



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15868.720211/2012-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.361 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2023
Recorrente NEW YORK PLAZA SHOPPING LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações 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. Tal responsabilidade é pessoal, mas não exclusiva.

A responsabilidade solidária não se restringe aos tributos e contribuições exigidos, abrangendo também as multas imputadas, inclusive a multa de ofício agravada e qualificada, em vista de sua natureza patrimonial e não pessoal.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Deve ser mantida a multa qualificada pelo evidente intuito de fraude quando comprovadas as ações ou omissões dolosas tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal...

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso, excluindo a reponsabilidade de Neuclair Rizzato Ribeiro e Klauss Martin Andorfato. Vencidos os conselheiros José Eduardo Dornelas Souza e Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, que davam parcial provimento em maior extensão, para excluir a responsabilidade de Luciana Sad Buchala Andorfato.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em que a recorrente e os responsáveis solidários insurgem-se contra decisão no Acórdão da DRJ (e-fls. 3717 e ss) que indeferiu o pedido de diligência efetuado pela responsável solidária Luciana Sad Buchala Andorfato, rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, considerou procedente o lançamento, para manter integralmente o crédito tributário exigido nos autos de infração e confirmou a sujeição passiva solidária atribuída a Clarice Guelfi Martin Andorfato, Luciana Sad Buchala Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro.

Assim dispôs em relatório a decisão recorrida (e-fls. 3717 e ss):

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 3.223/3.226, e, por decorrência, os de natureza reflexa constantes às fls. 3240/3243, 3253/3255 e 3261/3264 do presente processo, para exigência do crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008, adiante especificado, expresso em Reais:

| TRIBUTO | Imposto/ Contrib. | Juros de Mora | Multa Proporcional | TOTAL |
|--------------------|----------------------|------------------|-----------------------|-------------------|
| IRPJ | 169.221,02 | 68.946,77 | 253.831,54 | 491.999,33 |
| CSLL | 57.966,30 | 23.642,51 | 86.949,46 | 168.558,27 |
| PIS/PASEP | 10.374,96 | 4.344,88 | 15.562,49 | 30.282,33 |
| COFINS | 46.642,88 | 19.508,51 | 69.964,35 | 136.115,74 |
| Valor Total | | | | 826.955,67 |

Os referidos Autos são decorrentes de ação fiscal realizada junto à contribuinte, quando foi efetuado o arbitramento do seu lucro, tendo em vista que intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, deixou de fazê-lo, conforme Autos de Infração e Termo de Constatação de Infração Fiscal de fls. 3150/3161, parte integrante dos Autos de Infração em lide. Foi também verificada a omissão de receitas da atividade no supra citado período, relativa a valores de aluguéis recebidos conforme documentação anexada aos autos pelas autoridades administrativas.

A multa de ofício aplicada foi a prevista no artigo 44, inciso I e §1º da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07, no percentual de 150%, em vista do fato da contribuinte ter prestado declaração falsa ao não declarar a totalidade de suas receitas, conduta esta praticada de forma reiterada nos meses de janeiro a dezembro de 2008, apresentando em épocas próprias o DICON com receitas zero nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2008 e não apresentando o DICON nos meses de julho a novembro de 2008.

Inclusive quando intimado a esclarecer tal procedimento através de intimação no curso da ação fiscal, a contribuinte apresentou os DICON do período de janeiro/dezembro de 2008 com valores de receita a menor, reduzindo proposadamente os tributos, conforme Termo de Constatação de Infração Fiscal supracitado.

A autoridade fiscal concluiu que, agindo dessa forma, a contribuinte tentou impedir ou retardar o conhecimento do Fisco Federal das receitas auferidas em sua atividade, uma vez que fez constar de suas declarações valores de receitas muito inferiores aos constatados pela autoridade fiscal durante o ano-calendário 2008.

Foi efetuada representação fiscal para fins penais formalizada no processo n.º 15868.720224/201251, o qual encontra-se apensado ao presente processo.

O enquadramento legal dado ao lançamento objeto do presente processo, encontra-se nos mencionados Autos de Infração.

Às fls. 3.271/3.281, constam os Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados pela autoridade fiscal, relacionando como sujeitos passivos solidários do crédito tributário apurado os sócios dirigentes Clarice Guelfi Martin Andorfato, Luciana Sad Buchala Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro, nos termos do artigo 124, II e 135, III do Código Tributário Nacional, cientificando-os da exigência tributária contida nos Autos de Infração constantes do presente processo, dos quais foram entregues cópias.

A contribuinte New York Plaza Shopping Ltda e os sujeitos passivos solidários Clarice Guelfi Martin Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro, apresentaram impugnação conjunta às fls. 3.288/3.303 do presente processo. A responsável solidária Luciana Sad Buchala Andorfato apresentou impugnação às fls. 3.686/3.703.

Quanto à impugnação apresentada por New York Plaza Shopping Ltda, Clarice Guelfi Martin Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro: Inicialmente é arguida a nulidade do lançamento sob o fundamento de que a Nota conjunta da Receita Federal e Procuradoria da Fazenda Nacional, mencionada no Termo de Constatação de Infração Fiscal, “colidiria com a Constituição Federal, CTN, leis, doutrina e jurisprudência” por não ter sido publicada e de que a hipótese de incidência (pressuposto do tributo) é uma e a da responsabilidade prevista no artigo 135 é outra, aduzindo que quem adquire a disponibilidade de renda ou de proventos de qualquer natureza seria o contribuinte e a responsabilidade do artigo 135 teria como pressuposto a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, dos quais resultem obrigações tributárias principais. Em sua opinião, não tendo havido excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos no ato impositivo praticado por qualquer daquelas pessoas, o sujeito passivo da eventual obrigação tributária seria o próprio contribuinte, não havendo falar em artigo 135.

Prossegue afirmando que no auto de infração só caberia pluralidade de sujeitos passivos quando a situação jurídica de todos fosse rigorosamente idêntica, portanto, os autos de infração em lide seriam nulos por não atender a rígida disposição do artigo 10 do Decreto 70.235/72 no que se refere à qualificação do autuado por considerar não ter sido cumprida a obrigação de identificar o sujeito passivo “com a simples transcrição do que a respeito dispõe o contrato social ou estatuto da empresa”, desrespeitando a forma prescrita em lei e ao devido processo legal, caracterizando cerceamento da ampla defesa.

Acresce que o sócio Klauss não ocupava cargo de gerência em 2008, juntando atas de 17/03/2010 e 01/04/2010, como prova do alegado.

Aduz que a jurisprudência mesmo a mais remota, daria suporte ao seu entendimento, reproduzindo ementas de julgados e que, assim, teria havido erro na identificação do sujeito passivo.

Quanto ao mérito, afirma que a pessoa jurídica New York Plaza Shopping Ltda seria a única proprietária do edifício sob enfoque, fato reconhecido e registrado no item 19 do citado Termo de Constatação de Infração Fiscal e que o “Fundo de Manutenção do

Empreendimento” seria “uma quase pessoa jurídica”, sem fins lucrativos, identificado pelo CNPJ 00.923.298/000101 com o “nome de fantasia” Araçatuba Shopping Center, não tendo as suas receitas e despesas nenhuma influência no resultado da pessoa jurídica New York Plaza Shopping Ltda, tendo a ver com todos os locatários.

Afirma haver consenso com os dados constantes da planilha “Discriminativo das Receitas” que integra o já citado Termo de Constatação de Infração Fiscal”.

Quanto ao arbitramento do lucro e o agravamento da multa:

Alega não ter entregue à autoridade fiscal os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal, devido ao fato de que não estavam (e não estão) em seu poder.

Fato do qual seria do conhecimento do Fisco durante a ação fiscal e que o pretense extravio dos referidos livros e documentos havia sido objeto de boletim de ocorrência lavrado no 3º Distrito Policial de Araçatuba. Concluindo não ter havido legalidade no arbitramento do lucro.

No que diz respeito ao agravamento da multa de ofício, alega que deixar de apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal à autoridade tributária seria pressuposto legal para o arbitramento do lucro, não autorizando o agravamento da multa.

Aduz, no tocante ao fundamento legal da imposição da multa de ofício de 150% (art. 44, I da Lei nº 9.430/96, com a redação do artigo 14 da Lei 11.488/07) que apenas nos casos de sonegação, fraude ou conluio seria possível a aplicação da multa de 150%, o que não teria ocorrido e nem estaria comprovado nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses mencionadas.

Pondera que à luz do artigo 137 do CTN, a responsabilidade pela causa do agravamento da multa seria pessoal ao agente, questionando como ficaria a aplicação do art.44, I da Lei 9.430/96 em relação aos autuados.

Quanto à tributação reflexa (PIS, CSLL e COFINS) A contribuinte não apresentou nenhum questionamento específico, apenas requerendo seja aplicado o que for decidido em relação ao lançamento relativo ao IRPJ.

Finaliza requerendo seja declarada a nulidade do lançamento em lide ou julgar improcedente, quanto ao mérito e “protesta provar o alegado por todos os meios admitidos em direito, inclusive juntada de documentos novos e realização das diligências julga-as necessárias, as quais ficam desde já requeridas.”

Quanto à impugnação apresentada por Luciana Sad Buchala Andorfato:

Em sua impugnação a sócia à qual foi atribuída pela fiscalização responsabilidade solidária, insurge-se apenas a este fato.

Alega que o artigo 124 do CTN, um dos dispositivos no qual se baseou a autoridade fiscal para lhe atribuir sujeição passiva solidária, tratar-se-ia de disposição impertinente por considerar que o CTN não trata da conceituação do instituto da solidariedade nem mesmo da solidariedade passiva por entender que a solidariedade (ativa ou passiva) seria matéria de direito civil de cujos conceitos e formas o CTN apenas se valeria sem poder alterar-lhes a definição, conteúdo e alcance nos termos do seu artigo 110.

Referindo os conceitos de solidariedade e solidariedade passiva constantes do Código Civil, afirma que somente se poderia cogitar de solidariedade passiva em relação àqueles que fossem coobrigados, o que não seria o caso em questão. A dívida seria da sociedade empresária a qual é a contribuinte enquanto que as pessoas físicas estariam sendo responsabilizadas pela obrigação de outra pessoa, jurídica, não podendo, a seu

ver, falar-se de solidariedade passiva. O caso em questão seria apenas de responsabilidade de terceiros, prevista nos artigos 134 e 135 do CTN.

Afirma que a condição de sócio não geraria por si mesma, responsabilidade tributária, reproduzido ementas de julgados no sentido de que a responsabilidade tributária do sócio-gerente é por ser gerente e não por ser sócio.

Alega que não tinha e nunca teve condição de praticar os atos inquinados de ilegais no Auto de Infração e Termo de Constatação de Infração Fiscal e, para comprovar o que afirma, solicita a realização de perícia.

Afirma que teve seu nome incluído na sociedade pelo seu falecido marido, até a data do falecimento todos os assuntos relacionados com a sociedade New York Plaza Shopping Ltda ficavam a cargo exclusivamente dele, não participando da administração nem comparecendo à sede ou escritório da empresa.

Que pelas disposições do contrato social não teria condição de praticar ato de gerência com autonomia, **mesmo nomeada para o cargo de Diretor Administrativo** posto que o último instrumento de alteração do contrato social registrado na Junta Comercial, datado de 16 de dezembro de 2003, *somente lhe conferiria poderes de representação da sociedade se assinasse em conjunto com o Diretor Presidente, conforme clausula X do contrato social, sendo apenas um "cargo decorativo"*.

Requer a realização de **perícia** a fim de apurar se de fato ela teria tido qualquer participação nas infrações fiscais apontadas no procedimento, indicando nome de perito e quesitos.

Foram juntados como prova às fls. 3.708/3.710 Termos de Declaração de 03 pessoas que declaram ter sido funcionários da empresa New York Shopping Center, nos quais afirmam que a Sra. Luciana nunca participou da sua administração. Apesar de constar como Diretora Administrativa, não participava das deliberações administrativas nem de suas execuções, exercendo apenas posição meramente decorativa.

Finaliza solicitando o deferimento do pedido de perícia e seja julgada indevida a atribuição de responsabilidade solidária e cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária.

A decisão de primeira instância (e-fls. 393 e ss) decidiu rejeitar a preliminar de nulidade, indeferir o pedido de diligência efetuado pela responsável solidária Luciana Sad Buchala Andorfato, e no mérito, considerar procedente o lançamento, para manter integralmente o crédito tributário exigido nos autos de infração e confirmar a sujeição passiva solidária atribuída a Clarice Guelfi Martin Andorfato, Luciana Sad Buchala Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro, com decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

ARBITRAMENTO DO LUCRO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO: A legislação tributária determina que será arbitrado o lucro quando a pessoa jurídica deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

OMISSÃO DE RECEITA: Configura omissão de receita a não escrituração e não declaração de valores relativos a recebimentos de aluguéis por parte da contribuinte.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, PIS/FATURAMENTO E COFINS:

A tributação reflexa deve, em relação ao respectivo Auto de infração, acompanhar o entendimento adotado quanto ao principal, em virtude da íntima relação dos fatos tributados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2008

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações 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. Tal responsabilidade é pessoal, mas não exclusiva.

A responsabilidade solidária não se restringe aos tributos e contribuições exigidos, abrangendo também as multas imputadas, inclusive a multa de ofício agravada e qualificada, em vista de sua natureza patrimonial e não pessoal.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Deve ser mantida a multa qualificada pelo evidente intuito de fraude quando comprovadas as ações ou omissões dolosas tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

O contribuinte e os responsáveis foram cientificados da decisão de primeira instância nas seguintes datas: New York Plaza Shopping Ltda em 05/11/2013 (e-fl. 3738); Clarice Guelfi Martin Andorfato em 05/11/2013 (e-fl. 3741), Klauss Martin Andorfato em 05/11/2013 (e-fl. 3743); Neuclair Rizzato Ribeiro em 11/11/2013 (e-fl. 3747) e Luciana Sad Buchala Andorfato em 05/11/2013 (e-fl. 3745).

O contribuinte New York Plaza Shopping Ltda e os responsáveis Clarice Guelfi Martin Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro apresentaram recurso Voluntário em conjunto em 05/12/2013 (e-fls. 3749 e ss), em que repetem os argumentos já apresentados, e destacam:

- que houve erro na identificação do sujeito passivo, já que somente New York Plaza Shopping Ltda constou no “campo” sujeito passivo contribuinte. Para os responsáveis deveria o Fisco comprovar sua vinculação ao fato gerador da obrigação

- a Nota Receita /PGFN citada no acórdão recorrido não foi publicada em veículo oficial de divulgação;

- as pessoas indicadas no art. 124, II, do CTN não podem ser, ao mesmo tempo, as expressamente designadas no art. 135, III do mesmo Estatuto. As pessoas listadas neste último dispositivo são pessoalmente responsáveis por seus atos de infração;- o sócio Klaus não ocupava cargo de gerência em 2008 (cf. atas de 17/03/2000 e 1º/04/2010);

- apresenta jurisprudência que confirmaria que sócio não pode responder por dívida da empresa sem prévio procedimento de cognição / prova de que, na gerência da sociedade devedora, houve abuso, excesso demandado ou infração à lei; e que a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I do art. 124 do CTN é definida pelo interesse comum;

- o arbitramento do lucro foi capitulado no art. 530, III, do RIR/99, quando o contribuinte deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, mas o material não estava e não está em poder dos Recorrente. O fato foi objeto de boletim de ocorrência na Polícia Civil de Araçatuba/SP.

- a falta de apresentação dos livros é pressuposto para o arbitramento, mas não para o agravamento da multa (e sim hipótese de fraude, sonegação e conluio);

- a pessoa jurídica New York Plaza Shopping Ltda (Recorrente) é a única proprietária do edifício sob enfoque, mas o “aluguel, e os encargos e despesas decorrentes, “ é pago a um administrador do “Fundo de Manutenção do Empreendimento”, uma “quase pessoa jurídica” CNPJ 00.923.298/0001-01, nome Fantasia Araçatuba Shopping Center.

Luciana Sad Buchala Andorfato apresentou Recurso Voluntário em 29/11/2013 (e-fl. 3779) em que ressalta:

- Afirma que teve seu nome incluído na sociedade pelo seu falecido marido; até a data do falecimento todos os assuntos relacionados com a sociedade New York Plaza Shopping Ltda ficavam a cargo exclusivamente dele, não participando da administração nem comparecendo à sede ou escritório da empresa, o que inclusive a impossibilita de manifestar-se a respeito do mérito da tributação; e, para comprovar o que afirma, solicita a realização de perícia.

- pede a retificação de seu nome para “Luciana Sad Buchala”;

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

Os recursos são tempestivos. Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

DO ARBITRAMENTO

Contra a contribuinte New York Plaza Shopping Ltda, CNPJ 62.082.961/0001-40, acima mencionada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 3.223/3.226, e, por decorrência, os de natureza reflexa constantes às fls. 3240/3243, 3253/3255 e 3261/3264 do presente processo, para exigência do crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008. Foi efetuado o arbitramento do seu lucro, tendo em vista que intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, deixou de fazê-lo, conforme Termo de Constatação de Infração Fiscal de fls. 3150/3161, parte integrante dos Autos de Infração em lide. Foi também verificada a omissão de receitas da atividade no supra citado período, relativa a valores de aluguéis recebidos conforme documentação anexada aos autos pelas autoridades administrativas.

A Recorrente foi intimada e reintimada (a partir de 21/12/2011) diversas vezes a apresentar seus livros contábeis (Diário e Razão), mas furtou-se a fazê-lo, justificando que tais livros encontravam-se em posse do administrador judicial (Sr. João Serafim Vieira). Mas, os documentos apresentados (correspondência datada de 15/04/2011; fl. 58) comprovam que os livros citados não estavam em poder do administrador. Em data posterior às intimações fiscais a Recorrente protocolou Boletim de ocorrência para registrar, a respeito dos livros fiscais, que “não sabendo onde se encontram, acreditando que foram extraviados por ocasião da nomeação do administrador, razão pela qual deseja registrar os fatos.”

Verificando a DIPJ do ano calendário 2008 a Fiscalização constatou que o Recorrente declarou que fazia sua escrituração contábil em meio magnético (e-fl. 3729).

Considerando este dado, a Recorrente foi intimada a refazer a escrituração contábil referente ao ano calendário 2008, mas alegou que formatou seus computadores.

Restou comprovado que a recorrente não só não apresentou sua escrituração contábil como esquivou-se de apresentá-la. A primeira parte desta conclusão serve para sustentar o arbitramento do lucro, na forma do art. 530, III do RIR/99. A segunda parte traz mais um fundamento para sustentar a qualificação da multa de ofício, com base no art. 44, § 1º da Lei 9.430/96, como analisado a seguir no tópico próprio.

DA BASE DE CÁLCULO

A própria Recorrente (pessoa jurídica New York Plaza Shopping Ltda, CNPJ 62.082.961/0001-40) afirma que é a única proprietária do edifício sob enfoque, mas que o “aluguel, os encargos e despesas decorrentes “ são pagos a um administrador do “Fundo de Manutenção do Empreendimento”, uma “quase pessoa jurídica” CNPJ 00.923.298/0001-01, nome Fantasia Araçatuba Shopping Center.

Durante o procedimento fiscal os locatários do empreendimento foram intimados a informar os contratos de aluguel, os valores pagos a título de aluguel e o beneficiário dos valores. **Em todos os contratos (e-fls. 889 e ss e e-fl.) consta como locador e beneficiário o próprio sujeito passivo/Recorrente**, apesar de que parte dos comprovantes de pagamento foram emitidos em nome da empresa Condomínio Araçatuba Shopping Ltda, CNPJ 00.923.298/0001-01. Tal procedimento, segundo o TVF (e-fls. 3727) deu-se em virtude de que o Recorrente sofria processo judicial de penhora de aluguéis – processo n. 1234/92 da 2ª vara Cível de Araçatuba/SP). Neste sentido também concluiu aquele juízo (e-fl. 3159).

37.4 – Conclui o Juiz no 3º parágrafo, datado de 06/04/2011, do Processo nº 1.234/92, (...) “Ora, estas provas demonstram que a administração do NEW YORK PLAZA SHOPPONG LTDA com demonstrativos contábeis que não retratam a verdade furta-se à ação da Justiça e Fisco, porquanto ao lançar os valores recebidos a *título de aluguel como condomínio* evita a penhora dos aluguéis, bem como a ação da Receita Federal quanto à tributação sobre a renda dos mencionados aluguéis.”(despacho fls.47)

O art. 123, do Código Tributário Nacional estabelece que “salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”. E foi exatamente o que intentou a Recorrente ao emitir recibos de aluguéis próprios em nome de outra pessoa jurídica. Desta forma mostra-se correto a tributação dos aluguéis auferidos pela recorrente, mesmo que em parte recebidos por outra pessoa jurídica criada somente para este intento. Segundo o TVF, assim ficou disposta a base de cálculo do IRPJ/CSLL:

27) Abaixo, discriminamos a receita informada pelos locatários, diligenciados, e a receita informada pelo sujeito passivo em DIPJ e DACON e as respectivas diferenças:

| RECEITAS: | | | |
|--|--|--|---------------------|
| MÊS | INFORMADAS PELOS LOCATÁRIOS DILIGENCIADOS | INFORMADAS EM DACON (SOB AÇÃO FISCAL) | DIFERENÇA |
| 01/2008 | 139.401,11 | 46.803,70 | 92.597,41 |
| 02/2008 | 137.945,66 | 40.022,33 | 97.923,33 |
| 03/2008 | 150.459,52 | 42.638,74 | 107.820,78 |
| 04/2008 | 145.394,36 | 41.484,74 | 103.909,62 |
| 05/2008 | 181.656,65 | 41.384,66 | 140.271,99 |
| 06/2008 | 167.175,85 | 38.979,66 | 128.196,19 |
| 07/2008 | 178.503,34 | 38.179,74 | 140.323,60 |
| 08/2008 | 180.161,76 | 39.479,74 | 140.682,02 |
| 09/2008 | 193.432,43 | 40.579,74 | 152.852,69 |
| 10/2008 | 185.458,57 | 41.426,00 | 144.032,57 |
| 11/2008 | 169.227,38 | 42.380,00 | 126.847,38 |
| 12/2008 | 183.902,25 | 44.620,00 | 139.282,25 |
| TOTAIS | 2.012.718,88 | 497.979,05 | 1.514.739,83 |
| TOTAL DA RECEITA INFORMADA NA DIPJ | | 456.553,05 | |
| DIFERENÇA ENTRE A RECEITA INFORMADA EM DACON E NA DIPJ | | 41.426,00 | |

DAS SOLIDARIEDADES

Às fls. 3.271/3.281, constam os Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados pela autoridade fiscal, relacionando como sujeitos passivos solidários do crédito tributário apurado os sócios dirigentes Clarice Guelfi Martin Andorfato, Luciana Sad Buchala Andorfato, Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro, nos termos do artigo 124, II e 135, III do Código Tributário Nacional, cientificando-os da exigência tributária contida nos Autos de Infração constantes do presente processo, dos quais foram entregues cópias.

A qualificação dos sócios administradores, segundo consta do TVF (e-fls. 3161 e ss), foram constatadas no último Instrumento Particular de Alteração Contratual, datada de 16/12/2003, com registrado na Jucesp em 07/05/2004, apresentado à Fiscalização sob intimação fiscal, e em pesquisa no site da Jucesp, conforme ficha cadastral, de 14/09/2012.

O art. 24, II do CTN preceitua que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”. No caso concreto, a lei apresentada para suportar a responsabilidade foi o art. 135, III do Código Tributário Nacional. Desta forma, e de início, ressaltamos que os reclamos recursais dirigidos a refutar a existência de “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação”, prevista no inciso I do mesmo art. 124, não serão apreciados por não referir-se ao fundamento da responsabilização da autuação. Também não constitui fundamento para a responsabilização dos sócios administradores a citação à Nota RFB/PGFN “GT responsabilidade tributária” n. 1, de 17/12/2010. Tal documento resume o entendimento dos órgãos à aplicação das lei que constaram do enquadramento legal dos termos de responsabilidade (e-fls. 3271 e ss), quais sejam, o art. 24, II e o art. 135, III do Código Tributário Nacional.

Também não se tratou de simplesmente imputar responsabilidade ao sócio por dívida da empresa, como afirmado em Recurso, mas de imputar responsabilidade solidária pelos créditos correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com infração de lei, por diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, com base no art. 135, III do CTN.

A infração resultou de atos dos dirigentes da pessoa jurídica como: i) a não apresentação de sua escrituração contábil com a apresentação de justificativas que se mostraram infundadas; ii) declaração falsa ao não declarar a totalidade de suas receitas, conduta esta praticada de forma reiterada nos meses de janeiro a dezembro de 2008, apresentando em épocas próprias o DICON com receitas zero nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2008 e não apresentando o DICON nos meses de julho a novembro de 2008.

A Recorrente afirma que o sócio Klauss Martin Andorfato não ocupava cargo de gerência em 2008. A respeito assim dispôs a decisão recorrida, ao constatar que :

Da mesma forma, não procede alegação apresentada no sentido de que o sócio Klauss não ocupava cargo de gerência em 2008, uma vez que os documentos juntados como prova são atas de 17/03/2010 e 01/04/2010, relativas, portanto, a período diverso daquele objeto do lançamento em lide (2008) e a pessoa jurídica diversa, vez que relativa ao Condomínio Araçatuba Shopping Center.

De acordo com o Termo de Constatação de Ação Fiscal, acima reproduzido em parte, o Sr. Klauss Martin Andorfato, além de sócio, exercia o cargo de diretor administrativo, indicando como ato contratual, Alteração de 16/12/2003, registro na JUCESP em 07/05/2004, através de consulta efetuada na ficha cadastral completa atualizada até 14/09/2012, consulta realizada em 17/09/2012 (fl. 590).

A Alteração datada de 16/12/2003 (e-fls. 109 e ss), registrada na Jucesp em 07/05/2004 comprova a administração de Clarice Guelfi Martin Andorfato e Luciana Sad Buchala Andorfato. Mas não prevê como administradores os senhores Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro:

VI - DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE E DO USO

A administração da sociedade caberá a uma diretoria, composta de dois membros eleitos pela maioria do capital social, sendo nomeados as sócias **CLARICE GUELFY MARTIN ANDORFATO** com o cargo de Diretora Presidente, e a sócia **LUCIANA SAD BUCHALA ANDORFATO** com o cargo de Diretora Administrativa.

§ **PRIMEIRO** - A diretoria terá seu mandato fixado pelo período máximo de dois (02) anos, findando-se no mês de setembro ao biênio seguinte ao de sua eleição, podendo os diretores ser reeleitos, isolada ou conjuntamente.

§ **SEGUNDO** - A eleição da Diretoria será feita na primeira quinzena de setembro de cada biênio.

Ressalto que a afirmação da Recorrente Luciana Sad Buchala Andorfato de que seu nome foi incluído na sociedade pelo seu falecido marido e que não participava da administração não é suficiente para afastar sua responsabilização pessoal. Não há como ser incluído em uma administração empresarial sem efetivamente anuir neste ato, principalmente quando se trata de conjugue do proprietário do empreendimento (assinando o contrato social, por exemplo). Adicione-se o interesse econômico nos resultados da empreitada fraudulenta perpetrada pela pessoa jurídica, através de seus administradores, que permitiu a qualificação da multa no lançamento de ofício, como abaixo apreciado.

A ficção legal da pessoa jurídica foi criada para proteger separar o patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios. Mas, o abuso no uso desta ficção traz consequências também legais quanto à responsabilidade pelas obrigações sociais (como a prevista no art. 135 do CTN). Conforme atesta Ricardo Negrão (Curso de Direito Comercial e de Empresa, Saraiva: 2021, p. 301), há muito que não se considera a simples constituição de sociedade entre marido e mulher como fraude a credores:

Como exemplo de confusão patrimonial, no passado se entendia que a sociedade entre marido e mulher constituiria fraude aos credores. Contudo, a jurisprudência adotou o entendimento unânime no sentido de que a sociedade entre marido e mulher não é, por si só, caracterizadora de fraude contra credores, havendo de provar, caso a caso, o abuso, a intenção de fraudar credores, a existência de simulação ou infração de preceito de lei, conforme já antigo entendimento jurisprudencial (TJSP, Apel. Cível 202.868-1, Rel P. Costa Manso, j. 7-10-1993).

No caso presente a esposa (Luciana Sad Buchala Andorfato) não só era validamente sócia como assumiu, no contrato social, a condição de administradora, devendo responder pelos atos abusivos que eventualmente venham a ser cometidos durante sua gestão.

Observo que em quase todos os contratos (e-fls. 115 e ss) constantes dos autos (e que foram espelho do faturamento base do lançamento de ofício) há a indicação preambular de que os documentos serão assinados pelos diretores (“neste ato representada por seus diretores infra-assinados”). E este é o procedimento previsto no contrato social.

Mas, constatei a assinatura de somente um diretor em todos os contratos, o que demonstra a intenção de omitir a identidade de pelo menos um outro administrador. Em alguns contratos (p. ex., e-fls. 211, 291, 322 etc., a senhora Clarice Guelfi Martin Andorfato é identificada como a assinante). E em outros a assinatura posta não é identificada ou legível (p. ex. e-fls, 227, 252, 268, 291 etc.). Desta forma, voto por manter a responsabilidade, para os lançamentos de ofício relativos ao ano calendário 2008, das sócias administradoras Luciana Sad Buchala Andorfato e Clarice Guelfi Martin Andorfato, indicadas na alteração contratual datada de 16/12/2003 (e-fls. 109 e ss) como administradoras, registrada na Jucesp em 07/05/2004.

Quanto à responsabilidade de Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro constato que a Ficha cadastral atualizada até 14/09/2012, consulta em 17/09/2012 (e-fls. 590 e ss), refere-se à mesma alteração contratual datada de 16/12/2003, registrada na Jucesp em 07/05/2004. Apesar de que esta alteração contratual só indicavam as senhoras Luciana Sad Buchala Andorfato e Clarice Guelfi Martin Andorfato como administradoras, a consulta em 17/09/2012 (e-fls. 590 e ss) adiciona também como administradores os senhores Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro:

| | |
|--|--------------------|
| NUM.DOC: 231.666/04-4 | SESSÃO: 07/05/2004 |
| CAPITAL DA SEDE ALTERADO PARA \$ 1.338.226,00 (UM MILHÃO, TREZENTOS E TRINTA E OITO MIL, DUZENTOS E VINTE SEIS REAIS). | |
| REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE CLARICE GUELFY MARTIN ANDORFATO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 958.649.468-34, RG/RNE: 3860918, RESIDENTE À RUA CRISTIANO OLSEN, 1859, ARACATUBA - SP, CEP 16010-720, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E DIRETOR ADMINISTRATIVO, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 530.740,44 (QUINHENTOS E TRINTA MIL, SETECENTOS E QUARENTA REAIS E QUARENTA E QUATRO CENTAVOS)(RETORNA AO CARGO ADMINISTRADORA POR ORDEM JUDICIAL) | |
| ALTERAÇÃO DE OUTRAS CLAÚSULAS CONTRATUAIS/ESTATUTÁRIAS: I - DO NOVO TIPO JURIDICOII - DA REGENCIA SUPLETIVAIII - DA RESPONSABILIDADE DOS SOCIOSIV - DAS OBRIGACOES SOCIAISV - DA DELIBERACAO DOS SOCIOSVII - | |

| | | |
|--|------------------------------|---------|
| SP ARACATUBA | DAS ATRIBUIÇÕES DA DIRETORIA | Fl. 591 |
| REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE GMK CONSTRUTORA INCORPORADORA LTDA , NIRE 35208511562, SITUADA À AV BRASILIA, 2683, JD NOVA IORQUE, ARACATUBA - SP, CEP 16065-000, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 53.529,04 (CINQUENTA E TRÊS MIL, QUINHENTOS E VINTE NOVE REAIS E QUATRO CENTAVOS). | | |
| REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE LUCIANA SAO BUCHALA ANDORFATO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 135.123.128-61, RG/RNE: 9473238, RESIDENTE À RUA MAESTRO VILA LOBOS, 970, JD NOVA IORQUE, ARACATUBA - SP, CEP 16018-100, REPRESENTANDO GMK CONSTRUTORA INCORPORADORA LTDA, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 276.611,31 (DUZENTOS E SETENTA E SEIS MIL, SEISCENTOS E ONZE REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS). | | |
| REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE KLAUSS MARTIN ANDORFATO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 061.633.078-28, RG/RNE: 11712427, RESIDENTE À RUA SAO MARCOS, 931, 1, JD SUMARE, ARACATUBA - SP, CEP 16015-280, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E DIRETOR ADMINISTRATIVO, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 383.669,39 (TREZENTOS E OITENTA E TRÊS MIL, SEISCENTOS E SESENTA E NOVE REAIS E TRINTA E NOVE CENTAVOS). | | |
| REDISTRIBUICAO DO CAPITAL DE NEUCLAIR RIZZATO RIBEIRO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 248.397.708-16, RG/RNE: 221856079, RESIDENTE À RUA MATO GROSSO, 255, CLEMENTINA - SP, CEP 16015-140, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA, COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 93.675,82 (NOVENTA E TRÊS MIL, SEISCENTOS E SETENTA E CINCO REAIS E OITENTA E DOIS CENTAVOS). | | |

Constato que os dois documentos (alteração cadastral na Jucesp e contrato) foram referidos pelos Termos de Sujeição passiva para fundamentar a condição de sócios gerentes dos senhores Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro (e-fls. 3277 e ss). Mas, no primeiro documento (alteração datada de 16/12/2003, que é base para o segundo: registro na Jucesp em 07/05/2004) não constam os nomes destes senhores como administradores da recorrente. Como poderiam ser incluídos, em 14/09/2012, retroativamente (responsabilidade pela administração em 2008)?

O senhor Klauss Martin Andorfato aparece em um contrato de aluguel, mas datado de 1998 e sem assinatura comprovada (e-fl. 499). E nesta data, de fato, ele era administrador, como comprovam os contratos sociais da época (e-fls. 70 e ss).

Desta forma, considero não comprovado que os sócios senhores Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro detinham a condição de sócios gerentes da recorrente em 2008, razão pela qual voto por afastar as respectivas responsabilidades.

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Como dito, a infração à lei vislumbrada pela Fiscalização para a qualificação da multa de ofício, com base no artigo 44, inciso I e §1º da Lei nº 9.430/96 resultou de atos dos dirigentes da pessoa jurídica Recorrente como: i) a não apresentação de sua escrituração contábil com a apresentação de justificativas que se mostraram infundadas, como por exemplo a de que a contabilidade encontrava-se com o administrador judicial (seu próprio contador), quando comprovado que entre os documentos requisitados a este não constavam os citados livros; ii) declaração falsa ao não declarar a totalidade de suas receitas, conduta esta praticada de forma reiterada nos meses de janeiro a dezembro de 2008, apresentando em épocas próprias o DACON com receitas zero nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2008 e não apresentando o DACON nos meses de julho a novembro de 2008. Assim dispôs o TVF (e-fls. 3150 e ss):

32) Aplicamos a multa qualificada prevista no artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15.6.2007, pelo motivos que serão mencionados nos itens subsequentes.

33) Os fatos, acima, demonstram que o sujeito passivo prestou declaração falsa não declarando a totalidade de suas receitas, praticou esta conduta reiteradamente nos meses

01/2008 a 12/2008, apresentando em épocas próprias o DAFON com receitas **ZERO nos meses 01/2008 a 06/2008 e 12/2008 e não apresentando o DAFON nos meses 07/2008 a 11/2008**. E quando intimado (Termo de Constatação e Intimação Fiscal, de 26/06/2012) a esclarecer tal procedimento apresentou os DAFON do período de 01/2008 a 12/2008 com receitas a menor propositadamente reduzindo os tributos, caracterizando o dolo por parte dele.

34) O sujeito passivo não apresentou o Livro Diário, Razão e Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, do ano 2008, documentação e demonstrativos das contas do Passivo, embora intimado para este fim por meio dos Termos datados de 21/12/2011, 27/01/2012, 22/03/2012 e 09/08/2012, alegou em todas as suas respostas, datadas de 09/01/2012, 06/02/2012 e 27/03/2012, que os mencionados Livros e documentos não estão em sua posse, que foram entregues ao administrador judicial Senhor João Serafim Vieira. Anexou carta, datada de 15/04/2011, enviada ao administrador judicial Senhor João Serafim Vieira, nesta está relacionado diversos documentos tais como: balancetes analíticos, balancete em fase de conciliação e documentos a contabilizar, documentos do movimento mensal, pastas com contratos de locação, pastas com boletos de cobrança, pasta com documentos de despesas mensal, DARF, pasta com RE/SETIP e declaração do Imposto de renda, porém, não relacionou os livros obrigatórios como Livro Diário/Razão e Lalur.

35) Durante a ação fiscal, iniciada em 26/12/2011, transcorridos 59 dias, já com duas reintimações, de 27/01/2012 e 22/03/2012, o sujeito passivo em 23/02/2012, comunicou o 3º Departamento de Polícia Civil do Estado de São Paulo, em Araçatuba – SP, que elaborou o Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida, nº 404/2012, de 23/02/2012, do 3º D.P. Araçatuba com o histórico descrito no subitem 10.2 deste termo, nota-se no final do Boletim de Ocorrência a seguinte declaração: "NÃO SABENDO ONDE SE ENCONTRAM, ACREDITANDO QUE FORAM EXTRAVIADOS POR OCASIÃO DA NOMEAÇÃO DO ADMINISTRADOR, RAZÃO PELA QUAL DESEJA REGISTRAR OS FATOS. NADA MAIS."

36) Intimado em 09/08/2012 para refazer o livros, pois informou na DIPJ do ano-calendário 2008 que faz a escrituração em meio magnético, respondeu em 16/08/2012 que não possui a escrituração em meio magnético referente ao ano 2008 em razão de ter formatado seus computadores e as informações referem-se a lançamentos efetuados há mais de quatro anos.

37) Constatamos no Processo nº 1234/92, da 2ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba Estado de São Paulo (fls. 32 a 48 do PAF digital), no Relatório Preliminar de Administração Judicial da empresa New York Plaza Shopping Ltda., do administrador judicial Senhor João Serafim Vieira, datado de 24/02/2011, os relatos das diligências.

37.1 - Foi relatado na, 5ª Diligência, de 03/02/2011, (...) "Em resposta foram tão somente entregues cópias de fichas de lançamentos contábeis dos meses de julho a dezembro de 2010 assim como o balancete de verificação do período de janeiro a dezembro de 2010 sendo que tal balancete encontra-se em fase de conciliação contábil, segundo o Senhor Durval" (...); (fls. 39/40)

37.2 - Transcrevemos a: (fls. 41/42) "10ª Diligência, Notificação dos contadores Durval Pinheiro Filho e Sinval Francisco Moreira para entrega dos documentos; Foram notificados os contadores Durval Pinheiro Filho e Sinval Francisco Moreira, em seus respectivos escritórios, para o fornecimento dos seguintes documentos:

- a) Documentos de constituição da empresa: Contrato Social de constituição e todas as alterações posteriores;
- b) Cópias dos alvarás de bombeiro e funcionamento da Prefeitura Municipal de Araçatuba;
- c) Balanço patrimonial em 31/12/2011;
- d) Livros fiscais;
- e) Livros diário e razão de 2010;
- f) Livro ou fichas de registro de funcionários;
- g) folha de pagamento competência 12 e 13/2010;
- h) RAIS 2010"

37.3 – O Plano de Administração, datado de 25/02/2011, do administrador judicial Senhor João Serafim Vieira, no tópico "Resultado apurados no Relatório" faz menção somente ao Balancete Patrimonial do ano 2010. (fls. 35)

37.4 – Concluí o Juiz no 3º parágrafo, datado de 06/04/2011, do Processo nº 1.234/92, (...) "Ora, estas provas demonstram que a administração do NEW YORK PLAZA SHOPPING LTDA com demonstrativos contábeis que não retratam a verdade furta-se à ação da Justiça e Fisco, porquanto ao lançar os valores recebidos a título de aluguel como condomínio evita a penhora dos aluguéis, bem como a ação da Receita Federal quanto à tributação sobre a renda dos mencionados aluguéis." (despacho fls. 47)

37.5 – Constatamos que o funcionário Durval Pinheiro Filho, indicado pelo sujeito passivo em 13/01/2012 para atender a fiscalização, é o seu contador, conforme descrito no Relatório Preliminar de Administração Judicial da empresa New York Plaza Shopping Ltda., do administrador judicial Senhor João Serafim Vieira, datado de 24/02/2011, nas Diligências; 2ª Diligência, 3ª Diligência, 4ª Diligência, 5ª Diligência e 10ª Diligência. (fls. 37 a 42)

38) Conforme Plano de Administração, de 25/02/2011, Relatório Preliminar de Administração Judicial da Empresa New York Plaza Shopping Ltda., de 24/02/2011 e despacho do Juiz no Processo 1.234/92, de 06/04/2011 (fls. 33 a 45), constatamos que a auditoria do administrador judicial, iniciou-se a partir do ano 2010, também, conforme resposta do sujeito passivo datada de 27/03/2012 no 2º parágrafo, informa que a nomeação do administrador judicial ocorreu em março de 2011. Pelos fatos acima descritos, concluímos que os documentos e Livros, do ano-calendário 2008, solicitados pela fiscalização não foram entregues ao administrador judicial.

39) Assim, justifica-se a aplicação da multa qualificada, tipificada no artigo 44, parágrafo 1º da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007.

40) Concomitantemente com a lavratura deste auto de infração, e em conformidade com o Decreto nº 2.730/98, de 10/08/1998 e na Portaria RFB n.º 2.439, de 21 de dezembro de 2010, está sendo formalizado Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público Federal, para as providências que julgar cabíveis.

Desta forma, deve permanecer a qualificação da multa de ofício no patamar de 150%, com base artigo 44, inciso I e §1º da Lei nº 9.430/96.

Por fim, o pleito para a modificação do nome da senhora Luciana Sad Buchala Andorfato, não se trata de razão recursal a ser apreciadas nestes autos, devendo ser apresentado à autoridade administrativa na forma de pedido de alteração cadastral.

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial aos recursos para manter o crédito tributário e afastar a reponsabilidade dos senhores Klauss Martin Andorfato e Neuclair Rizzato Ribeiro.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa