



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

Processo nº 15956.000558/2010-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.754 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2012
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas
Recorrente SUPERMERCADO ROCHA & ROCHA LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996. Os valores dos depósitos cuja origem houver sido comprovada e que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente.

ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO. ATIVIDADE VINCULADA. REJEIÇÃO.

Os órgãos administrativos da Administração Pública exercem atividade vinculada, com estrita observância dos atos praticados pelo Poder Executivo e das leis promulgadas pelo Poder Legislativo, falecendo-lhes competência para apreciar arguições de ilegalidade/inconstitucionalidade de lei, atribuição esta privativa do Poder Judiciário.

SÓCIO ADMINISTRADOR. ARTIGO 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE PESSOAL E EXCLUSIVA.

A responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do CTN, é pessoal e exclusiva do sócio administrador que age em exacerbação de poderes ou em contrariedade à lei ou aos atos constitutivos. Descabe o Fisco pugnar pela solidariedade deste com a pessoa jurídica, arrimado no dispositivo legal citado, mormente quando inexistir demonstração cabal de circunstância autorizativa dessa responsabilização, inconfundível com a mera apuração de

omissão de receitas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/2001

Autenticado digitalmente em 03/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 14/07/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 03/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/08/2013 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 27/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

SIMPLES. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL.

Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que, na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite legal.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. INAPLICABILIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA EM DECISÃO AINDA NÃO DEFINITIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Deve ser aplicada a legislação questionada no âmbito do Supremo Tribunal Federal enquanto não definitiva a decisão de mérito que venha a afastá-la.

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RECEITA REITERADA. OPERAÇÕES MERCANTIS. VALORES SIGNIFICATIVOS. CONTAS BANCÁRIAS NÃO CONTABILIZADAS E MOVIMENTADAS PELOS GERENTES DA SOCIEDADE. EVIDÊNCIAS DE FRAUDE. Correta a qualificação da penalidade quando a autoridade lançadora demonstra que a contribuinte fiscalizada omitiu reiteradamente valores significativos de receitas decorrentes de operações mercantis, deixando de escriturar as contas bancárias correspondentes, e assim declarando ao Fisco valores mínimos de receitas auferidas para manter sua opção pelo regime simplificado de recolhimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, em preliminar: 1) por maioria de votos, AFASTAR a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga; 2) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, acompanhado pelo Conselheiro José Ricardo da Silva, e designando-se para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e no mérito: 1) relativamente ao recurso voluntário de Supermercado Rocha & Rocha Ltda, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Junior, acompanhado pelo Conselheiro José Ricardo da Silva, designando-se para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa; 2) relativamente aos recursos voluntários dos responsáveis tributários, por maioria de votos, ANULAR os termos de sujeição passiva solidária, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que fez declaração de voto.

VALMAR FONSECA DE MENEZES

Presidente

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

Relator

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Valmar Fonseca de Menezes (presidente), Benedicto Celso Benício Júnior, Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Nara Cristina Takeda Taga e José Ricardo da Silva (vice-presidente).

Relatório

Contra o contribuinte acima identificado foram lavrados autos de infração exigindo tributos e contribuições que integram o Simples, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), no valor de R\$ 61.321,61 (fl. 1220); Contribuição para o PIS, no valor de R\$ 44.950,36 (fl. 1234); Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de R\$ 61.321,61 (fl. 1248); Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), de R\$ 180.314,69 (fl. 1262); e Contribuição para Seguridade Social (INSS), de R\$ 521.862,26 (fl. 1276); acrescidos de juros de mora e de multa de ofício, perfazendo o crédito tributário de R\$ 2.253.015,85 (fl. 01), em virtude das seguintes irregularidades:

1 - Omissão de receitas não escrituradas;

2 - Omissão de receita caracterizada por depósitos/créditos bancários de origem não comprovada, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; e

3 - Insuficiência de recolhimento, apurada em decorrência da majoração de alíquotas progressivas, em razão dos valores da receita omitida.

Em procedimento fiscal de diligência instaurado em cumprimento a determinação contida no Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810900-200901496-6, a empresa foi intimada ("Termo de Intimação Fiscal SEFIS nº 139/2009 - fls. 50/51), em 15.10.2009, a apresentar, de imediato, cópia do contrato social - e alterações -, livros Diário, Razão, Caixa, Registros de Entrada e de Saídas de Mercadorias, Registro de Apuração de ICMS e de IPI, entre outros, relativamente ao período de 01.01.2006 a 31.12.2006.

Consta, às fls. 52/53 que o contribuinte apresentou os documentos ali relacionados.

Conforme Termo de Encerramento Fiscal (fls. 12941319), o contribuinte, no ano de 2006, era optante pelo Simples Federal (fl. 874) e dele foi excluído em 30.06.2007, conforme consulta nos Sistemas da Receita Federal do Brasil (fl. 05).

O contribuinte informou, na Declaração Simplificada relativa ao ano-calendário de 2006 (fls. 32/49), receita bruta anual de R\$ 896.011,19 e, conforme dossiê integrado juntado as fl. 15/29, no mesmo ano, a empresa teve uma movimentação financeira da ordem de R\$ 8.754.405,32 (fl. 15).

Tendo em vista a incompatibilidade entre movimentação financeira e a receita informada na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, o procedimento de diligência foi transformado em fiscalização, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.1.09.00-2010-01562-8 (fl. 874).

Em cumprimento ao MPF, deu-se início ao procedimento fiscal, em 28.10.2009, com a ciência do Termo de Início (AR de fl. 04), por meio do qual foi o contribuinte intimado a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, o livro Diário, o livro Caixa e os extratos das contas bancárias, em papel e em meio digital, relativamente ao período de 01.01.2006 a 31.12.2006.

Não tendo o contribuinte atendido à intimação, foi expedida nova intimação (fl. 69), em 04.12.2009, para o mesmo fim, a qual foi encaminhada via postal para o endereço do contribuinte e devolvida com a informação "Mudou-se" e "Ausente" (fl. 72). Em 16.12.2006, foi dada ciência ao sócio da empresa, José Renato Rocha, do Termo de Reintimação Fiscal SEFIS nº 262 (fls. 73/74). Em 06.01.2010, a empresa protocolou pedido de prorrogação de prazo por mais 60 dias (fl. 75) para apresentar os extratos bancários e informou que o livro Diário e o livro Caixa já haviam sido entregues em atendimento à intimação fiscal SEFIS nº 139/2009. Em 26/02/2010, por meio do protocolo de fl. 277, o contribuinte apresentou os extratos bancários dos bancos Bradesco (fls. 368/453), Caixa Econômica Federal (fls. 278/338) e Nossa Caixa (fls. 339/367), todos em nome da matriz da fiscalizada.

Analisando os livros e documentos apresentados, relativos à matriz e à filial, a Fiscalização constatou que a empresa escriturou como receitas de vendas, em seus assentamentos contábeis, o valor total de R\$ 896.011,19, o qual foi declarado à Receita Federal do Brasil, com a emissão das respectivas notas fiscais. Verificou-se também que a única conta bancária escriturada foi a mantida na Caixa Econômica Federal, em nome da matriz e que outras sete contas não foram escrituradas, nem no livro Razão da matriz (fl. 129), nem no da filial (fls. 223).

Constatado que a empresa não apresentou a totalidade dos extratos bancários, e que estes eram imprescindíveis para se apurar a base de cálculos dos tributos e contribuições, foram emitidas Solicitações de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF) para os bancos Banespa e Banco Santander Brasil S.A. De posse dos extratos bancários, a Fiscalização, depois de excluir os valores que entendeu serem relativos as transferências entre contas de titularidade da empresa, os estornos de débitos, empréstimos e demais valores não decorrentes da atividade comercial da empresa, elaborou as planilhas de fls. 624/713, nas quais foram relacionados os demais créditos/depósitos bancários, no total de R\$ 6.411.333,91 (soma total das planilhas de 01 a 10).

Segundo a Fiscalização (fl. 1301), deste total, R\$ 3.591.006,34 (planilha 11 - fl. 1290) seriam provenientes de operações de cobranças bancárias, desconto de títulos, cartões de créditos, adiantamentos de cartão de créditos e de recebimentos de clientes, e R\$ 2.820.327,57 (planilha 11 - fl. 1290) corresponderiam principalmente a depósitos em cheque/dinheiro e transferências (DOC, TED e outros).

Essas constatações e conclusões foram relatadas no "Termo de Constatação e Intimação Fiscal SEFIS de 08/10/2010", do qual o contribuinte tomou ciência em 08/10/2010. Por meio do citado Termo, este foi intimado a apresentar, no

prazo de 10 (dez) dias, a comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações. Foi esclarecido que eventuais transferências entre contas do próprio contribuinte, que não tenham sido excluídas, poderiam ser, mediante a apresentação de solicitação formal, acompanhada de demonstrativo e da documentação pertinente. Solicitada prorrogação de prazo, esta foi concedida até 08.11.2010.

O contribuinte ainda foi intimado a informar o nome das pessoas que sacaram cheques emitidos pela fiscalizada na boca do caixa, conforme relação anexa à intimação (fls. 714/718), e apresentar "cópia dos cheques" (espelhos dos cheques) e comprovar que de fato os valores sacados foram empregados nas operações para pagamentos de despesas, custos, encargos e outros, em benefício da pessoa jurídica fiscalizada.

Segundo o Termo de Encerramento (fl. 1302), o contribuinte não atendeu à. Intimação. Porém, em 24.11.2010, em atendimento à RMF, o Banco Bradesco forneceu cópia.(fls. 904/954) dos cheques assinados pelas pessoas José Renato Rocha, Elaine Maria Rocha e Paulo Eduardo Rocha, da c/c 23.364-1, agência 0392, em nome da matriz, bem assim cópia (fls. 996/1010) dos cheques assinados pelas mesmas pessoas, tendo como beneficiário os próprios emitentes (cheques sacados na "boca do Caixa"). O Banco Bradesco também forneceu cópia (fl. 955/995) dos cheques assinados pelo Sr. João Domingos Rocha, gerente da filial de Monte Alto, da c/c 38.692-8, agência 0260, e cópia (fls. 1011/1197) dos cheques assinados pela mesma pessoa, tendo como beneficiário o próprio emitente (cheques sacados na "boca do caixa"). Segundo o mesmo Termo, o contribuinte não se manifestou, nem apresentou documentos comprobatórios da origem dos valores creditados em suas contas correntes, nem respondeu aos quesitos a respeito dos valores "sacados na boca de caixa".

Ao analisar os depósitos bancários não escriturados, a Fiscalização verificou que alguns dos depósitos, no montante de R\$ 3.520.919,15, pelos seus históricos, correspondiam a créditos decorrentes de operação de descontos, crédito de operação de cobrança e, ainda, créditos relativos a pagamento feito por clientes mediante cartão de crédito, os quais só poderiam ser decorrentes de operações comerciais (venda de produto no supermercado). Esses créditos/depósitos foram relacionados na planilha 13, à fl. 1292, intitulada de "Relação de valores lançados a créditos nas contas-correntes não escrituradas pela empresa fiscalizada, considerados pelo fisco como receitas omitidas cujos respectivos créditos tem histórico com natureza de atividade mercantil" e foram objeto de lançamento por omissão de receita na infração "receitas não escrituradas". Sobre os tributos e contribuições apurados em razão dessa infração foi aplicada a multa qualificada de 150%, com fulcro no art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, por entender a autoridade fiscal que estaria caracterizada a prática de sonegação fiscal.

Os demais créditos que não foram ou que não puderam ter sua origem comprovada, no montante de **RS 2.623.260,58**, relacionados na planilha 14 à fl. 1293, intitulada de "Relação de valores lançados a créditos nas contas-correntes não escrituradas e de origem não comprovada pela empresa fiscalizada considerados pelo fisco como receitas omitidas, cujos respectivos créditos tem históricos com natureza diversas (DOC's, TED's. Depósitos em cheques, etc.) foram objeto de lançamento por omissão ,de receita com base na presunção legal de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, na infração "depósitos bancários não escriturados". Sobre os tributos e contribuições apurados em razão dessa infração foi aplicada a multa de 75%, com fulcro no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva em nome de José Renato Rocha (fls. 1330/1332), Elaine Maria Rocha Botta (fls. 1321/1323), João Domingos Rocha (fls. 1324/1326) e Paulo Eduardo Rocha (fls. 1327/1329), por entender a autoridade fiscal que, pelas razões explicitadas no Termo de Encerramento (fls. 1308/1313), estaria caracterizado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, nos termos do art. 124, I, do Código Tributário Nacional (CTN), e, ainda, caracterizada a responsabilidade pessoal, em função de essas pessoas exercerem a administração da empresa, nos termos do art. 135, III, do mesmo código.

Também foram feitas 03 (três) representações, uma visando a exclusão da empresa do Simples Federal, a partir de 01.01.2007, por ter incorrido na hipótese de exclusão prevista no art. 14, I, da Lei nº 9.317, de 1996, outra para exclusão do Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, e outra para fins penais.

Inconformada, a empresa, por intermédio de seu procurador Luiz Carlos Almado, e os sócios, estes indicados no auto de infração como sujeitos passivos solidários, apresentaram a impugnação de fls. 1338/1366, alegando, com relação ao auto de infração, que a simples aferição da movimentação bancária não pode se constituir em base de cálculo de tributos; que não ocorreu a alegada prática de infração por omissão de receita, com base em sua movimentação financeira; que sempre observou toda a norma fiscal e tributária vigente à época, - inclusive as relativas às práticas comerciais, sendo inaceitável impor as penalidades severas da lei, quando, sem dolo ou má-fé, manteve-se fielmente no curso do cumprimento legislação fiscal, razão pela qual a decretação da insubsistência do auto de infração seria medida de justiça fiscal. Acrescentou que não há como identificar os depósitos bancários como receita tributável, pois entre eles existem valores que correspondem a cheques devolvidos, desconto de cheques "pré-datados", além de que as decisões administrativas incorporam o entendimento de que a simples movimentação bancária não produz o condão de determinar base de cálculo de tributos.

Com relação a exclusão do Simples a partir de 01.01.2007, alegou que não concorda com a exclusão tendo como fundamento receita bruta no ano-calendário de 2006, superior a R\$ 2.400.000,00 porque trata-se de uma presunção fiscal e, além disso, resta impossível a retroatividade dos efeitos da exclusão do Simples em razão do ordenamento jurídico pátrio e do princípio da segurança jurídica, conforme julgados, e que a exclusão do Simples só gerar efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da publicação oficial do trânsito em julgado da decisão administrativa que eventualmente excluir a contribuinte da condição de empresa de pequeno porte.

Com relação à responsabilidade solidária, alegou que a inclusão dos sócios, gerentes e procuradores no polo passivo não encontra guarida na legislação vigente, já que não ocorreu qualquer das hipóteses elencadas no art. 135 do CTN, citando decisão judicial para concluir que "antes de definitiva condenação dos sócios, gerentes, diretores, administradores/procuradores, por atos ou fatos maculados de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos dos mesmos no polo passivo de qualquer ação ou procedimento de cobrança de crédito tributário, caracterizar-se-á como mera presunção da autoridade lançadora.

Por fim, requereu que seja decretada a insubsistência do auto de infração e, caso não seja este o entendimento, que seja excluída a responsabilidade 'das pessoas relacionadas e que a multa seja reduzida em 50%.

As impugnações apresentadas foram indeferidas pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto / SP, consoante exegese assim ementada:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996. Os valores dos depósitos cuja origem houver sido comprovada e que não houverem sido computados na base de Cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão As normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida As regras de tributação do SIMPLES, já que dele não hayer a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados 'de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

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

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Comprovado que, no exercício de sua administração praticara os sócios, gerentes ou representantes da pessoa jurídica atos com excesso de poderes ou infração de lei, tipificada estará a sua responsabilidade solidária prescrita pelo art. 135 do Código Tributário Nacional.

SIMPLES. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL.

Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que, na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite legal.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.”

Cientificados do acórdão, por meio de edital afixado entre 15.09.2011 e 30.09.2011, os recorrente interpuseram Recursos Voluntários idênticos a este colegiado, em 22.09.2011, repisando, em síntese, os argumentos aduzidos na esfera de julgamento antecedente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator:

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais para seu seguimento. Dele, portanto, conheço.

Em vista da multiplicidade dos tópicos cuidados no presente julgamento, dividirei o voto em subitens, com vistas a uma abordagem mais pedagógica.

(1) Da impossibilidade de manutenção de lançamentos oficiosos arrimados em extratos bancários coligidos mediante emissão de RMF's

A apuração fiscal em estudo foi feita, em grande parte, a partir da verificação de valores de depósitos / créditos bancários injustificados, não explanados documentalmente e não declarados pelo contribuinte. Tais averiguações foram, substancialmente, realizadas mediante cotejamento de extratos bancários e títulos de crédito obtidos, pela Fazenda, junto às instituições financeiras pertinentes, em atendimento a Requisições de Informação sobre Movimentações Financeiras – RMF's.

O fato está descrito, explicitamente, no Termo de Encerramento Fiscal (fl. 1300):

“Tendo em vista que a contribuinte não apresentou em sua totalidade os extratos das contas-correntes em seu nome junto às instituições financeiras (da matriz e da filial), solicitados desde 28/10/2009 (fls.04); e que a receita bruta declarada é incompatível com a movimentação financeira e ainda que os extratos bancários são imprescindíveis para se apurar a receita bruta (base de cálculo do impostos e contribuições- SIMPLES), a fiscalização, devidamente motivada, requisitou junto As instituições financeiras, mediante a SOLICITAÇÃO DE EMISSÃO DE REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF), a movimentação financeira da contribuinte, das contas restantes, de valor relevante para o fisco, quais sejam, BRADESCO (R\$ 1.981.883,34- filial-fls. 21), BANESPA (R\$ 723.047,14 – matriz - fls.18) e BANCO SANTANDER BRASIL S A (R\$ 88.574,04- matriz - fls. 19). Verificou-se mais tarde que os extratos enviados do BANESPA e BANCO SANTANDER BRASIL S A, referiam-se a mesma conta-corrente (fls. 474/511 e fls. 518/554).”

Neste contexto, importa destacar que referida matéria encontra-se afetada a sistemática de repercussão geral do art. 543-B do CPC, por meio do RE nº 601.314. Não obstante citada afetação, a Portaria CARF nº 1, de 06 de janeiro de 2012, ao dispor sobre o procedimento de sobrestamento dos processos administrativos em trâmite no CARF, determinou que este somente deve ser aplicado nas hipóteses em que houver, comprovadamente, sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o sobrestamento de Recursos Extraordinários que versem sobre matéria idêntica àquela debatida na Suprema Corte.

Assim, segundo a Portaria, não basta o reconhecimento da repercussão geral sobre determinada matéria; é necessário que o Supremo tenha explicitamente determinado o sobrestamento dos demais processos que versam sobre a questão jurídica.

Como tal fato não restou comprovado nos presente autos, não vejo impedimento ao julgamento do presente lançamento quanto a este aspecto. Isto posto passo às considerações.

Em meu entendimento, o comportamento fazendário é ilítimo. O contribuinte não está obrigado a apresentar, ao Fisco, extratos de suas contas correntes e de depósito. O “sigilo bancário”, afinal, é corolário do sigilo de dados e do direito à intimidade, que só podem ser excepcionados em situações tipificadas pelo texto constitucional e pela legislação de regência. Similarmente, não pode a autoridade fazendária intentar obter tais informações por conta própria, encaminhado às instituições financeiras as famigeradas Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMF’s.

Vale pisar, nesse ponto, que a quebra do sigilo bancário, em meu sentir, só se legitima na hipótese de existência de determinação judicial, prolatada no curso de procedimento administrativo fiscal instaurado, e desde que haja exposição firme e clara da imperiosidade da adoção desta extrema medida. A Lei Complementar nº 105/01, nesse sentido, deve ser lida em consonância com o espírito do Texto Maior, sob pena de se admitir que a Fazenda, a seu livre talante, usurpe competência judicial, obtendo informações sigilosas junto às instituições financeiras, sem que sequer haja indícios prévios da existência de infração à ordem tributária.

Resta cediço, portanto, que devem ser cancelados os lançamentos, porquanto nulos. Calcam eles, afinal, fundamento em averiguações fiscais realizadas à margem da legalidade, procedidas mediante quebra de sigilo fiscal não arrimada em provimento judicial. Creio que tal prática, embora usual, não pode ser admitida, dado que inconstitucional.

Nesse sentido já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos moldes do aresto prolatado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 389.808, assim ementado:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-

tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

Em tal cenário, para fins de afastamento dos ditames da Lei Complementar nº 105/01, faz-se aplicável, destarte, o estatuído pelo artigo 26-A, § 6º, inciso I, do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...).”

Parece imperioso, assim, o acolhimento de preliminar nulidade, determinado-se o total cancelamento do auto de infração.

Sem prejuízo disso, acaso este não seja o entendimento de meus pares, passo à análise do mérito das autuações, superado o debate da legalidade da obtenção de informações financeiras por intermédio da emissão de RMF's.

(2) Da possibilidade de lançamento amparado em constatação de depósitos bancários não escriturados e injustificados. Da presunção omissiva do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Como se explanou, os lançamentos em debate foram formalizados a partir da apuração de depósitos bancários não escriturados, em montantes muito superiores à receita bruta declarada para o período.

O sujeito passivo se bate pela suposta impossibilidade de o Fisco arrimar exigências oficiosas em averiguações de depósitos bancários não escriturados, sem prévia segregação daquilo que representa, efetivamente, acréscimo patrimonial da autuada.

Consoante se deduz do Termo de Encerramento Fiscal (fls. 1294/1319), a análise da movimentação bancária da autuada, feita a partir de extratos fornecidos pela própria e pelas correlatas instituições financeiras, levou à apuração, no ano-calendário de 2006, de creditamentos equivalentes a R\$ 7.040.190,92 (sete milhões, quarenta mil, cento e noventa reais e noventa e dois centavos), assim compostos:

i) R\$ 896.011,19 de receita declarada;

ii) R\$ 3.520.919,15 de receita omitida, atrelada a depósitos bancários cuja origem se descobriu, vinculada à atividade operacional do contribuinte; e

iii) R\$ 2.623.260,58 de receita omitida, relacionada a depósitos bancários de origem desconhecida.

Intimada a comprovar a origem dos ativos relativos ao item iii), suso relacionado, a peticionária se quedou silente. Fez-se aperfeiçoar, assim, a presunção de omissão de receitas esculpida pelo artigo 42, *caput*, da Lei nº 9.430/96:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

O comando legislativo em epígrafe é claro: a constatação de creditamentos em contas bancárias do contribuinte, mormente quando não escriturados, denota omissão de receitas, salvo se o sujeito passivo, mediante juntada de documentação hábil e idônea, demonstrar a origem de tais valores. Trata-se, pois, de presunção *iuris tantum*, que só pode ser defenestrada na hipótese de o contribuinte elucidar as origens dos recursos, de maneira indubitável.

O mecanismo previsto no citado permissivo opera, em favor do Fisco, a possibilidade de inverter o ônus da prova da sonegação. Noutras palavras, para que a omissão se verifique, incumbe à Fazenda, tão-somente, demonstrar terem ocorrido recebimentos de valores de origem documentalmente não explanada. Fica a cargo do contribuinte, com isso, provar que ditos ingressos não foram omitidos na apuração do lucro tributável.

No presente caso, logrou a Fazenda indicar, com precisão, a omissão de rendimentos. Caberia à recorrente, e somente a ela, impugnar a tributação dos importes bancários constatados. Não havendo cabal demonstração, pela via documental, das origens destas receitas, vigora, em prol do Fisco, o benefício da dúvida.

Os valores depositados, não declarados, foram, escorreitamente, reputados como sonegados, dada a incapacidade da recorrente de provar noutro sentido. Logo, sobre eles se computou os tributos incidentes, derivada da extrusão da interessada perante os regimes do Simples Federal e Nacional.

Nada há a se retificar no trabalho lançador, portanto, no que se refere às exigências formalizadas sobre os valores sob escólio.

(3) Da qualificação das multas de ofício aplicadas aos lançamentos decorrentes da apuração de depósitos bancários justificados, derivados da atividade operacional da recorrente

O Fisco cominou, a parcela dos valores de principal formalizados, arrematados em depósitos bancários de procedência explicada, oriunda da atividade operacional da sociedade, multa de ofício qualificada, à taxa de 150% (cento e cinquenta por cento), forte no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, em virtude da alegação de que o sujeito passivo intentou, deliberadamente, sonegar os rendimentos:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

Sobre o assunto, antevejo, contudo, necessidade de retoque do labor lançador.

A qualificação da multa de ofício encontra lugar, na forma do artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, adiante reproduzido, somente nos casos em que reste caracterizada a prática dos delitos capitulados pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Os tipos infracionais em foco, para sua confirmação, denotam dolo sonegatório específico, que não se confunde com a mera assunção de situações de omissão de receitas. Dizendo o mesmo de outra forma, para que se subsuma determinada conduta infratora aos tipos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, é essencial que o Fisco colija provas que demonstrem, suficientemente, intuito fraudulento por parte do sujeito passivo, operador de mecanismos que busquem lesar o erário público.

A qualificação da multa oficiosa, nestes termos, só se sustenta se houver, nos autos, elementos que agravem a mera omissão de receitas. A simples colocação de rendimentos à margem da incidência fiscal não sustenta a qualificação da pena, nos termos sedimentados por este colegiado:

“Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.”

A prova de esquema fraudulento ou doloso deve ser robusta, suficiente e aguda, sob pena de não se admitir a cominação da multa qualificada. Assim, entendo pela minoração das multas aplicadas, de maneira a que todas guardem o importe de 75% (setenta e cinco por cento).

(4) Da exclusão do contribuinte junto ao Simples

Mantidos os lançamentos perpetrados, acaso entendida como correta a forma de apuração das receitas tributáveis omitidas, presumidas ou não, certo é o reconhecimento da legitimidade do desenquadramento da sociedade perante o Simples, a rigor do artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta 'superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);”

Os recorrentes não suscitaram argumentos que, de fato, pudessem se opor ao desenquadramento engendrado. Todas as ilações foram ofertadas de modo genérico e insubsistente, voltadas a atacar o próprio procedimento de apuração de omissão de receitas em si.

O debate sobre o termo de início dos efeitos da exclusão, por sua vez, também é de fácil solução. O artigo 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/96 bem determinava a respeito:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES, nas condições de que tratam os arts. 13 e 14, surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;”

Não há celeumas, portanto, na declaração do desenquadramento a partir de 01.01.2007. Não cabe a esse colegiado, como melhor se exporá abaixo, debater a constitucionalidade da legislação tributária.

(5) Da discussão respeitante à constitucionalidade ou à ilegalidade das normas tributárias.

A recorrente ventila, ainda, uma série de argumentos destinados a questionar a constitucionalidade das leis fiscais, no que tange aos consectários moratórios e punitivos lançados em seu desfavor, banda uma, e ao procedimento de fiscalização em si, banda outra.

Mais uma vez, reservamo-nos o direito de tratar laconicamente do assunto. Não custa pisar que os órgãos administrativos têm atuação estritamente vinculada à lei. Resta vedado, pois, tanto à Receita Federal, de um lado, quanto a este conselho, de outro, deixar de aplicar as normas tributárias vigentes, ainda que, em tese, possam elas estar eivadas de invalidez.

Cabe ao Poder Legislativo, de forma prévia, ou ao Poder Judiciário, *a posteriori*, perscrutar pela adequação das leis ao sistema de normas gerais e de princípios construído em sede constitucional ou infraconstitucional. Este colegiado, na qualidade de autoridade administrativa, só pode zelar pela observância das normas em vigor, sem analisar sua pertinência sistêmica.

Traga-se à baila, a respeito, o enunciado da elucidativa Súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Este entendimento, reitere-se, é particularmente aplicável ao estudo do momento de início de vigência dos efeitos da extrusão do contribuinte junto ao Simples, consoante acima se explanou.

(6) Da responsabilidade solidária dos sócios administradores e gerentes

O agente lançador, ao lavrar os autos de infração ora guerreados, houve por bem imputar, aos sócios administradores e gerentes da pessoa jurídica – José Renato Rocha (fls. 1330/1332), Elaine Maria Rocha Botta (fls. 1321/1323), João Domingos Rocha (fls. 1324/1326) e Paulo Eduardo Rocha (fls. 1327/1329) –, responsabilidade solidária, nos alegados termos do artigo 135, inciso III, do CTN:

“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.”

Ocorre, em primeiro lugar, que, em meu sentir, a responsabilidade esculpida pelo artigo 135 do CTN é exclusiva, e não solidária. Nesse sentido, o comando normativo em epígrafe, ao dispor sobre a possibilidade de os diretores e gerentes responderem pelos débitos tributários, prescreve pessoalidade, e não concomitância.

De fato, as pessoas arroladas no estresido artigo adquirem responsabilidade pessoal à medida que praticam atos com excesso de poderes ou em infração à lei e aos atos constitutivos da pessoa jurídica. Ao extrapolarem o mister de gerência e de representação da sociedade, os referidos sujeitos acabam por suportar, em lugar da sociedade, os reflexos da infração fiscal a que deram exclusiva causa.

Logo, se o Fisco intentar atribuir responsabilidade aos citados administradores, não poderia, logicamente, autuar a pessoa jurídica, face ao disposto no artigo 135, III, do CTN.

A menção ao artigo 124, inciso I, do *Codex* não altera esse cenário, eis que esse preceito sequer devesse se aplicar, haja vista não se poder vislumbrar de qualquer interesse comum na situação constitutiva dos fatos geradores da obrigação. Salvo contrário, estar-se-ia dirimindo, insidiosamente, a autonomia da personalidade jurídica, fazendo confundir esta com os interesses dos sócios administradores.

De toda maneira, creio não ser o caso de aplicação da responsabilização pessoal dos gerentes. Não há, no caso, demonstração de que estes agiram em efetiva exacerbação de seus poderes contratuais ou estatutários, de forma deliberada.

Não é a simples omissão de receitas que poderá constituir autorização para a cominação da regra do artigo 135 do CTN. Imaginar que os sócios administradores possam responder por quaisquer créditos fiscais derivados de omissão de receitas significaria expandir sobremaneira o alcance do preceito em estudo. A responsabilização dos sócios, por pessoal, operada nessas condições, levaria à insidiosa interpretação de que a pessoa jurídica jamais responderia por passivos lançados por força de averiguação de rendimentos sonegados. A clandestinação parcial das bases de cálculo, fosse entendida sempre como fruto de atividade gerencial “resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, levaria à impunidade potencial da pessoa jurídica e, em última análise, ao esvaziamento da independência patrimonial desta.

Ratifica nosso posicionamento o fato de parte das exigências em debate terem fulcro em simples presunção omissiva, encampada pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96. Inexistindo prova direta da infração, não há que se falar, obviamente, em demonstração das circunstâncias permissivas da responsabilização pessoal, necessariamente atreladas a dolo específico dos administradores.

Não visualizado, pois, espaço para a responsabilização solidária pretendida.

(7) Parte dispositiva

Isto posto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para: i) minorar as multas de ofício cominadas, até o importe de 75% (setenta e cinco por cento) dos principais lançados; e ii) excluir, do polo passivo da autuação, os sócios administradores ou gerentes, remanescendo naquele apenas a pessoa jurídica autuada.

Sala das Sessões, em 14 de junho de 2012

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

Relator

(assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES

Presidente

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Cabe aqui expressar as razões de decidir relativamente aos dois pontos nos quais o I. Conselheiro Relator restou vencido:

1) Validade do lançamento em razão da utilização de informações requisitadas às instituições financeiras (RMF):

A movimentação financeira da contribuinte foi obtida mediante requisição de informações às instituições financeiras, procedimento fundamentado no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

E o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte ementa:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Por estas razões, subsiste legítimo o procedimento para obtenção das provas que subsidiam a presente exigência, e, por consequência, válido é o lançamento.

2) Cabimento da multa de ofício qualificada:

Entendeu o I. Relator que a qualificação da multa de ofício deveria ser afastada, pois, *os tipos infracionais em foco, para sua confirmação, denotam dolo sonegatório específico, que não se confunde com a mera assunção de situações de omissão de receitas. Reputou necessárias provas que demonstrem, suficientemente, intuito fraudulento por parte do sujeito passivo, operador de mecanismos que busquem lesar o erário público, provas estas que agravem a mera omissão de receitas.*

Disse a autoridade lançadora:

*Demonstrou-se ao longo dos autos e pelos recortes legais, acima em destaque, que a fiscalizada cometeu crime contra a ordem tributária, incorrendo na prática de sonegação fiscal, ao omitir das apurações mensais da tributação para o SIMPLES grande parte das receitas auferidas (em média da ordem de 6,86 vezes ao do valor declarado fls. 1292/1293) em cada um dos doze meses do ano calendário de 2006 com a intenção dolosa de se manter enquadrada neste regime simplificado e favorecido de tributação com intuito de suprimir e reduzir o pagamento dos tributos. **A linha de sonegação adotada pela fiscalizada foi NÃO DECLARAR À SRFB 87,27% (fls.1292) da TOTALIDADE DAS RECEITAS AUFERIDAS e realizar vendas sem emissão de documentos fiscais sendo afastada a possibilidade de que a omissão praticada tenha ocorrido por erro, pois a conduta de omissão de receitas, que implicou a apuração e o recolhimento a menor da contribuição para o SIMPLES foi observada para todos os meses do ano de 2006 e confirmada pela apresentação da DIPJ/SIMPLES de 2007 ano-calendário 2006.***

44- A pessoas físicas: Sr. José Renato Rocha, Sra Elaine Maria Rocha Botta, Sr. Paulo Eduardo Rocha bem como do gerente do estabelecimento da filial da empresa localizada em Monte Alto-SP, o Sr. João Domingos Rocha tinham conhecimento da existência e administravam as contas-correntes que não foram escrituradas nos livros exigidos por Lei Fiscal (caixa ou diário/razão), que servem para apurar a base de cálculo dos tributos contidos no sistema SIMPLES de tributação. Agindo desta forma fraudaram os documentos, exigidos por Lei Fiscal, com o intuito de suprimir e reduzir o recolhimento de tributos.

Dentre outros aspectos, a autoridade lançadora destacou: 1) que a contribuinte *declarou a Receita Federal do Brasil, receita bruta anual de R\$ 896.011,19 (fls. 45) e teve movimentação financeira da ordem de R\$ 8.754.405,32 (fls. 15) (= 9,8 x receita declarada)*, 2) que os livros contábeis expressavam o mesmo valor de receita declarada e abrangiam apenas uma das contas bancárias movimentadas no período fiscalizado; e 3) que os depósitos bancários equivalentes a *R\$ 3.591.006,34 (ver planilha 11 As fls.1290) são provenientes de operações de cobranças bancárias, desconto de títulos, cartões de créditos,*

adiantamentos de cartão de créditos e de recebimentos de cliente, evidenciando operações comerciais não escrituradas ou declaradas, embora correspondentes a *receitas perfeitamente identificadas*.

A mula qualificada recaiu apenas sobre este último grupo de exigências, a evidenciar que não se trata, aqui, de *simples apuração de omissão de receitas*, mas sim da constatação de que os gerentes da sociedade tinham conhecimento da receita auferida em operações evidentemente comerciais, e intencionalmente a ocultaram de sua escrituração fiscal, em conduta reiterada por todos os períodos fiscalizados, o que, juntamente com o volume subtraído das bases tributáveis, afasta a possibilidade de erro.

A recorrente, de outro lado, limita-se a afirmar que registrou regularmente suas operações e que a autuação está fundada em presunção, nada opondo especificamente quanto às evidências reunidas pela autoridade lançadora, antes mencionadas. Ignora, assim, a presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96, bem como as circunstâncias acrescidas pela autoridade lançadora em razão da natureza das operações identificadas nos depósitos bancários não contabilizados e do volume e frequência das omissões.

Invoca o princípio da capacidade contributiva e reafirma a inexistência de dolo ou má-fé, na medida em que *todos seus documentos fiscais e legais são devidamente emitidos*, como se nenhuma acusação específica tivesse sido feita pela autoridade lançadora. E ainda aduz que não ficou *provada a apropriação ou destaque do imposto em situação não prevista na legislação fiscal*, como se não tivesse ficado claro, nas constatações fiscais, que o dolo está presente na conduta de ocultar operações e minorar significativamente a receita declarada, de modo a reiteradamente deixar de recolher tributos e manter-se na sistemática simplificada de recolhimento.

Em suma, a acusação fiscal é clara e motivada, reúne os elementos necessários para qualificação da penalidade, e a recorrente não logrou desconstituí-los.

Por todo o exposto, o presente voto expressa o entendimento majoritário desta Turma de Julgamento, contrário à declaração de nulidade do lançamento, bem como favorável à manutenção integral da exigência formalizada contra a contribuinte autuada, inclusive no que tange à multa de ofício aplicada no percentual de 150%.

EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira

Declaração de Voto

Divirjo do I. Relator quanto à anulação dos Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados contra José Renato Rocha, Elaine Maria Rocha Botta, João Domingos Rocha e Paulo Eduardo Rocha.

Vejo clara a hipótese do art. 124, inciso I do CTN, qual seja, a solidariedade daquelas pessoas físicas em razão de seu interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da presente exigência. Demonstrou-se a efetiva atuação destas pessoas como responsáveis pela movimentação das contas bancárias nas quais foram creditados valores oriundos de evidentes operações comerciais não submetidas à tributação na pessoa jurídica, conjuntamente com a inexistência de escrituração comercial destas operações.

O Termo de Verificação Fiscal aborda extensamente estas ocorrências às fls. 1309/1311 e assim conclui:

Portanto, conclui-se que as pessoas: Sr. José Renato Rocha, Sra Elaine Maria Rocha Botta, Sr. Paulo Eduardo Rocha, bem como do gerente do estabelecimento da filial da empresa localizada em Monte Alto-SP, o Sr. João Domingos Rocha, administravam a empresa bem como as contas-correntes que não foram escrituradas pela fiscalizada, no intuito de fraudar os livros (caixa ou diário/razão), exigidos pela Lei Fiscal, que servem de base para apuração de tributos com a intenção de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. Sendo estas contas-correntes, mantidas intencionalmente à margem da escrituração onde foram creditados os recursos oriundos da atividade comercial de vendas de mercadorias, correspondentes a obtenção e recebimentos de receitas, tendo portanto, as pessoas físicas administradoras destas contas-correntes, interesse comum nesta situação que constitui o fato gerador da obrigação principal (obtenção de receitas), com a intenção de reduzir e suprimir o pagamento do tributo.

Veja-se que a autoridade lançadora não se satisfaz com o fato de tais pessoas terem o poder de movimentar as contas bancárias auditadas. Identificou *cheques sacados na “boca do caixa”* e solicitou suas cópias, que apontaram os responsáveis aqui indicados como emitentes e beneficiários dos valores correspondentes. Ainda, não logrou êxito em obter prova das eventuais despesas, custos ou encargos que pudessem ter sido quitados com tais saques, em benefício da pessoa jurídica.

As recorrentes, por sua vez, além de atacarem o mérito da exigência, apenas questionam o fato de a imputação de responsabilidade ocorrer antes da *definitiva condenação*, e ainda com base em presunção de omissão de receitas, nada opondo a todas as evidências reunidas pela autoridade lançadora acerca da manutenção de receitas à margem da escrituração comercial, e a possibilidade, que daí advém, destes valores beneficiarem diretamente os sócios gerentes que administravam as contas bancárias da fiscalizada, reforçada pelo saque de valores por meio de cheques tendo estas pessoas como beneficiárias.

Ainda, as demais evidências reunidas pela autoridade lançadora deixaram patente o dolo na supressão dos tributos devidos, fatos suficientes para imputar a responsabilidade pelo crédito tributário lançado àquelas pessoas físicas, na condição de gerentes, consoante prevê o art. 135 do CTN, em seus inciso II e III.

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Diz o referido diploma legal que mandatários, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem com seu patrimônio pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias que resultem de atos praticados com infração de lei. E, pelo exposto, a conduta das pessoas físicas referidas pode ser assim minimamente caracterizada, ainda que não se admita que eles não se beneficiaram do produto das omissões perpetradas.

Ressalto que o art. 135 do CTN presta-se a ampliar as garantias do crédito tributário, permitindo a busca de sua satisfação no patrimônio pessoal daqueles que participaram da gestão da pessoa jurídica sem a necessária lisura, hábil a assegurar que não houve desvio da riqueza manifestada pelos fatos jurídicos tributáveis.

Assim, se tais pessoas se conduzem com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social, o Fisco tem o direito de também buscar a satisfação de seus créditos no patrimônio pessoal destes responsáveis, ainda que o representado detenha patrimônio suficiente para tanto, na medida em que esta situação patrimonial pode não decorrer necessariamente da riqueza tributável em debate e estar gravada por outras dívidas, além de estar sujeita a flutuações que podem, no futuro, prejudicar a liquidação da obrigação tributária.

Correta, portanto, a conclusão fiscal expressa no Termo de Verificação Fiscal às fls. 1312/1313, que dão suporte aos Termos que incluíram José Renato Rocha, Elaine Maria Rocha Botta, João Domingos Rocha e Paulo Eduardo Rocha como responsáveis solidários pelos créditos tributários aqui lançados, com fundamento nos artigos 124, I e 135, III da Lei nº 5.172/66.

Por tais razões, entendo que deva ser NEGADO PROVIMENTO aos recursos voluntários de José Renato Rocha, Elaine Maria Rocha Botta, João Domingos Rocha e Paulo Eduardo Rocha.

É como voto.

EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira