



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

Processo n° 10803.720109/2012-17
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-002.733 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2017
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes ROD POY COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA - ME
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 10/01/2007, 25/01/2007, 26/01/2007, 29/01/2007
30/01/2007, 12/02/2007, 21/02/2007, 28/02/2007, 05/03/2007, 14/03/2007,
15/03/2007, 22/03/2007, 02/04/2007, 03/04/2007, 20/04/2007, 26/04/2007,
21/05/2007, 25/06/2007, 04/07/2007, 06/07/2007, 10/07/2007, 16/07/2007,
20/07/2007, 24/07/2007, 27/07/2007, 31/07/2007, 22/08/2007, 10/09/2007,
11/09/2007, 01/10/2007, 10/10/2007, 05/11/2007, 06/11/2007, 08/11/2007,
06/12/2007, 10/12/2007, 14/12/2007, 21/12/2007

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS. AFASTADA.

Quando a parte fiscalizada em várias oportunidades é intimada para apresentar documentos probatórios de suas alegações e não o faz, apropriada a negativa de perícia técnica e diligências por parte do Fisco, pois, não cabe à autoridade administrativa, mesmo em respeito à verdade material, produzir provas em favor do contribuinte.

UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. REQUISITOS DE CABIMENTO PREENCHIDOS. LEGITIMIDADE.

O exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras é legitimado por lei quando se der no curso de processo administrativo, sob a justificativa de que tal exame foi declarado indispensável pela autoridade administrativa competente. Configurada tal situação, não há que se falar em quebra do sigilo bancário do contribuinte e na necessidade de autorização judicial para o acesso a tais informações.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.
COMPROVAÇÃO ROBUSTA. INCIDÊNCIA.

A responsabilidade tributária solidária incide mesmo quando a pessoa física afastada do quadro societário da empresa autuada continua, de fato, exercendo a mesma função que lhe cabia quando sócia da fiscalizada, principalmente, quando resta devidamente comprovado nos autos o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

MULTA QUALIFICADA. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO NO QUADRO SOCIETÁRIO. NÃO CABIMENTO.

A mera troca de sócios em uma empresa, mesmo que o novo sócio não tenha capacidade econômica, não justifica, por si só, uma fraude. A sonegação, a fraude ou mesmo o conluio (artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502/64, respectivamente), dependem de comprovação do dolo do agente em burlar a legislação fiscal. Não comprovada tal intenção, não há que se falar em qualificação da multa.

PAGAMENTOS. BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. REQUISITOS DE APLICABILIDADE.

A incidência do IRRF, prevista no artigo 61 da Lei nº 8.981/95, tem como fato gerador a saída de recursos da empresa a beneficiários não identificados. Todavia, o §1º do retrocitado artigo, permite a afirmação de que o mesmo tributo incidirá nas hipóteses em que não forem comprovadas a operação ou causa dos pagamentos efetuados ou dos recursos entregues a terceiro ou sócios, acionistas ou titular, sejam eles contabilizados ou não. Não havendo comprovação nos autos a compatibilidade entre os pagamentos apontados como retiradas pelo sócio com a saída de recursos da empresa, incidirá o IRRF.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ARTIGO 135 DO CTN. SÓCIO NÃO GERENTE. AUSÊNCIA DE DOLO. INAPLICABILIDADE.

A responsabilidade tributária tipificada pelo CTN como pessoal, prevista no artigo 135, tem como requisitos básicos a necessidade de que o sujeito que pratique atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos haja com dolo e seja ou uma das pessoas elencadas no artigo 134 (inciso I), ou que atue como mandatário, preposto ou empregado (inciso II), ou, ainda, que seja diretor, gerente ou representante de pessoas jurídicas de direito privado (inciso III). Não sendo comprovados nenhum destes requisitos, não pode incidir a responsabilização tributária. Tampouco podem servir de motivo para a aplicação de tal responsabilidade fatores como o parentesco entre o suposto responsável e outro responsabilizado ou a capacidade econômica do suposto responsável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário do coobrigado Rodrigo Luis de Oliveira; e dar provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica para reduzir a multa ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

Processo nº 10803.720109/2012-17
Acórdão n.º **1402-002.733**

S1-C4T2
Fl. 1.865

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto (Presidente). Ausente justificadamente o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

Relatório

Adoto, em sua integralidade e por sua completude, o relatório do Acórdão de Impugnação nº 16-45.265, julgado em 15 de março de 2013, pela 1ª Turma da DRJ em São Paulo I - SP, complementando-o, ao final, com as atualizações processuais pertinentes.

Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 05/12/2012 (fls. 1464 e 1465), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2007. Nesta mesma data os responsáveis tributários solidários Eduardo Vítor Poy, CPF 006.193.518-29, e Rodrigo Luis de Oliveira, CPF 086.777.538-69, conforme Termo de Verificação e Conclusão Fiscal – Parcial – 04/12/2012 (itens 60 a 81 – fls. 1244 a 1252), também foram cientificados dos lançamentos e das respectivas sujeições passivas solidárias (fls. 1466 a 1468 e 1473).

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação e Conclusão Fiscal – Parcial – 04/12/2012 e anexos (fls. 1215 a 1271), a contribuinte efetuou pagamentos, por meio de débitos em suas contas correntes bancárias, cuja operação e respectiva causa não foram comprovadas.

3. Tendo em vista o apurado, foi lavrado, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, o Auto de Infração de IRRF (ato e anexos às fls. 1272 a 1291). No mesmo Termo de Verificação, a fiscalização constatou outras duas infrações tributárias (omissão de receitas de comissões pagas por instituições financeiras por serviços prestados e omissão de receitas caracterizada por depósitos e créditos bancários sem comprovação de origem) que implicaram lançamentos de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), que foram formalizadas e estão sendo discutidas no processo 10803.720097/2012-21. A multa de ofício aplicada foi qualificada (150%) e os juros de mora estão calculados com base na taxa Selic.

4. Irresignada, a autuada apresentou a impugnação de fls. 1476 a 1504, instruída com documentos que comprovam a representação (fls. 1554 a 1568), alterações de seu contrato social que registram a saída dos ex-sócios responsabilizados do quadro social (fls. 1538 a 1553), fotos de feiras de automóveis realizadas (fls. 1506 a 1516), jurisprudência sobre a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário (fls. 1517 a 1535) e detalhamento de custos/despesas (fls. 1536 e 1537). Nesta impugnação, protocolizada em 03 de janeiro de 2013, a contribuinte afirma, em síntese:

4.1. a tempestividade da impugnação;

4.2. a idoneidade da autuada, a honestidade da família que a idealizou e a licitude da atividade exercida (financiamento de veículos para o próprio proprietário ou para terceiros) que é prática comum neste ramo comercial;

4.3. a saída da sociedade de Eduardo Vítor Poy, conforme sessão da Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) de 18/08/2005, protocolo nº 223.054/057, e a saída

da sociedade de Rodrigo Luiz de Oliveira, de acordo com a sessão Jucesp de 24/10/2008, protocolo nº 355.862/086;

4.4. as movimentações de sócios ocorreram única e exclusivamente para a obtenção de crédito para a empresa, sendo absurda, imponderada e constituindo afronta aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal (artigo 5º, incisos II, XIII, XXXVI) a afirmação da fiscalização no sentido de que os dois ex-sócios citados no subitem anterior apenas de afastaram de direito da direção da autuada;

4.5. somente devido aos financiamentos ocorridos é que o volume de recursos movimentados alcançou somas elevadas;

4.6. sem qualquer prova robusta ou concreta, os fiscais tratam a empresa e todos os seus sócios atuais e anteriores como criminosos; 4.7. a Jucesp e a Receita Federal nunca exigiram da impugnante ou de seus sócios, na constituição ou no decorrer de suas atividades, comprovação de capacidade econômica, patrimonial ou financeira, o que veda esta discussão nesta oportunidade, sob pena de ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstos nos incisos II (princípio da legalidade), XIII (liberdade de trabalho, ofício ou profissão) ou XXXVI (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) do artigo 5º da Constituição Federal;

4.8. a constituição da empresa com a chancela dos entes públicos é ato jurídico perfeito que não pode ser discutido e cuja existência não pode ser combatida diante do contexto fático-probatório apresentado em contraposição às alegações do Fisco;

4.9. discorda da Representação para Inaptidão do CNPJ da Pessoa Jurídica (processo nº 10803.720110/201241), já que não sumiu ou não mais desenvolve suas atividades em nenhum dos endereços mencionados no item 85 do Termo de Verificação, pois foi encontrada, inclusive em diligência surpresa, nunca recusou as intimações e encontra-se em dia com suas obrigações, especialmente as acessórias;

4.10. o núcleo familiar responsável pela empresa foi incluído em uma fiscalização cujo teor nunca tiveram acesso e que foi deflagrada pelo Poder Judiciário, o que afronta a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal);

4.11. os fiscais utilizaram alegações agressivas contra os impugnantes como se fossem marginais ou criminosos, ao mencionarem, de forma coercitiva e constrangedora no item 2 do Termo de Verificação, a prisão de diversas pessoas, como se os impugnantes estivessem sujeitos as mesmas penas daqueles a quem desconhecem;

4.12. todos os valores que circularam na conta corrente da empresa referiram-se a dinheiro de instituições financeiras, cujo montante creditado era repassado para os donos de veículos que, juntamente com os compradores, eram captados nas principais feiras de automóveis de São Paulo, sendo, desta forma, rendimento da autuada apenas as comissões concedidas pelos bancos e financeiras;

4.13. a inexistência de funcionários (itens 74 e 75 do Termo de Verificação) se explica pela natureza das atividades exercidas pela empresa, que presta seus serviços de forma eventual em feiras;

4.14. é ilegítimo o lançamento de imposto de renda apenas com base em extratos ou depósitos bancários, como diz a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos,

4.15. jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal, reproduzida nos documentos anexos à impugnação (fls. 1517 a 1535) define que é inconstitucional a utilização de informações bancárias obtidas em procedimento preparatório à lavratura dos autos de infração;

4.16. quanto à infração “débitos em contas correntes bancárias caracterizados como de operação ou causa não comprovadas”, conforme demonstrativo anexado, há uma diferença a maior em gastos/despesas versus receitas no importe de R\$39.343,93;

4.17. no caso de remanescerem dúvidas a respeito das despesas a serem abatidas, solicita que o julgamento seja convertido em diligência e perícia, indicando, desde já, sem prejuízo de indicação suplementar de quesitos, os quesitos referentes aos exames desejados e o nome, endereço e qualificação profissional de seu perito;

4.18. ressalta que a perícia resumir-se-á aos dados e informações que a impugnante possui, pois não estava obrigada por lei a guardar comprovantes diante de sua opção pelo lucro presumido e a maioria das despesas aparecem apenas em anotações pessoais do representante legal, motivo pela qual torna-se impossível a recomposição de sua escrita fiscal;

4.19. a multa foi aplicada na suposta convicção da fiscalização da ocorrência de fraude decorrente de simulação baseada na suposta incapacidade econômica dos sócios, porém a atividade fiscal é vinculada à lei e não pode estar pautada em suposições ou achismos, mas sim em provas robustas e concretas, sob pena de ofensa às garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal;

4.20. a impugnante jamais disse que o sócio Sr. Jaílton era “laranja”, tendo o mesmo ingressado na sociedade para buscar fôlego financeiro para a empresa; e tentou manter suas atividades no local descrito em seu contrato social, mas por problemas financeiros não pode honrar o aluguel, motivo pelo qual o Sr. José Luiz encontrava-se no local naquela data da lavratura do Termo de Diligência Fiscal de 22/11/2012, fatos que, apesar de terem sido explicados aos auditores fiscais pelo próprio Sr. José Luiz, foram omitidos no citado Termo, o que resulta na anulação dos lançamentos por ausência de motivação (artigo 37 da Constituição Federal);

4.22. como não estava obrigada à apuração do lucro real, de acordo com o artigo 246 do RIR/1999, solicita a reconsideração do arbitramento e a manutenção de sua original apuração pelo lucro presumido; 4.23. o Sr. Eduardo Vitor Poy retirou-se de fato e de direito da sociedade em 20/04/2005, conforme contrato social, o que o exclui de qualquer responsabilidade perante terceiros de acordo com o artigo 1003 do Código Civil;

4.24. ao Sr. Eduardo Vitor Poy nunca foram conferidos poderes de gestão, administração, gerência ou responsabilidade pela empresa, quer enquanto sócio cotista, quer como ex-sócio, o que torna impossível seu enquadramento na condição de solidário ou responsável (artigos 124, 125, 128, 134, 135, 136 e 137 do CTN), e desde que se retirou da sociedade não teve mais acesso a documentos, contratos ou contabilidade da autuada, o que o coloca numa posição constrangedora e atentatória às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

4.25. por expressa disposição do artigo 133 do CTN, é impossível tornar o sócio Rodrigo Luis de Oliveira responsável solidário com a empresa por atos praticados pelos atuais sócios;

4.26. como os atuais sócios não foram incluídos como responsáveis solidários às supostas infrações e diante do princípio da estrita legalidade, solicita a anulação dos lançamentos tributários;

4.27. em relação ao Arrolamento de Bens e Direitos e à Representação Fiscal para Fins Penais noticia que providenciará no processo 10803.720099/201210, que trata da Representação Fiscal para Fins Penais, o protocolo do teor da Súmula 24 do Supremo Tribunal Federal;

4.28. irresigna-se também contra a atuação formalizada no processo 10803.720109/201217 (débitos em contas correntes bancárias caracterizados como de operação ou causa não comprovadas) por absoluta inconsistência e por completa ausência de suporte fático ou jurídico, reafirmando a necessidade de diligência e perícia, caso permanecem dúvidas a respeito dos custos que devem necessariamente ser abatidos/deduzidos das receitas;

4.29. não se conforma com a multa qualificada aplicada (150%), que deve ser integralmente cancelada, pois, conforme já exposto, os valores objeto da atuação não lhe pertencem, nem deveriam ser oferecidos à tributação;

4.30. a suposta incapacidade da impugnante em reunir provas solicitadas, que se referem a grande número de dados e a fatos praticados na informalidade e ocorridos anos atrás, não tem o condão de imputar à atuada conduta fraudulenta, em harmonia com o que dispõem as Súmulas do CARF números 14 e 25; e

4.31. não praticou nenhum ato com intenção dolosa ou mediante fraude e não há nos autos uma única prova sequer de que as alterações contratuais visavam fraudar ou lesar o Fisco.

5. Os responsáveis tributários solidários, irresignados com a responsabilização que lhes foi atribuída, também apresentaram impugnação. Eduardo Vitor Poy protocolizou sua impugnação (fls. 1569 a 1616) em 03 de janeiro de 2013, instruída com documento de identidade (fl. 1617). Nesta, ele afirma, em síntese, o seguinte:

5.1. é pessoa idônea e atua como servidor público federal desde 30/08/1985, nada tendo que o desabone no exercício de sua função;

5.2. apesar da referência à “Operação Paraíso Fiscal” nos termos lavrados durante a fiscalização, não restou evidenciado que a empresa atuada faria parte do processo decorrente da citada operação;

5.3. em 11/03/1996 decidiu constituir uma sociedade com seu cunhado Rodrigo Luis de Oliveira que já tinha à época vasta experiência no ramo de compra e venda de veículos;

5.4. desligou-se da empresa em 20/04/2005, porque desde o início desta não auferiu qualquer rendimento com citado empreendimento, tudo conforme alterações contratuais, não tendo, desde então, qualquer contato com a referida sociedade e tampouco

tinha conhecimento dos atos praticados pelos respectivos sócios, motivo pelo qual não pode ser considerado responsável tributário por débitos da empresa ROD POY referentes ao ano-calendário 2007;

5.5. no período em que se manteve na sociedade nunca possuiu poderes de gestão e administração e não houve qualquer tipo de infração fiscal, ação cível, execução fiscal ou protesto e as obrigações tributárias sempre foram cumpridas;

5.6. conforme Portaria da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) nº 180, de 25/02/2010, não é de competência dos agentes fiscais imputar responsabilidade a terceiros, mas sim da PGFN;

5.7. é incabível o responsável fazer parte do lançamento, já que o artigo 135 do CTN não define o sujeito passivo, o responsável não faz parte do critério pessoal da obrigação e há a possibilidade do responsável ser incluído no pólo passivo da execução fiscal;

5.8. desta forma, com fulcro nos artigos 2º, 9º, inciso II e 58 da Lei nº 9.784/1999, requer que seja reconhecida a nulidade do Termo de Solidariedade Passiva, com fundamento no artigo 59, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972 (nulidade de atos e termos lavrados por pessoa incompetente), o que igualmente já foi decidido pelo CARF, conforme ementa de Acórdão reproduzida;

5.9. as alegações fantasiosas e tendenciosas da fiscalização no sentido de ocorrência de fraude fiscal decorrente de simulação praticada no quadro societário da autuada são infundadas em relação ao impugnante, já que não lhe foi imputado qualquer ato ilícito, visto que as afirmações dos auditores fiscais se restringem a Rodrigo Luiz de Oliveira e as procurações que lhe foram outorgadas;

5.10. como se desligou da sociedade em 20/04/2005 e os fatos geradores abarcam o ano-calendário 2007, é evidente que o impugnante não possui interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, conforme jurisprudência e doutrina reproduzidas;

5.11. não há que se falar em simulação por parte do impugnante, já que cedeu a maioria de suas quotas ao sócio remanescente que permaneceu na sociedade por muito tempo, e se ocorreu qualquer irregularidade foi sem seu conhecimento e após sua saída em 2005;

5.12. é assente que somente os sócios que exerçam a administração da sociedade irão responder pessoalmente pelos atos praticados com excesso de poderes, não se responsabilizando os demais, ainda que sua responsabilidade seja ilimitada, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reproduzida;

5.13. além disto, deve ser demonstrado e provado que o administrador agiu com dolo ou culpa grave, caracterizadores de improbidade gerencial, para violação da lei ou estatutos em prejuízo da sociedade, o que caracterizaria a responsabilidade pessoal pelos débitos, nos termos do artigo 135 do CTN, cuja infração não é objetiva, conforme jurisprudência do STF reproduzida;

5.14. a desconsideração pelo Fisco do contrato escrito de alteração e consolidação do contrato social firmado pelo impugnante em 20/04/2005 é indevida e deixa de atender o princípio da busca pela verdade material, já que o fato jurídico pode ser provado mediante documentos públicos ou particulares e as declarações constantes de documentos

assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (artigos 212, inciso II, e 219 do Código Civil);

5.15. para ser desconsiderado o contrato social deveria ter sido percorrido o devido processo legal, demandando sua nulidade nos termos do artigo 390 e seguintes do Código de Processo Civil, o que não ocorreu;

5.16. a alteração contratual firmada pelo impugnante em sua saída da autuada atende aos preceitos legais e é considerado válido para todos os efeitos, inclusive para fins de tributação, sob pena de ofensa ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal (ato jurídico perfeito);

5.17. inexistente em direito qualquer princípio que erija a má-fé em regra ou em critério de interpretação e se fosse dever do administrado provar a boa-fé de seus atos, sua posição jurídica revestir-se-ia de completa insegurança, por ser a prova negativa extremamente tormentosa;

5.18. não podem ser aplicados ao presente caso o disposto nos artigos 243 da Lei nº 6.404/1976 e 1.098 a 1.100 do Código Civil, já que não há qualquer participação do impugnante nas demais sociedades citadas pela fiscalização;

5.19. diante do disposto no artigo 83 da Lei nº 9.430/1996 e da circunstância de não haver prova cabal de que a pretensão exigida pela autoridade fiscal é de fato válida, não há justificativa para causar ao contribuinte e seus representantes injusto constrangimento com investigação policial decorrente de Representação Fiscal para Fins Penais; e

5.20. o envio da Representação Fiscal para Fins Penais à autoridade policial somente pode ocorrer após a decisão final proferida na esfera administrativa, conforme manso e pacífico entendimento do STF reproduzido, o que leva à conclusão de que a deflagração desta Representação neste momento constitui instrumento de coação moral e fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

6. O responsável tributário Rodrigo Luis de Oliveira protocolizou sua impugnação (fls. 1618 a 1646) também em 03/01/2013, instruída com documentos que comprovam a representação (fls. 1647 a 1649), bem como com fotos de feiras de automóveis realizadas (fls. 1651 a 1661), jurisprudência sobre a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário (fls. 1662 a 1680), detalhamento de custos/despesas (fls. 1681 e 1682) e cópias dos contratos sociais com as saídas dos sócios apontados como responsáveis da sociedade autuada (fls. 1683 a 1698).

Passo, agora, a complementar o relatório acima colacionado.

O entendimento consubstanciado em 1ª instância - que deu procedência parcial a impugnação - sedimentou-se na manutenção da exação quanto à Rodrigo Luis de Oliveira (responsável solidário passivo). Todavia, quanto à Eduardo Vitor Poy, a exigência do crédito tributário, bem como a responsabilidade tributária solidária passiva, foram afastadas. Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 10/01/2007, 25/01/2007, 26/01/2007, 29/01/2007, 30/01/2007, 12/02/2007, 21/02/2007, 28/02/2007, 05/03/2007, 14/03/2007, 15/03/2007, 22/03/2007, 02/04/2007, 03/04/2007, 20/04/2007, 26/04/2007, 21/05/2007, 25/06/2007, 04/07/2007, 06/07/2007, 10/07/2007, 16/07/2007, 20/07/2007, 24/07/2007, 27/07/2007, 31/07/2007, 22/08/2007, 10/09/2007, 11/09/2007, 01/10/2007, 10/10/2007, 05/11/2007, 06/11/2007, 08/11/2007, 06/12/2007, 10/12/2007, 14/12/2007, 21/12/2007

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária e não quebra do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Data do fato gerador: 10/01/2007, 25/01/2007, 26/01/2007, 29/01/2007, 30/01/2007, 12/02/2007, 21/02/2007, 28/02/2007, 05/03/2007, 14/03/2007, 15/03/2007, 22/03/2007, 02/04/2007, 03/04/2007, 20/04/2007, 26/04/2007, 21/05/2007, 25/06/2007, 04/07/2007, 06/07/2007, 10/07/2007, 16/07/2007, 20/07/2007, 24/07/2007, 27/07/2007, 31/07/2007, 22/08/2007, 10/09/2007, 11/09/2007, 01/10/2007, 10/10/2007, 05/11/2007, 06/11/2007, 08/11/2007, 06/12/2007, 10/12/2007, 14/12/2007, 21/12/2007

PAGAMENTOS. BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA. CAUSA NÃO COMPROVADA.

É sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, pagamento efetuado a beneficiário não identificado ou, contabilizado ou não, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 10/01/2007, 25/01/2007, 26/01/2007, 29/01/2007, 30/01/2007, 12/02/2007, 21/02/2007, 28/02/2007, 05/03/2007, 14/03/2007, 15/03/2007, 22/03/2007, 02/04/2007, 03/04/2007, 20/04/2007, 26/04/2007, 21/05/2007, 25/06/2007, 04/07/2007, 06/07/2007, 10/07/2007, 16/07/2007, 20/07/2007, 24/07/2007, 27/07/2007, 31/07/2007, 22/08/2007, 10/09/2007, 11/09/2007, 01/10/2007, 10/10/2007, 05/11/2007, 06/11/2007, 08/11/2007, 06/12/2007, 10/12/2007, 14/12/2007, 21/12/2007

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EX-SÓCIO GERENTE. SÓCIO ADMINISTRADOR DE FATO. EX-SÓCIO COTISTA. ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA. FALTA DE PROVAS.

Demonstrado nos autos que ex-sócio administrador da empresa continua a ser sócio gerente de fato da autuada mantém-se sua responsabilização tributária apontada pela fiscalização. Por outro lado, inexistindo no processo provas de que ex-sócio cotista continuou a atuar como sócio de fato da autuada, exercendo gerência ou administração, cabe afastar a responsabilização que lhe foi imputada pelos autuantes.

Inconformados com tal decisão, Rod Poy e o Sr. Rodrigo Luis Oliveira, interpueram Recurso Voluntário a este Conselho, repisando seus argumentos.

Ainda, no tocante ao trâmite processual, registre-se que não foram apresentadas Contrarrazões pela PGFN e que, em decorrência da procedência parcial da Impugnação, necessária se faz a apreciação do Recurso de Ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei- Relator

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, pelo qual, deles conheço. O mesmo em relação ao recurso de ofício, que respeitou o respectivo limite de alçada.

Há recurso voluntário da empresa contribuinte, bem como do ex-sócio, Sr. Rodrigo Luís de Oliveira, mantido como responsável solidário da contribuinte por ser sócio administrador à época dos fatos geradores objeto deste processo administrativo, bem como por ter continuado a atuar na sociedade, mesmo após a sua saída do contrato social, ser irmão do sócio José Luís de Oliveira Filho, dentre outros fatos, formam um conjunto que confirma a responsabilidade tributária nos termos do art. 124 e 135 do CTN. Ambos os recursos voluntários são muito semelhantes em seus argumentos de defesa, de tal forma que serão tratados em conjunto nesta decisão.

Em síntese, a fiscalização levada a termo no contribuinte redundou na lavratura de mais de um auto de infração, sendo que, neste processo administrativo, está se discutindo exclusivamente o auto de infração de IRRF, decorrente de pagamentos realizados pelo contribuinte a beneficiários não identificados, via contas bancárias, devidamente planilhadas pela fiscalização às fls. 650 a 671, com ciência ao contribuinte às fls. 671, com esclarecimentos prestados às fls. 796 a 798. Como não foram esclarecidos todos os pagamentos realizados, a fiscalização intimou o contribuinte mais uma vez para que os fizesse, sendo que, após a segunda intimação, o contribuinte informou que não localizou novos documentos, alegando prazo curto para o atendimento da solicitação. Não comprovados os motivos dos pagamentos realizados, nem identificados os seus beneficiários, a fiscalização, nos termos do art. 61 e seu § 1º, da Lei nº 8.981/95, constituiu créditos tributários de IRRF, à alíquota de 35% (fls. 1272 a 1291).

Os Recorrentes, nos recursos voluntários apresentados, questionam e requerem a conversão do julgamento em diligência, para a realização de perícia, de tal forma a comprovarem os motivos e os beneficiários dos pagamentos realizados. Contudo, como bem disposto na decisão recorrida, ao contribuinte e ao responsável solidário foi dada mais de uma oportunidade para fazerem provas em seu favor, mas não se desincumbiram dessa tarefa, de tal forma que, neste momento do processo administrativo, não há mais justificativa para a extensão de prazo para esse mister, notadamente porque a decisão recorrida foi exarada em março de 2013 e já se passaram mais de quatro anos deste então, não sendo apresentado qualquer prova nova no feito para mudar o que foi posto até a decisão da DRJ.

Na mesma linha de defesa, ambos os Recorrentes questionam a utilização de informações bancárias obtidas antes da lavratura dos autos de infração, trazendo antigo entendimento do Tribunal Federal de Recursos para justificar a suposta ilegalidade dessa prática.

Em verdade, com o advento da Lei Complementar nº 105, de 2001, em seu art. 6º, combinado com o § 3º, inciso VI, do art. 1º, garantiu-se às “autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” o direito de “examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado

ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”, com o dever funcional de manter “o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo em sigilo, observada a legislação tributária”.

Ou seja, a insurgência dos Recorrentes não tem guarida no ordenamento jurídico, sendo perfeitamente legal o uso de informações bancárias para a realização do trabalho de fiscalização, nos limites permitidos em lei.

Como dito mais acima, outros autos de infração foram lavrados a partir da fiscalização realizada no contribuinte. Os argumentos dispostos em ambos os recursos voluntários, que não se referem ao auto de infração de IRRF, não serão aqui tratados, pois há processos administrativos específicos para que o contribuinte argumente e se defenda em face dos créditos tributários constituídos.

Ambos os Recorrentes, dentro da lógica de seus recursos, voltam a questionar o indeferimento do pedido de perícia, alegando que “tais movimentações foram realizadas por força de grande número de dados e fatos realizados anos atrás”, que “a grande maioria corresponde a valores não significativos”, que “ao longo do período fiscalizado, dada a informalidade com que eram praticados os atos (...) são, hoje, praticamente impossíveis de buscar”.

Como se vê, os próprios Recorrentes reconhecem que não há elementos de prova novos que possam justificar uma conversão de julgamento em diligência, muito menos a realização de uma perícia.

De qualquer forma, como colocado em defesa, mas também observado na decisão recorrida, foi consignada uma declaração de voto, na decisão de primeira instância, que, ao ver deste Julgador, merece guarida.

De fato, o pagamento a beneficiário desconhecido é motivo para a constituição de crédito tributário de IRRF nos termos do citado art. 61, da Lei 8.981/95. Um cheque descontado na boca do caixa, em favor do próprio contribuinte, não configura, com a devida vênia, um pagamento a beneficiário desconhecido. O motivo do saque, neste caso, pode ser relevante para que o agente fiscalizador perquiria o contribuinte o que foi realizado com o dinheiro sacado para o caixa, e mesmo sendo conhecido o beneficiário (o sócio) persiste a falta de motivação, não comprovada neste caso.

Mais adiante, em seus recursos, os Recorrentes sugerem que seja feito um abatimento nas despesas pagas dos valores recebidos e supostamente não comprovados. No presente caso, como não há justificativas para ingressos e saídas de contas bancárias do contribuinte, ambos devem ser tratados de forma autônoma, sendo que, no caso do IRRF, o que interessa são as saídas para beneficiários desconhecidos e sem motivação, as quais são recursos da empresa, mas que estão saindo em favor de terceiros desconhecidos e, por decorrência legal, já declinada, são base de cálculo para a apuração do IRRF à alíquota de 35%, tornando irretocável da autuação e a decisão recorrida que manteve os créditos tributários constituídos.

Por fim, as duas últimas questões a serem enfrentadas: multa qualificada de 150% e a responsabilidade solidária do ex-sócio gerente.

A responsabilidade solidária já foi abordada mais acima, mas merece alguns complementos à vista do recurso interposto pelo ex-sócio Rodrigo Luís de Oliveira.

Ainda que tenha deixado a condição de sócio da contribuinte autuada, o ex-sócio permaneceu nos negócios, atuando, inclusive, como procurador da contribuinte, com poderes, inclusive, para representá-la perante a fiscalização, o que, de fato, fez durante o período em que a fiscalização estava em curso.

Nessa condição de ter permanecido, de fato, administrando os interesses da contribuinte autuada, condiciona o Sr. Rodrigo Luís de Oliveira a ter interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, nos moldes previstos no inciso I, do art. 124, do CTN.

De se observar que a fiscalização, atenta às questões societárias envolvendo a empresa autuada e as pessoas que se sucederam no seu quadro de sócios, assim como em outras pessoas jurídicas afins, concluiu pela constante presença do Sr. Rodrigo Luís de Oliveira à frente dos negócios, denotando ser beneficiário direto do que ocorria com a empresa autuada, independentemente de já não estar em seu quadro de sócios.

Desta forma, entendo presentes os requisitos autorizadores para a manutenção da responsabilidade solidária do Sr. Rodrigo Luís de Oliveira com a empresa autuada no caso concreto.

Essa responsabilidade solidária, contudo, não denota que tenha havido algum tipo de fraude nas operações societárias observadas pela fiscalização. Em verdade, qualquer pessoa, inclusive um menor, pode ser sócio de uma empresa, desde que representado para os atos de manifestação de vontade. Exige-se capacidade civil para ser gestor, administrador, gerente, pois tais funções têm em si, de forma intrínseca, a necessidade de constante tomada de decisões, o que pressupõe alguém capaz, de tal forma a assumir a responsabilidade pelos seus atos.

No caso, a troca de pessoas no quadro de sócios de uma empresa, ainda que o novo sócio não tenha capacidade econômica, por si só, não representa fraude. Caberia à fiscalização comprovar a sua existência no caso concreto, mas, no caso específico dos créditos tributários constituídos a título de IRRF, objeto deste processo administrativo, não se vislumbra essa situação, de tal forma que, não ocorrendo as condutas do art. 71, 72 e 73 da lei nº 4.502/64 nas situação que envolve o auto de infração lavrado de IRRF, exigidas para a duplicação da multa a teor do contido no § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, deve-se desqualificá-la, mantendo-se, tão somente, a multa de ofício de 75%.

Há **recurso de ofício** em razão da DRJ de São Paulo, através de sua 1ª Turma, ter excluído do termo de sujeição passiva, como responsável solidário, o Sr. Eduardo Vitor Poy, sob o fundamento de que, ainda que tenha havido omissão de receitas no período em que foi sócia da cotista autuada, tal fato, por si só, não conduz à conclusão de que referido ex-sócio é responsável tributário (fls. 1727 e 1728).

A sujeição baseou-se unicamente no fato do Sr. Eduardo ser sócio, sem que houvesse comprovação do atendimento aos dispositivos constantes no artigo 135 do CTN que, como sabemos, envolve dolo do sujeito. Deste modo, acertada a exclusão da responsabilidade do devedor solidário, em linha com a reiterada jurisprudência desta Turma julgadora.

Por todo o exposto:

a. Nego provimento ao recurso de ofício, mantendo a exclusão da responsabilidade solidária do Sr. Eduardo Vitor Poy.

b. Dou parcial provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica para afastar a qualificação da multa (art. 44, § 1ª, da Lei 9.430/96), uma vez que uma operação societária para a troca de sócio no quadro de sócios de uma empresa não é, por si só, uma situação que configure fraude, independentemente da aparente falta de capacidade econômica do sócio ingressante.

Mantenho, por fim, a solidariedade passiva do Sr. Rodrigo Luís de Oliveira, uma vez que, mesmo se afastando do quadro de sócios da empresa atuada, manteve a administração de fato dos negócios, como restou demonstrado no feito.

É o voto

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei