



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.005148/2010-24
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-003.715 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de agosto de 2019
Recorrente BUGUE RECICLAGEM DE SUCATAS METÁLICAS LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE.

Os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário dos responsáveis solidários.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 952 a 1081) interposto contra o Acórdão nº 14-35.373, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP (fls. 856 a 887), que, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A pessoa jurídica que incorrer nas hipóteses de prática reiterada de infração à legislação tributária deve ser excluída de ofício do Simples, cujos efeitos começam a operar a partir, inclusive, do mês de ocorrência da infração.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.
COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA.

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, 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. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

AUTOS REFLEXOS (PIS, COFINS e CSLL).

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos, implicam na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. A decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502 de 1964.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE.

Os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

"(...)

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração exigindo-lhe o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 1.974.118,52 (fl. 459), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 594.257,70 (fl. 472), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 575.866,71 (fl. 488) e Contribuição para o PIS no valor de R\$ 128.504,92, (fl. 503), acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150%, perfazendo o crédito tributário de R\$ 9.546.987,87 (fl. 449), em virtude das irregularidades constatadas e descritas no Relatório Fiscal de fls. 511/523, abaixo sintetizadas.

O procedimento fiscal iniciou-se em 21/08/2009 com a ciência do Termo de Início de fls. 127/129 por meio do qual foi a contribuinte intimada a apresentar, relativamente ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, os livros Caixa ou Diário e o Razão, livros de Registro de Entradas e de Saídas, Livros Registro de Apuração do IPI e do ICMS, notas fiscais de prestação de serviços, contratos de prestação de serviços e extratos de todas as contas bancárias, entre outros documentos. Em atendimento, foram apresentados os documentos relacionados às fls. 130/131.

A fiscalização, ao analisar a documentação, constatou que foram apresentados extratos de uma única conta bancária, a de número 303615 mantida no Banco Bradesco, agência 2431, e esta conta era a única registrada na contabilidade, mas que, no entanto, a contribuinte mantinha contas em outras instituições financeiras, conforme Declaração de CPMF. Em razão disso, foram emitidas Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) para o Banco Santander Brasil, Banco do Brasil e Banco ABN AMRO Arrendamento Mercantil, cujas instituições financeiras forneceram os extratos das contas bancárias, estas mantidas à margem da contabilidade.

Em virtude da movimentação financeira na conta Bradesco nº 303615, apresentada em meio papel, ser muito inferior ao indicado no dossiê de fiscalização R\$ 3,1 milhões (extratos débitos), contra R\$19,7 milhões (dossiê), foi emitido em 23/03/2010 o Termo de Intimação Fiscal solicitando o fornecimento, em meio magnético, dos extratos bancários das contas correntes, poupança e aplicações financeiras referentes a todas as contas mantidas no banco Bradesco (fls. 240/241). Em resposta, a empresa autorizou que fossem requisitados os arquivos em meio magnético diretamente das Instituição Financeira (fls. 255).

Assim, foi emitida Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira para o Bradesco (fl. 257), cujos extratos foram recebidos e, dessa forma, foi confirmado que a contribuinte mantinha na Agência 2431, além da conta 303615 (única contabilizada na conta 1.01.01.02.04 Banco Bradesco S/A), a conta 7.6333 que continha grande movimentação, ficando à margem da contabilidade juntamente com as movimentações do Banco do Brasil, Real e Santander.

Em 07/10/2010 a empresa foi cientificada do Termo de Solicitação de Esclarecimentos (fls. 278/279), o qual foi acompanhado de uma planilha (Anexo I)

contendo os créditos bancários das contas : Banco Real Ag. 0885 Cc. 711267, Banco do Brasil Ag. 3149 – C/c. 6796, Banco Bradesco Ag. 24311C/c. 7633 e 30361. A fiscalização informou que na apuração dos créditos bancários foram excluídas as operações cuja natureza não vincula a omissão de receitas (empréstimos, estornos, redução de saldo devedor, devolução de cheques, DOC devolvidas, etc.), bem como créditos referentes às transferências entre contas bancárias da mesma empresa. Ao mesmo tempo foi a empresa intimada a comprovar a origem e a natureza dos créditos bancários, relacionados na referida planilha, bem assim detalhar as operações referentes aos créditos bancários, esclarecer se eles referem às atividades da empresa, e informar se os créditos bancários foram integralmente contabilizados e oferecidos à tributação. Exigiu, ainda, esclarecimentos quanto a origem dos pagamentos efetuados, conforme Anexo II, cujos históricos dos extratos indicavam ser "FOLHA DE PAGAMENTO" Banco do Brasil Ag. 3149 Cc. 6796.

Em 17/11/2010 a empresa era intimada a apresentar os talonários de todas as Notas Fiscais de Entradas/Saídas, os quais foram entregues em visita à empresa realizada nesta mesma data. (fls. 275).

Não tendo a contribuinte se manifestado quanto aos esclarecimentos solicitados, ou seja, não tendo ela comprovado a origem dos ingressos em suas contas bancárias, foi lavrado, em 28/10/2010, o Termo de Representação Fiscal de fls. 04/05, acompanhado dos elementos de fls. 08/22, para o fim de exclusão da empresa do Simples. A autoridade fiscal fez constar no referido Termo que a empresa, de maneira reiterada, durante todo o período fiscalizado (anos-calendário de 2006 e 2007), omitiu receitas caracterizadas pelos depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, além de ter deixado de informar à fiscalização a existência de contas bancárias. Concluiu que estava configurada a **“prática reiterada de infração à legislação tributária”**, o que implicaria na exclusão da empresa do Simples, tal como previsto no art. 14, V, da Lei n.º 9.317, de 1996, com efeito a partir de 01/01/2006. Pela mesma razão foi feita uma outra Representação para o fim de excluir a empresa do Simples Nacional (fls. 06/07) por ter a empresa incorrido na hipótese de exclusão prevista no art. 29, V, da Lei Complementar n.º 123/2006, com efeito a partir do próprio mês da ocorrência da prática, conforme §1º do art. 29 da mesma lei.

A Delegada da Receita Federal do Brasil em Piracicaba/SP, acatando as representações, emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/PCA n.º 113 de 9 de dezembro 2010 (fls. 41), excluindo a empresa do Simples com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006, com fulcro no art. 23, V, da Instrução Normativa (IN) – SRF n.º 608/2006. Emitiu também o Ato Declaratório Executivo DRF/PCA n.º 112 de 7 de dezembro 2010 (fls. 42), excluindo a empresa do Simples Nacional com efeitos a partir de 1º de julho de 2007, com fulcro no art. 6º, VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007. A ciência dos Atos Declaratórios se deu 10/12/2010 (fls. 41 e 42).

Segundo consta no Relatório Fiscal, no item “Infrações Apuradas” (fls. 515), a autoridade fiscal realizou nova conciliação da movimentação bancária o que resultou na eliminação de valores de transferências entre contas da mesma empresa e, por consequência, redução dos valores dos depósitos/créditos de origem não comprovada, conforme DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DOS DEPÓSITOS/CRÉDITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, às fls. 314. Os créditos/depósitos bancários de origem não comprovada foram levados à tributação como receita omitida, nos termos do art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Ainda, segundo a fiscalização, teria ficado demonstrado, através dos históricos contidos nos extratos bancários, que as operações relativas aos créditos bancários

estão ligadas às atividades da empresa, quer seja na obtenção de recursos a partir de títulos ou cheques de clientes, quer através de recursos transferidos de clientes, e indicam a omissão de receitas conforme os exemplos relacionados no Relatório Fiscal (fl. 516).

Em razão da exclusão da empresa do Simples Federal com efeito a partir de 01/01/2006 e do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, a empresa passou a ficar sujeita às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, razão pela qual ela foi intimada em 10/12/2010 (fls. 315/316) a manifestar-se sobre a opção pelo sistema de tributação para o período de julho a dezembro de 2007 e apresentar a escrituração contábil em função da opção escolhida (lucro presumido, real ou arbitrado). Não houve qualquer manifestação.

Apesar da contribuinte ter apresentado documentos fiscais e contábeis, a fiscalização entendeu que os mesmos continham indícios de fraude por omissão de receitas e pela ausência na contabilidade de pagamentos feitos a empregados e, diante disso, procedeu ao arbitramento do lucro com fulcro nos arts. 530, II, e 532 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, com base na receita conhecida (receita omitida + receita declarada a título de prestação de serviços), sobre a qual foi aplicado o coeficiente de 38,40 % para determinar o lucro arbitrado, resultante da aplicação do percentual de 32% fixado pelo art. 519 e seus parágrafos do RIR/99 para a atividade de prestação de serviços, acrescido de 20% conforme estabelecido pelo art. 532 do mesmo diploma legal.

Sobre os tributos e contribuições exigidos foi aplicada a multa de 150% com fulcro no art. 44, II, da Lei n.º 9.430, de 1996, por entender a fiscalização que a empresa, ao declarar à Receita Federal do Brasil receitas mensais muito inferiores àquelas auferidas, de maneira reiterada (durante 24 meses), e ao deixar de escriturar suas contas bancárias, teve a única intenção de pagar menos impostos e contribuições. Informou a fiscalização que os valores recolhidos na sistemática do Simples (Demonstrativo de fl. 336/337) foram utilizados na apuração dos valores devidos, de acordo com cada rubrica de destinação, sendo que os valores recolhidos relativos ao INSS foram aproveitados na constituição do crédito previdenciário (Processo n.º 13888.000318/201165) e quanto ao IPI poderia ser objeto de pedido de restituição.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva em nome de **Cícero Melo da Silva** (fls. 526), titular da empresa individual Cícero Melo da Silva ME (CNPJ 58.598.871/000139), **Lígia Marioto Santana** (Lígia Santana Correr – fls. 524) e **Paulo Roberto Santana Júnior** (fl. 528), com fulcro no art. 135, III, do CTN, pelas razões explicitadas no Relatório Fiscal.

Cientificada dos autos de infração e dos Atos Declaratórios de Exclusão do Simples a empresa, por intermédio de sua procuradora legalmente constituída (fl. 575), ingressou com a impugnação de fls. 560/573 e com as Manifestações de Inconformidade de fls. 598/608, aduzindo como razões de defesa o seguinte:

DA IMPUGNAÇÃO.

1 Dos depósitos bancários e da não configuração como Rendimento tributável.

Alegou que a movimentação financeira jamais deve ser confundida com rendimento tributável a título de imposto de renda, tendo em vista que não atinge a

materialidade permitida pela carta Magna para o tributo em tela e, segundo seu entendimento, para que os depósitos bancários sejam configurados como renda ou receita, faz-se necessário provar o nexo causal entre os depósitos e a renda.

Com relação às comprovações alegou que não houve tempo hábil para o detalhamento dos valores de forma individualizada e que foi solicitado ao Sr. Auditor Fiscal cópia dos arquivos digitais, enviados pelas instituições bancárias, pedido este que até aquela data não havia sido atendido, conforme cópia do protocolo (Anexo I), e que ao mesmo tempo foram solicitados os mesmos documentos às instituições financeiras, conforme cópia dos protocolos, razão pela qual solicitou dilatação do prazo para juntada futura de documentos e comprovações pertinentes.

Alegou que existem valores que já deveriam ter sido expurgados pelo fisco e, no entanto, não foram, conforme detalhado no Anexo II (fls. 592/594), num total de R\$ 1.002.708,72, apuração feita por amostragem, o que já seria suficiente para concluir que a impugnante está sendo tributada com base num valor superior àquele realmente devido e já se faz possível afirmar que o presente processo necessita de conversão em diligência, sem se falar ainda, nos demais valores que serão apresentados oportunamente.

2 Da errônea exclusão do Simples.

Contestou a tributação com base no lucro arbitrado alegando que a exclusão da empresa do Simples com efeitos retroativos desde 01/01/2006 é procedimento não estabelecido em lei, nem é usual pela fiscalização da Receita Federal do Brasil. Transcreveu trechos do Regulamento do Imposto de Renda 2010 afirmando que uma empresa ao auferir receita superior a limite legal de R\$ 2.400.000,00 fica sujeita à majoração de alíquota e à exclusão do Simples Nacional a partir do ano subsequente.

3 – Das atividades da empresa.

Alegou que a conclusão fiscal de que suas receitas são oriundas de prestação de serviços e, em conseqüência, onerar a empresa com a tributação apresentada no auto de infração é inaceitável, pois foram apresentadas notas fiscais de venda de materiais e, além do mais, poderia a fiscalização ter diligenciado junto a terceiros com o fim de confirmar a entrada de mercadorias vendidas pela impugnante.

Requeru a reanálise do critério utilizado de forma a reconsiderar as origens de receita/faturamento da empresa, passando considera-las individualmente, e não de forma geral, como foi feito, e requereu a correta tributação das receitas de venda.

4 Da aplicação da multa de ofício

Alegou que multa aplicada foi excessiva, configurando o confisco, o que é vedado pela nossa Constituição Federal, pois fere alguns princípios do Direito Administrativo, a saber, os princípios da **proporcionalidade** e da **razoabilidade**, implícitos na Constituição Federal e expressos na Lei 9.784/99. Requeru a revisão da penalidade aplicada, argumentando ter atendido a todas as notificações realizadas pelo fisco, em todo o procedimento fiscalizatório, demonstrando total interesse e boa fé em cumprir as exigências apresentadas.

5 Do pedido.

No final solicitou que seja reconhecida a improcedência do auto de infração e no caso dos julgadores entenderem necessário, diante dos valores já apresentados e da

necessidade de análise em demais documentos, que seja convertido o julgamento em diligência. Requereu ainda que todas as intimações sejam enviadas para o endereço dos patronos da impugnante.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.

A empresa, por intermédio de sua procuradora (fl. 601/602), apresentou às fls. 598/608 Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/PCA n.º 112, de 07/12/2010, que excluiu a empresa do Simples Nacional, bem assim contra o Ato Declaratório Executivo DRF/PCA n.º 113, de 09/12/2010, que excluiu a empresa do Simples Federal.

Alegou que tendo em vista que a impugnação apresentada contra o auto de infração ainda encontra-se pendente de decisão não haveria que se falar em Ato Declaratório de Exclusão, eis que documentos comprobatórios serão ainda apresentados, bem como, amparos legais e jurídicos serão discutidos, e enquanto não houver decisão definitiva, com trânsito em julgado na esfera administrativa, os Atos Declaratórios DRF/PCA n.º 112 e 113 não produzem efeitos, permanecendo a manifestante no sistema Simples Nacional no exercício de 2007 e no Simples Federal no ano de 2006.

IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS.

Cícero Melo da Silva apresentou a manifestação de inconformidade fls. 537/555 contra ao Termo de Sujeição Passiva Solidária alegando, em síntese, que não se sabe ao certo se o autuado principal (Bugue Reciclagem de Sucatas Metálicas Ltda EPP) vai pagar/parcelar ou não o crédito tributário, se vai se defender ou não dos valores finais, enfim, como cobrar por sujeição passiva um crédito tributário que, embora apurado pelo fisco, não se sabe se ao fim se vai sofrer alterações ou não, e mais, se vai subsistir. Apresentou, na íntegra, toda a matéria alegada em sede das impugnações.

Ligia Santana Correr apresentou a impugnação de fl. 610/630 alegando, inicialmente, que a empresa foi constituída em 2001 figurando como sócios Cícero Melo da Silva e sua esposa, à época, Maria José Marioto Santana, tendo o Sr. Cícero se retirado da sociedade no final de 2003, porém a administração da empresa continuou sendo exercida pelo Sr. Cícero, e nos anos de 2006 e 2007 a impugnante (Ligia Santana Correr), na qualidade de funcionária da empresa e subordinada ao Sr. Cícero, exerceu atividades de gestão de pessoas e outras relativas ao financeiro da empresa, tais como pagamentos de terceiros e funcionários, feitos por meio de cheques, por ela assinados, razão pela qual a autoridade fiscal incluiu a impugnante como responsável solidária pelo crédito tributário, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Entretanto, tal dispositivo legal não se aplicaria ao caso porque ele retira a responsabilidade do contribuinte natural ao pagamento do tributo, transferindo toda a responsabilidade para terceiros, o que ocorrerá apenas quando houver a prática de atos com responsabilidade pessoal, **total** e exclusiva de diretores, gerentes ou representantes de empresa e que, no presente caso, não se justifica a inserção da autuada no pólo passivo da relação com base no art. 135,III, do CTN.

Quanto ao mérito alegou que a responsabilidade pessoal dos administradores e sua inclusão no pólo da relação processual só é admissível após procedimento administrativo em que se comprove a autuação dolosa do mesmo, identificando-se, de forma cristalina, os responsáveis pela prática do ilícito e demonstrando-se, inclusive, que obtiveram vantagem pessoal com a inadimplência. Assim, não basta a condição de diretor, gerente ou representante, nem o descumprimento da obrigação tributária, é necessário que fique comprovado a autuação dolosa do representante, o que não teria ocorrido no presente caso, pois o simples fato de ter assinado alguns cheques para pagamento de fornecedores não comprova qualquer ilicitude cometida pela mesma, como fraude à lei e, muito menos, dolo, já que a autuada estava subordinada à determinações do Sr. Cícero.

Alegou que o Sr. Cícero na reunião realizada em 16/03/2010 entre ele e o Auditor-Fiscal reconheceu que a movimentação financeira era proveniente das atividades da empresa (fls. 213/214) e, dessa forma, chamou para si a responsabilidade pelas eventuais omissões ou fraude à lei, uma vez que ele era o único administrador da empresa.

A impugnante citou uma contestação feita pelo Sr. Cícero em um Ação de Reintegração de Posse em seu desfavor na qual teria confessado que sempre esteve na administração de suas empresas, notadamente, a empresa fiscalizada, e assim não poderia a impugnante ser responsável pela má administração do Sr. Cícero, nem por eventual fraude ocorrida quando de sua gestão, haja vista que esta não tinha poderes nenhum de tomada de decisões frente à empresa fiscalizada.

Por fim, alegou que o arrolamento de bens do responsável tributário configura ato unilateral e arbitrário perpetrado pelo Fisco, uma vez que não foi respeitado o princípio da ampla defesa e do contraditório e que indiscutível que o direito de propriedade só pode ser restrito pelo poder judiciário, após o devido processo legal. **Paulo Roberto Santana Junior** apresentou a impugnação de fls. 642/663 alegando, inicialmente, que a empresa foi constituída em 2001 figurando como sócios Cícero Melo da Silva e sua esposa, à época, Maria José Marioto Santana, tendo o Sr. Cícero se retirado da sociedade no final de 2003, admitindo-se em seu lugar o Autuado, Paulo Roberto Santana Junior, seu enteado e subordinado na época. Entretanto, a administração da empresa continuou sendo exercida pelo Sr. Cícero, e Paulo Roberto, mesmo figurando como sócio da empresa, recebia ordens do Sr. Cícero, sendo de sua responsabilidade atividades relacionadas a eventuais contatos com empresa fornecedora, bem como algumas atividades da área financeira da empresa fiscalizada, inclusive assinando documentos como representante da empresa, razão pela qual a autoridade fiscal incluiu a impugnante como responsável solidária pelo crédito tributário, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Entretanto, tal dispositivo legal não se aplicaria ao caso porque ele retira a responsabilidade do contribuinte natural ao pagamento do tributo, transferindo toda a responsabilidade para terceiros, o que ocorrerá apenas quando houver a prática de atos com responsabilidade pessoal, **total** e exclusiva de diretores, gerentes ou representantes de empresa, e no presente caso não se justifica a inserção da autuada no pólo passivo da relação com base no art. 135, III, do CTN.

Quanto ao mérito alegou que a responsabilidade pessoal dos administradores e sua inclusão no polo da relação processual só é admissível após procedimento administrativo em que se comprove a autuação dolosa do mesmo, identificando-se, de forma cristalina, os responsáveis pela prática do ilícito e demonstrando-se, inclusive, que obtiveram vantagem pessoal com a inadimplência. Assim, não basta a condição de

diretor, gerente ou representante, nem o descumprimento da obrigação tributária, é necessário que fique comprovado a autuação dolosa do representante, o que, no seu entendimento, não teria ocorrido no presente caso, pois o simples fato de ter assinado alguns cheques para pagamento de fornecedores não comprova qualquer ilicitude cometida pela mesma, como fraude à lei e, muito menos, dolo, já que a autuada estava subordinada à determinações do Sr. Cícero.

Alegou que o Sr. Cícero na reunião realizada em 16/03/2010 entre ele e o Auditor-Fiscal reconheceu que a movimentação financeira era proveniente das atividades da empresa (fls. 213/214) e, dessa forma, chamou para si a responsabilidade pelas eventuais omissões ou fraude à lei, uma vez que ele era o único administrador da empresa.

A impugnante citou uma contestação feita pelo Sr. Cícero em um Ação de Reintegração de Posse em seu desfavor na qual teria confessado que sempre esteve na administração de suas empresas, notadamente, a empresa fiscalizada, e assim não poderia o impugnante ser responsável pela má administração do Sr. Cícero, nem por eventual fraude ocorrida quando de sua gestão, haja vista que o Autuado não tinha poderes nenhum de tomada de decisões frente à empresa fiscalizada, pois o Sr. Cícero nunca deixou de administrar a empresa fiscalizada, evidenciando, portanto, a simulação do contrato social onde figurou o Autuado como sócio, o que se deu apenas por questões de administração e controle das demais empresas existentes.

Por fim, alegou que o arrolamento de bens do responsável tributário configura ato unilateral e arbitrário perpetrado pelo Fisco, uma vez que não foi respeitado o princípio da ampla defesa e do contraditório e que indiscutível que o direito de propriedade só pode ser restrito pelo poder judiciário, após o devido processo legal.

(...)"

Inconformados com a decisão de primeira instância, entraram com Recurso Voluntário os Srs. Paulo Roberto Santana Junior e Lígia Santana Correr, defendendo, preliminarmente, a impossibilidade de figurar no polo passivo da relação e, em sede de mérito, a não infração a lei que justificasse sua figuração como responsável solidário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues, Relator.

Destaco que apenas os responsáveis solidários Paulo Roberto Santana Junior e Lígia Santana Correr apresentaram recursos. Ambos tempestivos e preenchendo os demais requisitos de validade, portanto, deles conheço.

Como os dois recursos são de lavra do mesmo patrono e seguem os exatos mesmos argumentos, procederei a análise de ambos simultaneamente.

Trata-se o presente feito de Auto de Infração por omissão de receitas com exigência de IRPJ, CSLL e COFINS e lançamento de multa de ofício qualificada ao percentual de 150%.

Os Interessados cujos recursos agora se analisa foram arrolados como responsáveis solidários nos termos do art. 135, III, do CTN.

Preliminarmente aduzem os Interessados que o art. 135 do CTN trata de verdadeira substituição tributária onde a responsabilidade pelo pagamento do tributo seria integralmente retirada do contribuinte natural e transferida para o terceiro. Logo, não poderia haver concomitância da responsabilidade entre o sujeito passivo principal e os solidários. Desta forma, tendo a Autoridade Fiscal assim procedido, o termo de responsabilidade lavrado seria nulo.

Não olvidando que exista na doutrina quem defenda tal posição, está não é a mais correta no entender deste julgador. Em verdade, entendo que o art. 135, inciso III, ao se utilizar do vocábulo “pessoalmente responsáveis”, atribui responsabilidade a terceiro sem excluir a do sujeito passivo original.

Neste sentido tem-se os ensinamentos dos ilustres professores Hugo de Britto Machado e Luís Eduardo Schoueri, respectivamente:

“A lei diz que são pessoalmente responsáveis, mas não diz que sejam as únicas. A exclusão da responsabilidade, a nosso ver, teria de ser expressa. Com efeito, a responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. Isto, aliás, é o que se depreende do disposto no art. 128 do CTN...”(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 33ª ed. Malheiros, 2012, p. 166)

“(...) o artigo 135 silencia acerca da responsabilidade do contribuinte. Não a exclui nem a atribui em caráter supletivo. Ora, se o referido artigo 128 dispõe de modo expresso, não há como concluir pela exclusão ou subsidiariedade da responsabilidade do contribuinte.” SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 2ª ed. Saraiva: 2012, p. 539)

Conforme defendido pelos ilustres doutores retrocitados, o próprio CTN prevê a necessidade de previsão legal expressa para que se exclua a responsabilidade tributária. Transcrevo o artigo:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Assim, não vislumbro que o art. 135, inciso III, do CTN tenha determinado a responsabilidade dos gestores que atuem com excesso de poderes ou infração a lei ou estatutos de forma exclusiva, mas, sim, solidária.

Destarte, VOTO por REJEITAR a preliminar suscitada em ambos os recursos.

Quanto ao mérito, defendem os Recorrentes que o único e verdadeiro gestor da empresa era o Sr. Cícero Melo da Silva, pessoa que tomava todas as decisões e dava as ordens, sem permitir que os Interessados as questionassem.

Igualmente alegam que jamais tiveram intenção de cometer qualquer fraude ou ilícito tributário e, tampouco, se beneficiaram de qualquer ganho que a empresa tenha assim obtido, sempre vivendo tão somente do salário fixo que recebiam da mesma. Alegam, também, que seu patrimônio serve como prova desta alegação.

De início, os elementos carreados pela Fiscalização aos autos não parece corroborar a narrativa apresentada pelos Recorrentes.

No caso, o enquadramento se deu pelo art. 135, inciso III, *in verbis*:

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

(...)

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

Do artigo acima extrai-se dois requisitos básicos para sua subsunção: (i) A qualidade de: diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica; e (ii) a conduta praticada com: excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto.

Tanto em relação ao Sr. Paulo Roberto quanto a Sra. Lígia a autoridade fiscal demonstrou que ambos possuíam cargos formais de gestão da empresa atuada e , efetivamente, praticavam atos de administração que desembocaram nas infrações apontadas. Assim, perfazendo os requisitos da imputação supra citada.

Desta forma, diante de tudo que consta dos autos, me parece claro que houve concorrência dos Recorrentes com os atos realizados pelo sujeito passivo principal, estando correta a imputação da solidariedade.

Portanto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo *in totum* a decisão de primeira instância.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues

