



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15983.000760/2007-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.340 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2020
Recorrente MASSARI VEÍCULOS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE DE CORREÇÃO PELA DRJ.

A responsabilidade solidária deve ser devidamente fundamentada pela autoridade fiscal. Não cabe às Delegacias Regionais de Julgamento suprir a sua ausência. Deve-se descaracterizar a solidariedade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para afastar a responsabilidade solidária do Sr. NESSIM CESAR AZAR.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Eduardo Morgado Rodrigues, Letícia Domingues Costa Braga, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente) e Nelso Kichel.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 1064 a 1112) interposto contra o Acórdão nº 16-17.008, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP (fls. 1016 a 1050), que, por unanimidade, julgou improcedente a Impugnação apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002

ESCRITA COMERCIAL INCOMPLETA. IMPRESTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL. DIPJ COM A INFORMAÇÃO DE INATIVIDADE. INVERDADE. ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA CONHECIDA. CORREÇÃO.

Correta a apuração do resultado do contribuinte, por meio de arbitramento, face à imprestabilidade de sua escrita comercial, ainda que parcialmente apresentada, impedindo que tal apuração se desse por meio do lucro real. A utilização de dados (valores da receita), por parte da fiscalização, trazidos em tal parcela apresentada, em nada inviabiliza os trabalhos fiscais. Além de que, o contribuinte procedeu ao encaminhamento da DIPJ respectiva, prestando a informação de sua inatividade quando, em realidade, teve receitas auferidas, no ano calendário respectivo. Correto o método utilizado pelo autuante.

BASES DE CALCULO. FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. PIS. COFINS. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida pelo contribuinte. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida, assim como a classificação contábil adotada para as receitas. Corretos os lançamentos.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. Correto o procedimento plenamente observados os princípios gerais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, devidamente exercidos pelo contribuinte, por ocasião da impugnação apresentada.

PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. REJEIÇÃO.

Rejeita-se, por prescindível, a realização de perícia pleiteada, na forma do art. 18 do Decreto nº 70.235/1972.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDARIA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INADEQUADA. COMPREENSÃO DA ACUSAÇÃO. GERENTE-DELEGADO E ADMINISTRADOR. PLENIPOTENCIÁRIO. SOLIDARIEDADE. Ainda que utilizada fundamentação legal inadequada, para a caracterização do sujeito passivo solidário, este, tendo tido perfeito conhecimento da acusação que lhe foi imputada, apresentou minuciosa e elaborada defesa contra a mesma.

Além disso, a função de Gerente-Delegado, com plenos e ilimitados poderes para administrar a pessoa jurídica, vincula o interessado, de maneira direta, a toda e qualquer atividade exercida por aquela, de forma a tornar-se solidário pelas infrações fiscais cometidas em sua gestão.

DECADÊNCIA. INOCORRENCIA. PRESENÇA DO DOLO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DIPJ INFORMANDO INATIVIDADE. INVERDADE. CORREÇÃO. Não há que se falar na aplicação do contido no art. 150 do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, visto que o procedimento adotado pelo contribuinte denotar a presença do dolo. Correta a aplicação da multa qualificada, quando o contribuinte, ao proceder o encaminhamento da DIPJ respectiva, nela informa sua inatividade, quando, em realidade, auferiu receitas que deveriam ser objeto de tributação. Tal procedimento caracteriza a ocorrência do dolo, ou seja, a intenção de eximir-se aos pagamentos de tributos pelos quais seria responsável, de maneira a aplicar-se a multa em percentual agravado.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS. Por decorrerem dos mesmos motivos de fato e de direito que levaram d. exigência do IRPJ, igual destino deverão ter os lançamentos dele reflexos."

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

" Em decorrência de ação fiscal levada a efeito junto ao estabelecimento do contribuinte acima identificado e, diante de irregularidades apuradas, foram lavrados 4 (quatro) Autos de Infração, por meio dos quais foram constituídos os seguintes créditos tributários:

41, 01.01. **IRPJ (fls. 08)** R\$ 2.978.891,28 (dois milhões, novecentos e setenta e oito mil, oitocentos e noventa e um reais e vinte e oito centavos);

01.02. **CSLL (fls. 18)** = R\$ 1.083.183,09 (um milhão, oitenta e três mil, cento e oitenta e três reais e nove centavos);

01.03. **COFINS (fls. 28)** = R\$ 218.050,76 (duzentos e dezoito mil, cinquenta reais e setenta e seis centavos), e;

01.04. **PIS (fls. 37)** R\$ 50.522,39 (cinquenta mil, quinhentos e vinte e dois reais e trinta e nove centavos).

01.05. O valor, portanto, do crédito tributário consolidado perfaz a importância de R\$ 4.330.647,52 (quatro milhões, trezentos e trinta mil, seiscentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), aí incluídos os valores dos tributos, das multas de ofício (150%) e dos juros de mora (estes calculados até 28/09/2007).

02. E as irregularidades que motivaram mencionadas exigências encontram-se devidamente detalhadas pelo "Termo de Verificação e Conferência Fiscal" (fls. 48/52), lavrado em 24/10/2007, do qual são destacados os seguintes excertos, *verbis*:

O contribuinte apresentou Declaração Simplificada PJ INATIVA 2003, referente ao ano calendário de 2002, entretanto os sistemas da SRF indicavam que o contribuinte manteve-se ativa (sic) durante o referido período.

Em 25/ 05/ 2007 foi solicitado a Emissão de Mandado de Procedimento Extensivo para intimar as empresas que declararam, em DIRF, pagamentos ao contribuinte, conforme discriminado a seguir:

1. Em 05/ 06/ 2007 (com AR datado de 11/ 06/ 2007) para FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 1.919.924,12 referente a comissões pagas ao distribuidor sobre vendas efetuadas;

2. Em 05/ 06/ 2007 (com AR recepcionado em 12/ 06/ 2007, conforme histórico do objeto via internet), NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA., embora tenha recebido o AR não atendeu a intimação, sendo novamente intimado em 17/ 10/ 2007 foi considerado o valor informado na DIRF, no valor de R\$ 6.000,00;

3. Em 05/ 06/ 2007 (com AR datado de 11/ 06/ 2007) para BANCO DIBENS S/A, cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 48.043,37 referente a título de Comissões de Vendas de Financiamento.

4. Em 05/06/ 2007 (com AR datado de 11/ 06/ 2007) para BANCO ABN AMR() REAL S/A, cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 49.383,34, referente a comissão de vendas de contrato de financiamento.

5. Em 05/ 06/ 2007 (com AR datado de 11/ 06/ 2007) para ABN ANRO (sic) ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 1.056,00 referente a comissão de prestação de serviços de intermediação de negócios.

6. Em 05/ 06/ 2007 (com AR datado de 11/ 06/ 2007), para BANCO FORD S/A, cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 1.600,00 referente a comissão de vendas de contrato de financiamento.

7. Em 05/ 06/ 2007 (com AR datado de 11/06/2007) para o BANCO FINASA S/A, cuja resposta confirma o valor informado na DIRF de R\$ 25.571,42 referente comissão a título de financiamento de veículos.

Na escrituração do contribuinte essas receitas recebidas de pessoas jurídicas a título de comissões, não são claramente escrituradas sendo impossível rastrear em que contas o contribuinte efetuou lançamento, já que as mudanças são frequentes durante o período além de utilizar contas variadas para lançar o mesmo tipo de operação.

Em 01/ 06/ 2007, através do Termo de Intimação recebido na mesma data, foi solicitado:

- Esclarecer e comprovar a integralizagdo de capital, que consta no Livro Razão e Balancete, ambos referentes ao mês de fevereiro de 2002.

Em 11 de junho de 2007, o contribuinte apresentou carta informando que o aumento de capital ocorreu por "concessão da marca de incentivo e expansão".

A escrituração apresentada não esclarece de que forma foi integralizado o aumento de capital.

Embora o contribuinte tenha apresentado dois CD's com registros contábeis, que deveriam conter o Livro Diário, Razão e Balancetes, os mesmos neto foram utilizados em virtude dos mesmos não preencherem os requisitos formais.

Apresentou também as Notas Fiscais emitidas pela Empresa, contudo não foi possível utilizá-las para apurar a receita, face as mesmas não apresentarem seqüência numérica, sendo informado pelo procurador da Empresa que parte das Notas Fiscais foram roubadas, entretanto não apresentou nenhum Boletim de Ocorrência.

A receita foi apurada através dos Balancetes de janeiro a outubro e dezembro, e na falta do de novembro, foi apurada pela diferença do saldo final de outubro e o saldo inicial de dezembro, todos os balancetes utilizados para apuração da Receita foram apresentados pelo contribuinte, devidamente rubricados pelo procurador da mesma.

O Lucro foi Arbitrado pelos motivos a seguir discriminados:

1 - Não apresentou os Livros LALUR e Registro de Inventário;

2- Não apresentou os Livros Diário e Razão referentes ao mês de Novembro;

3- Não apresentou o Balancete referente ao meses de novembro;

4 - O Livro Diário, referente aos meses de janeiro a Outubro, e dezembro, não se reveste das formalidades legais, tais como Termo de Abertura e Encerramento, assinatura do responsável pela escrituração e pelo representante legal;

5 - A escrituração apresentada por meio digital não estava dentro dos critérios estabelecidos pela Receita Federal, impossibilitando a sua leitura;

6 - A escrituração é imprestável em razão de: os saldos iniciais estarem indevidamente zerados; ocorreu mudança no plano de conta no meio do período.

Embora a maior parte de suas receitas tivessem PIS e COFINS apurados por substituição, constatou-se que o mesmo tinha outras receitas não sujeitas a substituição e cujos recolhimentos de PIS e COFINS foram insuficientes.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavrei o presente Termo, em 03 (tres) vias de igual teor e forma,

02.01. Pela prática de tais irregularidades, foram dados por infringidos os seguintes dispositivos legais:

02.01.01. **IRPJ** arts. 530, inciso II e 532, dos RIR/ 1999 (fls. 10/12);

02.01.02. **CSLL** art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/1988; arts. 19 e 20, da Lei nº 9.249/1995; art. 29, da Lei nº 9.430/1996, e; art. 6º da MP nº 1.858/1999 e reedições (fls. 23);

02.01.03. **COFINS** art. 1º da LC nº 70/1991; arts. 2º, 3º e nº 9.718/1995, com as alterações da MP nº 1.807/1999, com as alterações da MP nº 1.858/1999 e reedições; art. 2º, inciso II e para- grafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002 (fls. 31), e;

02.01.04. **PIS** arts. 1º e 3º, da LC nº 07/1970; art. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/1998; arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/1998; arts. 2º, inciso I, alínea 'a' e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002 (fls. 40).

3. Dado o procedimento adotado pelo contribuinte, foi lavrado, por igual, a devida "Representação Fiscal para Fins Penais", cujo processo levou o nº 15983.000761/2007-05, que a este se encontra apensado.

4. Pelo "Termo de Sujeição Passiva Solidária" (fls. 46/47), foi atribuída tal condição ao Sr. Nessim Cezar Azar, inscrito no CPF sob nº 113.868.898-30, RG nº 8.956.435-2-SSP-SP, dada sua nomeação, pelas empresas sócias da interessada, sediadas no exterior, como gerente-delegado do contribuinte, em conformidade com Contrato Social datado de 18/12/2004, levado a registro na JUCESP sob nº 23.473/02-2, além de o mesmo representar a empresa perante a SRF, no período da ocorrência dos fatos que levaram à lavratura dos Autos de Infração.

5. O contribuinte, por meio de seu representante legal (fls. 45), foi cientificado dos teores dos referidos Autos de Infração em 24/10/2007, ao passo que o designado sujeito passivo solidário o foi, por via postal, em 30/10/2007, conforme AR de fls. 859;

05.01. ambos, entretanto, não se conformando com tais lançamentos, por meio de seus representantes legais (fls. 880/881, do contribuinte e, 925, do sujeito passivo solidário), apresentaram impugnações, em 23/11/2007 e 28/11/2007, respectivamente, aos mesmos (tit's, no caso do contribuinte, específicas e relativas ao IRPJ, PIS e COFINS - fls. 862/889 -, enquanto que o sujeito passivo solidário o fez, por meio das fls. 890/980), alegando, em síntese (reportando-se, inicialmente, as apresentadas pelo contribuinte e, após, a pelo sujeito passivo solidário), que:

Das impugnações apresentadas pelo contribuinte (fls. 862/889):

Quanto ao IRPJ e à CSLL (fls. 862/867):

05.02. segundo consta, o lançamento se deu em razão da imprestabilidade da escrituração da Impugnante para fins de determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas apontados, o que levou ao arbitramento do lucro, que veio a incidir, em percentuais diferenciados, sobre as várias modalidades de receitas auferidas pelo contribuinte. Não podem prosperar, entretanto, tais lançamentos;

05.02.01. a Impugnante apura seu IRPJ com base no lucro real e, inobstante a *tributação com base no lucro arbitrado possa ocorrer nos casos determinados pela lei, fato é que, A REGRA, se mostra cristalina, no sentido de que, no caso da impugnante, o IRPJ seja calculado com base no LUCRO REAL*. E, no caso presente, a impugnante não auferiu o lucro apontado pelo autuante, fato este que pretende provar;

05.02.02. isto, segundo a jurisprudência, *mesmo que ultrapassade o prazo para declaração de rendimento (sic) e, desde que não encerrada a questão do lançamento na esfera administrativa, pode a impugnante oferecer a demonstração contábil de seu lucro real, com base no qual será calculado o seu imposto de renda, bem como a sua Contribuição Sobre o Lucro Líquido*. E, sob o ponto de vista rigorosamente jurídico, *tem a impugnante o direito de demonstrar lucro real menor do que o arbitrado pelo ilustre AFRF, fato que só encontrará limite na coisa julgada.*;

05.02.03. e tal fato decorre de a CF permitir seja cobrado o imposto sobre a renda e, se renda não há, não poderá haver obrigação de pagar tal tributo, *sob pena de a cobrança nesse caso, lesar o direito do contribuinte, sendo certo, ainda, que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (CF/ 88, art. 5º, inciso XXXV).*;

05.02.04. no caso presente, o autuante considerou irregular a escrita contábil da interessada, em razão da exigência de vícios, erros e deficiências, de maneira a impedir a apuração do lucro real, fato este insuficiente a levar ao arbitramento do lucro. Necessário que ocorresse prova pericial, *dando oportunidade et empresa, de atestar a existência de elementos hábeis a fim de demonstrar o lucro real auferido de fato, ou seja, que fosse dado o direito de a impugnante demonstrar o real resultado econômico de sua atividade.*;

05.02.05. ademais, há a possibilidade para a realização do balanço da empresa, apurando-se o lucro real, via prova pericial contábil, e antes de definitivamente julgada a questão na esfera administrativa, direito esse assegurado a impugnante, na forma do art. 5º, LV, da CF/88;

05.02.06. busca, portanto, a impugnante, demonstrar a verdade material quanto à apuração de seu lucro real, relativo ao ano-calendário de 2002, através da produção de prova pericial contábil, *pois que jet está diligenciando para trazer aos autos desse processo, toda sua escrita contábil visando a real apuração do seu lucro do exercício de 2002.* Traz, sobre verdade material, doutrina;

05.02.07. requer, ao final, (a) produção de prova pericial, visando a apuração do lucro referente ao ano-calendário de 2002; (b) juntada de outros elementos, assim como aduzir alegações referentes à matéria, enquanto na fase instrutória e antes da tomada de decisão; (c) observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e; (d) cancelar o Auto de Infração, após devidamente provado, por perícia contábil, que o lançamento se deu sobre base de cálculo a maior, ou seja, indevida, porque arbitrada.

Quanto ao PIS (fls. 868/873):

05.03. O lançamento se deu em face de constatação de que, embora a maior parte das receitas da impugnante se sujeitasse ao PIS substituição, obteve outras receitas não sujeitas a tal sistemática, sobre as quais incide tal contribuição e cujos recolhimentos foram insuficientes. Tais receitas corresponderam a (a) revenda de veículos usados e auto-pegas; (b) prestação de serviços, e; (c) comissões pela intermediação de negócios;

05.03.01. tal lançamento, entretanto, não pode prosperar, visto que o STF já decidiu que só pode integrar a base de cálculo da contribuição, a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, decorrente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços. E, no caso presente, o autuante levou em conta valores recebidos a título de comissões por intermediações recebidos por pessoas jurídicas, baseados nos valores informados em DIRFs por tais fontes pagadoras, além daqueles extraídos dos balancetes da interessada. Não podem, portanto, tais valores integrarem o faturamento da impugnante, *eis que não corresponde et receita da venda de automóveis, esta sim, sua atividade preponderante.*;

05.03.01.01. e mencionadas receitas se deram em face da intermediação realizada entre as instituições financeiras e os adquirentes dos veículos, não podendo, portanto, ser considerada como faturamento sobre o qual incide o PIS, por não corresponder 6. receita da venda de veículos novos, sua atividade principal. Não estava, portanto, a impugnante, obrigada a recolher o PIS sobre tais receitas;

05.03.02. cita a existência de jurisprudência a fundamentar seu entendimento, concluindo por dizer que, *o alargamento da base de cálculo do PIS é inconstitucional mesmo após a promulgação da EC 20/98, eis que, o Fisco vem interpretando que as expressões "total da receita auferida" e Faturamento" são sinônimas, de forma a supostamente garantir que a base de cálculo do PIS/ COFINS seja entendida como faturamento ou receita.;*

05.03.03. assim, *somente pode ser considerado faturamento da empresa as receitas proveniente (sic), no caso em tela, da venda de mercadorias (veículos automotores), por ser preponderante à sua atividade, o que vale dizer, que as demais, advindas de outras atividades, não podem ser consideradas como faturamento da impugnante, ou seja, indevida a inclusão dessas receitas na base de cálculo do PIS/ COFINS.;*

05.03.04. reitera, ao final, basicamente a totalidade do pleiteado em relação ao IRPJ e à CSLL, exceção à *produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, visando et apuração do FATURAMENTO referente ao ano calendário de 2002, como fator determinante da base de cálculo do PIS,*

Quanto à COFINS (fls. 874/879):

05.04. Os dizeres da presente defesa são, em sua quase totalidade, semelhantes àqueles apresentados em relação ao lançamento relativo ao PIS (vide tópico anterior), daí porque deixarão de ser, aqui, sintetizados.

Da impugnação apresentada pelo sujeito passivo solidário (fls. 890/980):

05.05. **Preliminarmente**, a empresa fiscalizada possuía, em seu quadro societário, duas pessoas jurídicas sediadas no exterior, uma delas constituída de acordo com as leis norte-americanas e, a outra, de acordo com as leis panamenhas.

O impugnante não era sócio da empresa fiscalizada, *não possuindo qualquer vínculo societário que o relacionasse com aquela empresa.* Era, sim, Gerente-Delegado das empresas sócias, visto que ambas tinham sido constituídas no exterior, *as quais necessitam possuir um representante legal no Brasil para poderem exercer as suas atividades regularmente.;*

05.05.01. tal fato, entretanto, não tem o condão de solidariamente obrigado ao pagamento dos débitos fiscais da *"especialmente tratando-se o presente caso de solidariedade em matéria tributária, para a qual o Código Tributário Nacional foi taxativo com relação às hipóteses em que esta pode ser admitida.*

05.06. De ser citada a total falta de embasamento da indicação como solidário pelo crédito tributário constituído contra a empresa fiscalizada. Na pega

acusatória não há qualquer menção ao nome do Impugnante ou b. existência de motivos comprovados que pudessem levar A. lavratura do "Termo de Sujeição Passiva"; apenas no Auto de Infração é mencionado tal fato, ou *seja*, o *embasamento para a caracterização do Impugnante como solidariamente obrigado ao pagamento dos valores lançados é transferido ao Termo de Sujeito (sic) Passiva.*;

05.06.01. e, também, neste, *verifica-se não haver a indicação de um só fundamento que justifique a caracterização da solidariedade do Impugnante no presente caso.* Apenas foi apontado o art. 124 do CTN, como fundamentação legal para a responsabilidade passiva, *que trata de "Solidariedade", não tendo sido indicado qualquer outro artigo nesse mesmo codex, ou, sequer, o inciso do referido artigo 124 que daria respaldo et pretensa responsabilização solidária pretendida.*;

05.06.02. além disso, a fiscalização limitou-se a indicar que- *"restou caracterizada a sujeição passiva solidária"*, sem, contudo, apresentar e justificar os motivos que a levaram a essa conclusão. O presente caso, entretanto, na envolve a hipótese de solidariedade tributária, como indicado, motivo pelo qual não há como se aplicar quaisquer das hipóteses previstas pelo citado artigo 124.

05.07. A leitura de tal dispositivo e, onde situado no CTN, *indicam casos em que o sujeito passivo da obrigação tributária não é único, havendo solidariedade entre eles no que diz respeito ao pagamento do tributo.* É o caso dos coproprietários de imóvel rural, onde todos respondem solidariamente sobre o valor total do ITR, na hipótese do inciso I e, dos tabeliães, caso deixe de exigir a comprovação do prévio recolhimento, por parte do comprador, em relação ao ITBI, no caso do inciso II. Tais hipóteses sempre devem estar expressas em lei, *sob pena de se exigir tributo de pessoa que não guarde qualquer relação com a obrigação tributária e o seu fato gerador.* Busca, portanto, tal dispositivo, definir aquele que será o contribuinte;

05.07.01. e, no caso presente, não há a hipótese de solidariedade, visto que os lançamentos identificam com clareza quem é o sujeito passivo; não se verifica qualquer tipo de cotitularidade de atividades entre o contribuinte e o Impugnante, nem previsão expressa na legislação instituidora dos tributos exigidos, *de que o Impugnante seria solidariamente responsável pelos tributos supostamente não pagos pela Fiscalizada.*;

05.07.02. baseado, portanto, unicamente no mencionado art. 124 do CTN, não há como se obrigar o Impugnante, de forma solidária, ao pagamento dos créditos tributários constituídos contra a "Massari Veículos", visto que aquele não possuía qualquer relação com as atividades comerciais da fiscalizada, não podendo, portanto, ser considerado sujeito passivo de obrigações por ela contraídas. *Por esse motivo, deve ser imediatamente cancelado o "Termo de Sujeição Passiva" indevidamente lavrado, prosseguindo-se a discussão unicamente com relação à própria empresa autuada.*

05.07.03. não se tratando, portanto, de solidariedade, quando num esforço de imaginação, poderia vir a ser indicado como responsável solidário pelo pagamento dos créditos constituídos. Ainda assim, teria que ser sustentado pela produção de

provas por parte da autoridade fiscal, no sentido *de que o ato praticado pelo terceiro foi ilegal ou cometido com excesso de poderes.*;

05.07.03.01. o art. 134 do CTN não pode ser aplicado A. hipótese, vez que não elenca os gerentes-delegados de sócias do contribuinte, dentre as hipóteses de responsabilização solidária de terceiros; além de que, para tal, *seria necessário haver a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte*, Abrange, ainda, tal dispositivo, apenas os atos em que terceiros intervieram ou foram responsáveis por suas omissões, *matéria essa que depende de prévia comprovação por parte da d. fiscalização, a qual, se não produzida, impede a aplicação do referido artigo*. Inaplicável, à hipótese, referido dispositivo;

05.07.03.02. outra alternativa a ser buscada pela fiscalização, seria a tentativa de caracterizar a responsabilidade pessoal de terceiros, prevista pelo art. 135 do CTN, fato este incorrido no caso, visto que o "Termo de Sujeição " foi lavrado tendo por fundamento exclusivo o art. 124, também do CTN. Impõe como requisito, aquele dispositivo, que o crédito tributário decorra de *atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*, fatos estes que exigem a prévia demonstração - e comprovação - dos atos praticados pelo diretor/gerente, em ofensa àqueles elementos;

05.07.03.02.01. e a fiscalização não só não mencionou citado art. 135 a fundamentar o "Termo de Sujeição ", como, ainda, deixou de produzir qualquer prova sobre a conduta do Impugnante enquanto na função de gerente-delegado das sócias da autuada. E a suposta falta de pagamento de tributo, ou sua impontualidade, não pode ser tratada como "infração de lei", conforme jurisprudência trazida;

05.07.03.02.02. tem-se, portanto, prova mais do que cabal, de que não trata, a hipótese, de responsabilidade pessoal do Impugnante, pelo fato de haver exercido o cargo de gerente-delegado das sócias da empresa fiscalizada, durante o período objeto da autuação. Não há, portanto, como prosperar o "Termo de Sujeição Passiva" atribuído ao Impugnante, daí porque deve ser cancelado, prosseguindo-se, entretanto, a discussão do crédito tributário constituído, em relação à. Pessoa jurídica autuada.

05.08. Ainda no que toca às **preliminares**, cumpre alertar que o direito de o crédito ser constituído já, por ocasião das lavraturas dos Autos de Infração, havia decaído parcialmente; isto em razão de que, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o fisco possui o prazo de cinco anos, contados da ocorrência dos fatos geradores, para fazê-lo, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, estando, portanto, extintos, na forma do inciso V, do art. 156, do CTN. No caso presente, pode-se dividir os lançamentos em duas categorias, no que diz respeito ao momento da ocorrência dos fatos geradores, quais sejam: (a) mensais (PIS e COFINS) e (b) trimestrais (IRPJ e CSLL);

05.08.01. no caso dos primeiros, os fatos geradores ocorridos anteriormente a 23/10/2002 estariam decaídos, enquanto que, em relação aos últimos, a mesma situação se deu aos fatos ocorridos até 30/09/2002, ou seja, os relativos aos três trimestres iniciais de t -calendário. Restariam, pois, a serem constituídos, aqueles

fatos geradores ocorridos de outubro a dezembro, no PIS e da COFINS e, apenas, o 40 trimestre de 2002, em relação ao IRPJ e à CSSL.

Traz jurisprudência e doutrina a embasar seu entendimento;

05.08.02. também não deve ser alegado que o prazo decadencial aplicado ao caso presente, é aquele previsto pelo art. 173, I, do CTN, em razão da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, visto não haver, em toda a autuação fiscal, *uma só alegação ou demonstração de que urna dessa figuras teria sido caracterizada no presente caso*. Assim, é de ser reconhecida a decadência parcial do direito de o fisco constituir os créditos ora impugnados.

05.09. Já, quanto ao **mérito**, decidiu-se pelo arbitramento do lucro da fiscalizada, *em razão da não apresentação de alguns documentos solicitados no curso da ação fiscal*. Ocorre que, para tal fim (arbitramento), a fiscalização *valeu-se de documentos contábeis/fiscais fornecidos pela Fiscalizada, quais sejam, os balancetes relativos aos meses de janeiro a outubro e de dezembro de 2002.*;

05.09.01. não há como se atribuir validade, portanto, a tal procedimento, visto que, por um lado decide-se por arbitrar os lucros, diante da imprestabilidade da contabilidade, como dela se valer para realizar o arbitramento?

Incoerente, tal procedimento, em razão de (a) ou equivocou-se a fiscalização ao dá-la por imprestável, reconhecendo válidos os balancetes e, procedendo ao lançamento com base no lucro real, ou (b) imprestável a contabilidade, impossível o arbitramento, por "imprestáveis" os dados daquela extraídos;

05.09.02. e o arbitramento, por medida extrema, exige um aprofundamento dos trabalhos, por parte do fisco, objetivando demonstrar as irregularidades existentes capazes de ensejá-lo. No caso presente, ainda que não apresentados alguns dos documentos solicitados nos decorrer da ação fiscal, a interessada dispunha de elementos exigidos pelas legislações fiscal e comercial, aptos e suficientes a demonstrar seus resultados relativos ao ano-calendário de 2002. Tanto que, embora desconsiderados para fins de apuração do lucro real, os balancetes apresentados foram considerados suficientes a servir ao arbitramento;

05.09.03. e tal método somente é cabível quando impossível, por qualquer outro meio, apurar-se o lucro real, *sendo esta a única justificativa para aplicação de medida dessa gravidade*. É, o arbitramento, *uma técnica de mensuração de pregos, bens, serviços e atos jurídicos somente utilizável nos casos em que não existam documentos que permitam tal mensuramento*. É o que fala o art. 148 do CTN, concluindo por dizer que o arbitramento não é uma modalidade de lançamento tributário, mas uma técnica de avaliação nos casos em que não é possível mensurar valores, pela absoluta falta ou imprestabilidade de documentos e declarações dos contribuintes.;

05.09.03.01. e, no caso presente, era plenamente identificável o lucro real por meio dos balancetes apresentados e disponibilizados à fiscalização; mas esta preferiu fazer uso de método aplicável a situações excepcionais, infringindo o art. 145, § 10 (que afasta presunções e ficções jurídicas), da CF/88, assim como o art. 148 do CTN, além de contrariar vasta jurisprudência nesse mesmo sentido;

05.09.04. vale lembrar que o processo administrativo fiscal é regido pelo princípio da verdade material, nele não se instaurando uma lide, propriamente dita; há, ao contrário, *um interesse comum, compartilhado pelo contribuinte e pela Administração, que consiste na busca do estrito cumprimento da lei*. E, c processo tem por uma de suas funções, o controle, pela Administração, de seu próprios atos, esta *busca não impingir uma pena ou cobrança ao contribuinte, e sim apurar se é efetivamente devido o tributo.*;

05.09.04.01. tal linha de raciocínio fez com que a doutrina e a jurisprudência adotassem o entendimento de que o arbitramento somente deve ser utilizado em casos extremamente necessários, quando impossível a apuração da real ocorrência do fato gerador do imposto de renda. *Caso contrario, sendo possível a apuração da realidade, a Constituição veda que o Fisco se afaste da real atividade econômica do sujeito passivo, e exige a tributação segundo sua capacidade econômica.*

Não foi a situação dos autos, onde infringido o princípio da capacidade contributiva insculpido no § 10 do art. 145 da CF/88;

05.09.04.02. em obediência a tal princípio, o *arbitramento somente deve ser utilizado em casos de falsidade e desonestidade do sujeito passivo, que tornem a escrita fiscal imprestável para efeito de apuração do lucro real. Não sendo esta a situação, é vedado ao Fisco se utilizar de arbitramento, e desclassificar a escrita fiscal do contribuinte*. Traz doutrina a embasar tal posicionamento;

05.09.05. registre-se que a fiscalizada nunca tentou criar embaraços ou dificuldades 5. ação fiscal, disponibilizando seu estabelecimento A. fiscalização, para qualquer investigação que se fizesse necessária. Não ocorreu a localização de alguns documentos requeridos, ao passo que a fiscalização deixou de verificar os conteúdos dos arquivos *entregues em CD-ROM unicamente em razão destes não estarem de acordo com os padrões estabelecidos pela Receita Federal do Brasil.*;

05.09.05.01. assim, como já dito, o processo administrativo cuida de apurar a verdade material, no caso o lucro real da pessoa jurídica, *o que exigiria um real e aprofundado exame dos documentos disponibilizados, para somente depois adotar a via de exceção do arbitramento*. Deixando de fazê-lo, a fiscalização contrariou pacífica jurisprudência, trazida, que versa sobre o tema, concluindo por dizer que o arbitramento somente se justifica diante da absoluta falta de elementos para apurar o resultado tributável da empresa;

05.09.05.02. diante da contrariedade do procedimento da fiscalização, ao considerar imprestável a contabilidade da Fiscalizada mas, dela ter se utilizado para fins de arbitramento do lucro, mostra-se imperioso o cancelamento dos Autos de Infração, *em vista de estar ausente pressuposto essencial para autorizar o arbitramento do lucro, qual seja, a real inexistência de elementos que permitissem a apuração do resultado da empresa pelo regime do lucro real*. Traz jurisprudência.

05.10. Insurge-se, ao final, contra a multa de ofício aplicada, dizendo ser totalmente infundada no percentual em que exigida, ou seja, 150%; reconhece, entretanto, que a autuação se faz acompanhar de multa de ofício que, de acordo com a legislação vigente, corresponderia a 75% do valor do tributo e que, em algumas situações especiais, nas quais haja evidente intuito de fraude, dolo ou simulação, tal percentual é majorado. Nessas hipóteses, há que ser justificada e comprovada a situação que enseje o *agravamento da penalidade, sob pena de sua insubsistência*.;

05.10.01. e no caso presente não há, seja nos Autos de Infração, seja na peça acusatória, qualquer alegação no sentido de indicar o motivo pelo qual teria sido majorada a multa. *De fato, não há menção a Jgm (sic) sequer de que seria imposta alguma modalidade majorada de penalidade ao contribuinte em conduta constatada e reduzida a termo pela d. fiscalização*.;

05.10.02. o que se vê pelos "Demonstrativos de Apuração" que acompanham os Autos de Infração é a mera indicação do percentual utilizado, o qual, segundo aqueles, fundam-se no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Ocorre que tal dispositivo não prevê qualquer tipo de penalidade nesse percentual, o que se torna o primeiro motivo para o cancelamento da referida multa, ou seja, a falta de sua correta fundamentação legal;

05.10.03. e o art. 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72, dispõe que um dos requisitos a serem seguidos por ocasião da lavratura do auto de infração 6, justamente, trazer a clara informação ao contribuinte sobre o dispositivo legal ofendido, *além da identificação do fato, de forma que possa o contribuinte identificar claramente a acusação*. Não foi, entretanto, o ocorrido no caso presente;

05.10.04. a fiscalização lançou a multa de ofício contra a interessada, tendo deixado de demonstrar o correto fundamento legal para tal, ferindo, o *princípio da motivação*, de maneira a impedir que a fiscalizada tomasse *conhecimento do conceito exato que a autoridade coatora julga ter ela infringido*. Traz doutrina e jurisprudência a fundamentar tal entendimento;

05.10.05. e, em assim tendo agido, a fiscalização deixou de observar os princípios gerais de Direito, além daqueles relacionados ao processo tributário, vez que *não indicou corretamente os pressupostos de fato e de direito daquilo que entendeu constituir infração ensejadora da punição por meio de multa majorada, com o que cerceou o direito de defesa da Fiscalizada ao deixar de esclarecer a sua motivação para autuar, relativamente aos fatos praticados pela Fiscalizada, i.e. ,o que considerava certo a fiscalização, e o que entendia ter feito errado ou deixado de fazer a Fiscalizada*. Deve ser, portanto, cancelada integralmente a multa aplicada;

05.10.06. ainda que se entenda cabível, na hipótese, a aplicação da multa de ofício, esta deveria restringir-se ao percentual de 75%, visto não haver certeza dos motivos que levaram a fiscalização a exigí-la no percentual majorado; e tal fato somente pode ter se dado em razão do disposto pelo § 10 do art. 44 da Lei nº 9.430/96, reproduzido;

05.10.06.01. e tal dispositivo reporta-se as hipóteses de ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, de forma a majorar a penalidade; entretanto, para aplicação da multa de ofício em tal patamar, é necessário que fossem indicados e comprovados os motivos que venham a caracterizar uma daquelas situações; não são suficientes meras alegações, devendo ser produzidas provas, *sob pena de não poder duplicar a multa regular prevista no artigo 44, I, da Lei 9.430/96.*;

05.10.07. e no caso presente não há, entretanto, qualquer alegação - quanto mais comprovação - da prática de infração à legislação, por parte da Fiscalizada, que resultasse em sonegação, fraude ou conluio. A indicação, portanto, do percentual de 150% a título de multa de ofício, leva a *crer que muito provavelmente o que houve no caso em questão foi um erro de digitação da d. fiscalização*. Não fosse isso, haveria sido produzida alguma prova que justificasse a majoração da penalidade, ou *ainda, no mínimo do mínimo, haveria a mera alegação de que a penalidade imposta estava duplicada em razão de sonegação, fraude ou conluio.*;

05.10.07.01. dessa forma, *ainda que não se cancele integral multa de ofício em razão da ausência da correta indicação da fundamentação legal para a sua aplicação, ainda assim deve esse item da autuação ser reparado, reduzindo-se o percentual da multa de ofício lançada de 150% para 75%.*

05.11. Pede, ao final, que (a) seja cancelado o "Termo de Sujeição Passiva Solidária", prosseguindo-se a discussão dos créditos autuados junto A empresa fiscalizada; (b) seja reconhecida a decadência parcial das exigências; (c) sejam declarados nulos os lançamentos, em razão da impossibilidade de aplicação do arbitramento de lucros, e; (d) seja cancelada a multa de ofício de 150%, vez que não indicada a base legal para sua aplicação ou, que seja reduzida a 75%, visto não comprovado qualquer motivo que justificasse sua exasperação.

(...)"

A decisão de primeira instância refutou todos os argumentos trazidos pela Recorrente e pelo Responsável Solidário, negando ambas às Impugnações.

Apenas o Solidário apresentou Recurso Voluntário, repisando a maior parte das considerações já realizadas, negando a existência de fundamento para a sua inclusão como solidário e aduzindo pela improcedência material da exigência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues, Relator.

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de validade, portanto, dele conheço.

Repiso que apenas o Sr. NESSIM CESAR AZAR, contribuinte solidário à Recorrente, apresentou recurso contra a decisão de piso.

Em apertada síntese, o Solidário reapresenta os mesmos argumentos já apontados anteriormente, quais sejam:

- a) Nega a existência de fundamento para a sua responsabilização solidária;
- b) Alega que parte do crédito exigido já se encontra decaído;
- c) Defende a impossibilidade de arbitramento do lucro; e
- d) Por fim, sustenta ser incabível a multa de ofício, especialmente com a qualificação para 150%.

Contudo, a Recorrente aponta incoerências da decisão de primeira instância, que teria reconhecido a precariedade dos fundamentos do Termo de Sujeição Passiva Solidária e inovado em agregar outros fundamentos para, então, manter a solidariedade.

Entendo que tal acusação merece análise detida. Vejamos.

O Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 51 a 52) enquadra o Sr. NESSIM CESAR AZAR no art. 124 do Código Tributário Nacional, cito o artigo:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Por sua vez, o referido Termo de Sujeição Passiva Solidária descreve o enquadramento feito trazendo a seguinte contextualização:

Contexto

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, Tendo lavrado Auto de Infração referente IRPJ e seus reflexos, conforme processo Administrativo Fiscal acima, e em conformidade com o contrato social datado de 18 de dezembro de 2001 – com registro na JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO sob registro Nº 23.473/02-2 - capítulo IX – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS “As sócias nomeiam como gerente-delegado, com amplos, gerais e ilimitados poderes ao Sr. NESSIM CEZAR AZAR, brasileiro, casado, empresário, portador da Carteira de Identidade RG nº 8.956.435-2-SSP-SP e inscrito no CPF/MF SQB nº 113.868.898-30, residente e domiciliado nesta capital do Estado de São Paulo na Rua Paraguassú nº442, aptº 161, CEP:05006-011, conforme descrito no contrato social, bem como representante da Pessoa Jurídica perante a SRF.no período em que ocorreram os fatos geradores objeto do Auto de Infração..

Tendo em vista que o mesmo é representante de empresas sediadas no exterior.

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Saliento que os fatos que conduziram a caracterização da responsabilidade, pelo referido dispositivo, são descritos sucintamente, resultando de duas breves constatações: ser o sujeito representante das empresas sediadas no exterior e ser gerente delegado da autuada.

Também é relevante ressaltar que o Termo de Verificação e Constatação Fiscal (fls. 53 a 57) é absolutamente silente quanto a responsabilização solidária imputada, sequer menciona o nome do gerente-delegado, Sr. Nessim.

Ora, para a inclusão de responsáveis solidários ao sujeito passivo principal é indispensável que a fiscalização demonstre claramente a subsunção do fato ocorrido a tipo normativo adequado, no caso do art. 124 a solidariedade acontece apenas entre *“as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”*.

Evidentemente apenas ser representante legal das sócias da autuada e/ou gerente-delegado da própria não significa, por si só, interesse na situação que constituiu os fatos geradores.

Claramente falhou a autoridade fiscal em demonstrar tal situação.

Inclusive, como corretamente trouxe o recurso, a própria decisão de primeira instância reconhece as falhas de fundamentação na caracterização dada, conforme se extraí dos trechos que colaciono:

“(…)

10.01.04. Uma análise, ainda que perfunctória, de todo o acima trazido, nos remete à possibilidade de ser atribuída razão ao interessado, quando alega que a fundamentação legal utilizada pelo autuante, ao caracterizar a sua sujeição passiva solidária, não foi a adequada;

10.01.04.01. isto em razão de que o reproduzido art. 124 do CTN define que são solidariamente responsáveis (i) aquelas pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo, (ii) aquelas q a lei venha a defini-las como tal;

(…)

10.01.04.02. no caso do inciso I, a solidariedade somente se dá quando a obrigação tributária é devida por mais de um devedor, ao ente tributante (credor); concorrem, portanto, entre si, os devedores, de maneira que o credor pode vir a ter satisfeito seu crédito, exigindo-o de quaisquer dos devedores. Um dos exemplos trazido pela doutrina acima, ilustra perfeitamente a situação: seria o caso da existência de mais de um proprietário de determinado bem imóvel, onde o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) incidente sobre o mesmo, poderia vir a ser exigido de quaisquer de seus titulares (cada um é considerado único devedor da obrigação), visto que estes são solidariamente responsáveis pelo pagamento do tributo incidente sobre o bem do qual são co-proprietários. **Não é, a situação, efetivamente, aventada pelos presentes autos;**

10.01.04.03. já em relação ao trazido pelo inciso II do referido dispositivo legal, há a necessidade de que a lei, de maneira expressa, determine quais seriam aquelas pessoas as quais se atribuiria solidariedade a obrigação tributária. Há que existir, portanto, expressa determinação legal nesse sentido, de maneira que, sem que a lei assim o estabeleça, não poderá fazê-lo, por igual, o ente tributante, por absoluta falta de amparo a tal; (...) **Não é essa, novamente, a situação apresentada pelos presentes autos;**

10.01.04.04. de se concluir, portanto, atribuindo-se razão aos argumentos expendidos pela interessada, que a fundamentação legal utilizada pelo autuante, por ocasião da caracterização da sujeição passiva solidária (por meio do "Termo de Sujeição Passiva Solidária", de fls. 46/47), não foi a adequada.

(...)” (grifou-se)

Dos excertos acima, tem-se que a decisão de piso afastou de forma expressa e fundamentada o enquadramento dado pela Autoridade Fiscal no Termo de Sujeição Passiva Solidária ao ora Recorrente.

Inobstante ter atestado a incorreção dos fundamentos adotados pelo Fiscal para atribuir ao Sr. Nessim a responsabilidade solidária, a decisão de piso optou por manter a vinculação deste para com o crédito por outros fundamentos por ela trazidos. Transcrevo-os:

“(…)

10.01.05. Retornemos, entretanto, aos fatos. Pela "Alteração e Consolidação do Contrato Social" da empresa fiscalizada (fls. 597/608), datado de 18/12/2001, ingressaram na condição de sócias da mesma, sociedades domiciliadas no exterior, quais sejam: "CAR TRADE 86 INVESTMENTS LLC" (EUA) e "TRANSNATIONAL ATUPOINTS TRADING CORP." (Panama), ambas representadas, no ato, por seu procurador, Sr. Nessim César Azar (CPF 113.868.898-30), conforme fls. 597/598 e 603);

10.01.05.01. ao se reportar a respeito da "Administração" da empresa fiscalizada, assim fala tal Instrumento: **"Esta sociedade será gerida e administrada de forma isolada apenas por um gerente-delegado, nomeado pelas sócias."**, conforme pode ser visto as fls. 599 e 605 (negritos e grifos são meus). Ao se referir as "Disposições Finais e Transitórias", mencionada avença manifesta-se da forma seguinte: **"As sócias nomeiam como gerente-delegado, com amplos, gerais e ilimitados poderes ao Sr. NESSIM CESAR AZAR, brasileiro, etc "**, conforme fls. 607 (negritos e grifos, por igual, meus);

(...)

10.01.05.02. o "Novo Dicionário Aurélio" (versão eletrônica), nos traz as seguintes definições (que possam provocar algum interesse ao caso presente) a respeito do verbete "administrar":

"1. Gerir (negócios públicos ou particulares).

2. Reger com autoridade suprema; governar; dirigir.

3. Dirigir qualquer instituição.

6. Manter sob controle um grupo, uma situação, etc. afim de obter o melhor resultado.

10. Gerir negócios públicos ou particulares; exercer função de administrador."

10.01.05.03. consolidando-se, então, os teores dos excertos da "Alteração e Consolidação do Contrato Social", conforme acima, com o reproduzido do referido dicionário, facilmente se conclui que o Sr. NESSIM CESAR AZAR, na condição de plenipotenciário, tinha sob seu controle todas as atividades da fiscalizada, visto ser esta por ele *gerida e administrada de forma isolada*;

10.01.05.03.01. e, muito embora ausente qualquer vínculo societário, conforme alegado pela Impugnação apresentada e, confirmado pela "Alteração e Consolidação do Contrato Social" acima reportada, a responsabilidade pelos negócios da pessoa jurídica era, única e exclusiva (ou, ainda, subsidiária ou concorrente, visto que não se pode isentar de responsabilidade as pessoas jurídicas que lhe outorgaram os totais poderes a gerir a sociedade), da referida pessoa física, ainda que a mando das sócias daquela. Isso, pelo simples fato de que a entidade "pessoa jurídica" não tem "vida própria", dependendo diretamente da vontade, ainda que em seu nome exercida, daqueles que a administram, tendo correspondido, no caso presente, ao Sr. NESSIM CESAR AZAR;

10.01.05.04. como se não bastasse, e a comprovar tal entendimento, outro não foi seu procedimento, ao "assinar", na condição de representante da pessoa jurídica perante esta RFB, a "Declaração Anual Simplificada" - DIPJ/2003, relativa ao ano-calendário de 2002, onde prestadas as informações de que a mesma, em tal período encontrava-se na condição de **INATIVA**, muito embora, posteriormente, os arquivos desta Secretaria viessem a apontar ter a mesma auferido receitas;

10.01.05.04.01. como poderia, então, tal representante legal, ao atuar na condição de "administrador" (gerente, dirigente, etc.), desconhecer a irregular informação prestada em mencionada DIPJ/2003, ainda que tivesse a absoluta ciência (poderes gerais e ilimitados) que a realidade era absurdamente diferente???? Teria "agido" a pessoa jurídica, sem a sua interveniência???? Ou, no mínimo, anuência???? Ainda que plenipotenciário???? Qual teria sido o real interesse ao omitir a realidade ao fisco????;

10.01.05.04.02. poderiam vir a ser formulados mais "n" quesitos a tal respeito, mas, ao menos em relação aos acima postos (excepcionando-se o último

deles), a resposta seria única, qual seja: **N Ã O !!!!!**, diante de todos os fatos acima expostos. Quanto ao último deles — talvez o principal dos antes elencados — a resposta já foi antecipada pelo presente voto, ou seja, a pessoa jurídica, com a evidente aquiescência de sua administração (dada a ausência de uma "vida própria" daquela, daí porque há que ser impulsionada pela última), buscou esquivar-se (omitir-se) dos pagamentos dos tributos/contribuições pelos quais seria responsável.

10.01.06. Quanto à fundamentação legal utilizada pela fiscalização, ao buscar caracterizar a sujeição passiva solidária A. pessoa física acima, conforme já dito, não foi, efetivamente a mais apropriada. No entanto, os fatos demonstram a efetiva participação da mesma (administração de forma isolada, plenos e ilimitados poderes, etc.) na administração da pessoa jurídica, de maneira a não ser possível, em realidade, a descaracterização da solidariedade apontada;

(...)” (grifou-se)

Em resumo, a decisão de piso entende que está clara a condição de “plenipotenciário” do contribuinte solidário, sendo impensável que todos os fatos que concorreram para o fato gerador autuado tivessem ocorridos sem a sua anuência e participação, devendo, portanto, haver a sua responsabilização solidária.

Ocorre que não cabe ao julgador de primeira instância buscar suprir falha insanável, tanto do Auto de Infração quanto do Termo de Sujeição Passiva.

Conforme cediço, o processo administrativo se pauta pelos princípios da ampla defesa e direito ao duplo grau de jurisdição, tais primados são frontalmente infringidos quando a decisão inova a acusação fiscal, como se deu.

Ainda que o fundamento novo trazido aos autos pela DRJ de origem estivesse corrido e justificasse a sujeição passiva solidária – o que, aliás, não é o caso –, ainda não poderia tal decisão prevalecer, vez que afronta o direito de defesa do contribuinte solidário.

Desta forma, sendo inconteste a improcedência, por falta de fundamentação adequada, do Termo de Sujeição Passiva, aliado a percepção da imprópria inovação intentada pela decisão de piso, há que se dar razão ao pleito do ora Recorrente.

Por fim, consigno que tal observação já é o suficiente para se afastar a responsabilização solidária, sendo desnecessário adentrar nos demais tópicos arguidos.

Diante do exposto, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para afastar a responsabilidade solidária do Sr. NESSIM CESAR AZAR.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues

