertenciam.

Ora, se os valores não lhe pertenciam, é certo que não ficaram depositados - ad *eternum* - em suas contas-correntes e tiveram outro destino, qual seja, o repasse aos seus legítimos donos ou possuidores, que são, em outras palavras, os produtores rurais que venderam as ditas mercadorias.

É nesse compasso que encontra-se outra ILEGALIDADE praticada no procedimento de fiscalização, uma vez que não foram consideradas as "saídas" dos valores.

[...]

E esta "saída" dos valores também está demonstrada nos autos, conforme se infere das planilhas juntadas, apontando o pagamento de soma em dinheiro a todos os produtores que celebraram contrato com a Impugnante, cuja cláusula-mandato

(Autorização) assim direcionava a consecução da operação de intermediação.

Portanto, não pode a Fiscalização pretender tributar como "renda" valores que ingressaram nas contas-correntes da Impugnante, quando essas mesmas quantias tiveram outro destino, ou seja, foram repassadas aos produtores que delas faziam jus .

Além disso, é de se registrar que não tendo a Impugnante "apoderado-se" das quantias que foram creditadas em suas contas-correntes, razão não há para que seja tributada sobre o excedente.

Ora, a questão posta em discussão não é tão simplista como quer fazer parecer a i. Auditora. Não se trata, obviamente, de CRÉDITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Mas, conforme se viu e demonstrou-se no trâmite do procedimento fiscalizatório, os créditos excedentes foram repassados aos seus verdadeiros donos.

[...]

Assim, não tendo permanecido os valores nas contas corrente da Impugnante razão não há para que seja tributada pelo excesso.

Nos dizeres da i. Auditora Fiscal, o livro caixa não contemplava a totalidade da movimentação financeira, e as "AUTORIZAÇÕES" não identificavam inequivocamente o outorgante ou o produto a ser negociado, concluindo que "não há nenhum elemento que comprove a efetividade da alegada intermediação" grifo nosso transcrito em parte fls. 2 item 2, do relatório, conforme abaixo:

...

Com este argumento a i. Auditora Fiscal desprezou e refutou todas as provas produzidas pela Impugnante consistente na apresentação do "Livro Caixa" juntamente com "AUTORIZAÇÕES" para intermediação de venda.

Com isso afrontou um dos princípios básicos de nosso ordenamento jurídico que é o do contraditório e da ampla defesa, insculpido no artigo 5º de nossa carta constitucional, [...]

Observa-se, ainda, que o método utilizado para classificação (exclusão e inclusão) dos créditos não possui critérios objetivos e claros o suficiente, para que se pudesse combater efetivamente o valor apurado sob a rubrica de "**Créditos de Origem não Comprovada**".

Finaliza pugnando contra o lançamento efetuado, a majoração de 20% imposta sobre as alíquotas máximas do Simples Nacional e a multa aplicada no percentual de 75%, citando, com relação à multa, ofensa ao princípio constitucional do não

confisco e jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Já os responsabilizados pelo crédito tributário constituído, sujeitos passivos solidários, apresentaram impugnações em separado da empresa autuada. E após um breve relato dos fatos, os responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário assim se defendem:

- preliminarmente, requerem a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária – TSPS, por ausência de motivação do ato administrativo. Nessa linha de argumentação, entendem que a sujeição passiva tributária, como elemento essencial do lançamento, subordina-se ao princípio da legalidade estrita. Sendo assim, o referido TSPS há que ser analisado à luz da legislação e não a meros ‘achismos’ da fiscalização. Entendem que o princípio da motivação obriga a autoridade administrativa a indicar as razões, quais foram os fatos, qual é o fundamento de direito, qual o resultado almejado, em suma, a autoridade vai dar a justificativa do ato. Aduzem ainda que não se poderia aceitar que os fundamentos do ato administrativo deixem de constar em seu bojo, já que o ato é dirigido ao impugnante e a situação deve ser avaliada em relação à sua pessoa, não de forma genérica como se vê no indicado item 4 do TVF. Assim, a decisão que atribui sujeição passiva por responsabilidade deve ser adequadamente motivada e fundamentada, não apenas em relação à norma jurídica, mas em relação especialmente ao preenchimento dos requisitos de fato para a aplicação de tal norma. Não pode o contribuinte ou o responsável solidário depender de presunções e ficções em relação à motivação de sua inclusão no polo passivo da obrigação. Tais presunções são inadmissíveis, pois por vezes impõe ao autuado deveres probatórios ontologicamente impossíveis, irrazoáveis e desproporcionais. Aduz que o art. 135 aponta as seguintes situações para os atos praticados pelo sócio administrador: “... resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. O apontamento genérico que o impugnante era sócio/sócio-administrador da empresa, por si só, não esclarece a motivação do ato administrativo de lavratura do TSPS, o qual deveria estar embasado em atos irregulares na prática da administração, atos este que devem ser dolosos e reais, jamais presumidos. Conclui dizendo que o ato jurídico administrativo não aponta a situação de fato que nos leva a reconhecer o motivo para sua consecução pela autoridade fiscal, devendo ser declarado nulo o referido Termo;

- meritoriamente, alegam que, independentemente da condição de sócio/sócio-administrador, nunca foram praticados atos com excesso de poder ou mesmo com infração de lei, pelo que entendem indevida a autuação das pessoas físicas, pois estas não se confundem com a personalidade jurídica da empresa.

Após isso, passam a arrazoar sobre os arts. invocados pela fiscalização, arts. 124, 135, inciso III, e 137, inciso I, todos do CTN, nos seguinte termos:

Interpretou mal a senhora Fiscal, a expressão **“interesse comum”** da norma, assim como vem fazendo vários agentes da administração, no exclusivo interesse do Fisco em criar situações de restrição patrimonial dos sócios com intuito de “forçar” o pagamento do que entendem devido.

Desta análise se extrai que a expressão **“interesse comum”** refere-se, por exemplo, ao condomínio ou co-propriedade de um imóvel, em que ambos proprietários teriam interesse comum na diminuição do IPTU.

Como a própria senhora fiscal aponta no item 4 do termo de verificação:

“Ora, é óbvio que os sócios de uma empresa têm interesse comum na ocorrência do fato gerador. É próprio da atividade comercial a busca do resultado econômico...”

Totalmente desprovido de bom senso tal assertiva.

Caso bastasse a sociedade para responsabilização do sócio, se assim entendêssemos a expressão “interesse comum”, as normas que regulamentam a responsabilização dos sócios (ex artigo 135 do CTN) seria uma despropositada norma sem qualquer efeito.

Senhores julgadores, não se cogita a hipótese de uma pessoa no estado normal de suas faculdades mentais fazer-se sócio de uma empresa com o propósito de obter prejuízo ou de não obter vantagem financeira. À exceção logicamente de sociedades sem fins lucrativos, assistenciais por natureza.

Do fato “ser sócio”, ainda que administrador, não decorre objetivamente o “ser responsável tributário”.

Também sem base jurídica a “tese” da autoridade fiscal de que do artigo 124, I extrai-se que o sócio está “ligado” ao fato gerador ou que tem interesse comum com a empresa no sentido de responsabilidade tributária.

Repise-se, se a simples condição de sócio ensejasse na responsabilidade tributária por estar “ligado” ao fato gerador, não haveria necessidade sequer de existir pessoa jurídica ou as normas que delimitam a responsabilidade tributária dos sócios.

[...]

Em toda narrativa dos fundamentos da sujeição passiva do impugnante, não há sequer uma menção a quais teriam sido os atos de gestão do impugnante que houvesse dolosamente excesso de poder ou infração de lei, estatuto ou contrato social, requisitos previstos no artigo 135, III do CTN.

[...] haveria que se comprovar o excesso de poderes ou a contrariedade à lei, contrato ou estatuto, o que não ocorreu e certamente que o mero inadimplemento de obrigação tributária, caso exista, entendimento já pacificado em nosso sistema

jurídico, não é motivo suficiente para ensejar na responsabilização do sócio.

Tem-se que a expressão “contrariar lei” não alcança o mero inadimplemento tributário, ainda que este exista.

Por sua vez, o artigo 135 do CTN é taxativo na descrição de situações possíveis de responsabilização dos sócios, não podendo o órgão administrativo, a seu bel prazer, responsabilizar o sócio sem prova cabal do preenchimento dos requisitos trazidos na norma jurídica em análise.

O artigo vem sendo utilizado de forma equivocada e sem respeitar os limites do seu próprio enunciado.

Em Sessão de 20 de junho de 2013, a DRJ/JFA, por unanimidade de votos, julgou a impugnação parcialmente procedente, por meio de decisão de fls. 2.476/2.504 que recebeu a seguinte ementa:

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

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

DA MAJORAÇÃO EM 20% SOBRE AS ALÍQUOTAS MÁXIMAS DO SIMPLES.

Na hipótese de o contribuinte optante pelo Simples Nacional ultrapassar o limite máximo previsto na legislação tributária, a parcela da receita bruta total mensal que exceder esse limite estará sujeita às alíquotas máximas previstas, majoradas em 20% (vinte por cento).

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO.

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas. Uma vez que há expressa previsão legal a prever a penalidade aplicada, a autoridade administrativa a ela está vinculada, não cabendo a esta apreciar questões atinentes a ofensas a princípios constitucionais.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos litígios decorrentes, quanto à mesma matéria fática.

NULIDADE. LANÇAMENTOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que os Autos de Infração foram formalizados com motivação e descrição dos fatos compatíveis com o enquadramento legal, em estrita observância aos requisitos legais.

ÔNUS DA PROVA.

Cabe à autoridade lançadora provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. Comprovado o direito de lançar cabe ao sujeito passivo alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e além de alegá-los, comprová-los efetivamente.

DECADÊNCIA.

Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI.

Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica respondem pessoalmente e solidariamente pelo crédito tributário decorrente de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. São afastados da responsabilidade pessoal e solidária os sócios da pessoa jurídica que não exercem funções de gerência/administração na sociedade, visto que tais pessoas, a despeito de possuírem interesse econômico no lucro da empresa, não praticaram atos que os vinculasse diretamente à situação que fez surgir o fato gerador.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A decisão de primeira instância reconheceu a decadência relativa ao mês de competência de janeiro de 2008 e afastou a responsabilidade solidária atribuída ao Sr. José Flávio Esteves Dias, afastamento este que ensejou a interposição de recurso de ofício.

O contribuinte principal apresentou recurso voluntário às fls. 2.513/2.528. Repisa os argumentos de defesa; rebate alguns pontos específicos; e aduz que argumentos importantes trazidos na defesa não foram apreciados (como, por exemplo, o questionamento ao arrolamento de bens), o que torna a decisão nula; no mérito, insiste na alegação de que seria mera prestadora de serviços, tendo sido demonstrado o repasse dos valores aos destinatários corretos e que a base de cálculo adotada fere a razoabilidade.

O solidário Sr. Silvio de Souza Filho também interpôs recurso voluntário (fls. 2.530/2.539), reiterando as alegações da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli - Relator

Os recursos voluntários são tempestivos e cumprem os demais requisitos legais. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Nulidade do arrolamento

O arrolamento de bens e direitos constitui medida administrativa de garantia do crédito tributário não sujeita ao processo administrativo fiscal regulado pelo Decreto nº 70.235/1972.

A discussão sobre o valor do patrimônio da empresa e o total arrolado não integram a presente lide e não dizem respeito à matéria de competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf).

Omissão de receitas

A Recorrente, no ano-calendário de 2008, optou pelo SIMPLES NACIONAL, mas foi selecionada para procedimento fiscal de auditoria em razão da apresentação de movimentação financeira incompatível com a receita declarada.

Segundo disposição legal (art. 34 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 42 da Lei n.º 9.430/96), as empresas optantes pelo SIMPLES são obrigadas a manter livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária (parágrafo 2º do art. 26 da LC n.º 123/06) e guardar em boa ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações pertinentes, todos os documentos suporte da escrita.

Uma das causas de exclusão do Simples Nacional, resalte-se, é justamente a constatação de falta de escrituração do livro-caixa ou este não permitir a identificação do fluxo financeiro e bancário da empresa (inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123/06).

Referida LC 123/2006 também prescreve que:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

As presunções, como se sabe, são meios de prova previstos no ordenamento jurídico e, desde que previstas em lei, podem ser utilizadas no direito tributário. Tal expediente, na verdade, acaba por exercer papel auxiliador na busca de riqueza (capacidade contributiva) do contribuinte, coibindo práticas e desestimulando condutas que possam implicar abusos ou sonegação.

O efeito prático da presunção consiste em inverter o ônus da prova. A regra geral - a de que cabe ao fisco o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao contribuinte o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito - é invertida. Assim, cabe ao fisco demonstrar a existência do fato definido pela lei como necessário e suficiente à subsunção da presunção ao caso concreto, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não ocorreu.

Nessa situação a fiscalização fundamentou o Auto de Infração na presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

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

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000, 00 (oitenta mil reais)."

Em se tratando de omissão de receitas fundada na presunção relativa veiculada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, cumpre ao fisco produzir a prova da existência de depósitos cuja origem o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, e incumbe ao contribuinte a prova de que estes depósitos não têm origem em receita ou, se receita, são não tributáveis ou já foram oferecidas à tributação.

A fiscalização, portanto, no uso da presunção legal de omissão de receita em face de depósito bancário, deve: **(i)** identificar os valores creditados; **(ii)** individualizá-los; **(iii)** excluir os créditos oriundos de transferência ou resgate de contas ou aplicações do mesmo titular; e **(iv)** intimar o contribuinte a justificar e comprovar a respectiva origem, assegurando-lhe o contraditório.

Nesse caso concreto, entendo que restou demonstrado que a autoridade fiscal responsável pelo lançamento cumpriu os requisitos legais em questão.

Conforme relatou no TVF:

Confrontando os Livros-Caixa apresentados, verificou-se que os mesmos não contemplavam a totalidade da movimentação financeira, ainda que exigido pela legislação de regência do SIMPLES NACIONAL, o mesmo ocorrendo com os arquivos SINTEGRA (DOC 13 a 16).

[...]

Conforme análise dos extratos bancários (DOC 40) há créditos significativos de origem não comprovada. Com base nesses créditos foram elaboradas e encaminhadas ao contribuinte, por meio de diversos termos (DOC 21, 24 e 28), planilhas mencionando os valores a serem comprovados e/ou justificados individualmente, onde o mesmo deveria comprovar a origem de tais créditos.

Nas planilhas anexadas (DOC 04 fls. 01), estão demonstradas as receitas declarada (DASN DOC 34 e 35), real (apurada pela análise dos extratos bancários – DOC 40) e a diferença entre elas, caracterizando a omissão de receitas auferidas efetuada pela empresa.

Tais planilhas (DOC 04) consolidam, mês a mês, os créditos/depósitos movimentados nas referidas contas bancárias e excluem as rubricas referentes a transferências de uma conta para depósito em outra, estornos, cheques devolvidos, cheques sem fundos, empréstimos bancários, resgates de aplicações e créditos correspondentes a débitos de igual valor até 7 dias antes da operação entre as contas correntes e poupanças nas referidas instituições financeiras.

A fiscalização bem se ateu ao fato de identificar e relacionar os depósitos bancários credores que poderiam revelar receitas mantidas à margem da escrituração de forma prévia ao lançamento, intimando e re-intimando o contribuinte a apresentarem comprovação da origem.

Já a Recorrente não conseguiu reunir documentos hábeis e idôneos que comprovassem a origem dos créditos (recursos) utilizados nas operações.

Ao longo das respostas e documentos juntados, os interessados em nenhum momento trazem comprovação da origem do CRÉDITO para a vultosa movimentação financeira omitida de sua escrituração. Limitaram-se a argüir que os lançamentos credores identificados são receitas de terceiros (clientes), uma vez que recebe por conta e ordem valores

de venda de milho que a Recorrente intermediaria. E anexa, como prova, cópia de "Autorizações" de Produtores Rurais e comprovante de alguns valores a título de repasse.

Essa documentação foi considerada insuficiente e não aceita como prova hábil ainda durante o procedimento de fiscalização, sob a seguinte motivação:

*A análise dos documentos representativos das alegadas intermediações (DOC 20 Fls 01) demonstrou que os contratos, todos pré-impressos, além de não identificarem, inequivocamente, o outorgante (em sua maioria, o campo destinado à qualificação/identificação do outorgado está em branco ou incompleto e **sem assinatura**) ou o produto a ser negociado. Resumindo, não há nenhum elemento que comprove a efetividade da alegada intermediação (Ilustrativamente, DOC 23 Fls. 71, em diante).*

Além disso, o contribuinte não identificou nenhum depósito/transferência ou comprovou o repasse feito, por ele, ao suposto vendedor (cópias de cheques, documentos de transferências, etc). Tal comprovação se daria por coincidência de datas e valores entre os ingressos e saques nas suas contas correntes (Ilustrativamente, DOC 23 Fls. 71, e seguintes).

Não há amparo na legislação tributária para aceitação, como prova de origem de depósitos em conta bancária a declaração feita pelo contribuinte de serem recursos oriundos de intermediação, uma vez desacompanhada de documentação hábil e comprobatória. Não podem ser aceito que, grande parte de movimentação financeira tão significativa, seja comprovada com meras alegações. É princípio elementar do Direito que "alegar e não provar é o mesmo que não alegar".

Na impugnação a Recorrente limitou-se, novamente, a afirmar que, no contexto empresarial no qual atua, os depósitos são plenamente justificados, conforme evidenciaria a documentação já acostada.

A DRJ, porém, reiterou que a Recorrente não obteve êxito na comprovação documental da origem dos lançamentos credores de suas contas bancárias. Nas suas palavras:

Ora, como no livro Caixa não constava devidamente escriturada a movimentação financeira da empresa, conforme os ditames legais, este, por óbvio, não poderia servir de supedâneo para representar efetivamente a real situação das receitas auferidas pela empresa. Por isso, foi desconsiderado pela fiscalização.

Já no que toca às citadas Autorizações de Intermediação, para tornar mais clara a decisão a ser neste voto tomada, cabe aqui reproduzir parte do TVF:

...

Da leitura do texto anteriormente reproduzido, fica patente que a autoridade administrativa competente procedeu de forma

criterosa e minuciosa à apreciação dos documentos representativos das alegadas intermediações.

Ora, ao contrário do que alega a interessada, constam de forma clara e precisa no Termo de Verificação Fiscal e nas planilhas demonstrativas de apuração, todos os procedimentos adotados pela autoridade fiscal:

[...]

Do exame das aludidas Autorizações de Intermediação, bem como do procedimento efetuado pela fiscalização, pode-se constatar que a fiscalização agiu conforme os ditames legais. Como dito e verificado, não foi identificado nenhum depósito/transferência ou mesmo comprovado qualquer repasse feito pelo sujeito passivo ao suposto vendedor da mercadoria, o que deveria se dar pela elaboração de uma planilha que conciliasse datas e valores entre os ingressos e saques nas contas correntes, levando-se em consideração os extratos bancários, as alegadas comissões recebidas e registradas no livro Caixa (como alega a interessada), os valores constantes das notas fiscais e os constantes nas aludidas Autorizações.

De uma análise detalhada dos autos, não consegui correlacionar sequer uma saída de recursos das contas correntes do sujeito passivo às citadas operações, Autorizações de Intermediação, comissões recebidas registradas no livro Caixa, notas fiscais e valores debitados de suas contas.

Assim, pode-se concluir por não haver nenhuma imperfeição que macule os lançamentos efetuados, não existindo qualquer ilegalidade no procedimento fiscal, nem qualquer dificuldade para que a contribuinte exercesse, como o exerceu, durante o curso normal do procedimento fiscal e no prazo legal de contestação da exigência, o seu direito de contraditório e ampla defesa.

[...]

De mais a mais, de acordo com os autos e o TVF, o auto de infração se deu por presunção legal de omissão de receitas, nos termos do art. 42 da Lei n.º 9.430/96 (art. 849 do Decreto n.º 3.000/99 – RIR/99). Trata-se, portanto, de presunção legal relativa que admite que o contribuinte produza prova em contrário, reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário.

O interessado aduz na impugnação cerceamento de defesa por falta de motivação, contudo, não traz à colação qualquer alegação ou elemento de prova capaz de infirmar o feito fiscal, contrariando os artigos 15 e 16, caput, III, do Decreto n.º 70.235/72.

Como se nota, a autoridade administrativa competente e a DRJ procederam a uma análise criteriosa e minuciosa dos documentos representativos das alegadas intermediações e corretamente concluíram que não são aptos a afastar a presunção legal de omissão de receitas.

Não há, nos autos, elementos probatórios hábeis trazidos que sejam capazes de demonstrar a origem dos depósitos e respectivos repasses coincidentes em datas e valores, como exige a lei.

A contribuinte deveria vincular seus clientes/fornecedores às notas fiscais/faturas, correlacionar as autorizações de intermediação às liquidações das operações, identificar os repasses de forma analítica em suas contas bancárias, guardar cópia dos comprovantes de fretes, conciliar as operações bancárias com o livro Caixa, mas isso não foi demonstrado.

A mera juntada de "autorizações", planilhas e a descrição do negócio explorado e sua atividade operacional, desacompanhadas do respectivo suporte documental (escrituração, transferência financeira com coincidência de datas e valores, nota fiscal, troca de correspondências etc.), não é suficiente, ou melhor, não caracteriza prova da origem dos depósitos.

E nem se diga que a fiscalização incorreu em ilegalidade na prática do procedimento fiscal instaurado por não terem sido consideradas as "saídas" de valores das contas bancárias.

Isso porque o fisco demonstrou que o Livro Caixa a que esteve obrigado o contribuinte revela evidentes indícios de erros ou deficiências que a tornam imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária.

Ademais, existe Súmula no CARF (nº 26) que dispõe que "*a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada*".

Fundada corretamente a pretensão da Fazenda Pública na presunção legal do art. 42 da Lei n.º 9.430/96, caberia ao sujeito passivo apresentar as provas que pudessem impedir a sua caracterização, o que não ocorreu.

Assim, considero correta a imputação de omissão de receitas.

Base de cálculo

No que concerne aos argumentos de violação do princípio da razoabilidade e não confisco representado pela base de cálculo adotada no Auto de Infração, convém ressaltar que, conforme visto, ela foi dimensionada em conformidade com a lei.

Não obstante, tal linha argumentativa implicaria análise de matéria de cunho constitucional, o que resta prejudica na via administrativa. O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária, matéria esta que cabe tão somente ao Poder Judiciário (cf. Súmula CARF nº 2).

Da majoração de 20% sobre as alíquotas do SIMPLES

Correta a majoração de 20% das alíquotas aplicáveis na sistemática do SIMPLES, em obediência aos ditames da LC n.º 123/2006 (art. 18, parágrafo 16).

Não há, portanto, como afastar a aplicação da majoração imposta pela autoridade fiscal.

Da multa de ofício de 75%

Quanto à incidência da multa de ofício no percentual de 75%, dispõe o artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96:

“Artigo 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.”

No presente caso, uma vez que a fiscalização apurou e constituiu diferença de tributo pago a menor, exigiu também a correspondente multa de ofício, no percentual de 75%, como determina a lei.

Dessa forma, não há como acolher o pedido da contribuinte quanto à redução da multa de ofício que foi exigida, devendo esta ser mantida.

Responsabilidade Solidária

O Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 1.890/1.891) assim fundamentou a responsabilidade solidária do sócio Sílvio de Souza Filho:

"[...] Em síntese, identifiquei a pessoa acima qualificada como RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO, uma vez que esta participava ativa e efetivamente na gerência dos negócios da pessoa jurídica fiscalizada, tendo, inclusive, amplos, gerais ilimitados poderes para individualmente, gerir e administrar a sociedade por tempo indeterminado (Cláusula Quarta da Alteração Contratual, datada de 15/03/2014 - DOC 12 - Fls. 11 do Processo Administrativo Fiscal no 10660.720143/2013-44) e pelas demais razões descritas no item 4 do citado Termo de Verificação.

Foi também emitido Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 1.892/1.893) ao Sr. José Flávio Esteves Dias nos seguintes termos:

"[...] Em síntese, identifiquei a pessoa acima qualificada como RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO, uma vez que esta tinha interesse comum na ocorrência do fato gerador, beneficiando-se do resultado econômico obtido através da realização dessas operações, e pelas demais razões descritas no item 4 do citado Termo de Verificação.

E para sustentar tal medida, assim relata o TVF:

Ora, é óbvio . que 'os sócios-' de uma empresa 'têm interesse comum na ocorrência do fato gerador. É próprio da atividade comercial a busca do resultado econômico através da realização de operações que caracterizam fatos geradores, pois os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes formais ou informais, posto que -todos ganham, com o fato econômico

Em particular, o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, estabeleceu a responsabilidade tributária de diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas de direito - privado, pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Neste cenário, fica demonstrado a culpabilidade daqueles - aos. quais " a responsabilidade' solidária ora se imputada, hipótese fática contemplada pela legislação fiscal de regência, nos termos dos artigos 124 e 135 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional. Tanto que a fiscalização entendeu que suas condutas caracterizaram, em tese, crimes contra a ordem tributária, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990. Inclusive foi elaborada Representação' Fiscal para Fins Penais (Processo-Administrativo Fiscal nº- 10660 .720.144/2013-99).

Assim, para a implementação da sujeição passiva solidária insculpida nas normas tributárias citadas, lavrou-se os atos. fiscais intitulados "TERMO DE SUJEIÇÃO•PASSIVA SOLIDÁRIA" (DOC 36) mediante os quais insere-se' no pólo . passivo os contribuintes (dados de qualificação extraídos dos sistemas informatizados SRF.e Contrato 'Social) :

SILVIO DE SOUZA FILHO, [...]

JOSÉ FLÁVIO ESTEVES DIAS [...]

Já a DRJ assim se pronunciou sobre a responsabilidade imputada aos sócios
pessoas físicas:

No caso do Sr. Silvio de Souza Filho, como visto, ficou evidenciado a sua participação ativa e efetiva na gerência dos negócios da pessoa jurídica fiscalizada, com amplos, gerais e ilimitados poderes para, individualmente, gerir e administrar a sociedade por tempo indeterminado.

[...]

Os sócios-gerentes e os administradores, por se vincularem ativamente às situações ocorridas e aos atos praticados durante

sua gestão ou administração, revelariam o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação”, previsto no inciso I do art. 124 do CTN.

*Assim, consoante as citadas disposições legais, o Sr. Silvio de Souza Filho, como sócio-gerente/ administrador da empresa autuada, deve responder pessoalmente e pelo crédito tributário decorrente de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou **infração de lei**, contrato social ou estatutos.*

Isso tudo já foi amplamente explicitado anteriormente no presente voto, não cabendo aqui tecer novamente comentários a exação mantida.

*Assim, **a sujeição passiva solidária atribuída ao Sr. Silvio de Souza Filho deve ser mantida.***

Já no caso do Sr. José Flávio Esteves Dias, como visto, a fiscalização constatou ter este Sr., como sócio da empresa, interesse comum na ocorrência do fato gerador.

O enquadramento legal seria a combinação do art. 124, inciso I, com os arts. 134, inciso VII, e 135, inciso III, todos do CTN.

Diz o artigo 124, inciso I, do CTN, que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Que interesse comum é esse? Pela vagueza do termo, há de se examinar cada situação que constitui o fato gerador, de modo a se averiguar se existe a comunhão de interesses mencionada, acarretando a solidariedade.

*Entendo que o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação e que, se constatado, cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica. Ou seja, o interesse comum das pessoas não é revelado pelo interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas pelo interesse jurídico, que diz respeito à **realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador**. É solidária a pessoa que atua de forma direta, realiza individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação.*

Nesse sentido, estariam afastados da responsabilidade solidária a que alude o art. 135, inciso III, do CTN, os sócios da pessoa jurídica que não exercem funções de gerência na sociedade, visto que tais pessoas, a despeito de possuírem interesse econômico no lucro da empresa, não praticaram atos que os vinculasse diretamente à situação que fez surgir o fato gerador.

Em suma: na configuração da solidariedade é relevante que haja a participação comum na realização do lucro, e não a mera participação nos resultados representados pelo lucro. A existência de interesse comum é situação que somente em cada

caso pode ser examinada. A solidariedade, em tais casos, independe de previsão legal. É a fiscalização que deve provar que há interesse comum nesta ou naquela situação.

No caso dos autos, o simples fato do Sr. José Flávio Esteves Dias ser sócio da empresa autuada não o responsabiliza pelo crédito tributário constituído. Para tanto, deveria a fiscalização buscar provas inequívocas de sua participação nos atos/fatos relatados para a caracterização da solidariedade a que alude o art. 124, I, e art. 135, do CTN, o que não se verificou.

Nesse passo, não vislumbro nos autos a constatação material necessária a fim de que seja imputada ao Sr. José Flávio Esteves Dias a sujeição passiva solidária a ele atribuída.

Pelo exposto, entendo que a sujeição passiva solidária atribuída ao Sr. José Flávio Esteves Dias deve ser retirada.

Nesse contexto, entendo que a exclusão da sujeição passiva atribuída ao **Sr. José Flávio Esteves Dias** não merece reparos, com base nas mesmas razões de decidir da decisão recorrida.

Não concordo, porém, com a manutenção da responsabilidade solidária imputada ao sócio-gerente Sr. Silvio de Souza Filho, sócio este que também deve ser excluído do pólo passivo.

De plano, nota-se que a motivação para a qualificação da solidariedade de Silvio de Souza Filho restringiu-se ao fato desta pessoa figurar como sócio-gerente da empresa, e nada mais!

O silogismo empregado foi o seguinte: como Silvio de Souza Filho é sócio com amplo poderes de gestão e administração, ele "automaticamente" possui interesse comum e responsabilidade pessoal pelos atos empresariais.

Vislumbro dois graves vícios que comprometem a imputação da responsabilidade solidária em questão: (i) nulidade por falta de motivação dos requisitos do artigo 135, III, do CTN; e (ii) não caracterização de "interesse comum" nessa situação particular.

Dispõe o artigo 135, III, do CTN:

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

[...]

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

Os pressupostos previstos no *caput* do artigo 135 - prática de ato com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social - não foi objeto de nenhum comentário pela fiscalização na imputação da solidariedade ao sócio-gerente.

Ora, se foi o uso indevido ou abusivo de sua qualificação como sócio a causa da caracterização da responsabilidade solidária, deveria a autoridade ter apontado e motivado qual ato teria sido este, como e onde foi praticado, qual a finalidade, seus efeitos etc, mas nada disso foi feito.

O TVF deveria, para valer sua tese de aplicação do artigo 135, III, ter demonstrado em que medida o sócio agiu em infração a lei, ou em contrariedade aos limites do desempenho de sua função.

Quer a autoridade fiscal ver prevalecer o Termo de Sujeição Passiva Solidária, mister que ela fundamente adequadamente o Auto, bem como comprove a participação direta e consciente daquele que detém poder de representação.

A atribuição de responsabilidade tributária não constitui expediente que possa ser utilizado “por atacado” ou “no modo automático”, uma vez que tal instituto exige a comprovação de que os fatos ou atos que geraram o descumprimento de normas tributárias tenham sido praticados conscientemente (isto é, com dolo) pela pessoa qualificada como responsável.

A propósito, já foi consolidado pelo STJ que o *inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente* (Súmula 430), em sentido oposto ao que caminhou a autoridade fiscal responsável pelo lançamento.

Isso significa dizer que a mera qualificação de sócio-gerente jamais poderia ensejar responsabilidade pessoal ou solidária, ainda mais nesse caso concreto, no qual a própria autoridade fiscal reconhece a ausência de fraude e dolo, haja vista a aplicação de multa de ofício ordinária (75%), e não qualificada (150%).

Nesse ponto, vale assinalar ainda que o STF julgou inconstitucional o artigo 13 da Lei nº 8.620/93 (STF. RE 562.276. Plenário, 03/11/2010), dispositivo este que pretendeu vincular à simples condição de sócio a obrigação por débitos previdenciários de sociedades limitadas.

Afasto, portanto, a imputação de responsabilidade prevista no artigo 135, III, do CTN em relação ao Sr. Silvio de Souza Filho.

Diferentemente da *responsabilidade tributária* do artigo 135, onde terceiros são chamados a responder pela obrigação tributária, sempre que verificadas as condições postas pela legislação, a *responsabilidade solidária* prevista no artigo 124, I, do CTN - também utilizado como base legal -, não se dirige a terceiros, isto é, pessoas estranhas à relação jurídica que dá ensejo à obrigação tributária, mas sim às pessoas que efetivamente participam do fato que constitui a hipótese de incidência tributária.

As partes coobrigadas devem participar de uma única relação jurídica, da qual em um dos polos apenas figuram as duas partes. Trata-se de um pressuposto normativo que não admite restrições.

Como já se posicionou o STJ:

[...] 7. Conquanto a expressão "interesse comum" encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação (STJ - REsp nº 884.845 – SC).

A responsabilidade solidária constitui meio de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que compõem o polo passivo desde a origem da obrigação. Assim, por exemplo, ocorre com coproprietários de mercadorias que, vendidas, sujeitam-se ao ICMS. Neste caso, existe a solidariedade, pois ambos estão no mesmo polo da relação (são vendedores). Na hipótese, porém, de faltar esta equivalência - caso do usuário final que compra mercadoria com preço abaixo do mercado -, não há que se falar em interesse jurídico e, conseqüentemente, imputar a responsabilidade por interesse comum.

O interesse econômico, reconhecemos, até pode servir de indício para a caracterização de *interesse comum*, mas, isoladamente considerado, não constitui prova suficiente para aplicar a solidariedade.

Também a utilização da responsabilidade solidária como espécie de “sanção” a determinada pessoa que teria “contribuído” com dada operação ou estrutura não é cabível do ponto de vista jurídico.

O interesse comum de que trata o artigo 124, inciso I do CTN é, portanto, sempre jurídico, não devendo ser confundido com “interesse econômico”, “sanção”, “meio de justiça” etc.

Não é suficiente que a pessoa tenha tido participação furtiva como interveniente num negócio jurídico, ou mesmo que seja mandatário, acionista, sócio ou administrador da empresa contribuinte, para que a solidariedade seja validamente estabelecida. Pelo contrário, é imprescindível a comprovação de que o sujeito tido por solidário teve interesse jurídico, o que se faz com a demonstração cabal da relação direta e pessoal dele com a prática do ato ou atos que deram azo à relação jurídico tributária.

Do ponto de vista da jurisprudência administrativa, destaca-se a noção correlata entre interesse comum e confusão patrimonial. Assim, quando restar caracterizada a confusão patrimonial entre os dois ou mais sujeitos, cabível a aplicação da responsabilidade solidária.

A expressão “confusão patrimonial” é inerente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do direito privado. O artigo 50 do Código Civil, por exemplo, assim dispõe:

“em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Confundir consiste no ato ou efeito de enganar, de iludir, enfim, aparentar ser. Na prática, ocorre a confusão patrimonial quando não é possível uma segregação clara entre as atividades profissionais ou empresarias exercidas por mais de um sujeito. Tal fenômeno costuma se revelar quando os negócios dos sócios se confundem com os da pessoa jurídica; quando há abuso dentro de um mesmo grupo econômico; quando as partes se valem de pessoas interpostas etc.

A existência ou não de confusão patrimonial depende de cada situação fática, mas é possível identificar alguns indícios comuns que podem levar a esta constatação. São eles, sem prejuízos de eventuais outros: 1 - a capacidade dos sócios; 2 - a coincidência de administradores e/ou procuradores; 3 - gestão única do negócio; 4 - semelhança de atividades; 5 - identidade de endereço; 6 - empregados comuns; estrutura operacional dependente; 7 - incapacidade econômica; 8 - benefício financeiro; e 9 - impacto da carga tributária.

Apenas com a reunião de indícios precisos e convergentes, capazes de caracterizar a confusão patrimonial como um todo, é que estaremos no campo do interesse comum, em seu sentido jurídico e, conseqüentemente, da responsabilidade solidária.

Trazendo essas considerações ao presente caso, afasto a sujeição passiva do sócio gerente Sr. Silvio de Souza Filho, uma vez que, não bastasse o vício na motivação, os elementos constantes dos autos não demonstram nenhuma *confusão patrimonial*.

Não há no trabalho fiscal prova ou indício de que essa pessoa teria auferido qualquer vantagem adicional ou que tenham abusado seu poder de comando na estrutura empresarial. O simples fato do solidário ser sócio-gerente não revela qualquer *interesse comum*.

Ora, não restam dúvidas de que o sócio pretende auferir lucros e tirar proveitos econômicos de seu investimento. Essa é a razão de empreender e o que move a atividade econômica e a livre iniciativa. Mas daí a concluir que qualquer ato de gestão implica interesse comum ou confusão patrimonial existe uma distância enorme.

Os sócios são pessoas que não se confundem com a empresa que investem. O Direito assim determina. Admitir o contrário significa violar o "instituto da personalidade jurídica" e permitir a estranha presunção de confusão patrimonial entre sócio e empresa, o que não se sustenta.

Conforme restou assentado no referido precedente do STF¹, ***“não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada”.***

¹ STF. RE 562.276. Plenário, 03/11/2010.

Conclusão

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao RECURSO DE OFÍCIO e ao RECURSO VOLUNTÁRIO da contribuinte e DOU PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO do responsável solidário **Sr. Silvio de Souza Filho** para afastá-lo do pólo passivo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli