



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

Processo n° 15540.720317/2011-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.323 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

Ementa:

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há nulidade de lançamento quando lavrado por autoridade competente e não há preterição do direito de defesa do sujeito passivo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA DE EXSÓCIOS.

Demonstrado que a empresa deixou de existir apenas no papel, é lícito a Administração Tributária proceder à responsabilização tributária e criminal do ex-sócio administrador.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza-se omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA QUALIFICADA.

A ocultação de volumosa movimentação de recursos e quadro social composto por interpostas pessoas caracteriza a conduta dolosa e evidencia o intuito de não pagar tributos.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se aos lançamentos conexos o decidido no auto de IRPJ, por possuírem os mesmos elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário nos termos do voto do Relator. Ausência momentânea do conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

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

Autenticado digitalmente em 12/06/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente

em 12/06/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/09/2014 por ALBER

TO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 04/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Marcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Alberto Pinto Souza Junior

Relatório

Decorre o presente processo de autos de infração de IRPJ/SIMPLES, PIS/SIMPLES, CSLL/SIMPLES, e COFINS/SIMPLES, todos acrescidos de multa de ofício de 150% e de encargos moratórios. Os lançamentos se deram sobre omissões de receita sobre depósitos bancários não escriturados e insuficiência de recolhimento.

Os fatos verificados pela fiscalização no curso dos trabalhos de auditoria foram registrados no Termo de Verificação Fiscal a seguir sintetizados:

- a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA, empresa de pequeno porte, cujo objetivo social era o comércio varejista de vidro, espelhos, vitrais e molduras, encontra-se baixada, por extinção, desde 28/02/2008.

- o quadro societário era formado pelo Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, sócio administrador (95% das quotas) e Sra. REGINA LUCIA GIUSTI ZUNIGA, (5% das quotas).

- apesar de constar do distrato o encerramento das atividades em 30/11/2007, sem deixar bens ativos ou passivos, a fiscalização constatou que a empresa baixada ainda era proprietária do imóvel onde funcionava a sua sede (Rua Thiago Cardoso 259, Alcântara, São Gonçalo/RJ), mantinha suas atividades comerciais, não tinha encerrado suas contas bancárias e tampouco efetuado a rescisão contratual de seus funcionários.

- no mesmo dia em que foi assinado o distrato da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA, foi assinado outro para a abertura da microempresa MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA, estabelecida no mesmo local da empresa baixada e com o mesmo objeto social, com o quadro societário formado pelo Sr. ALMIR SILVA BRITO e Sra. LEIDIANE RIBEIRO DE SOUZA, cada um com 50% do capital social.

- que em pesquisas anexadas, ficou comprovado que até o ano de 2007 os dois sócios apresentaram declarações de isento, não possuíam quaisquer bens e que os rendimentos auferidos para demonstrar a capacidade financeira para a compra e abertura da empresa (capital social de R\$ 20.000,00), foram provenientes de pessoa físicas.

- conforme alteração contratual procedida em 15/09/2008, constata-se que forma transferidas todas as quotas desta sociedade para o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES e Sr. WANDER DOS SANTOS MARTINS, ficando cada um com 50% das quotas.

- analisando as declarações do Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES a fiscalização concluiu que o mesmo se utilizou de interpostas pessoas para se eximir de pagar tributos, tentando não caracterizar a sucessão de pessoas jurídicas, quando afirmou que:

- *“A Vidraçaria MARVIDROS está estabelecida no mesmo local em que funcionou a Vidraçaria ALCÂNTARA, o que foi confirmado pelo Sr. Antônio, sócio responsável por ambas as pessoas jurídicas;*
- *Acrecentou o Sr. Antônio que o galpão no número 259, na mesma rua e ao lado, é de propriedade da Vidraçaria Alcântara e o estabelecimento de número 158, também galpão e onde sempre foi o ponto de vendas de ambas as empresas, é de sua propriedade como pessoa física.*
- *O Sr. Antônio informou que sempre foi o administrador e proprietário das duas empresas, atuando somente ele, e que a Sra. Leidiane R. de Sousa e o Sr. Almir S. Brito não compraram a empresa, não alugaram o imóvel e nem administraram a Marvidros, ou seja, não fizeram nada na empresa enquanto estiveram formalmente registrados como sócios.*
- *O Sr. Antônio afirmou, ainda, que as outras empresas: Avenida 339 Comércios de Vidros Ltda e Vidraçaria Malumar III Ltda, estabelecidas nos locais das antigas filiais da Vidraçaria Alcântara, também são de sua propriedade e gerência, apesar de estarem em nome de Flávio Reis e de sua esposa Laodicéia M. R. Reis.*

- que a empresa sucedida (VIDRAÇARIA ALCÂNTARA), no primeiro semestre de 2007, manteve o enquadramento no Simples Federal, migrando para o Simples Nacional a partir de 01/07/2007, declarando no 1º semestre receita no valor de R\$ 444.185,27 e no 2º receita de R\$ 373.161,53.

- que intimada a apresentar os livros contábeis, fiscais e diversos documentos, entre eles os extratos bancários de suas contas correntes, apresentou somente o Livro Caixa.

- que diante da falta de apresentação da documentação solicitada em relação às contas bancárias, os extratos bancários foram obtidos pela fiscalização diretamente das instituições financeiras através de RMF que apurou depósitos bancários na ordem de R\$ 9.358.007,17 em 2007 e R\$ 2.376.005,83 em 2008.

- intimada a apresentar documentação idônea e hábil para comprovar a origem dos valores depositados em suas contas mantidas no Banco Itaú e no Banco Sudameris/Real em 2007 e 2008 não o fez e re-intimada, informou “que não teve tempo hábil para apresentar a Documentação solicitada”. Informação esta prestada pelo Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES.

- Da exclusão do Simples Nacional da sucedida VIDRAÇARIA ALCÂNTARA.

- constatado que a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA não escriturou grande parte da movimentação bancária de 2007, ela foi excluída de ofício do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de julho de 2007, com fulcro no inciso VIII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, pelo Ato Declaratório Executivo – ADE nº 132, de 12/11/2010, do Delegado da Receita Federal do Brasil de Niterói.

- que a empresa não apresentou contestação à sua exclusão do Simples Nacional dentro do prazo legal, objeto do processo nº 15540.000542/201022, e intimada a apresentar a escrituração contábil e fiscal quanto ao regime de tributação do IRPJ e da CSLL a que sujeitar-se-ia a partir do momento em que se processarem os efeitos da exclusão do Simples Nacional, optou pelo lucro presumido.

- que apesar da opção realizada, não cumpriu os requisitos necessários para apuração do lucro presumido, uma vez que não escriturou os depósitos bancários e

despesas efetuadas, não apresentou os documentos comprobatórios das mesmas, escriturou no livro Caixa as receitas e despesas de forma consolidada, sem a apresentação de livros Auxiliares, não apresentou o livro de Inventário e a escrituração do Livro de Registro de Documentos Fiscais e do Livro Caixa se apresentava precária.

- que intimada a regularizar a sua escrita contábil e fiscal, sob pena de arbitramento dos lucros, o seu representante, Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, afirmou que *“não possui no período apurado pela fiscalização (2007/2008), documentação e elementos que possam comprovar e/ou refazer a escrituração contábil de acordo com a legislação comercial.”*

- foi então feito o lançamento tributário abrangendo os fatos geradores ocorridos no segundo semestre de 2007 e em 2008 em decorrência dos depósitos bancários não comprovados.

- a insuficiência de recolhimento foi apurada de acordo com a reposição da receita bruta mensal auferida no período e percentuais progressivos fixados em relação a receita bruta acumulada, em decorrência da omissão.

- em decorrência foram ainda lavrados autos de infração de CSLL, COFINS, PIS e INSS, sendo que o lançamento relativo ao primeiro semestre de 2007 foi objeto do processo nº 15540.720318/2011-31.

- a aplicação da multa qualificada de 150%, decorreu do fato da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA apesar de movimentar R\$ 9.358.007,17 em suas contas correntes ter declarado e oferecido à tributação somente R\$ 817.346,80; e por ter simulado a sua saída da atividade comercial de vidros e espelhos, quando o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES deu baixa na empresa, de forma fraudulenta e irregular.

- caracterizada, comprovada e confessada a sucessão tributária da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA pela pessoa jurídica MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA, o lançamento tributário foi efetuado em face da sucessora nos termos do art. 132, parágrafo único, do CTN.

- foi ainda lavrado Termo de Sujeição Passiva Pessoal e Solidária para imputar ao Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES a responsabilidade fiscal pessoal pela prática dolosa de seus atos.

Cientificados do lançamento em 31/10/2011, a Interessada e o responsável tributário, apresentaram em conjunto, em 30/11/2011, impugnação acompanhada dos documentos de fls. 489/574, alegando, em síntese o seguinte:

- que há nulidade no lançamento, pois houve quebra do sigilo bancário sem ordem judicial;

- que a autoridade fiscal fez uso de informações da extinta CPMF em 31/12/2007.

- como o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, não estava em vigor na data do presente lançamento, há nulidade insanável do lançamento por falta de previsão legal de utilizar os dados do extrato bancário, devendo ser aplicada a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

- que não ocorreu o fato gerador do imposto de renda previsto no art. 43 do CTN já que não houve acréscimo patrimonial e não ocorreu a disponibilidade econômica de renda. Embasa seu entendimento em acórdão da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes e em Agravo Regimental do Recurso Especial nº 609.290RJ.

- que é inaplicável a multa de 150%, pois a autoridade fiscal ao configurar a interposta pessoa para dar validade ao lançamento, não atentou para a norma contida no § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

- conforme acórdão nº 0105.435 da CSRF, não existe previsão de agravamento de multa na hipótese de utilização de terceira pessoa para gerir sociedade empresarial.

- a autoridade fiscal não atentou para os comandos exigidos pelas Súmulas 14 e 25 do CARF.

- a tentativa de ocultar da autoridade fato gerador não tipifica responsabilidade solidária ou pessoal do impugnante ANTONIO MIGUEL ZUNIGA MENDES.

- a sujeição passiva prevista no inciso I do art.124 e inciso III do art. 135 do CTN deverá ser provada e não alegada de forma presumida.

- o CARF há muito tempo delimitou que o inciso I do art. 124 do CTN se refere exclusivamente ao interesse jurídico e não econômico. A autoridade fiscal confundiu interesse jurídico com interesse econômico, uma vez que não há no caso em lide, nem fatos nem provas do interesse jurídico.

- se for mantida a sujeição passiva pelo inciso I do art. 124 do CTN, nulo é o lançamento pelas razões expostas e nos exatos termos da Súmula 29 do CARF.

- que a autoridade fiscal alega existir fatos que configuram atos praticados com infração de lei, porém não indica quais são estes fatos.

- há cerceamento de direito de defesa na medida em que impossibilita o sujeito ter plena ciência do que deve se defender.

- devem se deduzir dos crédito tributário lançados os valores recolhidos nestes mesmos períodos.

A 2ª Turma da DRJ/RJ, através do acórdão nº 12-46.064, por unanimidade de votos deu parcial provimento a impugnação, conforme Ementa a seguir:

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Afasta-se a nulidade arguida, ante a comprovação de que o auto de infração foi formalizado com obediência a todos os requisitos previstos em lei.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

As informações prestadas por instituições financeiras à Fazenda Nacional, quando indispensáveis à instrução de processo administrativo fiscal e observadas as garantias individuais previstas na Constituição Federal, não configuram quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

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

ASSUNTO: SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

DEPÓSITO NÃO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Configura-se omissão de receita o ingresso de numerários em conta corrente bancária do contribuinte, quando não comprovada a origem desses valores mediante a apresentação de documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

É cabível a aplicação da multa qualificada, quando restar comprovado que o envolvido na prática da infração tributária objetivou deixar de recolher, intencionalmente, os tributos devidos.

A DRJ julgou improcedente a autuação sobre parte da omissão de receita, uma vez que na apuração do quantum devido, não foram excluídos os recolhimentos efetuados pela empresa sucedida. Comprovou-se pelo demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos a exclusão de valores apurados na PJSI 2008 a título de Simples a pagar no 2º semestre de 2007 e 2008, todavia, em consulta aos sistemas da RFB, constatou-se que os valores recolhidos foram superiores aos declarados e os valores recolhidos a maior não foram alocados e por isso determinou sua dedução de ofício. No restante, manteve a autuação e ratificou a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. ANTONIO MIGUEL ZURIGA MENDES.

Intimada da decisão da DRJ em 23/10/2012 a Interessada apresentou em conjunto com o Sr. ANTONIO MIGUEL ZURIGA MENDES, recurso voluntário, tempestivo, em 16/11/2012, reiterando os argumentos de impugnação e alegando basicamente o seguinte:

- preliminarmente requer a nulidade do auto de infração, baseado exclusivamente em dados obtidos com a quebra do sigilo bancário.

- que é inviável, ante a literalidade do art. 146, III da CF/1988 e art. 43 do CTN, o lançamento baseado em extratos bancários.

- que a multa agravada não pode prosperar em respeito as súmulas CARF nº 14 e 25. Além disso a liquidação de passivo, demissão de funcionários, compras feitas, baixa do CNIS e encerramento de contas não se amoldam em hipótese nenhuma às figuras dos arts. 71, I e II, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, essenciais para a manutenção da multa.

- que o acórdão recorrido, para manter a responsabilidade solidária, não esclareceu qual das figuras contidas no caput do art. 135 do CTN estaria subsumida a conduta do SR. ANTONIO MIGUEL ZURIGA MENDES. Excesso de poder? Infração a Lei? Infração ao Contrato Social?

- entende pois, deve ser excluído do lançamento por este ser nulo.

É o relatório. 24/08/2001

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso voluntário por ser tempestivo e preencher os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

Consta entre as argumentações trazidas pelos Recorrentes: a) a questão da quebra de sigilo bancário, diante da solicitação dos dados bancários diretamente pelo órgão fiscalizador; b) nulidade do auto de infração que se baseou em mera presunção sem acréscimo patrimonial; e, c) a multa agravada não pode prosperar d) a manutenção da responsabilidade tributária é inviável.

Em relação a quebra de sigilo bancário, esclareço que esta Turma tinha, no dia 12/06/2013, determinado o sobrestamento do julgamento, por conta da determinação do art. 62-A do RICARF diante de recurso repetitivo sobre matéria pendente de julgamento no STF.

Porém com a publicação da Portaria nº 545, de 18/11/2013, o art. 62 do RICARF foi revogado e com ele o impedimento do julgamento sobre a matéria. Com isso o processo retornou para minha relatoria para julgamento, o que faço neste momento.

Superada esta argumentação, passo a analisar a alegação de nulidade do auto de infração e vejo que a mesma não pode prosperar já que o auto foi lavrado por servidor competente e não ocorreu qualquer cerceamento de defesa dos Recorrentes.

O Decreto nº 70.235/72, prevê as possibilidades de nulidades do processo administrativo fiscal e assim dispõe sobre a matéria:

“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.
- (...)”

- por sua vez, o art. 10 do mesmo diploma legal, determina:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

- I – a qualificação do autuado;
- II – o local, a data e a hora da lavratura;
- III – a descrição do fato;
- IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Sendo assim, somente estes vícios são capazes de determinar a nulidade de um ato administrativo e como nenhum deles veio a ocorrer descarto qualquer pretensão de nulidade levantada em relação ao auto de infração.

Os Recorrentes tiveram ciência de todos os atos e elementos que necessitavam para sua defesa, tendo sido intimados de todos os atos praticados e oferecidos os prazos de resposta. Além do mais depreende-se da leitura da impugnação e do recurso que os Recorrentes conhecem plenamente todas as acusações que lhes foram atribuídas.

No que concerne às jurisprudências judiciais em seu favor, prolatadas pelos Tribunais Superiores, cumpre esclarecer que nos termos do art. 4º do Decreto nº 2.346/1997, a extensão dos efeitos daquelas decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade da lei em litígio, o que definitivamente não ocorreu. Assim sendo, não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos em relação às matérias e às partes envolvidas na lide, não se aplicando a terceiros.

Portanto descabidas, suas pretensões de nulidade.

Em relação a presunção legal de receita, baseada em depósitos bancários, a matéria já foi pacificada por este E. Conselho, atendendo ao disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96. Assim os depósitos bancários cujas as origens não forem comprovadas, caracterizam-se como omissão de receita, independentemente da existência ou não de acréscimo patrimonial, e por isso devem ser acrescidos a base de cálculo.

Não se está tributando o depósito bancário ou que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando são os créditos cujas origens não foram comprovadas. Diante desta presunção legal, o ônus da prova se inverte e passa à Recorrente, que tem a obrigação legal de comprovar a origem dos recursos.

Vejamos a jurisprudência mais recente, neste sentido:

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

(Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 10323640, sessão de 17.12.2008)

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA.

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

(Recurso nº 167.533. 1ª TO da 3ª Câmara da 1ª Seção CARF)

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA.

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

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção de omissão de receitas, estabelecida em lei, impõe ao fisco a prova do fato indiciário e ao contribuinte o ônus de provar que, em sua situação particular, os valores não foram omitidos.

(PAF nº 10803-720097/2012-21. 2ª TO da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF)

Dessa forma, fica demonstrada a validade da tributação empreendida no presente caso com base em depósitos bancários não justificados, os quais serviram de base para o lançamento praticado.

Com referência às arguições de violação a princípios constitucionais, tais aferições só podem ser feitas pelo Poder Judiciário, cabendo ao Poder Executivo, e bem assim a todos os seus agentes, o estrito cumprimento dos atos legais regularmente editados, matéria consolidada na esfera administrativa conforme a súmula a seguir descrita.

"Súmula CARF Nº 2:

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

Ao contrário do afirmado em sede de recurso voluntário, restou claro no acórdão recorrido qual o motivo da aplicação da multa de 150%.

Nos termos da Súmula CARF nº 25, com efeito vinculante em relação à administração tributária federal, atribuída pela Portaria nº 383 do Ministério da Fazenda, a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária à comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O enunciado da súmula é claro e afasta a qualificação da multa quando baseado exclusivamente em presunção, o que não é o caso dos autos.

Aqui a motivação e a extensão dos atos praticados pelos Recorrentes, visaram exclusivamente eximir os Recorrentes de suas responsabilidades tributárias. Além da reiterada omissão de receita apurada, quando declararam em 2007 receitas de R\$ 817.346,80 e movimentaram R\$ 9.358.007,17, ainda restou provada a prática de atos simulados em diversas empresas do ramo da comercialização de vidros, consubstanciados no TVF de fls. 28/57, todos os fatos apurados que resultaram na lavratura de diversos outros autos de infração em face de diversas pessoas jurídicas, a saber:

1º PROCESSO 15540.720318/2011-31:

Interessado: Marvidros Gonçalves Comércio de Vidros Ltda; Assunto: Auto de Infração Simples; Período: Jan a Jun/2007;

Obs.: Lançamento em nome da sucessora Marvidros com fatos geradores da sucedida Vidraçaria Alcântara Ltda "extinta".

2º PROCESSO 15540.720317/2011-97:

Interessado: Marvidros Gonçalves Comércio de Vidros Ltda; Assunto: Auto de Infração IRPJ; Período: Jul/2007 a Dez/2008;

Obs.: Lançamento em nome da sucessora Marvidros com fatos geradores da sucedida Vidraçaria Alcântara Ltda "extinta".

3º PROCESSO 15540.720117/2011-34:

Interessado: Marvidros Gonçalves Comércio de Vidros Ltda; Assunto: Auto de Infração IRPJ; Período: Jan a Dez/2008;

- Obs.: O processo foi protocolizado para a Exclusão da empresa do Simples Nacional

4º PROCESSO 15540.720116/2011-90:

Interessado: Vidraçaria Marlumar III Ltda; Assunto: Auto de Infração IRPJ; Período: Jan a Dez/2008;

Obs.: O processo foi protocolizado para a Exclusão da empresa do Simples Nacional,

5º PROCESSO 15540.720115/2011-45:

Interessado: Avenida 339 Comércio de Vidros Ltda; Assunto: Auto de Infração IRPJ; Período: Jan a Dez/2008;

Obs.: O processo foi protocolizado para a Exclusão da empresa do Simples Nacional.

Ou seja, além da expressiva movimentação financeira sem qualquer comprovação da origem há existência de dolo específico, caracterizado pela transferência das quotas da sociedade a pessoas sem condições financeiras, caracterizando o uso de interpostas pessoas que, inclusive, levaram a sua exclusão de ofício do Simples Nacional no processo 15540-000542/2010-22, a utilização de diversas empresas com atuação no mesmo ramo de negócios nos mesmos locais, o não encerramento e contínua utilização das contas bancárias, dentre outras.

Discutível seria se estivéssemos diante de uma operação isolada, envolvendo valor de pequena monta, não reincidente, pois poderia-se concluir pela ocorrência de um erro eventual de ordem meramente material, passível de tributação sem a caracterização de intuito fraudulento. Mas não é o caso, posto que, como dito, durante 2007, a Recorrente não apresenta escrituração e não comprova a origem dos depósitos bancários em suas contas-correntes e ainda pela prática de diversos subterfúgios que evidenciam o consciente intuito de não pagar tributos que enquadram-se perfeitamente à hipótese prevista na Lei, estando correto o procedimento da fiscalização em aplicar a multa qualificada de 150% sobre os tributos oriundos da omissão de receita apurada.

Deixo de acolher, pois, os argumentos dos Recorrentes no sentido de que não encontram-se reunidos no processo elementos capazes de autorizar a exasperação da penalidade.

Em relação a manutenção da responsabilidade tributária do Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNINGA MENDES, entende o recorrente que é pertinente voltar ao tema relativa a falta de individualização dos tipos contidos no caput do art. 135 do CTN e portanto entende que deve ser excluído do lançamento por ser ele nulo.

Ora, em relação a este ponto não tenho como discordar da decisão recorrida, que a meu ver foi cristalina quando afirma o seguinte:

“69. Equivocadamente o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNINGA MENDES argui em sua defesa que a sujeição passiva que lhe foi imputada encontrase também fundamentada no inciso I do art.124 do CTN (*interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal*). Tece algumas considerações a respeito do alcance do citado artigo, amparado na jurisprudência administrativa e judicial ali citadas. Como são alegações estranhas à lide, deixo de examiná-las.

70. No que diz respeito ao art. 135, III, do CTN, a responsabilidade tributária é imputada não ao sócio, mas ao diretor, gerente ou representante da empresa. Ou seja, o sócio-gerente é responsável não pelo simples fato de ser sócio, mas por exercer a função de administrador. Desta forma, somente podem ser incluídos no polo passivo da relação tributária os administradores designados no contrato social ou nos estatutos da sociedade e que têm seus poderes de gestão definidos em lei, contrato social ou estatutos.

71. A expressão “pessoalmente responsáveis” constante do *caput* do art.135 não pode ser lida como “somente responsáveis”, não limita a responsabilidade, exclusivamente, às pessoas ali arroladas, com exclusão do contribuinte originário (no caso, a sociedade). A responsabilidade do contribuinte pessoa jurídica continua, posto que só se deve admitir a exclusão do sujeito passivo originário se por lei expressa¹, razão pela qual com base no inciso II do art.124 o Sr. ANTONIO MIGUEL ZUNINGA MENDES foi arrolado como responsável solidário.

72. Ele alega em sua defesa a *falta de descrição objetiva de fatos a caracterizar sua responsabilidade pessoal e solidária, dado que a expressão “ato praticados com excesso de poder ou infração de lei” não é suficiente para caracterizar a sujeição passiva solidária (...)*.

73. Com efeito, a comprovação da tipicidade (estreita correlação entre o fato e a hipótese descrita na norma legal) é requisito essencial à demonstração do ilícito.

74. No TVF (item 200), parte integrante do auto de infração, a fiscalização descreve que os atos dolosos praticados pelo Sr. ANTONIO MIGUEL ZUNINGA MENDES configuram infração de lei. Quais atos? Indaga o arrolado.

75. Ora, os atos minuciosamente descritos no TVF, que não se resumem à mera inadimplência, mas a todo um conjunto fraudulento comprovado nos autos, desde a simulação da dissolução da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA, a partir da produção de documento ideologicamente falso (distrato social) registrado na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro e posteriormente apresentado à Receita Federal para a baixa do CNPJ, a despeito de não ter ultimado os negócios da sociedade, culminando com a utilização das contas corrente da sociedade para a movimentação de vultosos recursos, ocultando os do fisco e sem o pagamento dos tributos devidos.

76. Inconteste, pois, o fato de que o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNINGA MENDES, sócio-gerente das empresas sucedida e sucessora, agiu de forma ilícita, com afronta à legislação tributária, comercial e penal, o que

Processo nº 15540.720317/2011-97
Acórdão n.º **1302-001.323**

S1-C3T2
Fl. 68

justifica a sua inclusão no polo passivo da relação tributária na qualidade de responsável solidário.”

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, para manter a decisão da DRJ *in totum*.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator