



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

Processo n° 13971.722502/2015-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.822 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente REDLOG REPRESENTAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2011

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando ocorrida extrapolação de prazo da fiscalização.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando ausente no MPF previsão de fiscalização de CSLL vez que autoridade fiscalizadora possui competência atribuída por lei, ademais, os termos e demonstrativos integrantes das autuações oferecem à Impugnante todas as informações relevantes para sua defesa, o que resta confirmado através de impugnação na qual demonstra conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados.

INCONSTITUCIONALIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Verificado que o procedimento adotado pela fiscalização encontra fundamento na Lei Complementar nº 105/01 e no Decreto nº 3.724/01, não há de ser cogitada quebra de sigilo bancário pela fiscalização.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período base a que corresponder a omissão.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos reflexos, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior Acórdãos 9101001.863, 9202003.150 e 9303002.400.

INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.APLICAÇÃO.

Incabível a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), a qual deve ser reduzida para 75% (setenta e cinco por cento) pela falta de recolhimento do imposto apurada em procedimento de ofício, se a contribuinte, antes do procedimento de ofício, deu conhecimento à autoridade tributária das circunstâncias materiais da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, o que afasta a figura do dolo e o evidente intuito de fraude.

RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. ARTS. 124, I e 135 DO CTN.

Correta a inclusão, como responsável tributário, à pessoa física que, agindo na condição de mandatário, preposto, diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado pratique condutas que caracterizem infração à lei ou excesso de poderes, como sonegação fiscal e fraude.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos: i) dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Souza que votou por manter a penalidade no percentual aplicado; e ii) manter a responsabilidade dos coobrigados. Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Leonardo de Andrade Couto que votaram por excluí-lo da relação jurídico-tributária.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Júlio Lima Souza Martins, Leonardo Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lizandro Rodrigues de Souza, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

Relatório

REDLOG Representações EIRELI, optante pelo regime de tributação do lucro real, interpõe o presente Recurso Voluntário diante de decisão proferida pela Delegacia de Julgamento Regional de Belo Horizonte, em 30 de junho de 2016, que julgou improcedente Impugnação do contribuinte à Autos de Infração lavrados de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, ano-calendário 2011, dada omissão de receitas ante depósitos bancários de origem não comprovada que aliado a imprestabilidade da escrituração contábil da sociedade empresária de causa à lançamento arbitrado com imposição de multa qualificada e responsabilização solidária do sócio; o acórdão restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ Ano-Calendário: 2011 ARBITRAMENTO DE LUCRO - CABIMENTO Sujeita-se ao arbitramento de lucro, o contribuinte cuja escrituração contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real.

LICITUDE DA PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS.

Os extratos bancários obtidos pela autoridade fiscal no exercício regular de suas atribuições, por meio de intimação feita diretamente ao contribuinte fiscalizado, constituem prova lícita, e o procedimento assim realizado não configura quebra de Sigilo Bancário.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

Os contribuintes cujo lucro for arbitrado não poderão adotar o regime não cumulativo para a determinação do montante devido de contribuição para o PIS e a COFINS. Esta sempre incide sobre o faturamento e em nenhuma hipótese é admitida a dedução do custo incorrido na aquisição ou na produção dos produtos ou mercadorias vendidas.

CERCEAMENTO DE DEFESA – CARACTERIZAÇÃO.

Somente cabe declarar a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, se ficar comprovado que o pleno exercício do direito de defesa pelo sujeito passivo, tiver sido tolhido em virtude de ato da autoridade administrativa.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. - São solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

MULTA QUALIFICADA.

O percentual da multa de ofício será duplicado quando comprovadas as circunstâncias previstas em lei como caracterizadoras de infração qualificada.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRAZO DE VALIDADE.

PRORROGAÇÃO.

Os atos que determinam o início do procedimento fiscal valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período e tantas vezes quantas necessárias, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL - PIS - COFINS O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Em face da decisão acima transcrita a contribuinte interpôs recurso voluntário no qual manifesta sua irresignação com a manutenção do crédito tributário argumentando preliminarmente o seguinte: a extrapolação do prazo de fiscalização com violação do art.7º, §§1º e 2º do Decreto n.70.235/1972 (item 2.1) e a irregular autuação lavrada em matéria de CSLL na medida em que o MPF contemplava tão apenas IRPJ e PIS e COFINS (item 2.2).

No mérito argumenta em suma a ilegalidade da quebra do sigilo bancário (item 3.1), a improcedência do lançamento por arbitramento (item 3.2), a violação ao art.43 do CTN ante a tributação de receitas que não representam renda (item 3.3), a ausência do reconhecimento de créditos como insumo (item 3.4) e a ausência de fundamento legal para imposição de multa qualificada (item 4).

Ante a responsabilização solidária do sócio foi interposto também recurso voluntário pelo mesmo argumentando em suma a ausência de causa autorizativa (arts. 124, I e 135, III, CTN) para sua inclusão no pólo passivo da obrigação devendo respeitar-se o princípio da autonomia patrimonial que vigora entre pessoa jurídica e natural.

Por vislumbrar a necessidade de diligência elucidatória este colegiado deliberou em sessão de 17 de fevereiro de 2017 por converter o julgamento dos presentes autos em diligência para que a autoridade fiscalizadora procedesse a apuração discriminada do que

de fato consistia renda sujeita a tributação com nova oportunidade para que a autuada trouxesses aos autos documentos aptos a demonstrar o que era renda e o que era mero ingresso a ser repassado a concessionária dos serviços de telefonia celular.

Procedida intimação da recorrente para que instrísse os autos com documentos comprobatórios da discriminação das receitas correspondentes à prestação de serviços foram juntados aos autos os seguintes documentos:

- a) resposta à intimação
- b) Demonstrativo de Apuração IRPJ2011
- c) Demonstrativo de Apuração CSLL2011
- d) Demonstrativo de Apuração PIS 2011
- e) Demonstrativo de Apuração COFINS 2011
- f) Demonstrativo de Valores Recebidos Operadoras
- g) Notas fiscais.

A partir das Notas Fiscais (NFs) apresentadas apresentou a recorrente novo cálculo para apuração do lucro arbitrado considerando como receita de prestação de serviços (operação de intermediação, o desconto recebido nas NFs de compra de créditos digitais das operadoras.

Da análise das informações prestadas e documentos colacionados aos autos a autoridade fiscal alcançou a seguinte conclusão:

- 6) Para ilustrar as alegações da empresa consideremos a aquisição de Créditos Digitais de R\$ 50.000,00 por R\$ 45.000,00.
 - a) Valor da nota fiscal de compra – 45.000,00 (50.000,00 – 5.000,00 de desconto)
 - b) A REDLOG pode vender estes créditos digitais por até R\$ 50.000,00 ao seu cliente.
 - c) Neste caso a REDLOG está considerando que R\$ 45.000,00 é repasse de valor e que apenas R\$ 5.000,00 é receita de prestação de serviço (intermediação de negócio).
- 7) Porém as notas fiscais referentes as compras dos créditos digitais anexadas ao processo, bem como a ausência de contrato de prestação de serviços, notas fiscais de serviço ou de outros documentos que demonstrem a ocorrência de prestação de serviço de intermediação, corrobora com o entendimento expresso no Auto de Infração de que a receita auferida provém da venda de mercadorias e não da prestação de serviços (intermediação de negócios).
- 8) Portanto, o lançamento efetuado deve ser mantido integralmente na forma original.

Em breves linhas esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

1. DA ADMISSIBILIDADE:

O Recurso Voluntário aviado é tempestivo e assinado por procurador com procuração nos autos, portanto, merece ser processado.

2. PRELIMINARES:

Preliminarmente, sustenta o recorrente que a autoridade fiscalizadora extrapolou o prazo de fiscalização com violação do art.7º, §§1º e 2º do Decreto n.70.235/1972 (item 2.1).

Sustenta, também, a recorrente a irregularidade da autuação lavrada em matéria de CSLL na medida em que o MPF contemplava tão apenas IRPJ e PIS e COFINS (item 2.2).

Ainda em sede de preliminar tem como nula a autuação considerando por ilegítima a suposta quebra do sigilo bancário como expediente fiscalizatório; questões todas enfrentadas a seguir:

2.1 Nulidade eventual ante extrapolação prazo:

O prazo fixado no MPF tem por propósito impingir eficiência à Administração Tributária de modo que eventual extrapolação não justificada pode culminar em responsabilização administrativa do agente da fiscalização não maculando jamais a higidez do auto de infração lavrado.

2.2 (Ir)regularidade autuação CSLL

Lavrado o auto principal deverão ser também formalizadas as exigências decorrentes de CSLL, dada a íntima relação de causa e efeitos que as vincula. Translada-se as autuações reflexas a mesma orientação decisória adotada quanto ao lançamento matriz; o que não demanda previsão expressa no MPF dado que a competência da autoridade fiscalizadora decorre da lei e não do MPF.

2.3 Suposta "quebra" sigilo bancário:

No entendimento da Recorrente, a autuação seria nula em razão dos dados terem sido obtidos por quebra do sigilo bancário sem a necessária autorização judicial mesmo após o advento da LC nº 105/01.

Vale lembrar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 6 da Lei Complementar n. 105/01 nos autos do RE n. 601.314-SP com repercussão geral, o que vincula este tribunal administrativo nos termos do art. 62, §2º do RICARF. E ainda que assim não o fosse, nos termos do *caput* do art. 62 do RICARF e da Súmula 2 do CARF, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, como muito bem fundamentado na DRJ.

Por este motivo deixo de conhecer dos argumentos lançados contra a constitucionalidade do art. 6 da Lei Complementar 105/01 e do Decreto n. 3724/01, e que poderiam acarretar na ilicitude das provas juntadas aos autos.

Ademais, tem-se que todos os argumentos suscitados pela recorrente sucumbem no mérito diante do reconhecimento da Constitucionalidade pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 601.314, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em acórdão que restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o auto-governo coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do

Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do auto-governo coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

Diante do exposto não conheço dos argumentos de (in)constitucionalidade veiculados pelo recorrente, e porventura, ultrapassada tal questão julgo-os improcedentes diante da posição firmada pelo STF.

3. MÉRITO:

Insubsistentes as questões preliminares trazidas pela recorrente tem-se que no mérito questiona a possível falta de amparo legal para presunção de omissão de receita de depósitos bancários, de forma generalizada, obrigando o contribuinte a proceder a uma auto-fiscalização ante à inversão do ônus da prova trazido pela presunção legal.

3.1 Omissão de receitas por depósitos bancários origem não comprovada:

Em resumo, baseado no fato de que a escrituração da Recorrente não refletia a vultosa movimentação financeira em suas contas bancárias, procedeu a autoridade autuante ao arbitramento de lucros.

Em sede de Impugnação, bem como do Recurso Voluntário, a recorrente discorreu longamente sobre o tema, no entanto, faltou o principal: a comprovação das origens dos recursos que permitiram fossem carreados às suas contas bancárias, mantidas junto a instituições financeiras e os valores apontados pelo Fisco.

Os lançamentos relativos aos anos-calendário de 2011 tiveram sustentáculo na movimentação bancária da autuada que apresentou substanciais valores lançados a crédito das contas por ela mantidas em diversas instituições financeiras e para os quais, devidamente intimada a comprovar suas origens, na forma prevista na legislação vigente não logrou êxito.

Durante o procedimento fiscalizatório a fiscalizada teve sucessivas oportunidades para que justificasse os créditos ocorridos em suas contas bancárias, ou seja, as origens de tais recursos, não logrando êxito em sua comprovação.

Oportuna se faz a transcrição da doutrina de Maria Rita Ferragut (in Presunções no Direito Tributário, Dialética, São Paulo, 2001) a lecionar que uma prova indireta condutora da mesma ‘probabilidade fática’ da prova direta, in verbis:

“Assim, tem a Administração Pública o dever-poder de investigar livremente a verdade material diante do caso concreto, analisando todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca da existência e conteúdo do fato jurídico, já que é uma constatação a prática de atos simulatórios por parte do contribuinte, visando diminuir ou anular o encargo fiscal. E essa liberdade pressupõe o direito de considerar fatos conhecidos não expressamente previstos como indiciários de outros fatos, cujos eventos são desconhecidos de forma direta.

A presunção homini de forma alguma significa que a tributação ocorrerá em mera verossimilhança, probabilidade ou verdade material aproximada. Pelo contrário, veiculará conclusão provável do ponto de vista fático, mas certa do jurídico. Por isso, resta uma vez mais observar que também a prova direta leva-nos à certeza jurídica e à probabilidade fática, já que não relata com certeza absoluta o evento, inatingível. Detém, apenas, maior probabilidade do fato corresponder à realidade sensível.”

A mesma autora no artigo ‘Evasão Fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação’ (in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 67, Dialética, São Paulo) assim esclarece:

“As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fé geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas. Os indícios, por essa razão, convertem-se em elementos fundamentais para a identificação de fatos propositadamente ocultados para se evitar a incidência normativa”.

A prova indiciária é pacificamente admitida como já decidido pelo CARF:

Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento Data da Sessão 25/01/2011 Relator(a) ANTONIO BEZERRA NETO Nº Acórdão 1401-000.405

ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA

A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes

Nessas circunstâncias cumpre ao fisco tão somente provar o indício, como, de fato, foi feito. A relação de causalidade, entre ele e a infração imputada, é estabelecida pela própria lei, o que torna lícita a inversão do ônus da prova e a conseqüente exigência atribuída ao contribuinte de demonstrar que tais valores não são provenientes de receitas omitidas, mantidas à margem da escrituração regular ou em poder dos sócios.

No presente caso, o procedimento fiscal avançou por vários meses, tempo mais que suficiente para que a fiscalizada promovesse a entrega do que foi requisitado pelo Fisco (documentos que comprovassem as origens dos recursos que permitiram a movimentação bancária estampada), o que não ocorreu.

Entendo assistir razão à Fiscalização. A decisão recorrida analisou a questão com maestria, devendo ser mantida, a teor do disposto no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, pelos seus próprios fundamentos.

3.2. Ausência de fundamento para multa qualificada

Incabível a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), a qual deve ser reduzida para 75% (setenta e cinco por cento) pela falta de recolhimento do imposto apurada em procedimento de ofício, se a contribuinte, antes do procedimento de ofício, deu conhecimento à autoridade tributária das circunstâncias materiais da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, o que afasta a figura do dolo e o evidente intuito de fraude.

Nesse sentido, pelo afastamento da multa qualificada, oportuno verificar o o que já decidido por esta Turma nos autos do PA n. 10825.723097/2014-96, Acórdão n. 1402-002.745, de relatoria do Conselheiro DEMETRIUS NICHELE MACEI, cuja transcrição da ementa faz se por oportuna:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

NULIDADES. OMISSÃO DE RECEITAS. ERRO DE CAPITULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO NA INTIMAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Sendo lavrado auto de infração com correto enquadramento legal relacionado a omissão de receitas, atendendo a todos os requisitos exigidos pela legislação fiscal, não há que prosperar a alegação de erro de capitulação, recaindo, neste caso, ônus da prova sobre o contribuinte. Menos cabível a alegação de erro na identificação do sujeito passivo quando suficientemente comprovado nos autos que a conta bancária fiscalizada pertence ao sujeito passivo autuado. Não há vício na intimação quando o Fisco formaliza tal ato respeitando todos os trâmites legais.

SIGILO BANCÁRIO. OMISSÕES DE RECEITAS. ACESSO LEGITIMADO.

As informações bancárias obtidas pela fiscalização por intermédio da requisição de movimentação financeira junto a instituição financeira são idôneas e protegidas pelo sigilo fiscal. A Lei Complementar nº 105/2001 legitima o fornecimento de informações relacionadas ao sujeito passivo sob fiscalização, quando a autoridade

fiscal entender que o exame de tais informações é indispensável para o deslinde da controvérsia, afastando, portanto, a alegação de quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica atuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve estar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. PAGAMENTO. NÃO IDENTIFICADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Tratando-se justamente de lançamento de "Omissão de Receita", não podendo ser identificados nos autos prova de pagamento do tributo exigido, ainda que parcial, não é possível a aplicação do artigo 150, §4º, do CTN. Sendo cabível a contagem decadencial proporcionada pelo artigo 173, do mesmo diploma fiscal.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA. NÃO CABIMENTO.

Não comprovado o dolo evidente capaz de ensejar a qualificação da multa por intermédio de fraude, sonegação ou conluio, tampouco havendo embargo a fiscalização, não devem prosperar a qualificação e agravamento da multa.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF nº 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o compute de juros sobre a multa.

Portanto, deve proceder-se a exoneração da qualificadora reduzindo-se a multa ao patamar de 75%.

4. Recurso Voluntário - Sujeição Passiva Solidária (arts.124, I c/c 135, CTN):

Em função da atribuição de responsabilidade solidária a Valnor Dias insurge-se o recorrente contra sua inserção no pólo passivo da lide, na posição de “sujeito passivo solidário”, na forma do artigo 135, III, do CTN.

Relembrando, o objeto principal dos autos foram lançamentos de “omissão de receitas” por depósitos bancários de origem não comprovada, infração tipificada em lei, presunção que a atuada não conseguiu elidir.

Com isso, ainda segundo o raciocínio da Autoridade Fiscal, tal fato não poderia ter ocorrido sem o concurso dos sócios e administradores da empresa recorrente, o que implicaria na sujeição passiva solidária imputada.

De seu turno argumenta o recorrente a inaplicabilidade do art. 135 prevê como pessoalmente responsável no inciso III, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, os quais só respondem pelos créditos tributários que resultem exclusivamente de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Dispõe o artigo 135, III, do Estatuto Tributário, assumido pelo Fisco para a inserção dos sócios e administradores da pessoa jurídica no pólo passivo da lide:

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.

Sem maiores aprofundamentos, fácil de se ver que as situações estampadas, ainda que se referindo a “responsabilidade de terceiros”, têm características diferentes, a primeira tratando de atos ou omissões das pessoas ali referidas, e o art. 135, naquilo que interessa, punindo atos realizados com “infração à lei” e praticados por aqueles que tinham os poderes de gestão da empresa (diretores, gerentes ou representantes).

Veja-se, a lei não fala, no caso do art. 135, em “sócios”, mas, sim, em “administradores”, embora no que tange à recorrente pessoa jurídica isso não tenha maior relevância, já que todos os seus sócios eram, ao mesmo tempo, seus administradores.

Ora, inimaginável se possa aceitar que o administrador da recorrente EIRELI não tinha conhecimento ou participara da infração a lei e ao contrato social ao promover confusão patrimonial, até porque, nunca é demais lembrar, ainda que a pessoa jurídica possa ter “vida própria” e “existência real” (teorias da “Realidade Objetiva” e “Realidade Técnica”), ou que, “*sendo sujeito de direito, vale dizer, sendo uma pessoa, será dotada de personalidade e possuirá todos os direitos e obrigações semelhantes a uma pessoa natural ou física*”¹, posições que se contrapõem à conceituação de Savigny, para o qual a pessoa jurídica é uma mera “ficção”, o fato - incontestado - é que quem toma decisões nas empresas são pessoas humanas investidas de poderes para tal e o fazem de acordo com os preceitos que norteiam as companhias das quais participam ou administram.

Assim, argumentos como levantados pelos recorrentes de que “*a solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos eivados das irregularidades enumeradas no art. 135 do CTN*”, mostram-se desconexos e até atuam contra que os alegou, em face da evidente comprovação da ocorrência justamente dos “atos eivados de irregularidades” que procura a defesa minimizar.

Igualmente, sem sustentação a argumentação de que a Fiscalização não teria apontado fatos concretos e não haveria vinculação do sócio com os fatos geradores, porque, como exaustivamente visto, o que se tem é infração à lei praticada por “administrador” e não por sócio (embora, no caso, as duas figuras jurídicas se fundam em uma só).

Do mesmo modo, a decisão do STJ citada pelos recorrentes em nada os aproveita, ao contrário, só confirma a correção do procedimento do Fisco (“*que, em recente julgamento, a 1ª Turma do STJ esclareceu sobre a responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (art. 137, III, do CTN): (...) III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência*”). Ora, é exatamente disto que se trata nos autos: responsabilidade por atos praticados como gerente (administrador).

A propósito, manifestação do STJ:

“A responsabilidade tributária (cujo principal escopo é facilitar o cumprimento da prestação pecuniária devida ao Fisco) tanto pode advir da prática de atos ilícitos

¹ DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso moderno de direito civil: Parte geral, São Paulo: Nelpa, 1976, v1, p 51.

(artigos 134, 135 e 137, do CTN), como também da realização de atos lícitos (artigos 129 ao 133, do CTN), sendo certo, contudo, que a sua instituição reclama o atendimento dos requisitos impostos pelo Codex Tributário, quais sejam: (i) a existência de previsão legal; (ii) a consideração do regime jurídico do contribuinte para fins de aferição da prestação pecuniária devida; e (iii) a existência de "vínculo jurídico entre o contribuinte e o responsável que permita a este cumprir sua função de auxiliar do Fisco no recebimento da dívida do contribuinte, sem ter seu patrimônio comprometido" (Octávio Bulcão Nascimento, in "Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 818) (REsp 719350 / SC. Primeira Turma. Ministro Relator: Luiz Fux. DJe: 21/02/2011)".

Portanto, por tudo o que se expôs e o que consta dos autos, indubitável que a evasão de milhões de reais só seria possível de ocorrer com a ação o administrador que, inquestionavelmente, concentrava amplos e totais poderes de administrar a sociedade, na forma de seu Contrato Social. Deste modo, VOTO POR MANTER a responsabilização apontada pelo Fisco em relação ao sujeito passivo.

Diante de todo o exposto voto por julgar parcialmente procedente o Recurso Voluntário interposto para tão apenas afastar a qualificadora.

É como voto.

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- Relator