



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

Processo nº 13855.003418/2009-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-003.160 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA.

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros. (Súmula CARF nº 32).

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. PRELIMINAR REJEITADA.

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário (Súmula CARF nº 9).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito, poupança e/ou investimento, junto à 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.

Para imputação por presunção legal da infração omissão de receitas (fato probando) basta que o fisco comprove a ocorrência do fato indiciário, ou seja, a existência de extratos bancários de conta corrente cuja movimentação financeira bancária não foi registrada na escrituração contábil/fiscal e a pessoa jurídica, embora intimada, não comprove a origem dos recursos ingressados a crédito na conta corrente bancária.

A partir do fato indiciário - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada (fato conhecido) - presume-se a ocorrência ou existência de omissão de receitas à margem da tributação (fato probando).

A presunção legal de omissão de receitas, além de inverter o ônus da prova, tem caráter relativo.

O ônus probatório da não ocorrência do fato probando - omissão de receitas - portanto é do sujeito passivo, que poderá afastá-la mediante produção de prova apta, idônea, cabal.

PEDIDO GENÉRICO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA TÉCNICO-CONTÁBIL. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas documentais que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal.

A perícia técnica se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos.

A diligência fiscal, perícia técnico-contábil, não tem o condão de substituir a parte na atividade de produção de prova.

Para afastar a omissão de receitas, infração imputada por presunção legal, o ônus probatório, atividade de produção de provas, é do sujeito passivo, em face do inversão do ônus da prova.

Considera-se inexistente o pedido de diligência e perícia técnica, quando não atender aos ditames do art. 16, IV, do Decreto 70.235/72. Aplicação da inteligência do § 1º do art. 16 do mesmo diploma legal.

Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência ou perícia considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. AUTUAÇÃO POR PRESUNÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA ESPECÍFICA.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964 (Súmula CARF nº 25).

A despeito da inversão do ônus de prova realizado pela aplicação da presunção de omissão de receita, permanece o dever da fiscalização de provar quaisquer circunstâncias relativas a condutas dolosas do contribuinte, aptas a justificar a qualificação da multa aplicada.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO. RESP Nº 731.308-MG. INAPLICABILIDADE.

A responsabilidade tributária deve ser comprovada pela fiscalização, mesmo nos casos em que há presunção de ocorrência do fato gerador, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Em não havendo a comprovação de conduta dolosa transgressora da lei, do contrato social ou dos estatutos da empresa, não há que se manter a responsabilização do sócio ou administrador.

Inaplicável ao caso o REsp nº 731.308-MG, que estabelece o ônus do responsável de provar que não realizou a conduta dolosa, pois tal precedente é calcado na presunção de liquidez e certeza da Certidão da Dívida Ativa. No procedimento administrativo, cabe à fiscalização realizar tal prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as arguições de nulidade do lançamento fiscal e de ilegitimidade passiva, e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa para 75% e excluir o coobrigado, senhor Jorge Bussab Azzuz, do pólo passivo da obrigação tributária. Vencidos o Conselheiro Nelso Kichel que votou por negar provimento ao recurso e o Conselheiro Roberto Silva Junior que votou por dar provimento parcial em menor extensão somente para reduzir a multa para 75%. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel - Relator.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

O autos tratam dos Recursos Voluntários interpostos pela HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA (e-fls. 2825/287) e pelo responsável solidário JORGE BUSSAB AZZUZ (e-fls. 2806/2818) na parte que restaram vencidos, em face do Acórdão da DRJ/Ribeirão Preto (2ª Turma) que julgou impugnação procedente em parte:

- a) ao manter, em parte, a infração omissão de receitas - depósitos bancários de origem não comprovada com multa qualificada de 150%;
- b) ao manter a sujeição passiva solidária do Sr. Jorge Bussab Azzuz pelo crédito tributário objeto deste processo.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que, em **12/11/2009**, a fiscalização da DRF/Franca lavrou Autos de Infração dos tributos do Simples Federal (IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contribuição Seguridade Social - INSS), quanto ao **ano-calendário 2005**, imputando as seguintes infrações (e-fls. 02/67):

(...)

**001 - OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS
NÃO ESCRITURADOS**

Valor apurado conforme Relatório da Fiscalização o qual é parte integrante do presente auto.

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei no 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei n º 9.430/96.; Art. 3º da Lei no 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme Relatório da Fiscalização o qual parte integrante do presente auto.

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 5º da Lei n º 9.317/96 c/c art. 3 º da Lei no 9.732/98.; Arts. 186 e 188, do RIR/99.

(...)

- que, ainda, quanto aos fatos, conforme mencionado acima, consta do Relatório da Fiscalização (e-fls.68/80), *in verbis*:

(...)

**2- DO OBJETO DA AUDITORIA E VERIFICAÇÕES
EFETUADAS**

(...)

*A fiscalização foi iniciada através do Temo de Inicio da Ação Fiscal, tendo a contribuinte cientificada em **07/04/2008**.*

(...)

*Em 28/04/2008 a contribuinte apresentou cópias do Contrato Social e de **procuração pública com amplos poderes ao senhor Jorge Bussab Azzuz, CPF 071.767.638-28**.*

(...)

Em 21/08/09 através do Termo de Intimação N°. 273/2008 intimei a contribuinte a apresentar os documentos solicitados no

"Termo de Inicio da Ação Fiscal", documentos estes não apresentados até essa data.

(...)

*Tendo em vista que a contribuinte **não apresentou os documentos exigidos no Termo de Inicio, sobretudo os extratos bancários**, foi solicitado junto ao Banco do Brasil os extratos de movimentação financeira no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme RMF N.º 2008.00052-9.*

O Banco do Brasil apresentou os extratos bancários tempestivamente.

*Em **11/11/08** através do Termo de Intimação N.º 420/2008, a contribuinte foi intimada a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil, **a origem dos recursos depositados na conta bancária**, no período de janeiro a dezembro de 2005.*

(...).

*Face ao não atendimento, em **25/09/09**, pessoalmente, a contribuinte foi cientificada do Termo de Reintimação N.º 362/2009.*

(...)

*Em **27/10/2009** a contribuinte apresenta à esta fiscalização resposta do Termo de Reintimação N.º 362/2009, (...).*

Ora a contribuinte afirma, através de seu procurador, que a movimentação financeira na conta corrente N.º 9236-3, agência 2991-2 do Banco do Brasil S/A no período de janeiro a dezembro de 2005 pertence ao Posto de Gasolina, a Loja de Conveniência, a Imobiliária e a outros negócios, no entanto, não tem, como o mesmo diz, como comprovar com a documentação comercial, fiscal e contábil a origem dos créditos.

Assim, fica claro que os créditos efetuados na conta corrente foram feitos em dinheiro, cheques e transferência, no entanto, a contribuinte não logrou êxito em comprovar, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, as origens dos mesmos.

*Os créditos em sua totalidade não comprovados pela contribuinte quanto a sua origem configuram **omissão de receitas** nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96, alterado pela Lei 9.481/97.*

(...)

3- DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO

*Das constatações acima foi lavrado auto de Infração para cobrança do **SIMPLES** e todos os tributos nele contidos a saber: Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL,*

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição para Seguridade Social —INSS, acrescidos de multas e juros.

4- DA MULTA DE OFÍCIO

Já no Demonstrativo de Multa, há a aplicação da multa de 150%, conforme artigo 4º. inciso II, da Lei Nº. 8.212/91; e artigo 44, inciso II, da Lei Nº. 9.430/96 c/c artigo 106, inciso II, alínea "c", da Lei Nº. 5.172/66 que se deve à ocorrência de fato definido, em tese, como crime contra a ordem tributária, conforme definido nos artigos 1º. e 2º. da Lei Nº 8.137/90.

*A Pessoa Jurídica **cedeu e permitiu que** terceiros utilizassem sua conta corrente para movimentação financeira, constituindo evidente intuito de fraude, e justifica a aplicação da multa qualificada, tipificada no art. 44, inciso II da Lei No. 9.430/96, em face de prática contumaz das condutas tipificadas nos artigos 71 e 73 da Lei No. 4.502/64.*

(...)

TERMO DE RESPONSABILIDADE PESSOAL

I - DA RESPONSABILIDADE

I- DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS

A empresa em sua declaração apresentada à Receita Federal do Brasil declara não possuir qualquer tipo de patrimônio fato que não pode ser comprovado dado à impossibilidade de acesso a escrituração contábil.

*A concentração de patrimônio encontra-se na pessoa do procurador Jorge Bussab Azzuz, CPF 071.767.638-28, o qual possui **procuração pública com amplos poderes** para representar a contribuinte, e assim o fez, inclusive utilizou desse poder outorgado para sacar, depositar, transferir, emitir cheques em seu nome e em nome das empresas o qual é sócio: **Posto Lago Azul de Franca Ltda.** CNPJ 02.912.744/0001-08 e **Jomar Administração de Imóveis Ltda.** CNPJ 52.386.653/0001-54, utilizando, no período de janeiro a dezembro de 2005 a conta corrente Nº 9236-3, agência 2991-2 no Banco do Brasil de titularidade da fiscalizada.*

*A irregularidade tributária praticada pela empresa sujeito passivo desta fiscalização, no ano-calendário de 2005, ficando claro no Relatório da Fiscalização que a mesma **foi utilizada como interposta pessoa** para realizar a sua movimentação financeira do procurador **Jorge Bussab Azzuz** e suas empresas, fato afirmado pelo próprio. Isto demonstra a **intenção dolosa de seus sócios e procurador**, preocupados o tempo todo em ocultar a realidade dos fatos com o **intuito único de eximir-se de pagamento de tributo.***

(...)

*Em uma análise sistêmica, os fatos e situações comprovados pela fiscalização adequam-se perfeitamente ao tipo legal invocado, que, aliado ao disposto no art. 11, abaixo transcrito, do mesmo diploma (Lei 8.137/90) e ao constante na matéria tributária inerente (art. 137, inciso II do CTN) não nos deixam qualquer dúvida quanto **RESPONSABILIZAR PESSOALMENTE OS SÓCIOS E PROCURADOR** da pessoa jurídica **HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA.** — CNPJ nº **03.601.667/0001-38**, pelos créditos tributários apurados no AUTO DE INFRAÇÃO, corroborado pelo MPF 2008.00449-4.*

*No caso sob comento, tipifica-se pelo constante no **inciso II do art. 137 do CTN**, conjugado com o disposto no caput do art 2º e correspondente inciso I da Lei 8.137/90.*

Obs: Na primeira passagem do processo pelo CARF, os autos foram baixados em diligência conforme Resolução CARF, de 11/06/2013 (e-fls. 2667/2697 e 2697/2702), no sentido de ouvir a fiscalização, para dirimir dúvida se os sócios da autuada foram responsabilizados solidariamente como mencionado no Relatório de Fiscalização (e-fls. 68/80). Restou, por fim, esclarecido que, em termos de responsabilidade solidária, apenas o Sr. *Jorge Bussab Azzuz* foi objeto sujeição passiva solidária pelo crédito tributário lançado de ofício em nome da pessoa jurídica, sujeito passivo objeto dos autos. Nesse sentido consta do relatório do Acórdão do CARF, de 06/05/2014, que anulou a 1ª decisão *a quo* (e-fls. 2715/2723), *in verbis*:

(...)

Em atendimento, a Delegacia da Receita Federal em Franca, São Paulo, produziu a informação de fls. 1.235, abaixo reproduzida.

Em atendimento à solicitação de Diligência Fiscal requerida pelo Conselho de Contribuintes, serve-se a presente a aclarar o quanto solicitado. A unidade de julgamento requereu trabalho fiscal a fim de a fiscalização manifestar-se em face da contradição apresentada no item i) constante à fl. 1233.

*A contradição apontada recai sobre os sujeitos passivos sobre os quais houve atribuição de responsabilidade pessoal. Em verdade, na direção apontada pelo julgador, a responsabilidade recaiu apenas sobre o Sr. *Jorge Bussab Azzuz*. Isto porque no correr dos trabalhos da auditoria ficou comprovado que apenas este movimentava as empresas envolvidas no ilícito fiscal, bem como constava como único gestor.*

*Não obstante o equívoco apontado que induziu o julgador à dúvida, o fato é que a responsabilização recaiu tão-somente sobre o procurador *Jorge Bussab Azzuz*.*

*Considerando que não ocorreu a ciência do responsável *Jorge Bussab Azzuz*, CPF nº 071.767.63828, consoante pretendido pela autoridade julgadora no item ii) do despacho de fl. 1233, encaminhe-se à SACAT para cientificar o autuado da decisão de primeira instância.*

(...)

Valores tributáveis das infrações imputadas:

<i>Mês/Ano</i>	<i>Receita Bruta Mensal (Decl.)</i>	<i>Difer.Apuradas(R\$)</i>	<i>Receita Bruta Acumulada (R\$)</i>	<i>(%) Total SIMPLES</i>
<i>01/2005</i>	<i>379,48</i>	<i>119.620,52</i>		<i>5,00</i>
<i>01/2005</i>	<i>0,00</i>	<i>582.307,43</i>		<i>7,00</i>

Processo nº 13855.003418/2009-14
Acórdão n.º 1301-003.160

S1-C3T1
Fl. 2.857

			702.307,43	
02/2005	525,00	497.167,57		8,60
02/2005	0,00	123.027,62		10,32
			1.323.027,62	
03/2005	725,78	734.431,41	2.058.184,81	10,32
04/2005	398,75	652.836,49	2.711.420,05	10,32
05/2005	435,78	788.714,97	3.500.570,80	10,32
06/2005	386,30	826.440,17	4.327.397,27	10,32
07/2005	435,00	639.884,83	4.967.717,10	10,32
08/2005	395,00	901.772,87	5.869.884,97	10,32
09/2005	2.035,78	456.800,97	6.328.721,72	10,32
10/2005	3.025,73	518.410,75	6.850.158,20	10,32
11/2005	4.055,86	313.497,23	7.167.711,29	10,32
12/2005	3.798,45	263.826,29	7.435.336,03	10,32

Obs: No ano-calendário 2005, o sujeito passivo informou na Declaração do Simples receita bruta de R\$ 15.671,13. Isso significou apenas 2,11% da receita bruta total faturada nesse ano.

(i) A Coluna Diferença Apurada corresponde aos valores tributáveis mensalmente Omissão de Receitas - Depósitos bancários não escriturados/origem não comprovada;

(ii) A Coluna Receita Bruta (Declarada) corresponde a Infração Insuficiência de Recolhimentos (infração reflexa), ajuste das faixas de alíquotas em face da Receita Bruta Acumulada até o respectivo mês.

(iii) A multa qualificada foi aplicada apenas para a infração Omissão de Receitas. À infração Insuficiência de Recolhimento foi imputada pela Fiscalização multa de ofício de 75%.

O Crédito tributário lançado de ofício do **Simples** (Autos de Infração do IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS), **ano-calendário 2005**, no montante de **R\$ 2.217.062,81**, assim especificado:

AC 2005 Auto de Infração Simples	Principal	Juros de Mora (calculados até 30/10/2009)	Multa de ofício	Total
IRPJ	55.618,86	29.302,49	83.428,23	168.349,58
PIS	55.618,86	29.302,49	83.428,23	168.349,58
CSLL	86.765,20	45.802,64	130.147,73	262.715,57

Cofins	173.530,37	91.605,34	260.295,50	525.431,21
Contrib. INSS	361.018,54	189.675,88	541.522,45	1.092.216,87
Total				2.217.062,81

Ciente do lançamento fiscal, a contribuinte e o responsável solidário apresentaram impugnação.

Obs: Como já dito anteriormente, a primeira decisão da DRJ/Ribeirão Preto (5ª Turma) (e-fls.2414/2429), por cerceamento do direito de defesa, foi anulada pela CARF, conforme Acórdão nº 1301-001.497 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª SEJUL, Sessão de Julgamento de **06/05/2014**, (e-fls. 2715/2723), cuja ementa e parte dispositiva transcrevo:

(...)

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES Exercício: 2006 NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Na hipótese em que argumentos e documentos a eles relacionados, trazidos em sede de impugnação, não são apreciados pela autoridade julgadora de primeira instância, resta configurado o cerceamento do direito de defesa, eis que mitigado o contraditório em virtude da supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para anular a decisão de primeira instância. Fez sustentação oral pela recorrente Dra. Ana Cristina Ghedini Carvalho, OAB/SP nº 181614.

(...)

Retornaram os autos à DRJ/Ribeirão Preto para novo julgamento.

Então, a DRJ/Ribeirão Preto (3ª Turma), Sessão de Julgamento de **15/01/2016**, enfrentou as questões suscitadas pela contribuinte e pelo responsável - sujeição passiva solidária - Sr. Jorge Bussab Azzuz, ou seja, decidiu manter, em parte, o lançamento fiscal e manter a responsabilidade- sujeição passiva do Sr. Jorge Bussab Azzuz, conforme Acórdão (e-fls.2751/2776) cuja ementa, parte dispositiva e voto, no que pertinente, transcrevo, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. Por presunção legal, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido

comprovada pelo contribuinte, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. VALORES A SUBTRAIR DO MONTANTE TRIBUTADO. CHEQUES DEPOSITADOS E DEVOLVIDOS. Os cheques depositados pelo contribuinte, que compõem os montantes mensais dos depósitos tributados a título de omissão de receitas, mas foram devolvidos pelos bancos sacados, ou seja, não foram pagos, devem ser excluídos da tributação.

LANÇAMENTOS DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS RECOLHIDOS PELO SISTEMA SIMPLES: IRPJ, CSL, PIS, COFINS, IPI e INSS. Verificada omissão de receita na pessoa jurídica optante pelo Simples, devem ser lavrados os lançamentos correspondentes aos tributos que o compõem, respeitada a partilha prevista na lei.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

A decisão pertinente ao lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ-SIMPLES) deve nortear as inferências correlatas aos autos de infração de contribuições sociais e previdenciária, tendo em vista que provém de receita omitida decorrente de aplicação de presunção legal idêntica, mantendo íntima relação de causa e efeito.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, uma vez demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas em lei, haja vista que se utilizou de contas bancárias de interposta pessoas para ocultar sua movimentação financeira e receitas.

RESPONSABILIDADE PESSOAL E SOLIDÁRIA. São coobrigados os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, comprovada a prática de ilícitos tributários por pessoas físicas e dirigentes de pessoas jurídicas como meio para evadir-se tributação, deve a responsabilidade tributária recair sobre aqueles que se beneficiaram desses procedimentos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em julgar procedente em parte a impugnação interposta, para excluir o montante de R\$ 1.601.852,20 das bases de cálculo tributadas, que corresponde ao valor total de R\$ 161.294,21 de tributos, bem assim as respectivas multas de ofício e juros de mora, nos termos do relatório e voto integrantes do presente julgado.

(...)

Voto (condutor)

(...)

Demonstrativo do crédito tributário exonerado:

Período de Apuração	Tributo	Valor Principal Lançado	Valor Principal Exonerado	Valor Principal Mantido	Aliquota
jan/05	IRPJ	3.785,00	786,45	2.998,55	0,65%
fev/05	IRPJ	4.193,43	540,19	3.653,24	0,78%
mar/05	IRPJ	5.732,59	1.020,14	4.712,45	0,78%
abr/05	IRPJ	5.094,33	1.575,20	3.519,13	0,78%
mai/05	IRPJ	6.154,39	1.433,13	4.721,26	0,78%
jun/05	IRPJ	6.448,37	1.476,18	4.972,19	0,78%
jul/05	IRPJ	4.993,51	695,56	4.297,95	0,78%
ago/05	IRPJ	7.036,02	2.505,10	4.530,92	0,78%
set/05	IRPJ	3.574,31	418,90	3.155,41	0,78%
out/05	IRPJ	4.060,34	888,96	3.171,38	0,78%
nov/05	IRPJ	2.467,72	560,02	1.907,70	0,78%
dez/05	IRPJ	2.078,87	437,33	1.641,54	0,78%
jan/05	PIS/Pasep	3.785,00	786,45	2.998,55	0,65%
fev/05	PIS/Pasep	4.193,43	540,19	3.653,24	0,78%
mar/05	PIS/Pasep	5.732,59	1.020,14	4.712,45	0,78%
abr/05	PIS/Pasep	5.094,33	1.575,20	3.519,13	0,78%
mai/05	PIS/Pasep	6.154,39	1.433,13	4.721,26	0,78%
jun/05	PIS/Pasep	6.448,37	1.476,18	4.972,19	0,78%
jul/05	PIS/Pasep	4.993,51	695,56	4.297,95	0,78%
ago/05	PIS/Pasep	7.036,02	2.505,10	4.530,92	0,78%
set/05	PIS/Pasep	3.574,31	418,90	3.155,41	0,78%
out/05	PIS/Pasep	4.060,34	888,96	3.171,38	0,78%
nov/05	PIS/Pasep	2.467,72	560,02	1.907,70	0,78%
dez/05	PIS/Pasep	2.078,87	437,33	1.641,54	0,78%
jan/05	CSLL	7.020,80	1.209,92	5.810,88	1,00%
fev/05	CSLL	6.451,43	831,07	5.620,36	1,20%
mar/05	CSLL	8.819,36	1.569,44	7.249,92	1,20%
abr/05	CSLL	7.837,43	2.423,38	5.414,05	1,20%
mai/05	CSLL	9.468,29	2.204,81	7.263,48	1,20%
jun/05	CSLL	9.920,57	2.271,04	7.649,53	1,20%
jul/05	CSLL	7.682,32	1.070,09	6.612,23	1,20%
ago/05	CSLL	10.824,63	3.853,99	6.970,64	1,20%
set/05	CSLL	5.498,94	644,46	4.854,48	1,20%
out/05	CSLL	6.246,68	1.367,64	4.879,04	1,20%
nov/05	CSLL	3.796,49	861,57	2.934,92	1,20%

dez/05	CSLL	3.198,25	672,82	2.525,43	1,20%
jan/05	Cofins	14.041,60	2.419,84	11.621,76	2,00%
fev/05	Cofins	12.902,85	1.662,14	11.240,71	2,40%
mar/05	Cofins	17.638,71	3.138,88	14.499,83	2,40%
abr/05	Cofins	15.674,87	4.846,76	10.828,11	2,40%
mai/05	Cofins	18.936,58	4.409,63	14.526,95	2,40%
jun/05	Cofins	19.841,14	4.542,09	15.299,05	2,40%
jul/05	Cofins	15.364,65	2.140,17	13.224,48	2,40%
ago/05	Cofins	21.649,27	7.707,99	13.941,28	2,40%
set/05	Cofins	10.997,88	1.288,93	9.708,95	2,40%
out/05	Cofins	12.493,37	2.735,28	9.758,09	2,40%
nov/05	Cofins	7.592,97	1.723,15	5.869,82	2,40%
dez/05	Cofins	6.396,49	1.345,63	5.050,86	2,40%
jan/05	CSS-INSS	18.117,74	3.266,78	14.850,96	2,70%
fev/05	CSS-INSS	27.741,12	3.573,60	24.167,52	5,16%
mar/05	CSS-INSS	37.923,22	6.748,59	31.174,63	5,16%
abr/05	CSS-INSS	33.700,96	10.420,54	23.280,42	5,16%
mai/05	CSS-INSS	40.713,63	9.480,70	31.232,93	5,16%
jun/05	CSS-INSS	42.644,32	9.765,49	32.878,83	5,16%
jul/05	CSS-INSS	33.033,97	4.601,37	28.432,60	5,16%
ago/05	CSS-INSS	46.545,94	16.572,18	29.973,76	5,16%
set/05	CSS-INSS	23.645,44	2.771,20	20.874,24	5,16%
out/05	CSS-INSS	26.860,73	5.880,84	20.979,89	5,16%
nov/05	CSS-INSS	16.324,89	3.704,77	12.620,12	5,16%
dez/05	CSS-INSS	13.752,45	2.893,11	10.859,34	5,16%
Total Exonerado			161.294,21		

Conclusão

*Diante do exposto, voto no sentido de julgar procedente em parte as impugnações interpostas pela contribuinte atuada e pelo Sr. **Jorge Bussab Azzuz**, tão-somente para excluir o montante de R\$ 1.601.852,20 das bases de cálculo tributadas, que corresponde a ao valor total de R\$ 161.294,21 de tributos, conforme demonstrativo acima, bem assim as respectivas multas de ofício e juros, mantendo-se integralmente as demais exigências, em especial a responsabilidade solidária do Sr. Jorge Bussab Azzuz.*

(...)

Cientes dessa decisão, em **05/04/2016** por AR (e-fl. 2795/2796), o Sr. JORGE BUSSAB AZZUZ e, por Edital em **11/05/2016** (e-fl. 2822), a HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA apresentaram Recursos Voluntários, respectivamente, em **05/05/2016** e em **10/06/2016** (e-fls. 2806/2818 e 2825/2837).

A HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA pediu o cancelamento integral do lançamento fiscal, ao aduzir as seguintes razões, em síntese:

- 1. Quanto à titularidade da conta bancária:

- que a conta corrente da autuada foi utilizada, movimentada, pelo Sr **Jorge Bussab Azzuz**, no ano-calendário 2005;

-que os recursos financeiros movimentados seriam do Sr. **Jorge Bassab Azzuz** (empresas de sua propriedade), tanto que dos valores dos depósitos movimentados, num total de 7 milhões de reais, apenas cerca de 2% pertenceriam a Horizonte Conveniência Ltda;

- que a fiscalização efetuou diligências (fls.755/1076);

- que, estranhamente, a fiscalização optou por caminhos mais fáceis e curtos, autuando indevidamente a pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda., modesta loja de conveniência, sem realizar qualquer diligência junto a pessoa física do **Sr. Jorge** (suas empresas: Posto Lago Azul de Franca Ltda, Jomar Administradora de Imóveis S/C Ltda), envolvidos na movimentação financeira da conta bancária fiscalizada;

- que na tentativa de fundamentar seu voto, o ilustre o Relator *a quo*, senhor Antônio José Praga de Souza, às fls. 2770, argumenta:

"No que diz respeito à sujeição passiva, infere-se do disposto no caput do art.42 da Lei nº 9.430, de 1996, que a titularidade da conta bancária, por si só, implica vínculo entre a pessoa do titular e as importâncias nela creditadas. Portanto, não cabe cogitar que a autoridade fiscal faça prova de que a movimentação financeira pertence ao contribuinte. A este incumbe o ônus de comprovar, de modo específico e individualizado, a origem dos recursos creditados em sua própria conta bancária, mediante documentação hábil e idônea, sob pena de caracterização de omissão de receitas, por incidência de presunção legal. Somente instrução probatória dessa natureza poderia demonstrar a existência de eventuais depósitos de propriedade de terceiros, a serem excluídos do lançamento. No presente caso, a Fiscalização informou em seu relatório (fl.71) ter intimado diversos beneficiários de cheques emitidos no período de janeiro a dezembro de 1995 (sic), e sacados contra a conta corrente mantida junto ao Banco do Brasil pela autuada, a apresentar as notas fiscais que deram causa aos pagamentos e esclarecer a transação efetivamente realizada. Com base nas respostas obtidas, a autoridade fiscal concluiu que a conta bancária em questão era utilizada para movimentação de recursos decorrentes de transações realizadas tanto pela Horizonte Conveniência Ltda. como pelo Posto Lago Azul de Franca Ltda., Jomar Administradora de Imóveis S/C Ltda. e ainda o Sr. Jorge Bussab Azzuz. Verifica-se que tal conclusão tem por suporte provas relativas a pagamentos efetuados com utilização de recursos da conta bancária de titularidade da interessada. Ou seja, o exame refere-se a débitos (saídas de numerário) processados em conta corrente. Relevante, portanto, perquirir se tais informações, atinentes a

débitos em conta bancária, mostram-se hábeis a comprovar a origem de cada um dos créditos nela registrados."

- que, com isso, o Ilustre Relator *a quo* tenta convencer que a simples titularidade, segundo o art. 42 da Lei 9430/96, já se presume que a movimentação financeira é do próprio titular. Sim, pode ser uma presunção, mas não legal. Trata-se de presunção simples que sugere fiscalização, principalmente porque a própria pessoa que movimentava a conta informou que ali continha recursos de terceiros. Então, assim como o autor do procedimento procurou diligenciar as saídas de recursos através dos cheques emitidos, igualmente, poderia ter diligenciado em relação aos cheques depositados a crédito. O Agente Fiscal usou uma dessas alternativas: a saída de dinheiro; como poderia ter usado: a entrada de dinheiro (depósitos), valores ingressados a crédito na conta corrente bancária da pessoa jurídica autuada;

- que, aliás, toda essa problemática foi extensamente analisada pelo Relator Presidente da decisão de 1ª Instância de 26/04/2010 (que restou anulada pelo CARF), para quem se apresenta, de plano, bastante suficiente para fulminar as exigências tributárias em questão. Assim, não só por abrigar o entendimento defendido pela recorrente, mas, pela sua fidedignidade, imparcialidade, e sabedoria, embora voto vencido, merece aqui ser novamente transcrita a fundamentação de seu voto, às fls.2418/2411:

"De plano, passo à análise da alegação de sujeição passiva ilegítima sob o argumento de que o próprio autuante constatou e reconheceu em seu Relatório que os recursos movimentados na conta da pessoa jurídica autuada pertencem a terceiros, razão pela qual deveria o lançamento ter sido realizado em nome dos verdadeiros titulares dos recursos depositados/creditados em conta corrente, tendo em vista o disposto no § 5º do art.42 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, que abaixo transcrevo, verbis:

Art. 42 (...)

*§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, **evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.***

(...)

- que, no presente caso, a autuada, por intermédio de seu procurador Jorge Bussab Azzuz, informou à fl.99 que a conta bancária em questão foi utilizada no ano de 2005 para movimentação de recursos próprios da autuada e pelo procurador Sr. Jorge Bussab Azzuz (suas empresas).

- que a conta bancária, em questão, foi utilizada para movimentação de recursos decorrentes de transações realizadas tanto pela Horizonte Conveniência Ltda, como pelo procurador Sr. Jorge Bussab Azzuz (suas empresas: Posto Lago Azul de Franca Ltda, Jomar Administradora de Imóveis S/C Ltda).

- que os recursos movimentados na conta bancária não pertencem, em sua totalidade, à pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda., razão pela qual inexistente o apontado

fato gerador da obrigação tributária unicamente à autuada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

- que se torna **incabível a realização de lançamento do IRPJ e reflexos em nome da Horizonte Conveniência Ltda** com base na presunção de omissão de receitas por depósitos bancários não justificados, pois inexistente presunção válida de omissão de receita em nome da **Horizonte Conveniência Ltda**.

2. Invalidade dos termos assinados pelo Sr. Jorge Bussab Azzuz:

- que, conforme se constata do Contrato Social da empresa (doc. fls.106/115), referido senhor não consta do quadro de sócios. Caso constasse, não precisaria da procuração pública com amplos e gerais poderes, que lhe foi outorgada (doc.fls.116/117). Também a procuração não lhe confere qualquer outro poder, mas, tão só para uma movimentação financeira em bancos, instituições financeiras.

3. Termo de Responsabilidade Tributária:

- que o Relator de primeira Instância fez mais uma alegação leviana, à fl.2773, ao colocar erroneamente o Senhor Jorge na condição de sócio da Horizonte Conveniência Ltda; que o procurador não é sócio da autuada.

4. Multa qualificada:

- que por todas as razões de defesa até agora expendidas, não há que se cogitar de qualificação da penalidade pecuniária que só teria cabimento na ocorrência de crime contra a ordem tributária. Não há tributo a exigir, portanto, não pode existir crime. Não há evidente intuito de fraude, eis que inexistente proibição legal de se emprestar conta bancária.

5. Da prova pericial.

- **que** o julgador *a quo* entendeu pela não necessidade de diligência;

- que, por todo o exposto, e especificamente pela inobservância do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 pela fisco, a recorrente pediu que o lançamento de ofício seja cancelado, diante da evidente e comprovada ilegitimidade passiva da recorrente, bem como cancelado a Responsabilidade pessoal lavrado em face do Sr. Jorge Bussab Azzuz, por inteira medida de justiça.

Razões do recurso do Sr. JORGE BUSSAB AZZUZ:

- que, nas razões do recurso, o responsável pelo débito tributário objeto dos autos, argumenta:

- que a nova decisão de primeira instância, ora recorrida, reconheceu a incorreção praticada pelo Auto de Infração, no que se refere ao montante de R\$ 1.601.852,20 referente aos cheques devolvidos e que não haviam sido expurgados das bases de cálculo até então pela fiscalização, porém manteve o lançamento fiscal em parte e manteve a acusação fiscal de responsabilidade tributária do ora recorrente **Sr. JORGE BUSSAB AZZUZ**, procurador, da pessoa jurídica;

- que essa nova decisão, ora recorrida, também padece de irregularidade que configuram cerceamento do direito de defesa, ou seja, deixou de pronunciar acerca das seguintes questões (omissões) da decisão anterior que fora anulada pelo CARF:

a) se os valores depositados no montante de R\$ 7.299.118,60 referem-se a movimentação financeira pertencentes a terceiros ou se a pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda?

b) o tamanho da área de ocupação da pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda?

- Preliminar de Nulidade do lançamento fiscal:

- que o procurador da autuada nunca pertenceu aos quadros da empresa;
- que, diversamente do alegado pelo fisco, não tem procuração pública com amplos poderes e gerais poderes, pois não tem poderes para representar a empresa junto ao fisco;
- que a procuração foi -lhe outorgada apenas para movimentação financeira perante instituições bancárias;
- que, assim, não podem ser consideradas válidas as notificações de lançamentos efetuadas à Horizonte Conveniência Ltda e que foram assinadas pelo recorrente, pois não é proprietário, não é mandatário e não é preposto.

Indevida atribuição de responsabilidade tributária a JORGE BUSSAB AZZUZ:

- que, primeiro, alega o responsável (objeto da sujeição passiva imputada pelo fisco) da ilegitimidade passiva HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA para figurar no pólo passivo da pretensão do Fisco;
- que, nas impugnações e recursos já apresentados, tanto a empresa autuada, como o ora recorrente, apontaram as várias irregularidades contidas no processo, que requer sejam novamente analisadas, consistentes nas falhas que convergem para uma só questão: a titularidade dos valores movimentados na conta bancária objeto da fiscalização e das autuações;
- que, conforme consta à fl. 99, o recorrente, procurador da autuada, informou ao fisco, durante o procedimento de fiscalização, que:

(...)

1- No ano de 2005, a conta do Horizonte Conveniência Ltda., foi utilizada pelo procurador, para movimentação bancária de negócios seus, em virtude de que estava, e atualmente continua com problemas tanto em nome de sua pessoa física, de sua esposa, bem como em nome de suas empresas...

2- A vista disto, utilizou a conta em referência para movimentação dos recebimentos e pagamentos de aluguéis de sua imobiliária, de seu posto de gasolina, da loja de

conveniência propriamente dita, e de alguns negócios particulares efetuados com terceiros...

(...)

5 - Fazendo um apanhado sumário dos depósitos, cheguei a uma conclusão estimada da referida movimentação, a qual descreve abaixo:

Posto de Gasolina R\$ 1.150.000,00

Loja de Conveniência R\$ 160.000,00

Negócios R\$ 3.300.000,00

Imobiliária R\$ 2.000.000,00

(...)

- que, argumenta o recorrente (procurador da autuada), a movimentação bancária de titularidade da pessoa jurídica HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA seria insignificante, pois representaria pouco mais de 2% (dois por cento) da movimentação bancária apresentada nestes autos;

- que os recursos movimentados na conta da empresa Horizonte Conveniência Ltda não eram de sua exclusiva titularidade;

- que, dessa forma, deveria ter sido aplicado, ao presente caso, a norma do parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 9.430/96, com a formalização do lançamento de ofício em nome dos efetivos titulares dos valores creditados na conta bancária objeto de fiscalização, o que não foi observado;

- que a incorreção (equívocos da peça acusatória), quanto à sujeição passiva considerada nos lançamentos de ofício impugnados foi acertadamente abordada pelo ilustre relator da DRJ/RPTO (voto vencido) da primeira decisão "a quo" anulada pelo CARF, quando assim se pronunciou:

(...)

"...se o próprio Autuante apurou e reconheceu que foram terceiros que utilizaram a conta bancária aberta em nome de Horizonte Conveniência Ltda. (fl. 74) e que esta cedeu e permitiu que outros utilizassem sua conta (fl. 73), torna-se incabível a realização de lançamento do IRPJ em nome de Horizonte Conveniência Ltda. com base na presunção de omissão de receitas por depósitos bancários não justificados, pois inexistente presunção válida de omissão de receita tanto em nome de Horizonte Conveniência Ltda. como em nome das demais pessoas envolvidas ...

(...)

- que, importa mencionar, o voto condutor do v. acórdão, ora recorrido, foi omisso em relação ao cerne da controvérsia debatida nas impugnações, consistente na ilegitimidade passiva. Na realidade, a questão da ilegitimidade passiva foi agora abordada pelo

relator de forma totalmente equivocada, em total descompasso com a realidade comprovada da ilegitimidade passiva da empresa Horizonte;

- que o voto em debate (condutor da 2ª decisão da DRJ/Ribeirão Preto), valeu-se de uma posição simplista e muito cômoda, segundo a qual:

"Conforme entendimento já sedimentado no âmbito desta 5ª Turma de Julgamento acerca da presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, já acima transcrito, sempre que o titular de conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta, de depósito ou de investimento, está o fisco autorizado/obrigado a proceder ao lançamento do imposto correspondente, não havendo a obrigatoriedade de se estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que representa a omissão de receitas.

*Ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o Fisco fica dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção **juris tantum**, que admite prova em contrário, cabendo ao contribuinte a sua produção. É o que se depreende da leitura do artigo 334 do Código de Processo Civil, cujos preceitos aplicam-se subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal: (...)"*

- que sequer menciona o § 5º do art. 42 da Lei 9.430/96;

- que o recorrente e a contribuinte, desde o início do procedimento fiscal, afirmaram categoricamente ao autor do procedimento fiscal que referida conta continha movimentação de terceiros. Tal fato já ensejaria o direcionamento da ação fiscal. A comprovação é de que a movimentação financeira de crédito/débito constante da conta, sob fiscalização em nome da pessoa jurídica Horizonte Ltda., em quase sua totalidade (cerca de 98%) pertencem a terceiros;

- que a disposição legal invocada criou a presunção da omissão de receita, mas cuidou de mandar verificar, também, o verdadeiro titular da conta. **A presunção legal é de omissão de receita e não de titularidade da conta bancária;**

- que a utilização, por terceiros, da conta da empresa autuada, como se denota pela leitura do Termo de Verificação Fiscal, deveria ter sido aplicado, ao caso, a norma do parágrafo 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 após, evidentemente, a intimação dos titulares dos valores creditados na conta bancária, para esclarecimentos quanto à sua *origem*, no âmbito do procedimento de fiscalização;

- que, ainda que fossem mantidos os autos de infração, o que se considera apenas hipoteticamente, não pode prevalecer a atribuição de responsabilidade tributária ao ora recorrente;

- que no termo de responsabilidade pessoal (fl. 74), o autor da fiscalização justifica a responsabilização pessoal dos sócios da autuada e do seu procurador com a seguinte fundamentação:

*A irregularidade tributária praticada pela empresa sujeito passivo desta fiscalização, no ano-calendário de 2005, ficando claro no Relatório da Fiscalização que a mesma foi utilizada como interposta pessoa para realizar a sua movimentação financeira do procurador Jorge Bussab Azzuz e suas empresas, fato afirmado pelo próprio. Isto demonstra a **intenção dolosa de seus sócios e procurador**, preocupados o tempo todo em ocultar a realidade dos fatos com o **intuito único de eximir-se de pagamento de tributo**.*

- que essa conclusão é equivocada, pois, as provas apresentadas pela empresa autuada confirmam a declaração de fl. 99, de que a movimentação de recursos na sua conta, pelo seu procurador (suas empresas: Posto Lago Azul e pela Jomar Administração de Imóveis) não se deu com intenção dolosa, mas unicamente em razão da precária situação financeira dessas pessoas;

-que a comprovação disso se dá pela própria declaração de fl. 99, bem como pelos documentos abaixo listados:

a) relação de cheques emitidos sem provisão de fundos no valor de R\$ 2.276.782,45 (fl. 1098/1137);

b) consultas ao S.P.C e SERASA (fl. 1164/1169);

c) consultas referentes a ações de cobrança (fl. 1170/1178), que provam a precária situação financeira (fl. 99) desde o início da fiscalização, justificando o uso de uma só conta bancária;

- que, assim, diferentemente do aduzido na decisão recorrida, não houve dolo específico em face de qualquer prática reiterada que, na realidade, inexistiu. Não houve intenção, pelo Sr. Jorge Bussab Azzuz, de praticar condutas ilícitas no intuito de omitir ou reduzir o pagamento de tributos e contribuições;

- que também não tem aplicação no caso em tela, os artigos 124, 134 e 135 do CTN. O recorrente não se enquadra em nenhuma situação ali prevista. Não é nenhuma das pessoas citadas no art. 134 e no 135. Não tem o interesse comum de que trata o inciso I do art. 124, e nem é expressamente designado solidário por lei;

- que, ainda, quanto a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) nada poderia sustentá-la, pelos mesmos elementos de defesa ora apresentados. Ambos, recorrente e contribuinte não têm legitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Os dispositivos legais invocados só teriam aplicação no caso de evidente intuito de fraude.

Por fim, pediu provimento do recurso voluntário, com o reconhecimento das nulidades suscitadas, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da empresa autuada, Horizonte Conveniência Ltda., o cancelamento da sujeição passiva pessoal em face do recorrente, determinando-se, por consequência, o cancelamento dos créditos tributários lançados de ofício.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Nelso Kichel - Relator.

Os Recursos Voluntários, apresentados, respectivamente, pela empresa recorrente e pelo responsável - sujeição passiva solidária (CTN, arts. 124, 135 e 137, II) - Jorge Bussab Azzuz, são tempestivos e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade. Portanto, deles conheço.

A lide versa acerca do crédito tributário lançado de ofício (autos de infração do Simples Federal), **ano-calendário 2005**, decorrente das seguintes infrações imputadas:

a) **omissão de receitas** - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada - presunção legal (Lei 9.430/96, art. 42, c/c Lei 9.317/96 e seus artigos) com multa qualificada de 150%;

b) **insuficiência de recolhimento quanto à receita declarada no Simples** (infração reflexa, decorrente da omissão de receitas) com multa de 75%.

Ainda, o fisco imputou ao procurador legal Sr. Jorge Bussab Azzuz a sujeição passiva solidária pelo crédito tributário lançado de ofício (CTN, arts. 124, 135 e 137, II)

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

A recorrente e o responsável - sujeição passiva solidária - Sr. Jorge Bussab Azzuz, de forma insistente, alegam:

- que o lançamento não pode prosperar por ilegitimidade passiva da autuada;
- que a conta corrente bancária da empresa autuada, no ano-calendário 2005, foi utilizada, indevidamente, pelo Sr. Jorge Bussab Azzuz (procurador com procuração pública com amplos e gerais poderes);
- que o Sr. Jorge Bussab Azzuz, além de movimentar recursos da própria empresa autuada, utilizou a mesma conta corrente bancária da pessoa jurídica autuada para fazer pagamentos e movimentar recursos de seus negócios particulares (suas empresas: Posto Lago Azul e Jomar Administração de Imóveis);
- que, alegam os recorrentes, do montante de **R\$ 7.435.336,03** movimentados a crédito na conta corrente da autuada no ano-calendário 2005, em torno de 2% seria receita bruta da autuada e o correspondente a 98% seria do Sr. Jorge Bussab Azzuz (suas empresas: Posto Lago Azul e Jomar Administração de Imóveis);
- que a fiscalização informou em seu relatório (fl. 71) que intimou diversos beneficiários de cheques emitidos pela contribuinte fiscalizada (a autuada) a apresentar as notas

fiscais que deram causa aos pagamentos efetuados (despesas pagas pela autuada) e esclarecer a transação efetivamente realizada e que apenas um (Mário Donizete Machado) afirmou ter mantido transação comercial com a Horizonte Conveniência Ltda e os demais afirmaram que tiveram relações comerciais com o Posto Lago Azul de Franca Ltda ou com a Jomar Administradora de Imóveis S/C Ltda ou ainda com o proprietário destas, o Sr. Jorge Bussab Azzuz;

- que o fisco, durante do procedimento de fiscalização, como demonstrado, procurou diligenciar as saídas de recursos através dos cheques emitidos pela autuada (pagamentos de despesas) e, igualmente, poderia ter diligenciado em relação aos cheques depositados a crédito nas contas correntes da autuada. A fiscalização usou uma dessas alternativas: a saída de dinheiro, como poderia ter usado a entrada de dinheiro (depósitos).

- que o fisco deveria ter aplicado, ao caso, a norma do parágrafo 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 42. (...)

(...)

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

(...)

- que, dessa forma, deveria ter sido aplicado, ao presente caso, a norma do parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 9.430/96, com a formalização do lançamento de ofício em nome dos efetivos titulares dos valores creditados na conta bancária objeto de fiscalização, o que não foi observado.

Não procede a irresignação dos recorrentes.

Rejeito, peremptoriamente, a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva da pessoa jurídica autuada, sujeito passivo.

Diversamente do alegado pelos recorrentes, não há vício algum quanto à legitimidade passiva da autuada: a empresa HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA.

A autuada e o procurador da autuada não conseguiram comprovar nos autos a origem (a causa) dos depósitos bancários a crédito na conta corrente da autuada, muito menos que os depósitos a crédito seriam de titularidade terceiros e/ou do próprio procurador da autuada.

No caso, simplesmente foi apresentada à fiscalização uma declaração da fiscalizada, assinada pelo procurador legal Sr. Jorge Bussab Azzuz (e-fl. 99), onde alega, sem apresentar provas, que a origem dos depósitos bancários na conta corrente da autuada seriam de terceiros, *in verbis*:

(...)

1- No ano de 2005, a conta do Horizonte Conveniência Ltda., foi utilizada pelo procurador, para movimentação bancária de negócios seus, em virtude de que estava, e atualmente continua com problemas tanto em nome de sua pessoa física, de sua esposa, bem como em nome de suas empresas.

2- A vista disto, utilizou a conta em referência para movimentação dos recebimentos e pagamentos de aluguéis de sua imobiliária, de seu posto de gasolina, da loja de conveniência propriamente dita, e de alguns negócios particulares efetuados com terceiros.

(...)

5 - Fazendo um apanhado sumário dos depósitos, cheguei a uma conclusão estimada da referida movimentação, a qual descreve abaixo:

Posto de Gasolina R\$ 1.150.000,00

Loja de Conveniência R\$ 160.000,00

Negócios R\$ 3.300.000,00

Imobiliária R\$ 2.000.000,00

(...)

A contribuinte autuada e o Sr. Jorge Bussab Azzuz foram intimados e re-intimados a comprovar a origem (a causa) dos recursos depositados na corrente bancária da autuada, quanto aos períodos de apuração dos tributos do Simples do ano- calendário 2005, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96 e legislação de regência:

- Em 29/07/2009, o Termo de Intimação nº 268/2009 e Anexo o Demonstrativo de depósitos, individualizados, um por um, valor, data e Banco, Agência, Conta Corrente (e-fl. 118/201, 316/403, 404/412), ciência em 04/08/2009 - AR (e-fl.413).

- Em 25/09/2009, o Termo de Reintimação nº 362/2009 e Anexo o Demonstrativo já citado (e-fls. 414/502), ciência 25/09/2009 no próprio Termo (e-fls. 503).

Nas intimações do fisco, cada depósito a crédito foi devidamente individualizado pelo valor, data, Banco, Agência e Conta Corrente - demonstrativo anexo à intimação -para que os intimados pudessem comprovar a origem; porém, os intimados não produziram prova alguma da origem dos recursos.

Sequer escrituração contábil foi apresentada à fiscalização da RFB pela autuada e pelo procurador, quanto ao ano-calendário 2005, período de apuração objeto do lançamento fiscal.

Não foram juntados aos autos cópias de livros e documentos nas oportunidades que se manifestaram no processo

Logo, a tentativa dos recorrentes de atribuir os depósitos a crédito na conta corrente da autuada a pessoas jurídicas de titularidade do Sr.Jorge Bussab Azzuz ou ao próprio

Jorge (pessoa física) não se sustenta, pois não há provas nos autos, não há sequer uma nota fiscal que ligue, identifique (determinado faturamento) ao respectivo valor do depósito na conta corrente da autuada. Os depósitos não têm origem (causa).

Assim, sem comprovação da origem dos depósitos a crédito (a causa), não há como dizer que determinado valor pertenceria a pessoa física do procurador, ou a esta ou aquela empresa de titularidade do procurador, diversa da autuada.

Nessa situação não há como invocar a aplicação do §5º do art. 42 da Lei 9.430/96, pois os recorrentes não demonstraram, com provas hábeis, idôneas, e cabais, um a um, depósito por depósito, quais valores seriam de origem da pessoa física do procurador, ou da empresa X ou da empresa Y, diversa da empresa autuada, para efeito de segregação dos valores e tributação em nome dos respectivos titulares.

Alegar sem provas, de que os recursos ingressados na conta corrente da autuada seriam de titularidade de terceiros, significa não alegar.

A ninguém dado beneficiar-se da própria torpeza.

Frise que, no caso de depósitos bancários a crédito não escriturados e de origem não comprovada, não cabe ao fisco substituir a parte (o sujeito passivo) na atividade de produção de prova, pois o art. 42 da Lei 9.430/96 encerra presunção legal de omissão de receitas, ou seja, inverte o ônus da prova, a partir da intimação para comprovação da origem (a causa).

O ônus da prova, de que os valores depositados na conta corrente bancária não são da pessoa jurídica autuada, é dos recorrentes.

Ainda, como razão de decidir, adoto a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido, *in verbis*:

(...)

A meu ver, descabe qualquer reparo ao procedimento fiscal no que tange a forma de autuação. O correto era mesmo constituir os lançamentos de ofício em nome da empresa, responsabilizando pessoalmente o Sr. Jorge Bussab Azzuz pelos tributos devidos, tal qual foi feito.

Ora, diante da constatação cabal de que na conta bancária nº 9236-3, mantida pela empresa junto ao Banco do Brasil, eram movimentadas receitas próprias e de outras empresas e pessoas, sob a responsabilidade do Sr. Jorge Bussad Azzuz, sendo que, regularmente intimados e reitimados, os responsáveis não fizeram comprovação dos valores pertencentes a cada um desses, a única alternativa legal é a exigência integral na forma que foi constituída. Tais fatos estão precisamente narrados no Relatório de Fiscalização, à fl. 70, vejamos:

"(...) Ora a contribuinte afirma, através de seu procurador, que a movimentação financeira na conta corrente Nº 9236-3, agência 2991-2 do Banco do Brasil S/A no período de janeiro a dezembro de 2005 pertence ao Posto de Gasolina, à Loja de

Conveniência, à Imobiliária e a outros negócios, no entanto, não tem, como o mesmo diz, como comprovar com a documentação comercial, fiscal e contábil a origem dos créditos.

Assim, fica claro que os créditos efetuados na conta corrente foram feitos em dinheiro, cheques e transferência, no entanto, a contribuinte não logrou êxito em comprovar, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, as origens dos mesmos. (...) "Relevante também registrar que nenhuma das peças impugnatórias ou recursais estão instruídas com provas dos valores depositados que seriam pertencentes ao próprio Sr. Jorge Bussab Azzuz ou das outras empresas que ele administrava.

(...)

Por tudo que foi exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL

O recorrente, Sr. Jorge Bussab Azzuz, alegou:

- que deve ser declarada a nulidade dos autos de infração lavrados, uma vez que não tinha poderes para representar a pessoa jurídica autuada perante os órgãos públicos;
- que não podem ser consideradas válidas as “notificações de lançamento” feitas à pessoa jurídica autuada, por ele assinadas, uma vez que, nos termos da norma processual vigente, a intimação pessoal feita pelo autor do procedimento deve ser assinada pelo sujeito passivo, o seu mandatário ou preposto;
- que o procurador da autuada nunca pertenceu aos quadros da empresa;
- que a procuração foi -lhe outorgada apenas para movimentação financeira perante instituições bancárias;
- que, assim, não podem ser consideradas válidas as notificações de lançamentos efetuadas à **Horizonte Conveniência Ltda** e que foram assinadas pelo recorrente, pois não é proprietário, não é mandatário e não é preposto.

Aqui, também, a pretensão do recorrente, Sr. *Jorge Bussab Azzuz*, não colhe melhor sorte.

Diversamente do alegado pelo recorrente, por ser titular de amplos e gerais poderes conferidos pela procuração pública -lhe outorgada pela empresa HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA, desde 18/06/2004 (fls. 116/117), tornou-se responsável pela empresa administrativa, civil e criminalmente.

Por ser procurador legal da autuada, com amplos e gerais poderes, mandato conferido por instrumento público (Procuração), responde pela empresa e pelos atos praticados,

inclusive sendo responsável solidário pelas obrigações tributárias, no período de apuração objeto da autuação.

Pela Súmula CARF 09, ainda que o funcionário fosse mero porteiro do prédio, ou funcionário da empresa que exercesse qualquer outra função na empresa, apenas para argumentar, ainda assim as intimações recebidas seriam válidas.

A propósito, transcrevo o verbete da Súmula CARF nº 09, *in verbis*:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

No caso, o Jorge Bussab Azzuz, no período objeto da autuação, tinha amplos e gerais poderes para representar, gerir e administrar a pessoa jurídica, conforme instrumento público do Mandato (Procuração), podendo abrir, movimentar, fechar conta bancária, firmar recibos, dar quitação, transigir, emitir e assinar cheques, endossar, avalizar etc (e-fls. 116/117).

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada de nulidade, pela inexistência vício que pudesse macular ou inquinar de nulidade o lançamento fiscal, mormente quanto às intimações fiscais que foram efetuadas conforme legislação de regência.

PEDIDO GENÉRICO DE DILIGÊNCIA FISCAL. PERÍCIA TÉCNICO -CONTÁBIL

Correta a decisão recorrida que rejeitou o pedido de realização de diligência/perícia.

Incabível o pedido genérico de diligência ou perícia, pois o pedido de perícia não veio acompanhado de indicação de perito e de quesitos, requisitos previstos no art. 16, IV, do Decreto 70.235/1972.

Considera-se inexistente o pedido de diligência e/ou perícia técnica, quando não atender aos ditames do art. 16, IV, do Decreto 70.235/72. Aplicação da inteligência do § 1º do art. 16 do mesmo diploma legal.

Os recorrentes argumentaram, nas razões do recurso, que a decisão recorrida excluiu o montante de R\$ 1.601.852,20 das bases de cálculo tributadas, que corresponde ao valor total de R\$ 161.294,21 de tributos; que essa exclusão corresponde aos cheques devolvidos, estornados e cheques descontados, devolvidos e debitados.

Ainda argumentaram que a decisão recorrida quanto ao pedido de diligência fiscal/perícia técnica, entendeu ser incabível realização de diligência/perícia, porém que não teria enfrentado estas questões:

a) se os valores depositados no montante de R\$ 7.299.118,60 referem-se a movimentação financeira pertencentes a terceiros ou se a pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda;

Ltda. b) o tamanho da área de ocupação da pessoa jurídica Horizonte Conveniência

Alegam os recorrentes, ainda, que isso teria gerado prejuízo à defesa.

Não procede a irresignação dos recorrentes.

Andou bem a decisão recorrida ao rejeitar a pedido de diligência/perícia, conforme fundamentação do voto condutor da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

No caso em exame, considera-se desnecessária a diligência proposta pela impugnante, por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento.

A realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos.

Com efeito, a perícia somente se justifica quando a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes. Isto posto, indefiro o pedido de perícia, nos termos dos artigos acima transcritos.

(...)

Ainda consta da fundamentação do voto condutor da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

A meu ver, descabe qualquer reparo ao procedimento fiscal no que tange a forma de autuação. O correto era mesmo constituir os lançamentos de ofício em nome da empresa, responsabilizando pessoalmente o Sr. Jorge Bussab Azzuz pelos tributos devidos, tal qual foi feito.

Ora, diante da constatação cabal de que na conta bancária nº 9236-3, mantida pela empresa junto ao Banco do Brasil, eram movimentadas receitas próprias e de outras empresas e pessoas, sob a responsabilidade do Sr. Jorge Bussad Azzuz, sendo que, regularmente intimados e reitimados, os responsáveis não fizeram comprovação dos valores pertencentes a cada um desses, a única alternativa legal é a exigência integral na forma que foi constituída. Tais fatos estão precisamente narrados no Relatório de Fiscalização, à fl. 70, vejamos:

"(...) Ora a contribuinte afirma, através de seu procurador, que a movimentação financeira na conta corrente Nº 9236-3, agência 2991-2 do Banco do Brasil S/A no período de janeiro a dezembro de 2005 pertence ao Posto de Gasolina, a Loja de Conveniência, a Imobiliária e a outros negócios, no entanto, não tem, como o mesmo diz, como comprovar com a

documentação comercial, fiscal e contábil a origem dos créditos.

Assim, fica claro que os créditos efetuados na conta corrente foram feitos em dinheiro, cheques e transferência, no entanto, a contribuinte não logrou êxito em comprovar, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, as origens dos mesmos. (...)"

Relevante também registrar que nenhuma das peças impugnatórias ou recursais estão instruídas com provas dos valores depositados que seriam pertencentes ao próprio Sr. Jorge Bussad Azzuz ou das outras empresas que ele administrativa.

(...)

Como demonstrado pela transcrição acima, diversamente do alegado pelos recorrentes, a **decisão recorrida** não só excluiu o valor de R\$ 1.601.852,20 das bases de cálculo tributadas, que corresponde ao valor total de R\$ 161.294,21 de tributos (exclusão que corresponde aos cheques devolvidos, estornados e cheques descontados, devolvidos e debitados), mas também, de forma expressa, frisou que todos os depósitos a crédito na conta corrente são da autuada, pois os recorrentes não conseguiram desincumbir-se do ônus probatório de comprovar que a titularidade desses recursos fosse de terceiros (não conseguiram comprovar a origem, a causa desses depósitos na conta corrente bancária da autuada).

Portanto, os valores de movimentação financeira na conta corrente bancária a crédito não registrados na escrituração e não informados na declaração do Simples Federal (ano-calendário 2005), cuja origem não restou comprovada pelos recorrentes, são de titularidade da autuada, implicando omissão de receitas por presunção legal (Lei 9.430/96).

É ônus probatório dos recorrentes provar que não houve omissão de receitas, que os valores depositados a crédito não são de titularidade da autuada.

A estrutura física do estabelecimento, área de ocupação, é irrelevante, basta que configure uma unidade econômica ou profissional (CTN, art. 126, III).

É um despautério alegação dos recorrentes de prejuízo à defesa o não deferimento de diligência/perícia técnica pela decisão recorrida, pois o ônus probatório, na presunção legal, - omissão de receitas decorrente de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada -, é dos recorrentes, e não da fiscalização da RFB.

Durante o procedimento de fiscalização, a contribuinte foi intimada a apresentar livros e documentos fiscais, conforme Termo de Início de Fiscalização, quanto ao ano-calendário 2005, ciência por AR em **07/04/2008** (e-fl. 82/83). Entretanto, a fiscalizada solicitou várias prorrogações de prazo (e-fls. 85/87), e não apresentou livros e documentos de sua escrituração à fiscalização.

Então, a fiscalização da RFB, novamente, intimou a contribuinte com ciência em **21/08/2008**, dando novo prazo, pois - até aquela data - a contribuinte não havia atendido, em sua totalidade, o "Termo de Início da Ação Fiscal" (e-fls. 88/89).

Nada foi apresentado pela empresa fiscalizada, quanto ao solicitado pela fiscalização da RFB.

O fisco intimou e reintimou a fiscalizada para comprovar a origem (a causa) dos depósitos bancários a crédito nas contas correntes bancária, nas seguintes datas:

- Em **29/07/2009**, o Termo de Intimação nº 268/2009 e Anexo o Demonstrativo de depósitos, individualizados, um por um, valor, data e Banco, Agência, Conta Corrente (e-fl. 118/201, 316/403, 404/412), ciência em 04/08/2009 - AR (e-fl.413).

- Em **25/09/2009**, o Termo de Reintimação nº 362/2009 e Anexo o Demonstrativo já citado (e-fls. 414/502), ciência 25/09/2009 no próprio Termo (e-fls. 503).

Porém, a fiscalizada não comprovou a origem dos depósitos a crédito em sua conta corrente bancária.

Em 27/10/2009, a fiscalização da RFB recebeu da fiscalizada apenas o seguinte expediente assinado pelo procurador Sr. Jorge Bussab Assuz e juntado aos autos (e-fl. 99/100), *in verbis*:

(...)

HORIZONTE CONVENIENCIA LTDA., firma comercial estabelecida nesta cidade de Franca, estado de **Sao Paulo**, A. Av. Chico Julio, 5050 — Franca/SP, CEP 14400-830, CNPJ 03.601.667/0001-38, neste ato representada por seu procurador, no final assinado, vem perante a V. S.a., prestar informações sobre a reintimação em referencia.

1- No ano de 2005, a conta do Horizonte Conveniência Ltda., foi utilizada pelo procurador, para movimentação bancária de negócios seus, em virtude de que estava, e atualmente continua com problemas tanto em nome de sua pessoa física, de sua esposa, bem como em nome de suas empresas; esta conta leva o nº9236-3, agência 2991-2 no Banco do Brasil.

2- A vista disto, utilizou a conta em referência para movimentação dos recebimentos e pagamentos de alugueis de sua imobiliária, de seu posto de gasolina, da loja de conveniência propriamente dita, e de alguns negócios particulares efetuados com terceiros, como troca de cheques com amigos para desconto e sustentação do dia a dia financeiramente, captação de empréstimos de particulares para sobrevivência financeira, visto que estava com insuficiência de caixa diariamente e com o crédito bloqueado tanto em seu nome particular, da esposa, sua imobiliária e seu posto de gasolina.

3- Dado o volume de depósitos e saques efetuados, e não mantendo controle destes depósitos e saques, é humanamente impossível nesta data, identificar a origem dos depósitos tanto do posto, da imobiliária, da loja de conveniência e dos negócios particulares.

4- Fazendo uma análise do extrato bancário da conta 9236-3 Banco do Brasil, verifica-se fartamente a devolução de cheques creditados nesta conta, ou seja, depositavam-se cheques da mesma titularidade nesta conta corrente, pedia-se o desbloqueio para utilização do crédito, mas verifica-se que no dia subsequente ao depósito, os cheques eram devolvidos, tratando-se nada mais do que cheques "borboleta", ou seja, só eram emitidos pelo desespero momentâneo diário de situação financeira trágica.

5- Fazendo um apanhado sumário dos depósitos, cheguei a uma conclusão estimada da referida movimentação, a qual descreve abaixo:

Posto de Gasolina R\$ 1.550.000,00

Loja de Conveniência R\$ 160.000,00

Negócios R\$ 3.300.000,00

Imobiliária R\$ 2.000.000,00

Certo de haver cumprido, dentro do possível a reintimação em referência, aceitem as minhas cordiais saudações.

(...)

O procedimento de fiscalização, investigação, perdurou por mais de 01 (um) ano e, nesse período, a fiscalizada não forneceu ao fisco livros e documentos de sua escrituração contábil/fiscal, quanto ao ano-calendário 2005, período de apuração objeto da autuação.

Ainda, na fase processual, na primeira instância, quanto nesta instância recursal, a autuada e seu representante leal Sr Jorge, em todas as vezes que compareceram no processo, não se desincumbiram do ônus probatório.

Ora, não cabe pedido de realização de diligência fiscal ou perícia técnico-contábil para produção de provas cujo ônus probatório é dos recorrentes, em face da presunção legal (art. 42 da Lei 9.430/96).

Por outro lado, o fisco produziu as provas necessárias e suficientes para a imputação válida da omissão de receitas.

Assim, os depósitos bancários a crédito na conta corrente da autuada são de titularidade da autuada, pois intimada e reintimada a comprovar a origem (a causa), ela não se desincumbiu desse ônus probatório..

Frise que, no caso de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, não cabe ao fisco e nem ao julgador substituir a parte na atividade de produção de prova, pois o art. 42 da Lei 9.430/96 encerra presunção legal de omissão de receitas e inversão do ônus da prova.

Cabe ao fisco apenas com base nos fatos indiciários (fatos conhecidos), cópia dos extratos bancários da autuada e ausência de escrituração contábil/fiscal, por consequência, presumir a omissão de receitas (fato probando).

Destarte, não cabe converter julgamento em diligência para produzir prova cujo ônus probatório é dos recorrentes, para afastar a presunção de omissão de receitas, infração imputada pelo fisco.

Portanto, os recursos a crédito, depositados, movimentados na conta corrente bancária foram corretamente tributados na pessoa jurídica titular da conta corrente bancária, ou seja, a HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA, e ao Sr. Jorge Bussab Azzuz, procurador legal da autuada, gestor da empresa, foi imputada a responsabilidade pessoal pelo crédito tributário lançado de ofício (CTN, arts. 135 e 137,II).

Os precedentes da jurisprudência do CARF são pacíficos, pelo não cabimento de diligência fiscal ou perícia técnico-contábil no caso, conforme ementas de julgados que transcrevo, *in verbis*:

NORMAS GERAIS DIREITO TRIBUTÁRIO. LIVRE CONVICÇÃO JULGADOR.. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. De conformidade com o artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância, na apreciação das provas, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária. A produção de prova pericial deve ser indeferida se desnecessária e/ou protelatória, com arrimo no § 2º, do artigo 38, da Lei nº 9.784/99, ou quando deixar de atender aos requisitos constantes no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 20601.462, sessão de 09/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 10249.407, sessão de 06/11/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A admissibilidade de diligência ou perícia, por não se constituir em direito do autuado, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensar quando entender desnecessárias ao deslinde da questão. Ademais, tem-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível. (Acórdão nº 19300.018, sessão de 13/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA PRESCINDIBILIDADE INDEFERIMENTO. Presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.(Acórdão nº 10515.978, sessão de 20/07/2006).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indeferir-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem. (Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. Deve ser indeferido pedido de diligência quando prescindível, a teor do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão nº 20180.294, sessão de 23/05/2007).

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador. (Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É incabível a realização de diligência ou perícia para responder a quesitos de natureza legal, cujo conhecimento seja elementar ou que se refiram a prova passível de produção unilateral pelo contribuinte. (Ac. 330201.280, sessão de 09/11/2011, Relator José Antonio Francisco).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica, para análise de dados que integram a escrituração contábil e já presentes nos autos, demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido. A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. (Ac. nº 1802-001.006, sessão de 17/10/2011).

ASSUNTO: PERÍCIA/DILIGÊNCIA - PRESCINDIBILIDADE– A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos (Acórdão CSRF 107.05810, Relatora Karem Jureidini Dias).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário: 2009, 2010, 2011

DILIGÊNCIA/PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

A conversão do julgamento em diligência ou perícia só se revela necessária para elucidar pontos duvidosos que requeiram conhecimento técnico especializado para o deslinde de questão controversa. Não se justifica a sua realização quando

presentes nos autos elementos suficientes a formar a convicção do julgador. (Acórdão nº 1402-003.129-4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 15/05/2018, Conselheiro Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator).

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO. A diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte. Tratando-se da comprovação de origem de depósitos bancários, a prova deveria ser produzida pela parte, sendo desnecessária a realização de diligência. Ademais, a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, competindo à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis. (Acórdão 1301-002.984-3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Sessão de 12/04/2018, Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator).

Ainda, como razão de decidir, transcrevo, no que pertinente, a fundamentação do voto condutor da decisão recorrida, in verbis:

(...)

Destarte, sem provas dos valores que seriam pertencentes ao próprio procurador ou das empresas de sua titularidade, devem ser tributados na pessoa jurídica titular da conta bancária que recebera os depósitos, aplicação, inclusive, do entendimento pacífico da Súmula CARF nº 32, cujo verbete transcrevo.

Súmula CARF nº 32: A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

(...)

Por tudo que foi exposto, deve ser mantida a decisão recorrida que rejeitou o pedido de realização de diligência/perícia técnica.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Diversamente do entendimento da contribuinte, a infração omissão de receitas- depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada está devidamente demonstrada pelo fisco, nos autos.

Intimada, diversas vezes, a contribuinte a comprovar a origem dos depósitos em suas contas correntes bancários não o fez.

Por isso, o fisco, por presunção legal, então, imputou a infração Omissão de Receitas Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada (Lei nº 9.430/96, art. 42).

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas é da recorrente sim, pois o art. 42 da Lei nº 9.430/96 encerra uma presunção legal relativa, que tem a função de inverter o ônus probatório.

No caso de presunção legal, o ônus probatório, por conseguinte, não é de quem acusa a existência de infração tributária, mais sim do acusado que deverá fazer prova de que não cometeu a omissão de receitas.

Para fisco compete, apenas, comprovar a existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, com lastro em extratos bancários (prova indiciária) da presunção de omissão de receitas.

Vale dizer, o fisco pode presumir a omissão de receitas (depósitos bancários de origem não comprovada), quando a contribuinte, regularmente intimada, não comprove através de documentos hábeis e idôneos a origem dos depósitos a crédito em suas contas bancárias, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos e, também, não se aplicam os precedentes jurisprudenciais invocados, pois calcados em legislação revogada.

Isto porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira bancária para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (dispositivo revogado pela Lei n. 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, vejamos:

Lei nº 8.021/1990:

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações." [revogado]

Lei nº 9.430/1996 :

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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.

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 - entrada em vigor da Lei nº 9.430/96 - a existência de depósitos não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar às outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que, a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não

escriturados ou de origem não comprovada, mediante extratos bancários, para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão legal para depósitos bancários inexistia e, com isso, o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza, renda consumida e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que, após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, e não mais se aplicando, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Esse diploma legal, como já dito alhures, encerra presunção legal que implica inversão do ônus da prova.

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas/rendimentos é da contribuinte.

Não há que se falar em necessidade de comprovação de sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, conforme matéria já sumulada por este Egrégio Conselho Administrativo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 26:

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.

Como demonstrado, o depósito bancário de origem não comprovada é rendimento tributável, por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se, também, pacificado no âmbito deste Conselho de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujos precedentes transcrevo (ementas de julgamento), *in verbis*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ. Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. (Acórdão nº 108-09.836, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relatora Valéria Cabral Géo Verçoza).

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA Ano-calendário: 2002 a 2004. Ementa: IRPJ — DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 101 - 97.116, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relator Valmir Sandri).

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES Exercício: 2003, 2004. Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA—PROCEDÊNCIA.

Caracterizam omissão de receita 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA PRESUNÇÃO LEGAL

Em se tratando de presunção legal, cabe ao Fisco a prova do fato indiciário. Ao contribuinte incumbe provar que o fato indiciário não leva, em seu caso concreto, ao fato presumido por lei. Esse ônus não pode ser transferido pelo contribuinte à Administração Tributária.(Acórdão nº 105-17.369, sessão de 17 de dezembro de 2008, Relator Waldir Veiga Rocha).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF. Exercício. 2000, 2001, 2002. OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.(Acórdão nº 102-49.393, sessão de 06 de novembro de 2008. Relatora Núbia Matos Moura).

Assunto: SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO: 2004, 2005 Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, DE 1996.

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS DO ÔNUS DA PROVA As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. (Acórdão nº 195-00.088, sessão 09 de dezembro de 2008, Relator Benedicto Celso Benicio Junior).

Por fim, apenas a título de argumentação, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda e a Constituição Federal.

Ainda, apenas para argumentar, eventual antinomia entre as normas citadas somente poderia ser resolvido no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário, falecendo competência ao CARF para tanto, conforme matéria já sumulada:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Na fase de fiscalização, como já demonstrado, a contribuinte, embora intimada diversas vezes a comprovar a origem dos depósitos bancários, não se desincumbiu desse ônus probatório para elidir a omissão de receitas.

Já na fase processual, tanto na primeira instância de julgamento, quanto nesta fase recursal, o sujeito passivo, também, não produziu provas para afastar essa infração.

Portanto, deve ser mantida a infração imputada “OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA e a infração reflexa, assim como mantidas pela decisão recorrida.

Não há reparo a fazer na decisão recorrida.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. FRAUDE. SONEGAÇÃO FISCAL.

Os recorrentes argumentaram que o fisco não teria comprovado o dolo de fraude, de sonegação fiscal, na conduta do procurador da empresa Sr. *Jorge Bussab Azzuz*, que implicara na infração omissão de receitas.

- que a imputação da multa qualificada pelo fisco e mantida pela decisão recorrida é equivocada, pois a declaração ou informação prestada à fiscalização - pelo Sr. *Jorge Bussab Azzuz* (fl. 99) - de que a movimentação de recursos particulares do próprio procurador (suas empresas: Posto Lago Azul e Jomar Administração de Imóveis) na conta corrente da autuada não se deu com intenção dolosa, mas unicamente em razão da precária situação financeira dessas pessoas;

-que a comprovação disso se dá pela própria declaração de fl. 99, bem como pelos documentos abaixo listados:

a) relação de cheques emitidos sem provisão de fundos no valor de R\$ 2.276.782,45 (fl. 1098/1137);

b) consultas ao S.P.C e SERASA (fl. 1164/1169);

c) consultas referentes a ações de cobrança (fl. 1170/1178), que provam a precária situação financeira (fl. 99) desde o início da fiscalização, justificando o uso de uma só conta bancária;

- que, assim, diferentemente do aduzido na decisão recorrida, não houve dolo específico em face de qualquer prática reiterada que, na realidade, inexistiu. Não houve intenção, pelo Sr. *Jorge Bussab Azzuz*, de praticar condutas ilícitas no intuito de omitir ou reduzir o pagamento de tributos e contribuições.

Não procede a alegação dos recorrentes de que não houve dolo, fraude e sonegação fiscal.

O dolo de fraude, sonegação fiscal, é intenso na conduta.

A empresa do Simples Federal, sua conta corrente bancária, depósitos a crédito não escriturados, não declarados e de origem não comprovada, foi utilizada para burlar o fisco, sonegar tributos.

Se o fisco não fosse diligente, tempestivo, todo o crédito tributário teria decaído, em face da fraude perpetrada pelos sócios da empresa e pelo procurador legal, Sr. *Jorge Bussab Azzuz*, que utilizara empresa do Sistema Simples Federal de Tributação (Lei 9.317/96), a seu bel-prazer, para ocultar, subtrair tributos. Deixou de oferecer à tributação em torno de 97,89% da receita bruta do ano-calendário 2005.

Ainda, como razão de decidir, transcrevo a fundamentação do voto condutor da decisão recorrida:

(...)

Como se vê, estando caracterizado o evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, a multa deve ser aplicada no percentual de 150%.

É o que ocorre na espécie dos autos.

Com efeito, restou nos autos comprovado ter a autuada realizado movimentação bancária, ao longo do ano-calendário fiscalizado (2005), por expressivos valores, superiores a R\$ 7 (sete) milhões de reais, mantidos reiteradamente à margem da contabilidade.

E a norma legal é muito clara ao fixar a penalidade: ela alcança todos aqueles que agiram com o evidente intuito de fraude, conforme disposto art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, retrotranscrito. É dizer, ainda que se trate de exação fundada na presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, uma vez caracterizado evidente intuito de fraude, há que se exigir a multa de ofício por infração qualificada.

Assim, estando caracterizado nos autos o evidente intuito de fraude, entendo deva ser mantida a exigência da multa de ofício por infração qualificada, no percentual de 150%.

(...)

Em face do exposto, deve-se manter a multa qualificada imputada no lançamento fiscal quanto à infração omissão de receitas - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, conforme decidido pela decisão recorrida.

Não cabe fazer reparo à decisão recorrida.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Nas razões de defesa do seu recurso, o Sr. Jorge Bussab Azzuz, de forma veemente, rechaça a imputação da responsabilidade tributária solidária, com fulcro nos art. 124,I, 134 e 135 e 137,II, do CTN, alegando, em síntese:

- que, diferentemente do aduzido na decisão recorrida, não houve dolo específico em face de qualquer prática reiterada que, na realidade, inexistiu. Não houve intenção de praticar condutas ilícitas no intuito de omitir ou reduzir o pagamento de tributos e contribuições;

- que também não tem aplicação no caso em tela, os artigos 124, 134, 135 e 137, II, do CTN. O recorrente não se enquadra em nenhuma situação ali prevista. Não é nenhuma das pessoas citadas no art. 134 e no 135. Não tem o interesse comum de que trata o inciso I do art. 124, e nem é expressamente designado solidário por lei.

Data venia, não merecem guarida as alegações do recorrente.

Os fatos apurados pela fiscalização, conforme já sobejamente narrados, apresentados e comentados alhures, revelam dolo intenso da conduta fraudulenta, de sonegação fiscal do Sr. Jorge Bussab Azzuz que, de forma ardilosa, utilizou empresa do Sistema Simples Federal, mediante procuração com amplos e gerais poderes, para esconder, omitir, subtrair, da

tributação receita bruta (faturamento), declarando apenas, em torno, de 2,11% do faturamento do ano-calendário 2005.

A sociedade empresária HORIZONTE CONVENIÊNCIA LTDA-ME foi adquirida em 01/10/2002 pelo sócios ANTONIO DE PAULA SILVEIRA e MARIA FELINA DE SANTANA SILVEIRA, com capital social de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), com sede na Av. Chico Júlio, 5050 — LOJA 01 - Vila Imperador — CEP: 14.109-241- Município de Franca - Estado de São Paulo, CEP: 14.409-241, conforme SEGUNDO INSTRUMENTO PARTICULAR DE ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL (fls.106/115). Obs: As assinaturas dos sócios (firmas) não estão reconhecidas em Cartório.

Em **18/06/2004**, a empresa, por seu sócio-gerente ANTÔNIO DE PAULA SILVEIRA (fls. 116/117), outorgou Mandato, instrumento público (Procuração) para JORGE BUSSAB AZZUZ, Administrador de Empresas e MARLI DE PULA SILVEIRA SILVA, Financeira, aos quais conferiu amplos e gerais poderes, nos seguintes termos: (...) *a quem confere amplos e gerais poderes, poderes para abrir, movimentar, liquidar, encerrar quaisquer modalidades de contas e cadernetas de poupança em BANCOS em geral e CAIXAS ECONÔMICAS: FEDERAL E ESTADUAL, BANCO DO BRASIL S/A, BANESPA S/A; assinar propostas e contratos; depositar e retirar dinheiro, sacar quaisquer importâncias, desde que contenha saldos; emitir, endossar e avalizar, assinar cheques; fazer contar juros, correções monetárias e outros índices nas épocas próprias; implantar a senha (código), retirar e utilizar o cartão magnético; solicitar saldos, extratos; requisitar talões de cheques; receber quaisquer depósitos mensalmente; **firmar recibos e dar quitações, transigir, liquidar e encerrar contas, fazer pedidos, retiradas mediante recibos, autorizar débitos, transferências e pagamentos por intermédio de cartas, movimentar inclusive contas resultantes de depósitos de qualquer origem que tem direito pelos institutos e outros pagadores, bem como as demais vantagens que por ventura venha ter direito futuramente, dando por bom, firme e valioso tudo quanto nesse sentido praticar o (a) procurador (a) e inclusive substabelecer.*** (...)

A fiscalização da RFB, em face dos fatos apurados, conforme Relatório de Fiscalização, parte integrante dos Autos de Infração do Simples (ano-calendário 2005), concluiu que a empresa foi utilizada pelo Sr. JORGE BUSSAB AZZUZ (fls.68/80, atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, que implicaram em conduta dolosa, fraudulenta e sonegação fiscal (e-fls. 67/80), *in verbis*:

(...)

Ficou clara a prática de atos que transgridem o contrato social, pois a empresa, em momento algum, beneficiou-se dos frutos de sua atividade. Não há que se pensar em uma sociedade empresarial que não tenha como fim último o lucro e conseqüente crescimento.

Inimaginável uma empresa que movimentou em instituição financeira, no ano-calendário de 2005 valor superior a R\$ 7 (sete) milhões de reais e que não tenha sequer um patrimônio, salvo a fato dessa empresa suprir, de forma ilegal, ou seja, sem o correspondente cumprimento da obrigação tributária principal, o fluxo financeiro dirigido aos seus sócios e ao seu procurador.

Sobre o tema, oportuno mencionar o posicionamento do STJ no sentido de que o Ônus probandi em execuções fiscais cabe ao(s)

sócio(s). Segundo decisão, o sócio ou o administrador deve comprovar que não agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos - situações previstas no Código Tributário Nacional (CTN) que permitem a responsabilização dos administradores por débitos da sociedade empresária.

(...)

A Lei 8.137/90, no caput do art 2º e correspondente inciso I, tipifica: "Constitui crime da mesma natureza: I -fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;".

Ora, na presente fiscalização, constatou-se a omissão de receitas em praticamente 100% (cem por cento) sendo, portanto, falsa a declaração do Imposto de Renda entregue à Receita Federal do Brasil, caracterizada por apresentar um valor ínfimo se comparada a movimentação financeira tributável. A situação abordada aponta para um único objetivo, qual seja, eximir-se de pagamento de tributo.

Em uma análise sistêmica, os fatos e situações comprovados pela fiscalização adequam-se perfeitamente ao tipo legal invocado, que, aliado ao disposto no art. 11, abaixo transcrito, do mesmo diploma (Lei 8.137/90) e ao constante na matéria tributária inerente (art. 137, inciso II do CTN) (...).

No caso sob comento, tipifica-se pelo constante no inciso II do art. 137 do CTN, conjugado com o disposto no caput do art 2º e correspondente inciso I da Lei 8.137/90.

(...)

Assim, diversamente do alegado pelo recorrente nas razões do recurso, está demonstrada e comprovada nos autos a sujeição passiva solidária do Sr. Jorge Bussab Azzuz e em consonância com os precedentes jurisprudenciais deste CARF, *in verbis*:

Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2010, 2011 ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ADMINISTRADOR DE FATO. ART. 135, III. CABIMENTO. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. EXCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência deste Conselho é firme no sentido de que a responsabilidade dos sócios, gerentes ou administradores (sejam formais ou de fato), prevista no art. 135, III é solidária e não exclui do pólo passivo a pessoa jurídica administrada. Sendo notória a ascendência do sujeito apontado como o administrador de fato das empresas pertencentes ao seu grupo familiar revela-se indiscutivelmente este que era o responsável de fato pela gestão dos negócios da empresa indicada no pólo passivo da autuação. (...). (Acórdão 1302-002.549 –

3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 20/02/2018, Relator e Presidente Luiz Tadeu Matosinho Machado).

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Configurado o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador dos tributos, pela prova de existência de identificação entre o responsável solidário e a contribuinte, resta caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, I, c/c art. 135, III, ambos do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSTA PESSOA. Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão 1301-001.525 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 08/05/2014, Relator Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator).

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. No caso de outorga de procuração com poderes plenos e ilimitados de administração e gerência, cumulado com a interposição de pessoas ("laranjas") para induzir as autoridades fiscais a erro, cabível a imputação de responsabilidade tributária aos administradores e sócios de fato da pessoa jurídica, nos termos do art. 135 do CTN. (Acórdão nº 1102-001.320-1ª Câmara/2ª Turma Ordinária, Sessão de 24/03/2015, Relator João Otávio Oppermann Thomé – Redator ad hoc).

SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM DE PESSOA FÍSICA QUE COMANDA, DE FATO, A PESSOA JURÍDICA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. ART. 124 I CTN. Uma vez comprovado que a pessoa física ausente do quadro societário da pessoa jurídica autuada, é seu verdadeiro controlador, dirigente e beneficiário do resultado econômico, correta a determinação de responsabilidade solidária pelos tributos devidos pela empresa, pois caracterizado interesse comum no fato gerador da obrigação tributária, conforme preceitua o inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional. (Acórdão nº 3401-003.809 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 26/06/2017, Relator LEONARDO OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III. DOLO. PODERES DE GERÊNCIA. Os administradores 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, desde que cabalmente provado o dolo. (Acórdão nº

3301-003.159-3ªCâmara/1ªTurma Ordinária, Sessão de 27/01/2017, Relatora Semíramis de Oliveira Duro).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CABIMENTO. Os administradores, mandatários, prepostos e empregados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, bem assim as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.(Acórdão nº 1302-001.962-3ª Câmara/2ªTurma Ordinária, Sessão de 11/08/2016, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa Redator designado)

Ainda, como razão de decidir, adoto a fundamentação do voto condutor da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

Em relação à responsabilidade pessoal atribuída ao Sr. Jorge Bussab Azzuz, conforme Termo de Responsabilidade Pessoal de fls. 74/79, a Autoridade Fiscal constatou que o patrimônio encontra-se concentrado na mencionada pessoa física, que possui procuração pública com amplos poderes para representar a contribuinte, e assim o fez, inclusive utilizou desse poder outorgado para sacar, depositar, transferir, emitir cheques em seu nome e em nome das empresas das quais é sócio (Posto Lago Azul de Franca Ltda e Jomar Administração de Imóveis Ltda), no período de janeiro a dezembro de 2005, da conta nº 9236-3, mantida no Banco do Brasil, agência 2991-2, de titularidade da empresa fiscalizada, evidenciando a intenção de ocultar a realidade dos fatos e o intuito de eximir-se do pagamento de tributos.

O Sr. Jorge Bussab Azzuz, na impugnação de fls. 1086/1095, reconhece a situação acima apontada, e limita-se a alegar que a movimentação financeira concentrada na pessoa jurídica Horizonte Conveniência Ltda deveu-se a motivos de precária situação financeira em que se encontrariam as demais pessoas jurídicas, (...).

No caso presente, ficou evidente o dolo específico em face da prática reiterada, no ano-calendário de 2005, das condutas ilícitas já abordadas, com intuito de omitir ou reduzir o pagamento de tributos e contribuições, objeto do presente lançamento de ofício. De se notar que o Sr. Jorge Bussab Azzuz, na condição de sócio e procurador das mencionadas empresas, demonstrou ter interesse comum nos procedimentos em comento, uma vez que deles se beneficiou.

Vejamos ainda o que determinam os artigos 124, 134 e 135 do CTN:

(...)

Assim, diante dos fatos narrados e das provas contidas nos autos, e à luz dos dispositivos legais acima transcritos, afirma-se a responsabilidade pessoal do Sr. Jorge Bussab Azzuz pelo crédito tributário lançado.

(...)

Portanto, deve ser mantida a responsabilidade - sujeição passiva solidária - do Sr. Jorge Bussab Azzuz pelo crédito tributário, conforme decidido pela decisão *a quo*.

Por tudo que foi exposto, voto para rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade do lançamento fiscal e, no mérito, negar provimento aos recursos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Redator Designado.

Peço vênia ao Ilustre Conselheiro Nelso Kichel, relator do presente caso, para aduzir abaixo as razões da minha divergência parcial com a sua abalizada posição esposada no voto apresentado.

A divergência vencedora versará sobre dois pontos especificamente, em havendo o Colegiado acompanhado o relator nas demais matérias:

a) Aplicação da qualificação de multa prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96;

b) Responsabilidade solidária do sócio *Jorge Bussab Azzuz*.

É o que será tratado a seguir.

I) Da impossibilidade de aplicação da multa qualificada

A presente autuação fiscal se baseou, em seu cerne, na presunção legal de omissão de receitas em razão de depósitos bancários de origem não comprovada (art. 42 da Lei nº 9.430), que aduz:

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.

Durante o procedimento fiscalizatório, verificou-se que diversos valores foram depositados na conta corrente da HORIZONTE, bem como diversos cheques foram compensados contra essa conta para o adimplemento de compromissos das demais empresas administradas pelo Sr. Jorge Bussab Azzuz.

O *modus operandi* parece-me absolutamente claro: as empresas realizam contratos com terceiros, em suas operações usuais, com a determinação dos pagamentos serem realizados diretamente na conta da HORIZONTE, que por sua vez utilizada esses recursos para adimplir compromissos das outras empresas.

Friso, todavia, que tal operação não restou plenamente demonstrada nos autos pela Recorrente, pois não se tinham como constatar a origem dos recursos nos contratos feitos pelas demais empresas do grupo, a despeito das declarações dos beneficiários dos cheques emitidos pela Recorrente, que sem dúvida são indícios do fato apontado. A própria fiscalização aponta a utilização da Recorrente como interposta pessoa, para realização da movimentação financeira de terceiros, em fl.74:

A irregularidade tributária praticada pela empresa sujeito passivo desta fiscalização, no ano-calendário de 2005, ficando claro no Relatório da Fiscalização que a mesma foi utilizada como interposta pessoa para realizar a sua movimentação financeira do procurador Jorge Bussab Azzuz e suas empresas, ato afirmado pelo próprio

Entretanto, não há nos autos provas suficientes dessa interposição - que de resto tampouco foi o fundamento real da autuação, mas sim a aplicação da presunção do art. 42 da Lei nº 9430/96. Tal matéria foi fartamente discutida pelo Colegiado, à luz das provas constantes nos autos, para a verificação da aplicação do *caput* do art. 42 ou do seu §5º (mais adequado para os casos de interposição).

Diante desse contexto fático e das provas apresentadas, a Fiscalização ficou diante de uma escolha: ou frui-se da presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 e se reconhece a omissão de receita, com a cobrança dos tributos e da multa pelo não recolhimento, ou prossegue-se na atividade fiscalizatória, identificando as origens dos depósitos na conta da HORIZONTE e solicitando a documentação fiscal das demais empresas do Sr. Jorge Bussab, visando verificar se houve ou não o recolhimento dos tributos devidos naquelas empresas e analisando, devidamente, não apenas a existência de ausência de pagamento, como também eventual dolo, fraude ou simulação na conduta, aptos a justificar uma punição qualificada.

A lógica da presunção legal estabelecida é oferecer um *trade-off* à fiscalização: abstém-se a fiscalização de uma fiscalização mais custosa em prol de uma facilidade na autuação, prescindindo assim de um conhecimento mais aprofundado da realidade fática, inclusive para fim de imputação de todas as normas tributárias incidentes.

No voto vencido, o Conselheiro Relator aduziu as seguintes razões para a qualificação:

- que a imputação da multa qualificada pelo fisco e mantida pela decisão recorrida é equivocada, pois a declaração ou informação prestada à fiscalização - pelo Sr. Jorge Bussab Azzuz (fl. 99) - de que a movimentação de recursos particulares do

próprio procurador (suas empresas: Posto Lago Azul e Jomar Administração de Imóveis) na conta corrente da autuada não se deu com intenção dolosa, mas unicamente em razão da precária situação financeira dessas pessoas;

-que a comprovação disso se dá pela própria declaração de fl. 99, bem como pelos documentos abaixo listados:

a) relação de cheques emitidos sem provisão de fundos no valor de R\$ 2.276.782,45 (fl. 1098/1137);

b) consultas ao S.P.C e SERASA (fl. 1164/1169);

c) consultas referentes a ações de cobrança (fl. 1170/1178), que provam a precária situação financeira (fl. 99) desde o início da fiscalização, justificando o uso de uma só conta bancária;

A despeito da opinião do relator, nenhuma das condutas indicadas pela fiscalização apresenta características indiciárias quanto ao dolo necessário para a conduta fraudulenta descrita no art. 72 da Lei 4.502/64 - pelo contrário, servem como índice de uma fraude, sim, mas não aquela perpetrada contra o Erário, justificadora da qualificação da multa, mas sim contra eventuais credores das demais empresas, que encontrariam maiores óbices na localização de ativos penhoráveis. Não cabe, entretanto, a este Colegiado fazer qualquer juízo positivo ou negativo acerca desse fato, de resto irrelevante para fins de imposição de multa tributária.

Aduz o art. 72 da Lei nº 4.502/64:

*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.***

Os verbos que indicam as condutas fraudulentas são **impedir** ou **retardar** o fato gerador, e **excluir** ou **modificar** suas características essenciais. No presente caso, não há qualquer conduta do contribuinte nesse sentido, mas simplesmente depósitos bancários de origem não justificada, o que qualifica - por presunção - a omissão de receitas e, sucessivamente, a incidência dos tributos sobre esses montantes.

Deveria a Fiscalização, para poder verificar a presença ou não desta qualificadora, sair das raias de segurança da presunção e prosseguir na atividade fiscalizatória, analisando, por exemplo, se os recursos foram oferecidos à tributação pelas empresas que seriam titulares de tais valores, como afirmado pelo Recorrente, para identificar, com precisão, as condutas relacionadas ao fato gerador.

Quedando-se apenas nos limites da presunção, o fato gerador é **presumido**, de modo que seria um disparate imaginar alguém lograr êxito em impedir ou retardar uma ocorrência tributariamente relevante cujo as características e a sua própria existência é presumida pela fiscalização, com base em lei.

Ora, se a fiscalização sequer logrou demonstrar o fato gerador dos tributos cobrados, optando por autuar exclusivamente através da presunção de omissão de receitas,

como se poderia considerar provado nos autos a presença de dolo do contribuinte, elemento este que dependeria largamente da verificação efetiva do fato gerador e de atos tendentes a realizar as condutas descritas no art. 72 da Lei nº 4502/64?

Nessa linha, o CARF possui súmula de sua jurisprudência, vinculante para os Conselheiros (a súmula CARF nº 25 não foi incluída entre aquelas tornadas vinculantes para toda a administração tributária federal por força da Portaria MF nº 277/2018), que aduz precisamente:

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Essa é, também, a interpretação dada por este Colegiado, em composição pretérita, posto que recente, no Acórdão nº 1301-002.665, de relatoria do Conselheiro José Eduardo Dornelas:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. PASSIVO FICTÍCIO.

A manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada caracteriza omissão de receitas. Nos casos em que o contribuinte comprovar a exigibilidade por meio de documentação hábil e idônea, estabelecendo o vínculo necessário entre o registro contábil e a operação que lhe deu causa, o valor correspondente deve ser excluído da base de cálculo do lançamento.

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. AUTUAÇÃO POR PRESUNÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA ESPECÍFICA.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964 (Súmula CARF nº 25).

É preciso, pois, que à aplicação da presunção de omissão de receitas se agregue também a comprovação específica - esta com ônus probatório recaindo sobre o auditor da RFB - relativamente a circunstâncias específicas indiciárias da conduta fraudulenta relativa aos fatos geradores realizados. A redistribuição do ônus da prova quanto à ocorrência do fato gerador através da aplicação de regra de presunção não tem como efeito automático o comprometimento do dever ordinário da fiscalização de comprovar os demais aspectos da autuação.

Em razão disto, voto por afastar a qualificadora sobre a multa de ofício aplicada.

II) A responsabilidade solidária do sócio Jorge Bussab Azzuz

Quanto à imputação de responsabilidade tributária ao sócio da Recorrente, há dois pontos que merecem destaque.

O primeiro é a profusão de dispositivos aplicados pela fiscalização para a imputação da responsabilidade tributária ao administrador: art. 124, I; 134 e 135 do CTN, bem como art. 1080 do Código Civil. Ora, quem em tudo fundamenta, não fundamenta em absolutamente nada, parecendo-me haver, através do recurso a esse feixe de dispositivos, por um lado a incapacidade da fiscalização de individualização da conduta que gerou a responsabilidade, e por outro, uma oclusão do direito de defesa do contribuinte, por não ter acesso às razões *fáticas e jurídicas* que materialmente implicaram a responsabilização.

Friso que tal observação, entretanto, é de cunho eminentemente pessoal deste redator e não representa o entendimento votado em sessão, que será apontado a seguir.

Há que se frisar, também que - com todas as vênias ao entendimento proferido pelo Ilustre Relator - entendemos que o art. 124, I do CTN não é instrumento apto para a imputação de responsabilidade de sócios e administradores, pois o *interesse comum* a que se refere o dispositivo não é aquele simplesmente econômico, ligado à geração de valores por parte das atividades da empresa, mas aquele jurídico, ligado a uma cooparticipação na realização do fato gerador do tributo (o exemplo mais básico que consigo pensar é a compra e venda de um imóvel, operação esta sujeita ao ITBI e na qual tanto o comprador quanto o vendedor tem interesse jurídico comum na realização do fato gerador).

A interpretação de que o interesse comum seria de cunho econômico tornaria o art. 124, I do CTN, na precisa observação do Conselheiro Caio Nader Quintela, em voto vencedor do **Acórdão nº 1402-002.958**, instrumento de uma desconsideração indireta da personalidade jurídica das empresas, em razão da óbvia ilação de que os sócios e administradores sempre terão interesse no sucesso econômico do negócio.

A descrição fática, entretanto, leva a crer que a fiscalização se pautou pelo art. 135 do CTN, como se depreende dos seguintes trechos do TVF (fls. 74 e ss.):

*Isto demonstra a **intenção dolosa de seus sócios e procurador**, preocupados o tempo todo em ocultar a realidade dos fatos com o intuito único de eximir-se de pagamento de tributo.*

*Ficou clara a prática de **atos que transgridem o contrato social**, pois a empresa, em momento algum, beneficiou-se dos frutos de sua atividade.*

Mais ainda, inclusive, aduz a fiscalização que o *onus probandi* quanto à não atuação do sócio ou administrador com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, seria do próprio responsabilizado, invocando precedente do Superior Tribunal de Justiça versado no REsp nº 731.308. Todavia, o equívoco da fiscalização é patente no texto da ementa da própria decisão mencionada:

*Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que não se pode, **diante da presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa**, inverter o ônus probatório para a exclusão dos sócios na execução fiscal. **Se o nome do sócio consta da CDA, não há que se falar em violação ao art. 135 do CTN, porquanto***

a sua responsabilidade se presume, incumbindo-lhe fazer prova em contrário por meio de embargos à execução."

Trata-se, pois, de precedente calcado em outra presunção - a de liquidez e certeza da CDA - cujas condições de aplicação não estão presentes durante o procedimento administrativo fiscal, e muito menos durante a fase fiscalizatória, devendo a RFB produzir provas hábeis e idôneas do dolo do sujeito responsabilizado na realização de condutas subsumíveis à descrição legal do art. 135 do CTN.

Em não logrando a fiscalização em produzir tal prova, sobretudo por ter construído a autuação sobre a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e escorado a presunção de responsabilidade do sócio ou administrador em precedente do STJ erroneamente aplicado ao presente caso, há que se afastar a responsabilização pretendida.

Desse modo, em razão da ausência de prova do dolo específico do responsabilizado, voto por afastar a responsabilidade tributária do Sr. *Jorge Bussab Azzuz*.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto