



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10730.720046/2010-38
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-006.111 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2022
Recorrentes MARMO DE CACHOEIRAS GESTAO EMPRESARIAL LTDA E
RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2005, 2006

LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE RECEITAS. PERCENTUAL DE ARBITRAMENTO.

Não havendo nos autos nenhum elemento que infirme a atividade econômica indicada no contrato social, o percentual de arbitramento deve ser de acordo com tal atividade.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, aplica-se aos depósitos bancários não contabilizados para os quais a interessada, devidamente intimada, não tenha logrado comprovar a origem.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

NULIDADE NO ATO DE LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

A nulidade do ato de lançamento está prevista no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, isto é, quando praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa. Quando nenhuma das hipóteses resta configurada no processo, afasta-se a alegação de nulidade.

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO.

Demonstrado que a empresa informou nas suas declarações valores expressivamente menores que os apurados pela fiscalização, por meio de presunção legal de omissão de receita, fica caracterizada a intenção de sonegar, sendo aplicável a multa de 150%.

DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE SIMPLES.

Da exigência tratada nos autos devem ser deduzidas as parcelas correspondentes aos recolhimentos unificados de SIMPLES do período alcançado pela ação fiscal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

Caracterizado que o sócio-administrador atuou com excesso de poderes e infração à lei ao movimentar mais de 97% do recursos financeiros da autuada, com o propósito de sonegar os tributos, sua conduta se subsume à hipótese do art. 135, III, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos, i.i) conhecer parcialmente do recurso voluntário apresentado pela contribuinte, em relação à matéria “imputação de responsabilidade aos sócios”, nos termos da Súmula CARF n.º 172, e, na parte conhecida, a ele negar provimento; e, i.ii) conhecer do recurso voluntário apresentado pelo responsável tributário Caio Marcus de Araújo Coutinho para, no mérito, a ele negar provimento, mantendo a imputação como responsável tributário, com fulcro no art. 135, III, do CTN; i.iii) negar provimento ao recurso de ofício em relação aos itens, i.iii.i) redução do percentual de arbitramento do lucro em 9,6% para o IRPJ e de 8% para a CSLL; e, i.iii.ii) manter a dedução dos valores pagos a título do Simples Federal; ii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso de ofício para restabelecer a multa de ofício qualificada ao percentual de 150%, vencida a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, que negava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Jandir Jose Dalle Lucca, Antonio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário que serão objeto de novo julgamento no âmbito da turma ordinária deste CARF em razão do decidido pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

1.1. Com base no Acórdão n.º 9101-003.558, a referida Turma, ao julgar o Recurso Especial do sujeito passivo, declarou nula a decisão de segunda instância (Acórdão n.º 1101-000.762 – PAF n.º 10730.720046/2010-38), que havia apreciado o Recurso Voluntário do sujeito passivo.

1.2. Por sua vez, na mesma sessão de julgamento, a Turma julgou o Recurso Especial da Fazenda Nacional e declarou nula a decisão de segunda instância (Acórdão n.º 9101-003.760 – PAF n.º 15540.000397/2009-46), que havia apreciado o Recurso de Ofício.

1.3. Ambos Acórdãos foram materializados com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE DECISÃO. IMPACTO NOS ATOS POSTERIORMENTE REALIZADOS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL.

Identificada a nulidade da decisão, deve ela ser decretada nula. Nos termos do §1º, do artigo 59, do Decreto 70.235/72 § 1º a nulidade de qualquer ato prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

2. Adoto o relatório efetuado por ocasião do julgamento do Recurso Especial (fls. 771/784) para fins de resumir o estágio processual até aquela decisão:

Resumo Processual

O presente processo administrativo foi originalmente formalizado para exigência de crédito tributário contra a interessada MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA ("Contribuinte"), em razão da presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada nos anos-calendário de 2005 e 2006, com a consequente exigência de IRPJ e CSLL mediante arbitramento dos lucros, posto que a contribuinte, excluída do SIMPLES Federal, não apresentou escrituração comercial e fiscal.

Houve também exigência de Contribuição para o PIS e para a COFINS incidentes sobre as receitas omitidas. Todos os créditos tributários foram acrescidos de multa qualificada de 150%. A autoridade lançadora imputou responsabilidade tributária solidária aos ex-sócios da pessoa jurídica, VICTOR LEONARDO FERREIRA DE ARAÚJO COUTINHO e CAIO MARCUS FERREIRA DE ARAÚJO COUTINHO.

A empresa e os responsáveis solidários apresentaram impugnação.

A Turma Julgadora de 1ª instância exonerou parcialmente a exigência, para admitir a dedução dos pagamentos promovidos no âmbito do SIMPLES Federal e afastar a qualificação da multa de ofício, e manteve a responsabilidade tributária imputada aos ex-sócios da pessoa jurídica.

Como o crédito tributário exonerado superou o limite previsto na Portaria MF n.º 3/2008, o Presidente da Turma Julgadora submeteu a decisão ao reexame necessário.

Os presentes autos permaneceram com o recurso voluntário. Em outros autos processuais, processo administrativo n.º 15540.000397/200946, foi dado seguimento ao julgamento do recurso de ofício.

Não consta nos autos intimação aos responsáveis solidários da decisão de 1ª instância (e-fls. 174/178 e 480/485).

Na sessão de julgamento de 03 de julho de 2012 o recurso voluntário foi submetido à apreciação do CARF e a 1ª Turma da 1ª Câmara decidiu (Acórdão n.º 110100.762):

Acordam os membros do colegiado: 1) Por maioria de votos, foi AFASTADA a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga; 2) por unanimidade de votos, NÃO FOI CONHECIDO o recurso voluntário de MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Por sua vez, no acórdão proferido nos autos do processo administrativo n.º 15540.000397/2009-46, ao julgar o recurso de ofício da Contribuinte, decidiu:

1) por maioria de votos, AFASTAR a hipótese de sobrestamento com base no art. 62A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga; 2) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de ofício; e 3) relativamente à imputação de responsabilidade a Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho; 3.1) por maioria de votos, CONHECER a matéria, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e 3.2) por maioria de votos, ANULAR os termos de sujeição passiva solidária, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que fará declaração de voto.

Nos autos do presente processo, apesar de os responsáveis tributários não terem sido intimados da decisão de primeira instância, a turma ordinária do CARF conheceu de ofício a matéria relativa à responsabilidade tributária nos autos do processo n.º 15540.000397/2009-46, e afastou a sujeição passiva indireta.

O Acórdão n.º 1101-00.762 foi embargado pela Contribuinte, discutindo a ausência de intimação dos responsáveis tributários, ausência de formalização de declaração e efeitos da renovação de intimação da decisão de primeira instância. O recurso foi apreciado, dando origem ao Acórdão de Embargos n.º 1101-001.201 (sessão de 25/09/2014), que acolheu parcialmente os embargos de declaração sem efeitos infringentes.

A PGFN foi intimada da decisão, e interpôs recurso especial, protestando sobre o afastamento da sujeição passiva indireta ocorrida nos autos do processo n.º 15540.000397/2009-46, com base no art. 124, inciso I e 135, inciso III do CTN. Despacho de admissibilidade de recurso especial deu seguimento ao recurso.

Consta ciência apenas para a Contribuinte dos Acórdãos n.º 1101-00.762 e 1101-001.201. Não há ciência (e-fls. 553/568 e 659/663) para os responsáveis tributários VICTOR LEONARDO FERREIRA DE ARAÚJO COUTINHO e CAIO MARCUS FERREIRA DE ARAÚJO COUTINHO.

A Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 665/674), cujo seguimento foi dado por despacho de exame de admissibilidade, e contrarrazões (e-fls. 714/737), no qual aduz que não houve a devida intimação dos responsáveis tributários, em desacordo com a Súmula CARF n.º 71, o que teria provocado cerceamento do direito de defesa e contraditório, e pugna pelo não conhecimento do recurso especial. Subsidiariamente, caso adentre no mérito, protesta pela manutenção da decisão recorrida que afastou os responsáveis tributários.

A seguir, mais detalhes sobre as fases inquisitória e contenciosa.

Da Autuação Fiscal

Discorre a autoridade autuante que a empresa iniciou atividades em 16/01/2001, no Simples, e que tem como objetivo principal a exploração do ramo de atividades de assessoria em gestão empresarial.

Informa que no início da fiscalização a empresa não foi localizada no endereço cadastrado na Receita Federal como domicílio tributário, razão pela qual as intimações

foram enviadas para Gírlédio dos Santos Ramos e Sylvio Gomes da Silva, indicados como sócios na última alteração do contrato social.

Relata que as correspondências foram devolvidas por inexistência do endereço e que, a partir de então, a empresa foi intimada por edital.

Informa que em setembro de 2008, Gírlédio compareceu na Receita Federal e foi intimado pessoalmente do início da ação fiscal e dos documentos que a empresa deveria apresentar no prazo de 20 dias. A intimação não foi atendida e a fiscalização, embasada no art. 33 da Lei n.º 9.430, de 1996, solicitou a movimentação bancária do contribuinte.

A autoridade fiscal constatou, conforme contrato social e alterações posteriores, que no ano fiscalizado (2004) a gerência da empresa foi efetuada por Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho. Adiciona que estas pessoas foram intimadas a esclarecer a origem dos valores creditados nas contas correntes, conforme planilhas. Como a empresa e seus ex-sócios (Victor Leonardo Ferreira de Araújo e Caio Marcus Ferreira de Araújo) não se manifestaram para esclarecer os créditos, foi efetuado o lançamento de ofício do ano de 2004, controlado no processo n.º 15540.000009/2009-27.

Aduz o autuante que a empresa foi excluída do Simples por ato da DRF Niterói (Ato Declaratório Executivo n.º 12 de 2009), em razão de ter excedido os limites de receita bruta no ano de 2004 e informa que em razão da exclusão a empresa foi intimada a apresentar sua escrituração contábil e fiscal para o período de 01/01/2005 a 21/12/2006.

Como a empresa não atendeu a intimação e alegou não precisar apresentar tais livros, porque o ato de exclusão estava suspenso pela discussão em processo administrativo, foram formalizados os créditos tributários por presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada nos dois períodos (2005 e 2006), mediante arbitramento dos lucros, ante a não apresentação de livros ou documentos.

Os lançamentos foram acrescidos de multa qualificada e foi imputada responsabilidade tributária solidária aos ex-sócios da pessoa jurídica, Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho.

Da Fase Contenciosa

Como visto, a empresa e os responsáveis solidários apresentaram impugnação, que foi julgada parcialmente procedente pela 2ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I, nos termos do Acórdão n.º 1227.178, que proferiu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

NULIDADE.

Comprovado que o auto de infração formalizou-se com obediência a todos os requisitos previstos em lei e que não se apresentam nos autos nenhum dos motivos de nulidades apontados no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, descabem as alegações do interessado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

DEPÓSITO NÃO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Configura-se omissão de receita o ingresso de numerários em conta corrente bancária do contribuinte, quando não comprovada a origem desses valores mediante a apresentação de documentação hábil e idônea.

OMISSÃO DE RECEITA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO APLICÁVEL.

Ex-vi do art. 24 da Lei n.º 9.249/1995, verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto a ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Ante a falta de apresentação da escrituração comercial e fiscal que permita a apuração do lucro tributável, é cabível o arbitramento do lucro.

DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE SIMPLES.

Da exigência tratada nos autos devem ser deduzidas as parcelas correspondentes aos recolhimentos unificados de SIMPLES do período alcançado pela ação fiscal.

MULTA QUALIFICADA.

Ante a falta de comprovação da motivação que ensejou a multa qualificada, reduz-se a multa para 75%.

JUROS DE MORA SELIC.

A exigência dos juros de mora calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC está em consonância com o Código Tributário Nacional CTN.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2005, 2006 PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE.

Pela relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento decorrente a decisão prolatada em relação à exigência principal.

Em razão do crédito tributário exonerado, foi efetuada remessa necessária (recurso de ofício), que foi processado nos autos do processo n.º 15540.000397/2009-46.

Nos presentes autos foi processado o recurso voluntário.

A contribuinte foi intimada da decisão por AR, que restou infrutífera, o que ensejou a intimação por edital. Os responsáveis solidários Victor Leonardo Ferreira de Araújo e Caio Marcus Ferreira de Araújo não foram intimados da decisão de 1ª instância.

Na sessão de julgamento de 03 de julho de 2012, a 1ª Turma da 1ª Câmara não conheceu do recurso voluntário da Contribuinte, nos termos da ementa do Acórdão n.º 1101-00.762:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2006, 2007.

RECURSO VOLUNTÁRIO. TEMPESTIVIDADE

Não é tempestivo recurso voluntário apresentado após o prazo legal.

INTIMAÇÃO POR EDITAL VALIDADE

Ficando caracterizado a tentativa frustrada de intimação pelo correio, é válida a intimação por edital.

INTIMAÇÃO POR EDITA VALIDADE

Ficando demonstrado que a sede do contribuinte não se encontra no endereço cadastrado como domicílio fiscal, é válida a intimação por edital.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO

Se o domicílio tributário eleito pelo contribuinte não pode ser achado por falta de especificações, só resta ao Fisco a intimação por edita. O contribuinte que registra seu domicílio tributário em zona rural em estrada, sem numeração, sujeita-se a ser intimado por edital.

Contra a decisão foram opostos embargos de declaração pela Contribuinte, questionando (1) ausência de intimação dos responsáveis tributários, (2) ausência de formalização de declaração e (3) efeitos da renovação de intimação da decisão de primeira instância.

O recurso foi apreciado, dando origem ao Acórdão de Embargos n.º 1101-001.201 (sessão de 25/09/2014), que acolheu parcialmente os embargos de declaração sem efeitos infringentes, para incluir a declaração de voto, nos termos da ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VOTO.

Embora as normas regimentais considerem não formulada a declaração de voto quando descumprido o prazo previsto para sua apresentação, há omissão que deve ser suprida quando a declaração de voto é tempestivamente apresentada e deixa de ser juntada ao acórdão embargado.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. QUESTÃO DE ORDEM SUPERADA.

Inexiste omissão se a matéria foi apreciada pelo Colegiado em autos conexos, com determinação de juntada posterior dos autos em razão desta conexão.

ASPECTOS NÃO APRECIADOS NO VOTO CONDUTOR DO JULGADO. INOCORRÊNCIA.

Se as razões de decidir expostas no voto condutor do julgado abordam expressa ou implicitamente as omissões alegadas, os embargos devem ser rejeitados.

Com a ciência da decisão, foi interposto pela PGFN recurso especial em que se pretendeu devolver a matéria responsabilidade tributária, com fulcro nos arts. 121 e 135, inciso III do CTN. Despacho de admissibilidade deu seguimento ao recurso especial.

A Contribuinte foi cientificada

Foi dada ciência apenas a Contribuinte, que interpôs recurso especial.

Também apresentou contrarrazões, no qual aduz que não houve a devida intimação dos responsáveis tributários, em desacordo com a Súmula CARF n.º 71, o que teria provocado cerceamento do direito de defesa e contraditório, e pugna pelo não conhecimento do recurso especial. Subsidiariamente, protesta pelo não provimento do recurso fazendário, ante o argumento de que a decisão recorrida anulou corretamente os termos de sujeição passiva solidária relativos aos ex-sócios da empresa.

Despacho de conexão de e-fls. 764/767 determina a reunião dos presentes autos com os do processo administrativo n.º 15540.000397/2009-46 para julgamento em conjunto.

3. Em 09.02.2018 foi preferido despacho (fls. 764/767 - PAF n.º 10730.720046/2010-38) determinando a vinculação por conexão do PAF n.º 10730.720046/2010-38 (no qual foi julgado o recurso voluntário) e o PAF n.º 15540.000397/2009-46 (no qual foi julgado recurso de ofício), nos termos do art. 6.º do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

4. Em sessão julgamento de 05.04.2018, foram proferidos o Acórdão n.º 9101-003.558, relativo aos presentes autos (no qual foi julgado o recurso voluntário) e o Acórdão n.º 9101-003.760, que se refere ao PAF n.º 15540.000397/2009-46 (no qual foi julgado o recurso de ofício) pela CSRF/1ª Turma.

4.1. A decisão foi por não conhecer os Recursos Especiais da Fazenda Nacional e do Contribuinte e anular a decisão de segunda instância e os atos processuais subsequentes, facultando aos sujeitos passivos solidários oferecer Recurso Voluntário em face da decisão de primeira instância.

5. Em 24.06.2019 foi efetuado o apensamento do PAF n.º 15540.000397/2009-46 ao presente processo, conforme Termo de Apensação (fls. 821 – PAF n.º 10730.720046/2010-38 e fls. 1.354 – PAF 15540.000397/2009-46).

6. Em sessão de 09.07.2019, a CSRF/1ª Turma julgou os Embargos (fls. 822/830 - PAF n.º 10730.720046/2010-38), rejeitando os Embargos de Declaração opostos pelo sujeito passivo e deferindo a petição dos responsáveis solidários Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus de Araújo Coutinho determinando que sejam cientificados do Acórdão n.º 12-27.178, da 2ª Turma da DRJ/RJ I.

7. O responsável pelo sujeito passivo foi cientificado dessa decisão por Edital em 19.02.2020 (fls. 885 - PAF n.º 10730.720046/2010-38) e os responsáveis solidários por via postal em **04.12.2019**, Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho (fls. 843/844 - PAF n.º 10730.720046/2010-38) e Caio Marcus de Araújo Coutinho (fls. 841/842 - PAF n.º 10730.720046/2010-38).

7. O responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho interpôs Recurso Voluntário em 13.12.2019, conforme carimbo de postagem dos correios (fls. 845 - PAF n.º 10730.720046/2010-38) e peça recursal de idêntico teor em 03.05.2019 (fls. 1.279/1.312),

conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 1.278) no PAF n.º 15540.000397/2009-46.

8. O responsável solidário Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho, embora tenha apresentado Recurso Voluntário em 03.05.2019 (fls. 1.315/1.348), conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 1.314) no PAF n.º 15540.000397/2009-46, não apresentou Recurso Voluntário após a regularização do ato de ciência, que se deu em 04.12.2019.

9. O sujeito passivo apresentou recurso, em razão da regular intimação da decisão de primeira instância em 30.03.2012 (fls. 487/526).

10. É o relatório.

Voto

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Relator.

Delimitação do Litígio em Grau Recursal

11. Como restou esclarecido no julgamento dos embargos pela 1ª Turma da CSRF, Acórdão n.º 9101-004.252, em relação ao sujeito passivo lhe foi assegurado *que o recurso voluntário de e-fls. 487/526 interposto pela Embargante será objeto de novo julgamento, assim como que eventuais recursos voluntários interpostos pelos sujeitos passivos indiretos, se for o caso.*

12. Embora o vício processual tenha ocorrido em relação a não citação dos responsáveis solidários da decisão de primeira instância, Srs. Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus de Araújo Coutinho, onde o Acórdão n.º 9101-004.252, determinou que fosse dada ciência da decisão de primeira instância (Acórdão n.º 12-27.178 da 2ª Turma da DRJ/RJ1, de 17 de novembro de 2009), abrindo prazo para interposição de recurso voluntário, constou na parte final do voto do i. relator André Mendes de Moura que *cabará ao CARF julgar, pela turma ordinária, o recurso voluntário da Embargante [sujeito passivo principal] e, se for o caso, o(s) recurso(s) voluntário(s) do(s) sujeito(s) passivo(s) indireto(s) [responsáveis solidários].*

13. Ou seja, em razão da determinação contida no Acórdão n.º 9101-004.252, que julgou o Embargos, esse julgamento não abrangerá apenas os recursos voluntários eventualmente interpostos pelos responsáveis solidários, que não foram cientificados da decisão de primeira instância, mas também o recurso do sujeito passivo que foi regularmente intimado e o recurso de ofício.

14. Em razão da apensação dos PAF n.º 10730.720046/2010-38 e 15540.000397/2009-46 em 24.06.2019 (fls. 821), será proferido um único Acórdão para ambos processos.

Conhecimento – Recurso De Ofício

15. O Recurso de Ofício foi apresentado em razão de a r. decisão (fls. 582/607 –PAF n.º 15540.000397/2009-46) exonerar o sujeito passivo da multa qualificada de 150%, mantendo a

multa de ofício em percentual de 75%, por reduzir o percentual de arbitramento do lucro (a fiscalização utilizou o percentual de 38,4% para o IRPJ e 32% para a CSLL e a DRJ concluiu que o percentual adequando para arbitramento seria de 9,6% para o IRPJ e de 8% para a CSLL) e determinar a dedução dos valores pagos a título do Simples.

16. Conforme informações do sistema e Processo, o saldo originário em Recurso de Ofício (Principal) é de R\$ 3.246.167,14, superior, portanto, o limite atualmente vigente para interposição do Recurso de Ofício, de R\$ 2.500.000,00, nos termos do art. 1º Portaria MF nº 63, de 2017, razão pela qual deve ser conhecido.

Conhecimento – Recursos Voluntários

17. A Recorrente, sujeito passivo principal, foi cientificada da decisão de primeira instância em 29.02.2012, quando recebeu a Intimação nº 120/2012 (fls. 480/481 – PAF nº 10730.720046/2010-38), conforme Aviso de Recebimento (fls. 482/485 – PAF nº 10730.720046/2010-38) e apresentou Recurso Voluntário em 30.03.2012, conforme carimbo apostado na primeira página da peça recursal (fls. 487 – PAF nº 10730.720046/2010-38), portanto tempestivo.

17.1. Entre outras matérias, insurge-se a Recorrente sobre a imputação de responsabilidade aos sócios.

17.2. O sujeito passivo na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado, conforme Súmula CARF nº 172.

17.3. Sobre essa matéria, “imputação de responsabilidade aos sócios”, voto por NÃO CONHECER o Recurso Voluntário do sujeito passivo.

17.4. Quando aos demais pontos abordados, por preencherem os demais pressupostos de admissibilidade, voto CONHECER o Recurso Voluntário do sujeito passivo.

18. O responsável solidário Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho, cientificado da decisão de primeira instância por determinação da CSRF em **04.12.2019** (fls. 843/844 – PAF nº 10730.720046/2010-38), **não apresentou Recurso Voluntário** após a regularização do ato que ensejou a nulidade das decisões proferidas pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara (Acórdão nº 1101-00.762 – PAF nº 10730.720046/2010-38 e (Acórdão nº 1101-00.760 – PAF nº 15540.000397/2009-46).

19. O responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho, cientificado da decisão de primeira instância por determinação da CSRF em **04.12.2019** (fls. 841/842 – PAF nº 10730.720046/2010-38), interpôs Recurso Voluntário em **13.12.2019**, conforme carimbo de postagem dos correios (fls. 845 - PAF nº 10730.720046/2010-38), de forma tempestiva e, por preencher os demais pressupostos processuais, deve ser conhecido.

Mérito

a) Recurso de ofício – reexame necessário da decisão de primeira instância

a.1) Exoneração do crédito relativo à não qualificação da multa

20. A r. decisão entendeu que não existiam razões para a qualificação da multa por entender que os fatos apurados nos autos não são suficientes para a comprovação do dolo (item 65 do Acórdão n.º 12-27.178 – PAF n.º 15540.000397/2009-46).

21. Entendeu a autoridade julgadora de primeira instância que as alterações contratuais promovidas, ainda que pudessem ser consideradas como indícios de simulação de atos societários, tal fato não tem qualquer nexos causal com a movimentação financeira não declarada.

22. Registre-se, por oportuno, que não haveria razão para discordar da r. decisão se a falta do sujeito passivo fosse eventual ou materialmente irrelevante.

23. Todavia, não é o que se vê no presente processo.

24. O art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, estabelece a multa qualificada nos seguintes casos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007).

25. Por sua vez, os arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, tratam, respectivamente de sonegação, fraude e conluio. Vide a redação dos referidos dispositivos:

Art. 71. Sonegação é toda **ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar**, total ou parcialmente, **o conhecimento por parte da autoridade fazendária**:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72. (g.n.)

26. Retomando-se ao caso concreto, como se verifica no Termo de Constatação Fiscal e Imputação de Responsabilidade Tributária (fls. 27/35 - PAF n.º 10730.720046/2010-38), o contribuinte teve movimentações financeiras em 2005 e 2006 de R\$ 30.725.252,88 e R\$ 9.385.382,10, ao passo que declarou receitas de R\$ 850.002,26 e R\$ 154.184,87, respectivamente, isto é, 2,7% e 1,64% da receita auferida, isto é, num claro e intencional desprezo pela norma tributária, resultado da intenção dolosa de suprimir tributo devido.

27. Resta evidente que o sujeito passivo praticou a conduta típica de sonegação (art. 71 da Lei n.º 4.502, de 1964) ao ardilosamente esconder a ocorrência de mais de 97% das circunstâncias materiais do fato gerador.

28. Não se trata de simples conduta omissiva, erro ou esquecimento de declarar 97% das receitas no referido período de apuração, que resultaria na sanção de menor grau (75%).

29. Por essa razão, em relação a esse ponto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para restabelecer a multa qualificada.

a.2) Percentual de arbitramento do lucro

30. A DRJ entendeu por reduzir o percentual de arbitramento do lucro em razão de a Fiscalização não ter observado a efetiva atividade desenvolvida (o lançamento foi efetuado no percentual de 38,4% para o IRPJ e 32% para a CSLL e a DRJ concluiu que o percentual adequando para arbitramento seria de 9,6% para o IRPJ e de 8% para a CSLL).

31. A posição da DRJ foi suportada com base nas alterações contratuais juntada aos autos (fls. 159/163 e 166/177 – PAF n.º 15540.000397/2009-46), onde resta evidenciado que a atividade exercida pelo contribuinte era a industrialização e o comércio de artefatos diversos de papel, papelão, papel sanitário, guardanapo de papel, toalha de papel, lenço de papel, entre outros.

32. A autoridade lançadora não trouxe elemento que infirme a atividade econômica indicada no contrato social, de tal forma que o percentual de arbitramento deve ser de acordo com tal atividade formalmente declarada.

33. Dessa forma, correta a redução do percentual de arbitramento para que o lançamento se dê com base nos percentuais de 9,6% para o IRPJ e de 8% para a CSLL, por esse motivo, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício em relação a ao percentual de arbitramento do lucro.

a.3) determinar a dedução dos valores pagos a título do Simples

34. A decisão de primeira determinou que fossem deduzidos os valores pagos a título do Simples Federal, discriminados nos itens 56 a 58 do Acórdão n.º 12-27.178.

35. A matéria foi resolvida no âmbito administrativo após a edição da Súmula CARF n.º 76:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

36. Assim, em relação a determinação da decisão de primeira instância para dedução dos valores pagos a título do Simples Federal, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

b) Recurso Voluntário – Contribuinte

37. Em Recurso Voluntário, a Recorrente aduz os seguintes pontos contra o lançamento: (i) ausência de motivação para quebra do sigilo bancário; (ii) nulidade do lançamento; (iii) incorreto critério adotado pela fiscalização para fins de determinação do lucro arbitrado; (iv) incorreto emprego da presunção para tributação; (v) requerimento de perícia; e (vi) imputação de responsabilidade aos sócios, este último não conhecido.

b.1) Ausência de motivação para quebra do sigilo bancário

38. Em apertada síntese, alega a Recorrente possuir direito fundamental ao sigilo de dados, insculpido no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal.

39. O acesso do Fisco aos dados bancários, independente de prévia autorização judicial, foi dirimido pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento definitivo do RE n.º 601.314 pelo STF, em 24.02.2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da LC n.º 105, de 2001:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.

DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO.

DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01.

MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação o princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º. do CTN”.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

40. Dessa forma, não procede a alegação de sigilo bancário oponível ao Fisco.

b.2) Nulidade do lançamento

41. Alega a Recorrente que houve nulidade do lançamento em razão da apresentação de “impugnações” em razão da exclusão da modalidade do Simples Federal, nos PAF n.º 15540.000009/2009-27 e, especialmente, o PAF n.º 15540.000053/2009-37, que trata da exclusão do regime de tributação favorecido.

42. Não assiste razão à Recorrente, o lançamento não está condicionado a definitividade do processo de exclusão do Simples Federal, sobretudo porque até que o ocorra a definitividade, haveria risco potencial de decair o direito de constituição do lançamento.

43. Como bem assentado na r. decisão, a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme art. 142 do Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 1996.

44. Tendo o lançamento observado os requisitos do art. 142 do CTN e do art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (PAF), que estabelece os requisitos formais do lançamento, e não havendo hipótese de nulidade, discriminada no art. 59 da norma que rege o processo de exigência fiscal, afasta-se a alegação de nulidade.

b.3) Incorreto critério adotado pela fiscalização para fins de determinação do lucro arbitrado

45. Em relação a essa matéria, alega a Recorrente que o arbitramento teve por base a movimentação financeira e em nenhum momento deduziu as receitas informadas nas DIPJ's. Alega que o lançamento adotou critério não previsto em lei, pois os valores relativos à movimentação financeira não são hipótese de arbitramento dos lucros, conforme art. 6º da Lei n.º 8.846, de 1994, e o art. 47 da Lei n.º 8.981, de 1995.

46. Alega que foram arbitradas apenas as receitas apuradas com base nos depósitos bancários, ou seja, que ocorreu “arbitramento parcial”. Pugna que a forma correta era fazer o lançamento pelo Lucro Arbitrado, desconsiderando as receitas declaradas na DIPJ ou apurar omissão no regime do Simples Federal.

47. O contribuinte foi regularmente intimado a apresentar escrituração contábil com os requisitos legais a ela inerentes (fls. 281 – PAF n.º 15540.000009/2009-27) e não a apresentou, por essa razão, correta a apuração do resultado tributável mediante Lucro Arbitrado (art. 530, III, do então RIR/99).

48. A determinação do Lucro Arbitrado será efetuada precipuamente com base na receita conhecida (art. 532, do RIR/99).

49. A receita bruta conhecida se deu com base em presunção legal, mediante depósitos bancários de origem não justificada (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996),

50. Como bem assentado na r. decisão, não se verifica arbitramento parcial, uma vez que a o lançamento se deu com base em receita presumida.

51. Por sua vez, os valores pagos na modalidade do Simples Federal foram objeto de dedução, conforme decisão de primeira instância, confirmada no presente voto, logo, não há de se falar em duplicidade de exigência.

b.4) Incorreto emprego da presunção para tributação

52. Ainda sobre o critério material do lançamento, a Recorrente alega que se verificam rubricas de movimentações financeiras que não são suficientes para afirmar que as mesmas correspondem a receitas auferidas pela empresa.

53. Sobre esse ponto, registre-se que o sujeito passivo foi regularmente intimado durante o procedimento fiscal para justificar e demonstrar a correta contabilização dos depósitos bancários, não os fez porque sequer possuía escrituração contábil hábil.

54. Os referidos lançamentos a crédito em conta bancária constam discriminados em anexo ao Auto de Infração (fls. 26 a 55 - PAF nº 15540.000397/2009-46) e sobre eles o sujeito passivo não apresentou qualquer prova que afastasse a presunção relativa de omissão de receitas, isto é, destinada a comprovar a origem dos recursos (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996), seja durante o procedimentos de fiscalização ou por ocasião da impugnação, quando deveria acostar as provas que entendesse infirmar o lançamento (art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972).

b.5) Requerimento de perícia

55. Protesta pela realização de diligência ou perícia e que a decisão recorrida não contesta que o requerimento atende as formalidades exigidas.

56. Apresenta quesitos que entende necessários para o deslinde do feito.

57. O quesitos apresentados dizem respeito aos depósitos bancários não comprovados, que, como já consignado, o sujeito passivo, não apresentou qualquer prova que afastasse a presunção relativa de omissão de receitas (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996).

58. Como já referido, eventual procedimento de diligência ou perícia não se destina a suprir a fase procedimental destinada para que o sujeito passivo, mediante prova, possa afastar a presunção legal.

59. As diligências e perícias são uma prerrogativa no julgador destinada a esclarecer fato determinado e relevante para o deslinde do processo, em nada se confunde com etapa de produção ou dilação probatória.

60. O sujeito passivo foi regularmente intimado durante o procedimento de fiscalização, quando teve oportunidade de afastar a presunção legal. Nova oportunidade lhe foi conferida por ocasião da ciência do lançamento, quando poderia, no momento da impugnação, acostar as provas que entendesse infirmar o lançamento. Nada fez em ambas as oportunidades do processo.

61. Não há dúvida ou necessidade de esclarecimentos adicionais para a solução da lide, por essa razão, eventuais diligências ou perícias mostram-se absolutamente prescindíveis e, por isso, tal requerimento deve ser indeferido.

b.6.) Tributação Reflexa CSLL, PIS e Cofins

62. Os efeitos desta decisão relativo ao IRPJ se estende à CSLL, ao PIS e à Cofins em razão de o lançamento das contribuições ser decorrente dos mesmos fatos e elementos probatórios aplicados ao imposto.

c) Recurso Voluntário – responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho

63. O responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho alega ser nula a imputação de responsabilidade, pois entende que a solidariedade referido no art. 124, I, do CTN decorre de quem tenha interesse comum com a situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

64. Fundamenta sua posição nas razões de decidir do Acórdão n.º 1101-00.760 15540.000397/2009-46, que entendeu que a ausência de explicações sobre o alcance da regra de solidarização e a ausência de demonstração da incidência da regra implica nulidade do ato, que a vinculação com base no art. 124, I, do CTN seria imprópria e que a aplicação do art. 135 seria subsidiária, isto é, aplicável apenas quando o devedor principal não tenha mais condição de pagar o débito.

65. O responsável tributário ainda faz considerações sobre o aspecto material do lançamento, como critério adotado para fins de arbitramento, sobre o incorreto emprego da presunção para tributação e requerimento de perícia, que já foram tratados quando da apreciação do Recurso Voluntário do sujeito passivo principal, na condição de contribuinte. Aplicam-se a essas as mesmas conclusões daquelas.

66. O responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho, CPF n.º 070.854.747-85, foi imputado com base nos art. 124, I, e art. 135, III, do CTN, conforme Termo de Constatação Fiscal e Imputação de Responsabilidade Tributária (fls. 27/35).

67. Os fatos que ensejaram a responsabilização atribuídos pela Autoridade Lançadora dizem respeito a referida pessoa física ser sócio com poderes de gestão na sociedade ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.

68. A decisão recorrida entendeu que o fato de a pessoa física fazer parte do quadro societário, na qualidade de sócio administrador, configuraria interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo, nos termos no art. 124, I, do CTN.

69. O Superior Tribunal de Justiça, no RESP n.º 859.616/RS, de Relatoria do então Ministro Luiz Fux, definiu o contexto interpretativo para o art. 124, I, do CTN, isto é, sobre a

necessidade de se demonstrar que a pessoa física solidarizada concorreu para que o fato gerador fosse dolosamente e artificialmente reduzido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA (LETRAS FINANCEIRAS DO TESOUREIRO). AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. RECUSA. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE. ART. 620 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA.

[...]

6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, *verbis*:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

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**.

8. Segundo doutrina abalizada, *in verbis*:

"... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel.

Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220) [...]
(g.n.)

70. No caso concreto, não resta evidenciado que o responsável solidário, Caio Marcus de Araújo Coutinho, CPF nº 070.854.747-85, tenha concorrido para a ocorrência do fato gerador que resultou na infração dolosa, pois o descrição das condutas não dizem respeito, por exemplo, a movimentação financeira não justificada, que se traduziram no fato presumido de receitas, pelo contrário, o relatório fiscal traz apenas condutas relativas a alterações contratuais, cuja contrapartida se deu em moeda corrente. Por essa razão, deve ser afastada a responsabilidade solidária com base no art. 124, I, do CTN.

71. Diferente, contudo é a análise da responsabilidade tributária com base no art. 135, I, do CTN.

72. O responsável solidário Caio Marcus de Araújo Coutinho era, em conjunto com o sócio Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho, responsável pela gerência da autuada, ou seja, ele era responsável pela movimentação financeira dolosamente omitida, com fim explícito de sonegar os tributos devidos.

73. Como referido, o responsável solidário, na qualidade de administrador, foi responsável pelas movimentações financeiras de R\$ 30.725.252,88 e de R\$ 9.385.382,10, ao passo que as receitas declaradas foram de R\$ 850.002,26 e de R\$ 154.184,87, respectivamente nos anos-calendário de 2005 e 2006, isto é, 2,7% e 1,64% da receita auferida, ou seja, num claro e intencional desprezo pela norma tributária, resultado em na intenção dolosa de suprimir tributo devido.

75. Diz o art. 135, 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:**

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

76. Não subsiste a interpretação constante no Acórdão nº 1101-00.760 15540.000397/2009-46, posteriormente anulado pela CSRF, de que o art. 135 do CTN só seria aplicável, quando a autoridade lançadora demonstrasse que o devedor principal não teria mais condição de pagar o débito, isto é, de que a referida regra seria do tipo de responsabilidade subsidiária. A prevalecer esse entendimento, a aplicação do art. 135 do CTN só teria espaço quando esgotados todos os meios de cobrança executiva pela Fazenda Nacional, fato que por si só se mostra contraditório com o instituto de responsabilidade tributária, que privilegia a satisfação do crédito tributário por aqueles que concorreram para a prática do ato ilícito.

77. Dessa forma, tendo a pessoa física Caio Marcus de Araújo Coutinho, na qualidade de administrador da sociedade Marmo de Cachoeiras Gestão Empresarial Ltda, atuado com excesso de poderes e infração à lei ao movimentar mais de 97% do recursos financeiros da autuada sem declará-los ao Fisco, com o evidente propósito de sonegar os tributos, sua conduta se subsume à hipótese do art. 135, III, do CTN, razão pela qual voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do responsável solidário.

Conclusão

78. Diante de todo o exposto, voto no sentido de:

78.1. Conhecer o Recurso de Ofício para, no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, no sentido de (i) restabelecer a multa qualificada no percentual de 150%; (ii) manter a redução do percentual de arbitramento do lucro em 9,6% para o IRPJ e de 8% para a CSLL; e (iii) manter a dedução dos valores pagos a título do Simples Federal.

78.2. NÃO CONHECER parcialmente o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente, na qualidade de contribuinte, em relação à matéria “imputação de responsabilidade aos sócios”, nos termos da Súmula CARF nº 172.

78.3. CONHECER o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente em relação às demais matérias para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

78.4. CONHECER o Recurso Voluntário apresentado pelo responsável tributário Caio Marcus de Araújo Coutinho para, no mérito, NEGAR PROVIMENTO, no sentido de mantê-lo como responsável tributário com fulcro no art. 135, III, do CTN.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins