



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

Processo nº 19515.721108/2013-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.994 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2016
Matéria Auto de Infração
Recorrente INTERBEEF S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.
INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE OBTENÇÃO
DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS VIA RMF.

O STF fixou que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A Portaria MF nr. 545/2013, art. 1º, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 que obrigava o sobrestamento dos julgamentos de recursos, quando houvesse também o sobrestamento pelo Supremo Tribunal Federal - STF de recursos extraordinários da mesma matéria, até que fosse proferida decisão nos termos do então art. 543-B, do CPC.

IRPJ. CLSS. COFINS. PIS. LANÇAMENTOS CONEXOS.

Aplica-se a possibilidade de lançamentos conexos sobre o lançamento que lhes deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

ILEGALIDADE DA MANUTENÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO E SEU AGRAVAMENTO

A alegação da impossibilidade de arbitramento do lucro e da aplicação da multa não encontra amparo na legislação, quando o interessado silencia-se sobre as intimações, impondo acréscimo de 50% na multa. Não se pode dar o mesmo tratamento àquele que colabora com a fiscalização e àquele que se mantém silente às intimações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso voluntário, votando pelas conclusões os Conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Talita Pimenta Felix; e, por unanimidade em NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Ana de Barros Fernandes Wipprich, Alberto Pinto Souza Júnior, Marcelo Calheiros Soriano, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Talita Pimenta Félix.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte face ao acórdão nº 12-59.923 (fls. 2087/2097), proferido pela 2ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro em que acordaram, por unanimidade, em dar provimento parcial às impugnações para considerar devidos o IRPJ, no valor de R\$2.741.204,61, a CSLL no valor R\$ 1.241.642,08, COFINS no valor de R\$ 3.449.005,75 e PIS no valor de R\$ 747.284,57; determinar multa de ofício de 112,5%, encargos moratórios e excluir do polo passivo os devedores solidários Rogério Alves da Cunha, Jaira Emaculada da Cunha e Alberto Pedro da Silva Filho.

A DIFIS/SP registrou no Termo de Verificação de Fiscal (fl. 1743) os seguintes fatos e fundamentos:

- a) a fiscalização iniciou-se, em 30/07/2012, com a intimação da contribuinte;
- b) requisitaram-se informações sobre movimentação financeira às instituições financeiras detentoras de contas da contribuinte (Bradesco, Santander/Real, Daycoval, Banco do Brasil, Itaú/Unibanco). A requisição se deu, pelo fato de que a empresa não atendeu às intimações;
- c) constituíram-se créditos tributários, com base em valores verificados nas informações bancárias da contribuinte, considerados omissão de receita decorrente da atividade da empresa (**Tabela A** do TVF: Câmbio Exp., Cobrança Cartório e Líquido Cobrança); excluíram-se as transferências entre contas. Os valores de depósitos bancários, sem identificação de origem foram somados na **Tabela B** do TVF;
- d) agravou-se a multa em 50%, em virtude do não atendimento às intimações (Lei nº 9.430/1996, art. 44, incs. I e II);

-
- e) considerou-se como Crime contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/1990, art. 1º) a omissão de receitas consideradas advindas da atividade da empresa (referida Tabela A);
 - f) não foram apresentadas DIPJ e DCTF no ano calendário 2009;
 - g) não foram apresentadas escrituração contábil e fiscal solicitadas durante a auditoria fiscal;
 - h) a empresa não prestou os esclarecimentos solicitados por meio de Termos de Intimação;
 - i) arbitrou-se o lucro (janeiro a agosto/2009), conforme RIR/99, arts. 529 e 530;
 - j) sobre os valores da Tabela A, multa de 225% (Receita da Atividade da Empresa: R\$34.206.707,31); da Tabela B, multa de 112,5% (Créditos/Depósitos Bancários Não Comprovados: R\$80.760.151,45) (arts. 957, 958 e 959, RIR/99);
 - k) são responsáveis solidários os sócios diretores, Rogério Alves da Cunha, Jaira Emaculada da Cunha e Alberto Pedro da Silva, em relação aos créditos tributários lançados em decorrência da omissão de receitas (art. 124, inc. I da Lei nº 5.712/66 – Interesse Comum na Situação que Constitua o Fato Gerador da Obrigação Principal); E
 - l) tais sócios devem responder pessoalmente pelo fato de serem diretores da contribuinte (art. 135, inc. III, CTN).

As razões de decidir registradas no acórdão recorrido, em síntese, foram as seguintes:

DA SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DO PROCESSO

- O art. 543-B do CPC aplica-se exclusivamente aos processos judiciais e o art. 62-A da Portaria MF nº 256/2009 trata de processos em curso no CARF. Tais dispositivos não são extensivos aos processos a serem apreciados pelas DRJs.

DAS QUESTÕES INCONSTITUCIONAIS

- A alegação de que a obtenção dos extratos bancários por parte da fiscalização nas instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, configuraria infração à norma constitucional, não é oponível à instância administrativa, por ser matéria reservada aos órgãos judiciais. Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 trata do processo administrativo fiscal. Logo, o procedimento adotado está de acordo com a legislação.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

- A alegação da recorrente de que sua situação cadastral indicava a **situação de “inapta”** antes da fiscalização, não invalida os meios utilizados para se dar ciência à recorrente dos Termos de Intimação Fiscal - TIF, primeiro pelo correio e depois por edital.

- Diante da falta de comprovação dos valores depositados/creditados nas contas bancárias, tais valores se caracterizaram como omissão de receitas.

- Não é condição do arbitramento que o contribuinte tenha receita em todos os meses do ano. Como a fiscalização só conseguiu apurar receitas nos meses de janeiro a agosto/2009, sobre tais meses recaíam as tributações.

DAS MULTAS APLICADAS

- Ao caso, sobre os valores tributados com base nas quantias depositadas nas contas bancárias a título de “câmbio exp”, “cobrança cartório” e “líquido cobrança”, aplicou-se a multa de 225%. A justificativa para tanto foi por haver configurado omissões de receitas de atividades da empresa, em tese, crime contra a ordem tributária, e também pela falta de apresentação das respectivas DIPJ e das DCTF de 2009.

- A DRJ concluiu que, as justificativas apresentadas pela fiscalização não preenchem os requisitos legais para tal multa de 225%.

- Em momento algum o sujeito passivo e seus sócios administradores atenderam às intimações. O único pronunciamento se deu com o pedido de prorrogação do prazo para comprovar as operações bancárias. Que não foi cumprida. Logo, a alegação de impossibilidade de arbitramento do lucro e da aplicação da multa não encontram amparo na legislação, e caso o interessado houvesse respondido, não seria devido o acréscimo de 50% sobre a multa de ofício de 75%. A falta de resposta, portanto, enseja a multa de 112,5%.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INEXISTÊNCIA

- Como inexiste nos autos prova de que os recursos mantidos à margem da tributação foram desviados para o patrimônio do administrador ou dos sócios, bem como não ficou evidenciado qual o interesse comum na situação que se constituiu fato gerador da obrigação principal, devem ser afastadas do polo passivo as pessoas físicas consideradas solidárias. E, apesar da revelia do sócio Alberto Pedro da Silva Filho, os efeitos desta decisão lhe são aplicados.

DOS LANÇAMENTOS CONEXOS

- Os efeitos da apuração da infração no lançamento do IRPJ se estendem à CSLL, ao Pis e à Cofins.

Face à exoneração dos devedores solidários, houve **Recurso de Ofício**, em cumprimento às disposições do art.34, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972.

Devidamente intimada do acórdão da DRJ, em 08/10/2013 (fl. 2118), e irresignado com o teor do acórdão que deu parcial provimento às impugnações, a empresa interpôs recurso voluntário, em 29/10/2013 (fls. 2120/2152), cujas razões são sintetizadas a seguir:

PRELIMINARMENTE: DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO ATÉ DA DECISÃO DE MÉRITO NOS AUTOS DO RE Nº 601.314/SP

- Dada a natureza dos lançamentos em estudo, haveria a necessidade de suspensão do curso do litígio instaurado no bojo deste processo administrativo até que o Supremo Tribunal Federal profira decisão meritória definitiva no bojo do RE nº 601.314/SP.

- Conforme o próprio TVF, o trabalho fiscal se iniciou com a obtenção, pelo Fisco junto às instituições financeiras nacionais e sem prévia autorização judicial, de dados relativos à movimentação bancária da INTERBEEF, atreladas aos meses de 01.2009 a 08.2009.

- que a possibilidade de a RFB acessar tais informações, mediante emprego do insidioso ferramental representado pelas RMFs, sem prévio apelo ao Judiciário, está em discussão no STF.

DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS VIA RMF

- Acaso superada a preliminar suscitada, impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do procedimento adotado pelo Fisco na obtenção de dados bancários sigilosos sem a devida autorização judicial precedente.

- Nesse cenário, parece evidente que, cuidando a RFB de interesses arrecadatórios, inconfundíveis com a persecução penal, não poderia ela agredir o sigilo dos dados bancários dos contribuintes, sequer por meio de prévia autorização judicial.

- que a Lei nº 105/2001, no ponto em que autorizou o acesso fazendário aos dados bancários e financeiros dos contribuintes, sem autorização e com escopo que nada toca à investigação ou à instrução penal, é agressivamente inconstitucional. A investigação fiscal sob ataque, desta maneira, é igualmente ilegítima, assim como o é o AII que dela decorreu.

- que seja cancelado o AII sob ataque, haja vista que o procedimento que levou à aferição da suposta matéria tributável – nomeadamente, a obtenção oficiosa de dados bancários sigilosos mediante emissão de RMFs – contraria o texto constitucional e os precedentes definitivos do Pleno do STF; fere direitos do contribuinte.

DO DESCABIMENTO DO ARBITRAMENTO DO LUCRO TRIBUTÁVEL

- De acordo com a fundamentação apresentada pela Fazenda, a cominação do mecanismo arbitral, *in casu*, deveu-se ao suposto fato de a recorrente não ter entregue, a despeito de intimada, os livros contábil-fiscais obrigatórios, capazes de elucidar a apuração do lucro tributável. Noutras palavras, o Fisco buscou justificar o arbitramento em tela no art. 530, inc II do RIR/99.

- O próprio agente fazendário, no TCF anexo ao TVF contou ter solicitado documentos fiscais, ao contribuinte, apenas uma vez, por meio da alegada entrega de Termo de Início de Ação Fiscal. E, logo depois desta tentativa, o Fisco, sem adotar qualquer outra diligência, resolveu adotar medida externa do arbitramento, sem sequer ter certeza quanto à real ciência da INTERBEEF acerca do pedido de apresentação de “arquivos contábeis em meio magnético”.

- O citado Sr. Adilson Barbosa não é conhecido da INTERBEEF. O próprio TVF noticiou que esta pessoa natural havia informado a mudança de endereço da autuada, negando-se a receber o TIF datado de 18.03.2013. Tanto havia certeza fazendária de que a recepção postal do TIAF não serviria a cientificar a impugnante que o próprio agente buscou a ulterior intimação editalícia.

- O Fisco não engendrou todos os esforços necessários a intimar, efetivamente, a INTERBEEF, de maneira a solicitar a apresentação dos documentos e dos escritos contábil-fiscais obrigatórios.

- O mecanismo arbitral constitui medida extrema, que só se justifica se a Fazenda não consegue apurar o lucro tributável.

DA INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECIETAS DO ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430/1996

-
- A opção pelo arbitramento do lucro não se sustenta, uma vez terem sido adotadas providências menos gravosas que poderiam evitar aquela mais nociva.
 - Quando o mecanismo arbitral é posto a funcionar pelo Fisco, qualquer outra forma de quantificação das bases impositivas, ainda que eleita pelo sujeito passivo, é suplantada por aquela. O arbitramento não permite qualquer outro modo simultâneo de apuração, direto ou indireto – inclusive por presunção.
 - Todos os depósitos bancários devem ser tratados homogeneamente, para fins de composição da receita bruta conhecida. A justificação dos créditos cobrados nos termos do art. 42 configura vício óbvio de fundamentação e de definição da matéria tributável, capaz de nulificar o próprio AII, forte em ofensa ao art. 142 do CTN.

DA IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DAS MULTAS PUNITIVAS IMPOSTAS

- A distinção entre os lançamentos calcados em arbitramento do lucro, de um lado, e em presunção de omissão de receitas objeto de depósitos bancários, de outro, serviu, também, como *discriminem* para a imposição de penalidades diferenciadas. A Fazenda, com efeito, interpretou haver motivos para a qualificação da multa referente a receitas supostamente atreladas à atividade da INTERBEEF, não entrevedo similar circunstância exasperante para os demais rendimentos presumidamente omitidos.
- É fundamental, portanto, a desqualificação de todas as multas punitivas cominadas, eis inexistirem quaisquer evidências de ocorrência de comportamentos capazes de subsunção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

DA IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DAS MULTAS PUNITIVAS IMPOSTAS

- Afora não ser lícita a qualificação, também é inviável o agravamento das penas impingidas, vez que a justificativa para o agravamento foi apontado como relativa à falta de atendimento às intimações fiscais que, de um lado, solicitaram a apresentação de “arquivos fiscais em meio magnético”, e, de outro lado, pleitearam elucidação documental a respeito das origens dos créditos bancário aferidos.
- Sucede, porém, que tais “omissões” já deram causa ao arbitramento do lucro à presunção de omissão de receitas, e, determinar o agravamento das penalidades em virtude destas circunstâncias representaria imposição de duplo efeito pernicioso.
- Uma vez mantidos os lançamentos – conclusão que não poderia aceitar – deveriam, ao menos, ser minoradas as multas aplicadas, até o percentual de 75%.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

Na forma acima, a recorrente interpôs recurso voluntário tempestivamente e está regularmente representada. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminarmente, a recorrente alegou a **necessidade de suspensão do julgamento**, até decisão de mérito nos autos do RE nº 601.314/SP. No entanto, o referido Recurso Extraordinário já foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, em

24/02/2016, no qual, por maioria de votos, fixou-se que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Nesse sentido, **não há como acolher a preliminar de sobrestamento do processo.**

Ainda em preliminar, a recorrente alega que há **vícios materiais no Auto de Infração** que imporiam a anulação do ato. Nesse sentido, alega que **não se buscou localizar os contribuintes**; que **houve quebra de sigilo bancário**, sem prévia autorização do Poder Judiciário; que **inexiste prova de ocorrência de acréscimo patrimonial** do contribuinte; e que depósitos em constas bancárias não se prestariam a tanto.

Após a análise das informações e documentos nos autos, verifica-se que **não há nulidade nas intimações por via postal e por edital.**

Quanto aos outros dois pedidos, que se confundem com o mérito em questão, conclui-se que também **não há quebra de sigilo bancário**, à vista dos fundamentos acima. Do mesmo modo, nos termos da Súmula CARF nº 26, "a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 **dispensa** o Fisco de **comprovar** o **consumo** da **renda** representada pelos **depósitos bancários** sem origem comprovada."

Em sequência, a recorrente sustenta que há a **possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo Carf**, no que diz respeito ao procedimento de obtenção de informações sigilosas, via RMF.

Nos termos de Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprovou o novo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em seu art. 62, "fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade. Essa regra também está determinada, nos termos da Súmula CARF nº 2, em que, "o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Dessa forma, **também não há como acolher o pedido de declaração de inconstitucionalidade quanto ao procedimento de obtenção de informações sigilosas, via RMF.**

Com relação aos referidos **lançamentos conexos**, a recorrente silenciou-se a respeito, até o momento em que o acórdão da DRJ determinou a extensão dos efeitos do lançamento do IRPJ para os demais tributos (CSLL, PIS e COFINS).

Não constitui cerceamento ao direito de defesa a elaboração de relatório fiscal que engloba vários lançamentos, mesmo que conexos, ainda mais, quando presente a narrativa individual acerca de cada exigência, de modo a não prejudicar o entendimento da acusação fiscal.

Assim, **aplica-se a possibilidade de lançamentos conexos sobre o lançamento que lhes deu origem**, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

No tocante às alegações quanto à impossibilidade de **arbitramento do lucro**, verifica-se que as razões de decidir da DRJ basearam-se no fato de que também não houve emissão de notas fiscais referentes às vendas de produtos de fabricação própria, conforme consignado no auto de infração, à fl. 2039, o que caracteriza **omissão de receita da atividade**. Também não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas perante instituições financeiras, fl. 2040, o que caracteriza **omissão de receita por presunção legal**, conforme relatório fiscal anexo ao auto de infração.

Diante do não atendimento às intimações enviadas à recorrente para apresentar tais documentos e analisando-se o auto de infração e demais documentos nos autos, verifica-se que foram observadas as regras de arbitramento, com base nas disposições do art. 530, inc II do RIR/99 e em conformidade com as disposições do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e art. 142 do CTN. Nesse sentido, **não há como acolher a alegação de que seria indevido o arbitramento do lucro por omissão de receita de atividade e por omissão de receita por presunção legal**.

Para a apreciação dos argumentos da recorrente quanto à **ilegalidade na manutenção da multa de ofício e seu agravamento**, transcreve-se os seguintes fundamentos consignados pela DRF:

A aplicação da multa qualificada requer a apuração da conduta dolosa do agente. Precisa estar evidenciado que o agente teve a intenção deliberada de sonegar, fraudar ou praticar o conluio para fins sonegar ou fraudar o Fisco. As justificativas apresentadas pela fiscalização não preenchem os requisitos legais da qualificação da multa.

De outro modo, no que se refere ao agravamento da multa, prevista no § 2º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, que impõe acréscimo de 50%, em função do não atendimento do sujeito passivo das intimações, a penalidade aplicada se adequa ao caso. Pois, em nenhum momento o sujeito passivo e seu sócio administrador atenderam às solicitações. O único pronunciamento se deu com o pedido de prorrogação do prazo para comprovar as operações bancárias (fl. 1735).

A alegação da impossibilidade de arbitramento do lucro e da aplicação da multa não encontra amparo na legislação. Caso o interessado tivesse respondido, por exemplo, que não dispunha da documentação contábil, o agravamento da multa não seria aplicável. Mas a falta de resposta às intimações impõe acréscimo de 50% na multa. Não se pode dar o mesmo tratamento àquele que colabora com a fiscalização e àquele que se mantém silente às intimações.

A recorrente, portanto, não atendeu às intimações para apresentar o livros contábeis e fiscais obrigatórios. Tais registros realizados pela Fiscalização demonstram que **a multa de ofício deve ser acrescida da metade** ($75\% + 37,5 = 112,5\%$) em virtude do não atendimento pela recorrente às intimações da DRF, em conformidade com o que determina o § 2º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

Sobre o não atendimento às intimações a recorrente alega que "que o Fisco não engendrou todos os esforços necessários a intimar, efetivamente, a Interbeef, de maneira a solicitar a apresentação dos documentos e dos escritos contábil-fiscais obrigatórios. Inexistem dúvidas nesse ponto." As intimações foram devidamente cumpridas e assim respeitadas as oportunidades de prestação de informações e de defesa.

Destaca-se, ainda, que não há fundamento para a fiscalização considerar como prova direta as indicações literais constantes dos extratos bancários (“Câmbio Exp.”), sem sequer requisitar os supostos contratos de câmbio. As indicações dos extratos não são suficientes para comprovar, em si, que tais valores se referiam à atividade da empresa. Esse ponto, também revela que haveria como se manter a multa de 100%.

Assim, considero devida a manutenção, apenas, da multa de ofício de 75% e o seu agravamento em 50%, para totalizar 112,5%, independentemente do fato de ter se concluído pelo arbitramento do lucro.

DO RECURSO DE OFÍCIO

A Fiscalização (DEFIS/SP, fls. 1915/1918) lavrou Termo de Responsabilidade Tributária do qual destacam-se os seguintes pontos:

- Responsáveis Tributários: Rogério Alves da Cunha, Jaira Imaculada da Cunha e Alberto Pedro da Silva Filho. O Contrato Social da empresa e suas alterações evidenciam que os três eram sócios diretores. A administração da empresa era exercida por eles, sem funções específicas.
- A empresa não atendeu aos Termos de Inumação Fiscal. Solicitou-se, via Requisição de Movimentação Financeira, os dados e informações sobre a movimentação financeira da empresa.
- Por meio dos dados coletados perante as instituições financeiras, relacionados no Termo de Verificação Fiscal, efetuaram-se novas intimações da empresa. Também não houve atendimento aos Termos de Intimação Fiscal encaminhados. Efetuaram-se lançamentos de Ofício, com base nos históricos dos extratos bancários, identificados como "Omissão de Receitas" por meio dos lançamentos relativos aos Depósitos/Créditos não comprovados e Liquidação de Cobrança/Cobrança, devidamente discriminados no Termo de Verificação Fiscal do Auto de Infração.
- Pelo fato de a fiscalização não ter obtido explicações e justificativas satisfatórias da empresa, efetuaram-se as respectivas autuações fiscais constantes do processo administrativo-fiscal em referência.
- O sujeito passivo foi alertado de que a não comprovação quanto a origem/natureza dos recursos utilizados nas operações de créditos bancários relacionados nos termos fiscais, na forma e prazo estabelecidos, ensejaria lançamento de ofício, a título de omissão de receitas, nos termos do artigo 849 do RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que coubessem. Lavrou-se o Auto de Infração do IRPJ/Reflexos no valor de R\$23.138.946,75 (Processo Administrativo Fiscal nº 19515-721.108/2013-91).
- Omissão de receitas representada por inúmeros e habituais créditos efetuados por terceiros nas contas bancárias da empresa (representados por Depósitos e por Liquidação de Cobrança) não explicados/justificados satisfatoriamente.
- O Termo registra, ao mesmo tempo, responsabilidade tributária e solidária dos três referidos sócios. Citam-se os art. 124, incs. I e II; art. 135, incs. II e III; art. 136; art. 137 todos do CTN. Crimes Contra a Ordem Tributária, Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º.
- Com base em tais dispositivos, consignou a responsabilidade pessoal dos três referidos responsáveis tributários e que devem responder pelos crimes cometidos e pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias e resultantes de atos com infração de lei por eles praticados direta ou indiretamente, na gerência e administração da empresa.

As impugnações apresentadas por Rogério Alves da Cunha e Jaira Emaculada da Cunha (Alberto Pedro da Silva Filho não apresentou impugnação) coincidem nos seguintes pontos a seguir destacados:

- Em relação ao art. 135 do CTN, alega que a cominação da responsabilidade pessoal em estudo só teria pertinência, caso houvesse provas de que as obrigações tributárias questionadas, originadoras dos créditos fiscais em cobrança, decorreriam de atos que constituíssem exacerbação de poderes ou inobservância de leis, contratos sociais ou estatutos. Alega que, não se cuida, como supõe a Fazenda, de mecanismo de reforço do crédito, mediante responsabilização de terceiros envolvidos.
- não haveria quaisquer atos ilegais, praticados culposa ou dolosamente pelos sócios diretores, que pudessem ser provados, pela Fazenda, a fim de legitimar a responsabilização guerreada. A existência de depósitos não declarados e não justificados não permitiria concluir qualquer dolo específico, essencial ao comando do artigo 135 do CTN.
- cita acórdãos do Carf, no sentido de que não se coadunaria com a infração prevista no art. 135 do CTN, o mero inadimplemento ou a falta de atendimento às intimações da fiscalização. Para tanto, seria necessário um conjunto de provas capazes de demonstrar procedimentos fraudulentos comprovados nos autos.
- citou a Súmula STJ nº 430 - "o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio gerente".
- que a solidariedade passiva visionada pela fiscalização jamais poderia ser fundamentada, similarmente, pelo comando do artigo 134, inciso VII, do CTN. Este preceito, a teor de sua redação, só possibilita, afinal, a responsabilização solidária dos sócios "no caso de liquidação de sociedade de pessoas". A toda certeza, tal não é a situação dos autos, uma vez que a INTERBEEF sempre se revestiu de roupagem de sociedade anônima - exemplo máximo de "sociedade de capital".
- a sócia, Sra. Jaira Emaculada da Cunha, além desses mesmos argumentos do sócio Rogério Alves da Cunha, alegou que figurou como acionista da empresa por pouquíssimo tempo e jamais foi sua administradora.

Diante dos registros da fiscalização e dessas razões de defesa dos recorrentes, **a DRJ exonerou os três sócios da responsabilidade tributária**, com base nos fundamentos a seguir sintetizados:

32- Tanto o termo de verificação fiscal (fls. 1749/1750), quanto o termo de responsabilidade tributária (fls. 1915/1918), **não possuem a adequada fundamentação sobre a responsabilidade tributária**. Basicamente, estes termos reproduzem os arts. 124, 135, 136 e 137 do CTN sem tipificar a conduta dos agentes.

33- A composição acionária do interessado foi alterada em 6/4/2009, com a saída do sócio Alberto Pedro da Silva Filho e a entrada da sócia Jaira Emaculada da Cunha (ata da AGE às fls. 16/18). Em 18/5/2009 (ata da AGE às fls. 20/21) esta sócia cede suas ações para a empresa Rogério Alves da Cunha ME (CNPJ 67.120.584/0001-00). A administração do interessado era exercida isoladamente pelo sócio Rogério Alves da Cunha, conforme disposição no art. 10, §1º, do estatuto social formalizado em 19/1/2009 (fls. 1727/1734), a saber:

"Capítulo IV - Da Administração - Diretoria

Art. 10. A sociedade será administrada por uma Diretoria composta de até 02 (dois) Diretores sem designação específica eleitos pela Assembléia Geral, competindo-lhes, primordialmente cumprir e fazer cumprir o presente

Estatuto, as decisões das Assembléias Geral e a legislação em rigor, bem como administrar a Sociedade, promovendo tudo o que necessário for à realização do respectivo objeto social.

*Parágrafo 1º - Conforme Ata da Assembleia Extraordinária realizada em 17 de janeiro de 2008, o acionista Rogério Alves da Cunha, brasileiro, empresário, casado sob regime de separação total de bens, portador da Cédula de Identidade nr. 20.299.265 SSP/SP e inscrito no CPF (MF) sob o nr. 147.895.018-84, residente e domiciliado à Rua Vinte e Seis, 663. Centro. Barretos SP. CEP: 14780-100 **exercerá isoladamente o cargo de Administrador da Companhia.***

Parágrafo 2º. O prazo de gestão dos membros da Diretoria é de 03 (três) anos, permitida a reeleição."

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

35- A expressão "pessoalmente responsáveis" constante do *caput* do art 135 não pode ser lida como "somente responsáveis", não limita a responsabilidade, exclusivamente, às pessoas ali arroladas, com exclusão do contribuinte originário (no caso, a sociedade). A responsabilidade do contribuinte pessoa jurídica continua, posto que só se deve admitir a exclusão do sujeito passivo originário se por lei expressa.

36- No caso sob exame, o único sócio que exerceu o cargo de administrador foi Rogério Alves da Cunha. De imediato, os demais sócios não seriam alcançados pelo art. 135, inciso III do CTN. Cabe ressaltar, também que o mero inadimplemento do pagamento de tributo não pode dar causa à responsabilização dos sócios-gerentes, conforme Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Caso contrário, em vez de exceção à regra segundo a qual a responsabilidade é da pessoa jurídica (que não se confunde com seus membros), seria uma regra absoluta. Ou seja. os sócios-gerentes responderiam sempre, posto que o inadimplemento de um débito tributário configura infração de lei que, em condições ordinárias, é praticada pela pessoa jurídica e não pelo seu representante.

37- Na verdade, a expressão 'infração de lei', deve receber uma interpretação sistemática, necessariamente restritiva, para que se preserve a coerência do ordenamento jurídico.

38- Na visão de Marcos Vinícius Neder, a responsabilidade pessoal do administrador somente se aplica quando o administrador atua em benefício próprio, contra os fins e o interesse da pessoa jurídica - fraude contra a pessoa jurídica (v.g. escrituração de notas frias pela pessoa jurídica, quando a diferença indevidamente deduzida da base de cálculo foi desviada para o patrimônio do administrador ou de interposta pessoa).

39- O lançamento ora em exame decorre da constatação de depósitos bancários de origens não comprovadas, o que nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 constitui-se em presunção de omissão de receita. A suposta conduta fraudulenta do interessado foi afastada neste voto, por falta de comprovação de sua intenção dolosa.

40- Como inexistente nos autos prova de que os recursos mantidos à margem da tributação foram desviados para o patrimônio do administrador ou dos sócios, bem como não ficou evidenciado qual o interesse comum na situação que se constituiu fato gerador da obrigação

principal (art. 124, inciso I, do CTN), devem ser afastadas do polo passivo as pessoas físicas consideradas solidárias.

41- Apesar da revelia do sócio Alberto Pedro da Silva Filho, os efeitos desta decisão lhe são aplicados, em decorrência do art. 509, parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC:

"Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns".

Frise-se que, no Termo de Responsabilidade a fiscalização não demonstrou a a responsabilidade solidária dos diretores; não evidenciou a ocorrência das disposições do art. 124, CTN. Limitou-se a citar o dispositivo, nada mais.

Quanto à aplicação da multa de ofício (75%) qualificada (50%) e majorada (100%) aos sócios diretores, registra-se que não há fundamento para o agravamento para 100%. A fiscalização não poderia considerar como prova direta as indicações literais constantes dos extratos bancários ("Câmbio Exp."), sem sequer requisitar os supostos contratos de câmbio. As indicações dos extratos não são suficientes para comprovar, em si, que tais valores se referiam à atividade da empresa. Esse ponto, também revela que haveria como se manter a multa de 100%.

Assim, analisados os registros da fiscalização; as razões de defesa dos envolvidos; e os fundamentos com base nos quais decidiu a DRJ, cujos principais pontos foram acima transcritos, conclui-se que é de se ratificar o acórdão recorrido, por não haver nos autos evidências a partir das quais fosse possível a atribuir a responsabilidade tributária aos sócios diretores (art. 135, CTN), nem mesmo para considerá-los devedores solidários (art 124, CTN).

Por todo o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao Recurso Voluntário da contribuinte e NEGAR provimento ao Recurso de Ofício.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator