



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

Processo nº 13896.721547/2013-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.143 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de abril de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente PROJETEC PROJETOS E TECNOLOGIA LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A observância do contraditório e do amplo direito de defesa e a presença dos requisitos essenciais à validade do ato afastam a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

NULIDADE. REQUISITOS ESSENCIAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A fase litigiosa do procedimento administrativo somente se instaura com a impugnação do sujeito passivo ao lançamento já formalizado. Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de cerceamento do direito de defesa e de nulidade do procedimento fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA.

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

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO. CABIMENTO.

O lançamento com base em presunção é completamente aceitável em nosso ordenamento jurídico. Nas presunções "*juris tantum*", incumbe ao sujeito passivo o ônus de infirmar o fato indiciário caracterizador da presunção.

OMISSÃO DE RECEITAS APURADA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO ADOTADO.

Verificada a omissão de receitas, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**Ano-calendário: 2009**

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, o que foi decidido quanto ao principal, pela estreita relação de causa e efeito.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**Ano-calendário: 2009**

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário dos coobrigados para excluí-los da relação jurídico-tributária. Vencido o Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar que votou por dar provimento parcial ao recurso para excluir da relação jurídico-tributária apenas o coobrigado Augusto Ribeiro Mendonça Neto. Designado o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto para redigir o voto vencedor.

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Redator Designado

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Gilberto Baptista, Paulo Mateus Ciccone, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

A empresa autuada, PROJETEC PROJETOS E TECNOLOGIA LTDA, e os coobrigados: Augusto Ribeiro Mendonça Neto, CPF nº 695.037.708-82; PEM Engenharia Ltda., CNPJ nº 62.458.088/0001-47 e Setec Tecnologia S.A., CNPJ 61.413.423/0001-28 recorrem a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 4ª Turma da DRJ Rio de Janeiro 01/RJ, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“I - DA AUTUAÇÃO

Contra a interessada acima qualificada, foi lavrado auto de infração relativo Imposto de Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ e, por decorrência, autos de infração relativos à Contribuição Social, à COFINS e ao PIS, por meio dos quais foram exigidos os créditos tributários a seguir discriminados, acrescidos de multa de 75%, na forma do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, e de juros de mora.

TRIBUTOS ou CONTRIBUIÇÃO	AUTO de fls.	VALOR DO TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÃO EXIGIDO em REAIS	VALOR TOTAL EXIGIDO em REAIS
Imposto de Renda Pessoa Jurídica	133/139	14.166.691,93	29.480.885,91
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	140/145	5.108.649,09	10.631.098,76
Contribuição p/ Financiamento S. Social	146/152	1.711.433,53	3.627.679,51
Contribuição p/ PIS/PASEP	153/161	370.810,60	785.997,24
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO PROCESSO EM R\$			44.525.661,42

De acordo com a descrição dos fatos contida no auto de infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fl. 135), a irregularidade apurada é a seguinte:

0001 - OMISSÃO DE RECEITAS POR PRESUNÇÃO LEGAL DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA		
Omissão de receita operacional caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários, conforme relatório fiscal em anexo.		
Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2009	2.508.813,94	75,00
28/02/2009	4.340.791,00	75,00
31/03/2009	6.183.537,71	75,00
30/04/2009	5.797.995,70	75,00
31/05/2009	5.389.666,94	75,00
30/06/2009	4.983.580,27	75,00
31/07/2009	4.724.037,23	75,00
31/08/2009	2.872.484,90	75,00
30/09/2009	5.779.341,16	75,00
31/10/2009	6.515.300,28	75,00
30/11/2009	5.533.615,12	75,00
31/12/2009	2.418.620,00	75,00
Enquadramento Legal		
Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2009 e 31/12/2009:		
art. 3º da Lei nº 9.249/95.		
Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 279, 280, 287 e 288 do RIR/99		
Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.		

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/05/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 11/05

/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR

Impresso em 13/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Relatório Fiscal mencionado constitui o Termo de Verificação Fiscal (fls.129/132), parte integrante e indissociável dos autos em causa, e contém os seguintes dados:

A- CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e em cumprimento às determinações do Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Santo André - SP, conforme Mandado de Procedimento Fiscal nº 08114.00-2012-00049-0, procedi, junto ao contribuinte acima identificado, as verificações relativas ao IRPJ do ano-calendário 2009.

B- DAS VERIFICAÇÕES EFETUADAS

(...)

4- Em 31/01/2013, através do Termo de Intimação nº 7, devolvemos os extratos bancários fornecidos, já digitalizados em nossos arquivos, e apresentamos planilhas com Resumo dos Créditos Líquidos mensais (esclarecendo que foram excluídos os estornos, devoluções, empréstimos e transferências de mesma titularidade) e intimamos o contribuinte para que fossem analisadas as planilhas e os depósitos fossem justificados;

5-O representante legal apresentou 19/02/2013 uma resposta à intimação acima, de ciência em 31/01/2013, esclarecendo que:

- item 2: no que tange à planilha intitulada "RESUMO DA RECEITA BRUTA DE ORIGEM EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS", preparada pela fiscalização com base nos extratos daquele ano, nenhum dos valores ali apontados representa "receita da atividade", como ali consignado, à exceção dos valores discriminados na planilha em anexo (doc 2, apenas valores em destaque) e nota fiscal juntada à presente (doc. 3).*
- item 3: os demais valores movimentados pelo contribuinte e apontados nos extratos dizem respeito a numerários pertencentes a outras empresas com as quais mantém contrato de administração de ativos financeiros, de forma que os valores indicados na planilha fazendária não representam receita do contribuinte, mas mera movimentação de recursos de terceiros, assim registrados em **contas próprias na contabilidade**, como se pode constatar da anexa cópia autenticada do balanço auditado relativo aos exercícios financeiros encerrados em 31/12/2009 e 31/12/2008 (doc.4).*

6- Na resposta à intimação nº 7 foi apresentada somente uma nota fiscal de emissão da Projeteq Projetos e Tecnologia Ltda, de nº 082 (doc. 3), emitida em 13/01/2009 no valor de R\$ 1.730.435,24;

7- Em 11/03/2013 o contribuinte foi intimado através do Termo de Intimação nº 8, endereçado ao domicílio fiscal através de AR, a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas bancárias constantes nas planilhas resumo. Sendo que os esclarecimentos deverão ser feitos por escrito, de maneira analítica (crédito por crédito), e comprovadas mediante documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores. Salienta-se que os valores de transferências entre contas estornos, bem como os demais lançamentos cujos históricos permitiram a fiscalização identificar que se tratavam de empréstimos

foram expurgados da apuração, restando no anexo da Intimação nº 7 somente os lançamentos necessariamente passíveis de esclarecimento com o montante da movimentação financeira de R\$ 57.047.784,25;

8- A empresa apresentou em 21/03/2013 resposta à intimação nº 8 esclarecendo que:

- item 1: atendendo solicitação fazendária, tem a presente a finalidade de fazer, juntar ao expediente administrativo em epígrafe documento que comprova a contratação da Requerente no feito, e que comprova a contratação da Requerente pelas empresas PEM, SETEC e TIPUANA para administração de recursos financeiros pertencentes àquelas empresas (doc.1).*
- item 2: de fato, e no que tange à movimentação financeira de recursos na conta bancária da Requerente, sua origem decorre sempre daqueles contratos, pelo que os recursos são carreados (pelas empresas acima, ou diretamente pelos clientes delas) para a conta da Requerente, que o administra inclusive para efetuar os pagamentos de todas as contas devidas por aquelas empresas, operando, de fato e de direito, uma terceirização de contas a receber e a pagar.*
- item 3: de todo modo, e no que interessa de perto à fiscalização, os recursos transferidos para a gestão da Requerente são regularmente oferecidos à tributação pelas coligadas (para fins de apuração de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS), antes ou após as transferências (nos respectivos regimes de apuração do lucro tributável), ou são submetidos à retenção na fonte por seus respectivos clientes, pelo que o dinheiro é transferido por seu valor líquido à conta da Requerente - e, de qualquer forma, não se confunde com a receita da atividade propriamente dita, que abrange somente rendimentos das aplicações financeiras do numerário por iniciativa da própria PROJETEC."*

E juntou três documentos com o título: CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSO FINANCEIROS - (CONTAS A RECEBER E A PAGAR) com as empresa PEM Engenharia Ltda, SETEC Tecnologia S.A.(antiga SETAL Engenharia Construções e Perfurações Ltda - alterado em ago/2009), TIPUANA Participações Ltda.

C- DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Analizados os extratos apresentados das instituições financeiras (Banco do Brasil, BIC Banco, Banco Itaú e Banco Unibanco) apuramos depósitos bancários no valor de R\$ 57.047.784,25 para comprovação de origem.

O representante legal em atendimento à intimação nº 8 apresentou somente as cópias de três documentos com o título de "CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS (CONTAS A RECEBER E CONTAS A PAGAR)" celebrados entre a fiscalizada e as empresas PEM ENGENHARIA-LTDA. - CNPJ 62.458.088/0001-47, SETAL Engenharia Construções e Perfurações Ltda - CNPJ 61.413.423/0001-28 (atual SETEC Tecnologia S.A. - alterado em ago/2009) e TIPUANA PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 01.568.303/0001-78 com o intuito de autorizar a fiscalizada a administrar os recebimentos e pagamentos em nome da sociedade.

*A fiscalizada tem como **objeto social** executar projetos de engenharia industrial em geral, proceder pesquisa e exploração de normas e processos de fabricação industrial, efetuar estudos técnicos e econômicos sobre a instalação de empreendimentos industriais, engenharia, elaboração de projetos básicos e detalhados, estudos técnico-econômicos de viabilidade.*

Todavia, em relação aos contratos apresentados são cabíveis as seguintes considerações:

- *são simples instrumentos particulares, pois deles não constaram os reconhecimentos de firmas das assinaturas dos contratantes, de forma que pudessem atestar as datas nelas apostas.*

- *além disso, não consta que tenham sido registrados no registro de Títulos e Documentos, não surtindo efeitos em relação a terceiros (Fazenda Nacional), consoante dnsposntivme legai2 2ba2xo:*

(...)

A conclusão acima exposta está em consonância com o disposto no art. 368, parágrafo único, da Lei n.º 5.869/73 - Código do processo Civil (CPC):

"Art. 368 (...)

Parágrafo único- Quando, todavia, contiver declaração da ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato."

Considerando que a documentação apresentada pelo contribuinte não comprova a origem dos créditos bancários identificados em suas contas correntes, conforme demonstrado abaixo, concluímos que o contribuinte infringiu os artigos 279, 287 e 288 do RIR/99 e os arts.281 a 288 e 528 do RIR/99.

*Analizamos também os registros do Livro Razão entregues em ECD, onde extraímos os valores de entradas nas contas bancos com os códigos 111301, 111307, 111322 e 111328. Nestes registros o histórico identifica essas "entradas como "entradas de **mútuo** ", ou "remessas de **mútuo** " ou "transação de **mútuo** ", no entanto, o representante legal não se pronunciou sobre estes registros preferiu apresentar os contratos citados no item 8 acima.*

D-OMISSÃO DE RECEITAS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS

Rendimento Omitido

Portanto, dada a situação constatada através da verificação da movimentação financeira da fiscalizada, foi empregada a presunção legal do art. 42 da lei n.º 9.430/96, abaixo transcrito:

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

Dessa forma, foi elaborado o demonstrativo abaixo para apuração dos valores omitidos e sujeitos à constituição do correspondente crédito tributário relativo a IRPJ e reflexos - CSLL, PIS e COFINS - nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996:

DEMONSTRATIVO DA OMISSÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS

DEMONSTRATIVO DA OMISSÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS

MÊS	BANCO DO BRASIL AG 3347-2 CC 001.080-4	BIC BANCO AG. 0007 CC 103.189-7	BANCO ITAÚ AG. 0910 CC 22.608-3	BANCO ITAÚ AG. 0910 CC 22.608-3	UNIBANCO AG. 0352 CC 104.137-0	UNIBANCO AG. 0352 CC 104.154-5	OMISSÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS
JAN	0,0				1.857.021,20	651.792,74	2.508.813,94
FEV	700.000,00				2.793.791,00	847.000,00	4.340.791,00
MAR	660.000,00				4.851.037,71	672.500,00	6.183.537,71
ABR	990.000,00	1.046.400,00			3.106.595,70	655.000,00	5.797.995,70
MAI	825.000,00				3.560.000,00	1.004.666,94	5.389.666,94
JUN	825.000,00				3.301.580,27	857.000,00	4.983.580,27
JUL	825.000,00				3.196.337,23	702.700,00	4.724.037,23
AGO	1.756.204,69				230.580,21	885.700,00	2.872.484,90
SET	849.607,46				4.035.033,70	894.700,00	5.779.341,16
OUT	1.208.745,83			2.685.343,31	1.983.211,14	638.000,00	6.515.300,28
NOV	1.339.407,32		718.108,00	3.476.099,80	0,00	0,00	5.533.615,12
DEZ	1.240.000,00		702.800,00	475.820,00	0,00	0,00	2.418.620,00
SOMA	11.218.965,30	1.046.400,00	1.420.908,00	6.637.263,11	28.915.188,16	7.809.059,68	57.047.784,25

E- DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Em face de todo exposto, foi atribuída **responsabilidade pessoal e solidária**, aos sócios **AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO**, CPF nº 695.037.708-82, e **PEM ENGENHARIALTD.**, CNPJ nº 62.458.088/0001-47 e a **SETEC TECNOLOGIA S.A.** CNPJ 61.413.423/0001-28, com fundamento no art. 121, inciso II, art. 124, incisos I e II, e art. 135, inciso III, todos do CTN.

(...)

Como mencionado no Termo de Verificação Fiscal, foram lavrados os TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA em face de (fls.164, 166 e 168):

AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO, CPF nº 695.037.708-82,

PEM ENGENHARIALTD., CNPJ nº 62.458.088/0001-47 e

SETEC TECNOLOGIA S.A. — CNPJ 61.413.423/0001-28,

na qualidade de responsáveis solidárias, nos termos do art. 121, inciso II, art. 124, incisos I e II e art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 1966 cientificando-os da exigência do crédito tributário constituído contra a pessoa jurídica fiscalizada PROJETEC PROJETOS E TECNOLOGIA LTDA. - ME, CNPJ 07.187.473/0001-99, para possibilitar o contraditório e a ampla defesa em relação ao presente lançamento.

II- DA IMPUGNAÇÃO

Em 08/10/2013, a interessada apresenta (fls.175/197) impugnação aos autos de infração, dos quais fora regularmente cientificada em 06/09/2013 (fl.163).

Nessa impugnação, a interessada apresenta as alegações abaixo resumidas, sob os seguintes tópicos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/05/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 11/05

/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES

DE ALENCAR

Impresso em 13/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A) Da Nulidade do Auto de Infração

1. a autuação em tela foi concretizada por ter a autoridade fazendária desqualificado "tacitamente" a contabilidade da empresa (no que equivocadamente registrava uma suposta operação de mútuo) e desprezado, de outro lado, os próprios contratos de administração de recursos financeiros firmados com as ligadas, que remontam à origem das transferências questionadas nestes autos;
2. a Requerente não tem como saber se os contratos foram desconsiderados com base em presunção fazendária de simulação ou se foram meramente rejeitados na qualidade de prova da existência do negócio jurídico, pois a autuação em momento algum se reporta ao comando do parágrafo único do art. 116, do Código Tributário Nacional (dispositivo que autoriza a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com intuito dissimulatório) e, no mais, não esclarece qual hipótese de simulação (em abstrato) teria sido identificada no caso concreto (art. 167, parágrafo único, do Código Civil em vigor);
3. nada é possível inferir sobre os motivos que levaram ao desprezo do contrato, nem mesmo no capítulo reservado à multa de ofício (sem agravamento), aplicada que foi com base na regra genérica do art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, atinente às hipóteses de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata — comando que sequer tangencia as hipóteses de conluio, fraude ou simulação como fundamento para a penalização da Requerente e dos terceiros (art. 44, § 1º, da Lei n. 9.430/96 c.c. artigos 71 a 74 da Lei nº 4.502/64);
4. ora, a motivação deve ser explícita, clara e congruente (Lei nº 9.784/99, art. 50, § 1º), ou causará enorme dificuldade ao contribuinte, no exercício de seu direito de defesa — pois a alegação genérica normalmente implica em inversão do ônus da prova (e, em se tratando de lançamento, é inadmissível que o particular se submeta ao esforço de adivinhar o critério fazendário adotado para concretizar a exigência);
5. na hipótese dos autos, foi apontado como fundamento os arts. 221 e 288 do Código Civil e o art. 127 da Lei de Registros Públicos, sem esclarecer, no entanto, se entendeu haver dolo, má-fé, fraude, dissimulação ou se os documentos apresentados não preenchiam as formalidades legais de validade e eficácia perante terceiros;
6. ou seja, a fiscalização limitou-se a lavrar o auto com base em suposta omissão de rendimentos, sem especificar se desprezou (e porque desprezou) a contabilidade da empresa que apontava para o mútuo daquele numerário;
7. por outro lado, é sabidamente descabida a exigência fazendária de reconhecimento de firmas e registro em Cartório como condição de eficácia do negócio jurídico em relação ao fisco, uma vez que a lei nada exige a respeito da forma pela qual há de se materializar o contrato de mandato, podendo ser expresso ou tácito, verbal ou escrito (art. 656 do Código Civil), ficando a forma do instrumento condicionada à forma do ato a ser praticado (idem, art. 657);

8. no caso dos autos, todavia, a administração dos interesses das coligadas se dá por singelo pagamento via transferência bancária (pela PROJETEC) aos credores por elas indicados, pelo que não se exige nenhum ato por escrito, sendo dispensadas (obviamente) as solenidades do reconhecimento de firma e de registro público;
9. a escrituração indica claramente que os recursos aportaram para a PROJETEC a título de MÚTUO, de modo que, não tendo sido desclassificada a escrita contábil, também ela serve de prova da origem dos recursos (art. 923 do RIR/99);
10. dessa forma, ou se trata de mútuo, como comprova a escrituração contábil (acolhida pela fiscalização que não a impugnou em nenhum momento), ou se trata de contrato de administração de recursos que, mesmo sem as formalidades exigidas pelo fisco, corrobora o critério adotado na contabilização dos ingressos;
11. ademais, na ausência de contratação expressa, a movimentação de recursos entre as empresas do mesmo grupo deveria ser interpretada como operação de mútuo (Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação n. 23/1983, item 2.1, e Parecer Normativo CST 10/1985);
12. na esteira da interpretação de que há mútuo, este, quando devidamente comprovada a sua origem, não acarreta, para a pessoa jurídica devedora, implicações de ordem jurídico-tributárias (Parecer Normativo CST 164/1971);
13. a jurisprudência do CARF é farta no sentido de que as formalidades acima são dispensáveis, seja para assegurar a dedutibilidade de despesas, seja para comprovar a origem de recursos ou a singela existência de fatos com relevância para o direito tributário, conforme ementas reproduzidas à fl.191;
14. a não prevalecer, nestes autos, os contratos de administração de recursos como causa e origem das transferências (hipótese obviamente remota, pois o contrato não pode ser desprezado desmotivadamente pelo fisco), e não devendo prevalecer ao menos o mútuo, cabe, no limite, anular a autuação pela falta de motivação quanto ao desprezo fazendário da própria escrituração contábil (Decreto n. 70.235/1972, art. 50, II), ou ainda, por ter sido exigido o imposto no regime do Lucro Real, quando todas as circunstâncias impunham o arbitramento da base de cálculo (art. 530 do RIR/1999);
15. a alegação fazendária de omissão de receita tem como base a desconsideração do contrato, mas não por algum motivo doloso (que pudesse ensejar a responsabilidade do art. 135 do CTN);
16. os atos do sócio, que dariam ensejo à responsabilidade com amparo no art. 135 do CTN, são aqueles carregados de dolo (excesso de poderes ou infração da lei ou do contrato social), e no auto de infração não houve sequer cogitação de dolo - tanto é assim que a multa aplicada foi a multa de ofício (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96), não a multa agravada (idem, § 1o);

17. é de se perguntar se o sócio pode ser responsabilizado por dívida tributária da sociedade toda vez que se esquecer de colher assinaturas de testemunhas em contratos, ou de providenciar reconhecimentos de firmas nos instrumentos particulares, ou mesmo na hipótese de não registrar contratos em cartório;
18. também a mera existência de grupo econômico não autoriza a responsabilidade do sócio (como ocorre, por exemplo, na seara trabalhista, em face do art. 2º da CLT), e se há várias empresas coligadas no caso concreto, isso, por si só, não implica que as transferências de recursos entre elas sejam desde logo reputadas inexistentes — pelo que as operações só foram tidas por "confusas" pelo agente na medida em que ele desprezou os contratos (pois sem os contratos, de fato, ficaria a impressão de que houve movimentação financeira sem receita compatível declarada ao fisco);
19. Lei de Regência do Processo Administrativo Fiscal (Lei nº 9.784/99, art.38, § 2º), limita à Administração Pública a recusa de provas aos casos ali taxativamente previstos (ilicitude, impertinência, desnecessidade ou natureza protelatória), impondo, ainda, que tal recusa se dê por meio de decisão devidamente fundamentada, sob pena de nulidade por preterição ao direito de defesa da contribuinte (art. 59, II, do Decreto-Lei nº 70.235/72).

B) Da Não Configuração do Ilícito de Omissão de Receitas

1. a hipótese de "omissão de receitas" estabelecida no correlato Termo de Verificação e Constatação Fiscal, não resta configurada, tendo em vista tratar-se de simples transferência de recursos entre uma empresa Controlada e sua Controladora (recursos, estes, que, por sinal, não representam quaisquer acréscimos ao patrimônio da Requerente ou de sua controladora), motivo pelo qual não há que se falar em incidência de Imposto de Renda;
2. contudo, ainda que houvesse algum tributo a ser pago no caso em análise, o montante assim devido estaria limitado ao que porventura tivesse deixado de ser oferecido à tributação pelas empresas ligadas à Requerente.

Finalizando, a interessada protesta pela realização de diligência fazendária às instalações de sua controladora PEM ENGENHARIA LTDA. e da interligada SETEC TECNOLOGIA S/A, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, para que possa ser examinada a escrita contábil e fiscal dos períodos envolvidos nestes autos, tendo em vista as disposições do § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

A interessada requer ainda:

1. seja igualmente provida a defesa para afastar de uma vez por todas a responsabilidade solidária das ligadas PEM ENGENHARIA LTDA., SETEC TECNOLOGIA S/A e do sócio AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONÇA NETO, pelos motivos já declinados, sem prejuízo dos relevantes fundamentos que hão de ser especificamente apontados por iniciativa desses co-responsáveis apontados;
2. a imediata e irrestrita desconstituição do arrolamento fiscal concretizado nestes autos em face de bens do ativo da coligada PEM

ENGENHARIA LTDA e do sócio-gestor AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONÇA NETO, ante a ilegalidade da responsabilização daqueles terceiros.

Devidamente cientificados da sujeição passiva em 09/09/2013 e 06/09/2013, as pessoas consideradas como responsáveis solidárias apresentam, conjuntamente, em 08/10/2013, na pessoa de seu representante, sua impugnação (fls.257/274), alegando, em síntese, o que segue:

Da Nulidade por Preterição do Direito de Defesa

1. a fundamentação utilizada para direcionar a responsabilidade solidária ao sócio Augusto e às coligadas PEM Engenharia Ltda. e SETEC Tecnologia S/A é insuficiente, pois está calcada em dispositivos do Código Tributário Nacional, que tratam genericamente da solidariedade passiva e da responsabilidade de terceiros;
2. não houve menção à ocorrência fática de qualquer das hipóteses previstas nesses dispositivos, em relação àqueles cuja responsabilidade foi imputada;
3. no que se refere às empresas Impugnantes, apenas a simples condição de formação de grupo econômico foi elencada como suposto fundamento — sem que houvesse qualquer registro relacional com as normas aplicadas; e
4. evidencia-se, assim, a patente ausência de motivação, razão pela qual torna-se inafastável a nulidade dos Termos em foco, na forma na forma prevista no artigo 59, II, do Dec. 70.235/72 (art. 12, II, do Dec. 7.574/11), em virtude da preterição ao direito de defesa ante a ausência de fundamentação jurídica, que levou à inclusão das pessoas responsabilizadas solidariamente.

Da Inadequação das Hipóteses de Responsabilidade de Terceiros

1. o auditor fiscal empregou falaciosamente os artigos 121, I, 124, I e II, e 135, III todos do CTN, para tentar amparar a suposta responsabilidade tributária dos Impugnantes; no entanto, os dispositivos aludidos são claramente inaplicáveis;
2. o artigo 121 do CTN trata da sujeição passiva tributária, afirmando, em seu inciso II, a responsabilidade tributária daquele que sem revestir a condição de contribuinte seja por expressa disposição de lei obrigado ao pagamento do tributo; assim sendo, para configurar a referida responsabilidade torna-se fundamental a indicação expressa da norma que assim o determina, bem como os eventos fáticos que acionaram o comando legal respectivo, o que não ocorreu neste caso;
3. ao descrever que as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente responsáveis (art.124, I), é certo que o CTN tratou das hipóteses em que os envolvidos tenham efetiva relação com a obrigação tributária em questão, contribuindo de fato com a circunstância material que levou à concretização do fato gerador; ou seja, trata-se aqui de pessoas que realizam conjuntamente a situação que configura o fato gerador;

4. mesmo que se admita a suposta "omissão de rendimentos" aludida no Auto de Infração, é evidente que não há interesse comum das Impugnantes para com os rendimentos da PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda, no sentido do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional, pois estes não participaram do fato gerador da obrigação principal;
5. a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona ao afirmar o referido entendimento, como se pode ver no precedente proferido com maestria pelo Min. Luiz Fux, reproduzido às fls.266/268;
6. assim sendo, a inclusão dos Impugnantes com base no artigo 124, I, do CTN mostra-se inadmissível;
7. quanto às coligadas PEM Engenharia Ltda. e SETEC Tecnologia S.A., na realidade, o único motivo pelo qual a fiscalização as incluiu como sujeitos passivos solidários no caso em exame é a formação de grupo econômico conjuntamente com a PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda., como se tal fundamento fosse suficiente para amparar a responsabilização de todas as empresas pelo crédito tributário em discussão;
8. é evidente a contradição da fiscalização, pois primeiro reconhece a apresentação do contrato de gestão financeira firmado entre as empresas e depois caracteriza a transmissão dos respectivos valores atinentes a este mesmo contrato como sendo operações confusas; não há confusão alguma, foram operações realizadas sob a vigência de contrato;
9. ainda que se desconsiderasse o referido Contrato de Administração Financeira, a responsabilidade tributária do sócio e das empresas coligadas não poderia ser aplicada, pois, na ausência de contratação expressa relacionada à movimentação de recursos entre as empresas do mesmo grupo, a presunção é de que se trata de operação de mútuo, consoante inteligência do Ato Declaratório SRF nº 007/1999 e do Parecer Normativo CST 23/1985, sendo que neste aspecto a fiscalização desprezou, também, a escrituração contábil que corrobora as operações;
10. a escrituração contábil da empresa, enquanto não desclassificada pela fiscalização, milita como prova em favor do contribuinte (art. 923 do RIR/1999);
11. o simples apontamento de formação de grupo econômico não legitima a sujeição passiva solidária, sendo fundamental a comprovação dos requisitos do artigo 121, I, do Código Tributário Nacional que, por sua vez, não foram devidamente preenchidos como já se exibiu acima;
12. este mesmo entendimento é pacífico no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa de fls.269/270;
13. por outro lado, em relação ao Sr. Augusto, a mera existência de grupo econômico não autoriza a responsabilidade do sócio (como ocorre, por exemplo, na seara trabalhista, em face do art. 2º da CLT), pois é imprescindível a adequação legal e fática das hipóteses de responsabilidade solidária, demonstrando-se o real interesse comum

no fato gerador constituído pela realização conjunta da situação que concretizou a incidência tributária;

14. já o comando da norma inscrita "no artigo 135, II, do CTN" demanda o preenchimento de requisitos excepcionais previamente estabelecidos;
15. a mera condição de sócio-gerente não é suficiente para responsabilizar o Sr. Augusto pelo crédito tributário em discussão, porquanto a comprovação da prática de algum dos atos arrolados é expressa e fundamental;
16. nesse mesmo sentido, a Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça diz: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente";
17. o recente Parecer PGFN 396/2013 impõe que os agentes fazendários e órgãos de julgamento, inclusive de primeiro grau, prestem obediência às decisões proferidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, principalmente em função do princípio da eficiência administrativa;
18. o sócio Augusto não agiu com excesso de poderes ou em contrariedade à lei e ao contrato social da empresa, pelo contrário, todos os atos realizados enquadram-se na normalidade da gestão empresarial;
19. o Contrato de Administração de Recursos Financeiros firmado entre a PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda. e as coligadas PEM Engenharia Ltda., SETEC Tecnologia SA. e TIPUANA Participações Ltda. reflete apenas a sua prerrogativa de administrador das empresas à ocasião, atuando nos estreitos limites contratuais e legais, dentro das práticas comerciais usuais;
20. no que toca à SETEC Tecnologia S.A., esta não se enquadra em qualquer dos casos do artigo 135 do CTN, pois nem sequer é sócia da PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda., quão menos se reveste de quaisquer das condições ali estipuladas para legitimar a sua inclusão na qualidade de sujeito passivo tributário;
21. da mesma forma, em que pese a PEM Engenharia Ltda. ser de fato sócia da PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda, não está caracterizada em qualquer das funções de direção, gerência ou representação;
22. os atos do sócio que dariam ensejo à responsabilidade com amparo no art. 135 do CTN são aqueles carregados de dolo (excesso de poderes ou infração da lei ou do contrato social), e no auto de infração não houve sequer cogitação de dolo; e
23. por todos argumentos expendidos, faz-se mister afastar a sujeição passiva solidária de todas as pessoas indicadas, devendo figure tão somente, como sujeito passivo, a empresa PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda.

Ao final das impugnações apresentadas, é requerido que *a intimação da decisão deste processo seja feita também no nome do subscritor desta, em*

correspondência endereçada à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 2055, 10º andar, CEP 01452-001, Jardim Paulistano, São Paulo - Capital.

É O RELATÓRIO.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 12-64.389 (fls. 384-411) de 27/03/2014, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento e manteve a sujeição passiva solidária dos coobrigados AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO; PEM ENGENHARIA LTDA e SETEC TECNOLOGIA S.A. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2009

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. A observância do contraditório e do amplo direito de defesa e a presença dos requisitos essenciais à validade do ato afastam a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligência, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo tal solicitação ser indeferida quando a prova puder ser produzida com a juntada de documentos do próprio sujeito passivo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA. Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO. CABIMENTO. O lançamento com base em presunção é completamente aceitável em nosso ordenamento jurídico. Nas presunções "juris tantum", incumbe ao sujeito passivo o ônus de infirmar o fato indiciário caracterizador da presunção.

OMISSÃO DE RECEITAS APURADA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO ADOTADO. Verificada a omissão de receitas, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2009

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA. Aplica-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, o que foi

decidido quanto ao principal, pela estreita relação de causa e efeito.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - CARACTERIZAÇÃO. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com infração de lei, entre outros, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Tal responsabilidade é pessoal, mas não exclusiva, cabendo o lançamento em nome da pessoa jurídica.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Denomina-se grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estiverem controladas direta ou indiretamente pela(s) mesma(s) pessoa(s), sem que estejam formalmente revestidas da condição (nem com os mesmos objetivos) do grupo econômico de que trata a Lei 6.404/76. Demonstrado o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador do lançamento, fica definida a responsabilidade solidária de fato dessas empresas."

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada a autuada e os coobrigados em 04/08/2014 (A.R. de fl. 431/433), os interessados interpuseram recursos voluntários em 03/09/2014 (fls. 435-454, coobrigados; fls. 457-476, autuada) onde repisam os argumentos apresentados em suas impugnações.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

Os recursos voluntários reúnem os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade do lançamento

Alega a recorrente a nulidade do lançamento por preterição de seu direito de defesa.

Aduz a interessada que o lançamento teria se fundado em imotivada rejeição dos contratos de administração de recursos como elementos essenciais de prova da origem dos pagamentos, na igualmente imotivada desclassificação tácita de sua escrita contábil, desacompanhada do arbitramento que se impunha nessas condições, e, quanto à sujeição passiva, na deficiente fundamentação para inclusão dos coobrigados no pólo passivo da autuação.

Com a devida vênia, entendo não haver a nulidade aventada.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

No caso em análise, verifica-se que os autos de infração foram lavrados por Auditor Fiscal, agente competente para este mister e o lançamento foi efetuado com observância dos requisitos legais.

Ainda, em conformidade com as disposições do Decreto 70.235/72, os interessados foram cientificados das exigências fiscais, tendo tido a oportunidade de apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados dessa ciência, as suas razões de defesa.

Ademais, constata-se que a descrição dos fatos contida no Termo de Verificação Fiscal, integrante dos autos em análise, e as provas juntadas ao processo possibilitam esclarecer a causa da autuação, bem como toda a sistemática aplicável à constituição do crédito tributário. Por sua vez, a argumentação desenvolvida pela interessada na peça impugnatória e, posteriormente, em recurso a este Conselho, permite concluir que os motivos da autuação foram perfeitamente compreendidos.

Assim sendo, não se verifica qualquer irregularidade, incorreção ou omissão a macular o procedimento administrativo instaurado, tendo o lançamento que ora se analisa preenchido todos os requisitos legais necessários à garantia do pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Como bem pontuado na decisão recorrida, os questionamentos da interessada, relativos à falta de aceitação dos contratos de administração de recursos como prova da origem dos pagamentos, à desclassificação tácita de sua escrita contábil, desacompanhada de arbitramento, e à sujeição passiva, dizem respeito ao mérito das autuações, que será apreciado na sequência deste voto.

Diante do exposto, é de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelos recorrentes.

Do Mérito

Da omissão de receitas

Nessa matéria, a decisão recorrida não merece reparos. Adoto, pois, seus fundamentos na forma a seguir apresentada.

No curso da ação fiscal, foi constatada a existência de diversos depósitos que ingressaram em contas de titularidade da interessada, no ano-calendário de 2009 (Demonstrativo de fl.131), para as quais a interessada, apesar de intimada, não apresentou justificativa considerada aceitável pela fiscalização.

Em consequência, foi efetuado lançamento de ofício de IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS e COFINS), por estar caracterizada a omissão de receitas no valor de R\$ 57.047.784,25.

Por oportuno, vale observar que a tributação das receitas apuradas com base em movimentação financeira, cuja origem não foi comprovada, constitui uma presunção legal desde o advento da Lei nº 9.430/96, que, em seu art. 42, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada.

*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.
(grifou-se)

A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados. A Súmula CARF nº 26 é ilustrativa:

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.

Assim, a presunção legal em comento provoca a chamada "inversão do ônus da prova", cabendo ao contribuinte provar que o fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito, este é o entendimento expresso pelo Código de Processo Civil, art. 333, II.

Em sua defesa, a interessada afirma que os depósitos bancários em foco têm suporte único em contrato de administração de recursos financeiros celebrado entre sua controladora PEM ENGENHARIA LTDA (fls.115/116), bem como com as empresas SETAL ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E PERFURAÇÕES S/A (fls.117/118) - sob nova denominação SETEC TECNOLOGIA S/A - e TIPUANA PARTICIPAÇÕES LTDA (fls.119/120), sem efetiva transferência de titularidade.

A interessada diz, ainda, que:

- trata-se de mera terceirização (pelas coligadas) das rotinas de contas a pagar e receber, que ficam concentradas no corpo técnico da PROJETEC, como é comum no mercado, inclusive fora do ambiente dos grupos econômicos;
- os recursos correspondentes são oferecidos à tributação pelas coligadas ou submetidos à retenção na fonte; e
- tais rendimentos não se confundem com receita da atividade propriamente dita, que abrange somente rendimentos das aplicações financeiras do numerário por sua iniciativa.

Os contratos apresentados - Contratos de Administração de Recursos Financeiros (Contas a Receber e Contas a Pagar) - celebrados entre a interessada e as empresas PEM, SETEC e TIPUANA - são de igual teor e datados de 01/01/2008.

Destaco, a seguir, alguns tópicos desses contratos:

1. *A ... autoriza a PROJETEC a administrar os recebimentos e pagamentos em nome da sociedade, assumindo a PROJETEC o compromisso de ressarcir as eventuais sobras em caixa.*
2. *Nas contas correntes mencionadas no item anterior, se farão inscrever todos os recebimentos e pagamentos ocorridos durante o mês, obedecendo, rigorosamente, a ordem cronológica desses*

acontecimentos, com indicação precisa e detalhada dos documentos emitidos para tanto.

3. *A ... poderá solicitar à PROJETEC eventuais transferências de numerários com pelo menos um dia de antecedência da data que pretender dispor dos recursos.*

4. Mensalmente, no último dia de cada mês, as partes deverão apurar os saldos em caixa.

5. *A PROJETEC poderá promover a devolução de seu débito a qualquer tempo, desde que dê ciência ao credor num prazo mínimo de 48 horas.*

...

8. *Por remuneração dos serviços prestados, a PROJETEC fará jus à receita financeira obtida no mercado financeiro com os recursos financeiros por ela administrados em decorrência deste contrato.*

...

(grifou-se).

Apesar de tais contratos envolverem empresas coligadas certo é que, pelos termos desses contratos, existe a determinação de apuração mensal de saldos de caixa, relativamente a cada uma delas, tendo em vista que, ainda que tal atividade não esteja prevista no seu contrato social, a interessada estaria administrando recebimentos e pagamentos das referidas empresas. Essa administração exigiria controle detalhado, com a discriminação individualizada de todos os pagamentos e recebimentos, e isso em relação a cada contratante, ao qual, fica implícito, a interessada deveria prestar contas.

Assim, ainda que os contratos apresentados atendessem aos aspectos formais relacionados pelo autuante (autenticação de assinaturas e registro no Registro de Títulos e Documentos), esses contratos não seriam suficientes para a comprovação de que se trata. Faz-se necessário o respaldo de diversos meios de prova, tais como: escrituração detalhada, relatórios, notas fiscais, comprovantes de depósito identificado e/ou de transferências, identificação dos débitos e correspondentes contas das empresas coligadas pagas, etc., o que não ocorreu.

Ao contrário do que argumenta a defesa, não houve desprezo dos contratos. A conclusão adotada pela fiscalização está baseada, como relatado no Termo de Verificação Fiscal, nas disposições do art. 368, parágrafo único, da Lei nº 5.869/1973 (Código do Processo Civil), invocadas subsidiariamente:

Art. 368 (...)

*Parágrafo único- Quando, todavia, contiver declaração da ciência, relativa a determinado fato, o documento particular **prova a declaração, mas não o fato declarado**, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.- grifou-se.*

Quanto aos lançamentos do Livro Razão, relativos a mútuos, a interessada, entendendo que os contratos haviam sido desprezados pela fiscalização, alega que a movimentação de recursos entre empresas do mesmo grupo deveria ser interpretada como operação de mútuo.

Ainda que esse argumento tenha sido baseado em Pareceres Normativos, tal argumento torna-se sem sentido, na medida em que a própria interessada reconhece que os referidos lançamentos eram equivocados.

A interessada menciona, também, o Parecer Normativo CST nº 164/1971, no sentido de que *empréstimo feito por sócio acionista, diretor ou administrador de empresa a pessoa jurídica a que esteja vinculado, quando devidamente comprovada a sua origem, não acarreta, para a pessoa jurídica devedora, implicações de ordem jurídico-tributárias*. Essa alegação esbarra igualmente no aspecto do mencionado reconhecimento do equívoco e no fato de que tais operações devem ser devidamente comprovadas.

Por esse mesmo motivo, torna-se inócua a menção do art. 923 do RIR/1999, que estabelece:

Art. 923. *A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).*

(grifou-se)

Restou, portanto, nesse caso, perfeitamente caracterizada a existência de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores.

Nesse contexto, entendo correto o estabelecimento da presunção legal de omissão de receitas e a correspondente tributação desses valores depositados.

A interessada alega, também, que tendo a autoridade fazendária desqualificado "tacitamente" a contabilidade da empresa (no que equivocadamente registrava uma suposta operação de mútuo) e desprezado, de outro lado, os próprios contratos de administração de recursos financeiros firmados com as ligadas, que remontam à origem das transferências questionadas nos autos, impunha-se o arbitramento, como forma de apuração do tributo a ser exigido, nos termos do art.530 de RIR/1999.

Segundo Aliomar Baleeiro, o arbitramento, disciplinado pelo art. 148, é apenas técnica inerente ao lançamento de ofício para a avaliação contraditória de bens, serviços ou atos jurídicos utilizável sempre que os documentos ou declarações do contribuinte sejam omissos ou não mereçam fé.

Por sua vez, o art. 530 do RIR/1999, invocado pela interessada, estabelece:

Art. 530. *O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º, § 1º).*

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

Conforme a legislação reproduzida, o arbitramento não é penalidade, constituindo-se em técnica de apuração da base tributável, quando, entre outras situações, fica inviabilizada a quantificação dessa operação diante da inexistência da escrituração contábil ou quando esta revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências insanáveis, o que sequer foi aventado pela fiscalização.

Ainda que tenham sido apontados equívocos na escrituração da interessada, relativamente aos lançamentos que a própria interessada reconhece terem sido equivocados ("entradas de mútuo", ou "remessas de mútuo" ou "transação de mútuo"), certo é que a fiscalização entendeu que as divergências indicadas não configuravam deficiências que implicassem na imprestabilidade da escrituração e no consequente arbitramento do lucro. Tanto é assim que na apuração do valor a ser tributado foi compensado o prejuízo apurado no período: R\$ 285.016,55.

O art.288 do RIR/1999 (um dos dispositivos que fundamentam a autuação em análise) dispõe:

Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. (Lei nº 9.249 de 1995, art.24).

Assim sendo, entendo por correta a tributação da omissão de receitas em questão na forma do Lucro Real.

Na mesma esteira, pode ser observado que não foram cogitadas as hipóteses de conluio, fraude ou simulação, uma vez que a multa de ofício aplicada foi a do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007. Essa multa, como reconhece a interessada, é atinente à falta de pagamento ou recolhimento, à falta de declaração ou aos casos de declaração inexata, comando que sequer tangencia as hipóteses mencionadas.

Dos lançamentos da CSLL, do PIS e da COFINS decorrentes

Quanto à tributação decorrente de CSLL, PIS e COFINS sobre a receita omitida, estas deverão seguir as mesmas conclusões estabelecidas para o auto de infração de IRPJ, pela estreita ligação de causa e efeito existente.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso quanto ao crédito tributário lançado.

Da responsabilidade tributária solidária

Das empresas PEM Engenharia Ltda e Setec Tecnologia S.A.

Os Termos de Sujeição Passiva Solidária têm como fundamento legal os artigos 121, inciso II, 124, inciso I e II e 135, inciso III, todos do Código Tributário Nacional.

No presente caso, o autuante, em seu termo de Verificação Fiscal, ao tratar da responsabilidade solidária diz:

...

A participação nas cotas da **PEM ENGENHARIA** é de: 43,4% de **AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO** e 56,6% de **ROBERTO RIBEIRO DE MENDONÇA**. Identificada no **Livro Razão da PROJETEC pela conta 120002 - cc COLIGADA (conforme folha anexa)**, oriunda da conta de ativo 1.04.01.02.00 - Crédito c/ pessoas ligadas (Física/Jurídica).

A **SETEC TECNOLOGIA S.A.** é identificada no **Livro Razão da PROJETEC pela conta 120001 - cc COLIGADA (conforme folha anexa)** e tem participação acionária de **AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO, ROBERTO RIBEIRO DE MENDONÇA e EDSON SIMÕES**.

As três empresas têm o mesmo endereço: Rua Aquário, 118 - sala 4 - Pq Santana -Santana do Parnaíba/SP, o que difere é a aditivo ao número da sala. Sala E para a Projetec, sala B para a Setec e sala A para a PEM. Esta diferenciação é só documental, pois o imóvel tem somente 4 salas. Sendo que o proprietário do imóvel informa que só existem quatros salas, sendo duas salas em cada piso.

O sócio **AUGUSTO RIBEIRO MENDONÇA NETO** é o representante perante a RFB da PROJETEC, PEM e SETEC.

A PROJETEC é, segundo o contrato apresentado e citado no item 8 acima, é gestora dos numerários da PEM e da SETEC. Aqui fica demonstrado que as empresas acima relacionadas formam um grupo econômico, caracterizado pelo exercício de atividades econômicas confusas, com a gestão entre elas dos

numerários depositados em bancos, com a transmissão entre elas de valores com a identificação de MÚTUO (entradas de **mútuo** ", ou "remessas de **mútuo** " ou "transação de **mútuo**) e o relacionamento entre os registros contábeis, citados no demonstrativo acima, razão - pela qual devem ser solidariamente responsabilizados pelos débitos da empresa sob ação fiscal. (destacou-se com sublinhados)

Nesse ponto, concordo com a fundamentação contida na decisão recorrida. A legislação brasileira e, especificamente, a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) trata, nos seus arts. 116 e 265 a 277, dos grupos econômicos que poderiam ser considerados "de direito", uma vez que constituídos segundo os requisitos legais e por deliberada e expressa vontade de seus controladores.

Entretanto, tem sido cada vez mais frequente a constatação da existência de empresas controladas direta ou indiretamente pela(s) mesma(s) pessoa(s), sem que estejam formalmente revestidas da condição (nem com os mesmos objetivos) do grupo econômico de que trata a Lei 6.404/76. Estes são os que se podem denominar "grupos econômicos de fato".

Para a caracterização e identificação de "grupo econômico", importa, portanto, investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades) e não apenas a situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como "grupo econômico" da forma da Lei 6.404/76).

As empresas integrantes de "**grupo econômico de fato**" invariavelmente apresentam, além de algumas características inerentes aos "**grupos econômicos formais**", algumas peculiaridades próprias:

- São controladas - como as empresas de "grupos econômicos formais" - por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas.
- Adotam o procedimento de criar novas empresas, que vão se sucedendo no mesmo local, mantendo a mesma atividade, utilizando os mesmos equipamentos e pessoal.
- Realizam operações financeiras que visam transferir recursos de uma para a outra, nem sempre de forma regular (na maioria das vezes drenando recursos - equipamentos e matérias-primas - da empresa em dificuldades - já altamente endividada e inadimplente - para as demais, em melhor situação financeira), sem que se dê a regular formalização destas transferências, seja pela prática de pagamento puro e simples das despesas de uma por outra empresa, seja pela formalização de contratos ("de mútuo", por exemplo), que permanecem indefinidamente em aberto.

É justamente na situação de grupo econômico de fato que se enquadram as empresas em foco, tendo em vista que, além dos aspectos ressaltados pelo autuante e já reproduzidos neste Voto, tem-se que:

1. a PEM Engenharia e a Setec Tecnologia são, respectivamente, controladora e coligada da Projetec, sendo que o Sr. Augusto Ribeiro de

Mendonça é sócio-administrador tanto da Projetec quanto da PEM e é diretor da Setec, conforme pesquisa anexa, efetuada no sistema CNPJ;

2. a justificativa apresentada pela interessada, no que tange à movimentação de recursos na sua conta bancária, foi de que se tratava de numerários pertencentes a outras empresas (PEM, Setec e Tipuana) com as quais mantinha contratos de administração de ativos fixos, operando uma terceirização de contas a receber e contas a pagar;
3. não foram trazidos aos autos, pela interessada ou por quaisquer das outras empresas, como já comentado, nenhum outro elemento de prova, para corroborar os termos dos mencionados contratos;
4. também a PEM Engenharia e a Setec Tecnologia, que compareceram aos autos para impugnar a solidariedade ora analisada, não acrescentaram qualquer elemento probante; e
5. a justificativa de que em vista de os contratos exibidos não terem sido considerados suficientes para a devida comprovação, deve-se ter por corretos os lançamentos que indicam tais valores como mútuo, não tem nenhum fundamento.

Dessa forma, entendo correta a fiscalização ao imputar às pessoas jurídicas PEM Engenharia e Setec Tecnologia, a responsabilidade tributária solidária pelo crédito exigido nos lançamentos em foco.

Da responsabilidade tributária solidária do Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto

A autoridade fiscal atribuiu, também, responsabilidade tributária solidária ao administrador Augusto Ribeiro Mendonça Neto.

A decisão recorrida assim fundamentou a manutenção do Sr. Augusto no pólo passivo da obrigação tributária apurada.

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

Deste dispositivo, para a presente análise, emerge a questão da correta exegese do que vem a ser "infração de lei".

Ora, o Código Tributário Nacional não adjetiva a lei que deve ser infringida para que se responsabilize aquelas pessoas discriminadas em seu art. 135. É indubitável que a falta de recolhimento do tributo constitui, por si só, uma ilicitude, porquanto configura o descumprimento de um dever jurídico decorrente de leis tributárias.

Foram várias as decisões do Poder Judiciário que reafirmaram tal entendimento, tais como:

Tributário - Execução Fiscal - Responsabilidade pessoal dos sócios - CTN, art. 135, III. - Na sistemática do CTN vigente (art. 135, III), a infração à lei

tributária é pressuposto suficiente para determinar a responsabilidade do sócio-gerente. 2. O não recolhimento de tributos é infração à lei tributária, e, como tal, determina a responsabilidade pessoal do gerente da sociedade de capital. 3. Aspectos relacionados ao direito comercial (integralização de capital e origem dos recursos sob constrição) são irrelevantes para o direito Tributário, autônomo cientificamente. 4. Apelação improvida. Sentença confirmada (TRF, 1ª Região, AC 13749-93/MG, rel. Juiz Cândido Ribeiro, DJU 19.12.1997, p. 111.547)

...A falta de recolhimento de Contribuições sociais constitui, por si só, infração de lei, pelo que o sócio-gerente pode responder pessoalmente pelos débitos fiscais da empresa (art. 135, III, do CTN). (TRF, 4ª Região, 2ª Turma, REO 94.04..45456-7/RS, rel. Juíza Tânia Escobar)

Entretanto, posteriormente, a Súmula nº 430, de 24/03/2010, do Supremo Tribunal Federal (a seguir transcrita), invocada na impugnação, traduz o entendimento de que o mero inadimplemento do pagamento do tributo não pode dar causa à responsabilização dos sócios gerentes (administradores).

STJ Súmula nº 430

Inadimplemento da Obrigação Tributária - Responsabilidade Solidária do Sócio-Gerente

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Ocorre que, no caso em análise, ficou perfeitamente determinado que não se trata de mera falta de recolhimento de tributos, mas de omissão de receitas. Como visto, valores expressivos foram depositados em contas correntes da interessada e registrados no Livro Razão na conta Bancos, sem que transitassem por conta de resultado e sem que houvesse comprovação de sua origem e/ ou das transações efetuadas. Assim, a meu juízo, neste caso, o sócio-administrador não pode ser beneficiado pelo enunciado de tal súmula.

Por oportuno, trago à colação jurisprudência do respeitável Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda, que considera válida a imputação de responsabilidade aos administradores:

[...]

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, ADMINISTRADOR. São pessoalmente responsáveis, mas não exclusivamente, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, os mandatários, prepostos, empregados, bem como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A responsabilidade do sócio-gerente decorre de sua condição de administrador e não da sua condição de sócio. (Acórdão 1202-00.362. Sessão de 03/08/2010).

[...]

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PROCEDÊNCIA - Se as provas carreadas aos autos deixam fora de dúvida a participação de variado número de pessoas nos fatos que redundaram em evasão fiscal, tais pessoas devem ser mantidas no pólo passivo das obrigações tributárias correspondentes, vez que presente hipótese legal autorizadora. Nos termos do art. 135 do Código Tributário

Nacional, os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultante de atos praticados com infração de lei. (Acórdão 1302-00.167. Sessão de 11/03/2010).

Portanto, diante das evidências expostas na auditoria fiscal, está correta a imputação de responsabilidade do administrador Augusto Ribeiro Mendonça Neto.

Faz-se necessário, ainda, observar que, em que pesem os termos do Parecer PGFN nº 396/2013, mencionado na impugnação, a discussão sobre a obediência a teses firmadas pelos Tribunais Superiores, imposta aos agentes fazendários e órgãos de julgamento (inclusive de primeiro grau), ainda não foi normatizada no âmbito administrativo, razão pela qual tal invocação torna-se inócua.

Finalmente, cabe destacar que a Lavratura de Termo de Sujeição Passiva Solidária constitui medida preventiva, eis que, a princípio, a exigência tributária recairá sobre a interessada - Projetc Projetos e Tecnologia Ltda.

Com efeito, entendo de forma diversa.

A omissão de receitas foi estabelecida por presunção legal. Nesse sentido, a argumentação do Autuante tem fôlego suficiente para o levantamento do crédito tributário, conforme já discutido neste voto, com a conseqüente imputação de responsabilidade ao Sujeito Passivo. Porém, não o tem para atribuir responsabilidade tributária ao administrador – terceiro na relação jurídico-tributária que ora se analisa.

Isso porque, na exigência do crédito tributário, há elementos do fato gerador da obrigação tributária principal e elementos que caracterizam a responsabilidade de terceiros por atos ilícitos, cada qual com pressupostos de fato e sujeitos distintos. Assim, não se pode confundir os fatos que desencadeiam a aplicação da regra-matriz de incidência tributária, resultando na obrigação de pagar tributo pelo sujeito passivo indicado no artigo 121, I e II, do CTN, com os fatos que desencadeiam a incidência da regra-matriz de responsabilidade tributária de terceiro por atos ilícitos, indicados nos artigos 135 e 137 do CTN. São duas normas distintas com pressupostos de fato e sujeitos próprios.

Com efeito, a responsabilidade tributária de terceiro pela prática de ato ilícito não decorre do simples inadimplemento do tributo, mas sim de conduta ilícita que deve ser devidamente descrita, com identificação de seu agente e do nexo causal entre a conduta ilícita e o não pagamento do tributo, circunstâncias essas que não foram verificadas no caso concreto, para o Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto.

Pensar diferente seria atribuir responsabilidade tributária solidária em todo e qualquer lançamento de ofício, posto que sempre decorrem de prática de ato considerado irregular aos olhos dos autuantes.

Precedentes deste Colegiado:

RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO POR ATO ILÍCITO. PRESSUPOSTOS, LIMITES E REQUISITOS. A responsabilidade tributária de terceiro pela prática de ato ilícito não decorre do simples inadimplemento do tributo, mas sim de conduta ilícita que deve ser devidamente descrita, com identificação de seu agente e do nexo causal entre a conduta

ilícita e o não pagamento do tributo pelo contribuinte direto. Não subsiste a responsabilidade tributária imputada a terceiro, por ato ilícito, sem que seja descrita a infração praticada, identificado o seu agente e o nexo da conduta com o não adimplemento dos tributos. (Acórdão nº 1402-001.430, de 07/08/2013)

Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: I. É dominante no STJ a tese de que o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.” (STJ. AGREsp 346109/SC. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/03/02. DJ de 04/08/03, p. 258.)

“Ementa: A jurisprudência deste egrégio Tribunal consolidou-se quanto a ser subjetiva a responsabilidade do sócio-gerente pelo pagamento de tributo devido pela sociedade, ficando aquele obrigado pessoalmente pela dívida, somente quando restar provado ter ele agido com fraude ou excesso de poderes, não se consubstanciando em infração à lei, de per si, a mera inadimplência.” (STJ. AGREsp 384860/RS. Rel.: Min. Paulo Medina. 2ª Turma. Decisão: 18/04/02. DJ de 09/06/03, p. 213.)

“Ementa: VI. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

VII. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.” (STJ. EDAGA 471387/SC. Rel.: Min. José Delgado. 1ª Turma. Decisão: 25/03/03. DJ de 12/05/03, p. 223.)

“Ementa: I. Não se pode atribuir a responsabilidade substitutiva para sócios, diretores ou gerentes, prevista no art. 135, III, do CTN, sem que seja antes apurada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.” (STJ. REsp 382469/RS. Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma. Decisão: 07/11/02. DJ de 24/02/03, p. 190.)

Como se viu acima, a autoridade lançadora justifica a responsabilização do administrador com a descrição de irregularidades tributárias que implicaram na formalização do auto de infração contra a pessoa jurídica, mas não faz qualquer menção específica à prática de atos infracionais pelo coobrigado.

Com efeito, para aplicação do art. 135, do CTN, repise-se, é necessário preliminarmente que seja identificado expressamente qual ato infracional gerou o enquadramento e quem o praticou. Mas não é só isso.

O artigo 135 só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade. Caso não o seja, a responsabilidade tributária será da pessoa jurídica. Isto porque, se o ato do administrador não contrariar as normas societárias, contrato social ou estatuto, quem está praticando o ato será a sociedade, e não o sócio, devendo a pessoa jurídica responder pelo pagamento do tributo.

Importante destacar que a infração à lei capaz de gerar a responsabilidade do administrador é aquela de natureza societária. Afinal, o que objetiva este artigo é justamente responsabilizar o administrador que age à revelia dos interesses da sociedade, e a forma com a qual ele age de tal modo é descumprindo as normas societárias que prescrevem que a sua atuação deve observar os interesses da empresa, dentro de determinados limites.

Sob essa ótica, com todo respeito à autoridade lançadora entendo que não houve a precisa identificação da prática de atos pelo sócio administrador que justificasse a responsabilização nos termos efetuados.

Por esse motivo, conduzo meu voto no sentido de excluir do pólo passivo o Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto.

Conclusão

Por todo o exposto, Voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários para excluir do pólo passivo do lançamento o Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto

Minha divergência do I. Relator dirige-se exclusivamente à questão da responsabilidade solidária das coobrigadas pessoas jurídicas.

Para justificar a imputação da responsabilidade, a autoridade lançadora assim se manifesta:

A PROJETEC é, segundo o contrato apresentado e citado no item 8 acima, é gestora dos numerários da PEM e da SETEC. Aqui fica demonstrado que as empresas acima relacionadas formam um grupo econômico, caracterizado pelo exercício de atividades econômicas confusas, com a gestão entre elas dos numerários depositados em bancos, com a transmissão entre elas de valores com a identificação de MÚTUO (entradas de mútuo, ou remessas de mútuo) ou transação de mútuo) e o relacionamento entre os registros contábeis, citados no demonstrativo acima, razão pela qual devem ser solidariamente responsabilizados pelos débitos da empresa sob ação fiscal.

A autuada e as coobrigadas formariam um grupo econômico por exercerem atividades confusas, gestão entre elas dos numerários depositados em bancos e transmissão entre elas de valores com identificação de mútuo.

Fato é que na formalização da exigência a autoridade lançadora não considerou tais circunstâncias. Os “Contratos de Administração de Recursos Financeiros” celebrados entre as empresas do grupo, e apresentados como justificativa dos depósitos, foram tidos como desprovidos das formalidades que os tornassem hábeis e idôneos como instrumento probante.

O mesmo ocorreu no que se refere aos valores com registro contábil identificado como “entradas de mútuo”, “remessas de mútuo” ou “transação de mútuo”. Tendo em vista a ausência de documentação comprobatória foram desconsiderados pelo Fisco.

Nesses moldes, apesar de suscitar a ocorrência de grupo econômico e o fluxo financeiro entre as empresas desse grupo, a Fiscalização tributou os depósitos bancários de origem não comprovada na titular das contas correntes sem levar tais fatos em consideração.

Parece-me, quanto à responsabilização, um procedimento incoerente eis que não acata a alegação da existência de mútuo entre as empresas nem os documentos que atestariam o vínculo para administração de recursos financeiros – o que poderia justificar a origem de alguns depósitos – mas usa tais circunstâncias para a caracterização de grupo econômico.

Nesse ponto, é fundamental para o deslinde o fato de que a solidariedade não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.¹

Tanto é assim, que o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador. Daí a fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.²

Mais ainda, é necessário que o interesse comum não seja simplesmente econômico mas sim jurídico, entendendo-se como tal aquele derivado de uma relação jurídica de qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitima a postular em juízo em defesa do seu interesse.

No caso de grupos econômicos definidos pela participação societária, como no presente caso, tal circunstância, por si só, não define juridicamente o interesse comum. O interesse jurídico se caracteriza quando a situação realizada por uma pessoa é capaz de gerar os mesmos direitos e obrigações para a outra. E este tipo de interesse não existe entre sociedades que mantêm a sua independência e distinção, ainda que vinculadas a um objetivo econômico comum. Para que duas sociedades tivessem interesse jurídico comum capaz de imputar a solidariedade, seria necessário que ambas tivessem realizado conjuntamente o fato gerador tributário, como, por exemplo, que ambas fossem proprietárias do mesmo imóvel, ou que tivessem prestado um serviço em conjunto ou que tivessem alienado um produto ao mercado consumidor em parceria.³

Conforme exposto em momento anterior deste voto, a autoridade fiscal apontou não acatou as justificativas para a origem dos depósitos que levariam à demonstração do vínculo entre as empresas do suposto grupo econômico, ou seja, não foram demonstradas as circunstâncias que estabelecessem um liame das coobrigadas com a ocorrência do fato gerador, derivado de ações ou omissões praticadas exclusivamente pela autuada. Também não

² BARCELOS, Soraya Marina. Os Limites da Obrigação Tributária Solidária Prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional e o Princípio da Preservação da Empresa. Disponível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2011>. Acesso em 31/08/2012.

³ *idem* em 11/05/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 11/05

Processo nº 13896.721547/2013-80
Acórdão n.º **1402-002.143**

S1-C4T2
Fl. 538

foi demonstrada a conduta irregular pela qual receitas e despesas tenham sido imputadas a empresas distintas daquela que realizou as operações correspondentes, com vistas a manipulação de resultados.

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso dos coobrigados e determinar a extinção da sujeição passiva solidária para as pessoas jurídicas.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO Relator