



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

Processo n° 19515.721802/2011-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.516 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de setembro de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente LASER TECH COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ELETRÔNICOS LTDA.
(contribuinte) e JEFFERSON MUCCIOLO (responsável tributário)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS DIÁRIO E RAZÃO. PROCEDÊNCIA.

Na situação em que o contribuinte deixa de apresentar os livros obrigatórios (Diário e Razão), correto o arbitramento dos lucros. Inaceitável a alegação de que os livros teriam sido furtados, se não cumpridas todas as providências previstas na legislação para essa situação e se, além disto, o boletim de ocorrência não faz menção ao furto dos livros Diário e Razão.

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

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

RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS.

No caso de arbitramento do lucro deverão ser acrescidos à base de cálculo do Imposto de Renda os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pela receita bruta operacional. Correta, também, a dedução dos valores do imposto comprovadamente retido pelas instituições financeiras, reduzindo o montante a ser lançado.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. PROCEDÊNCIA.

Caracterizada nos autos a situação prevista em lei - falta de atendimento, no prazo marcado, a intimação para prestar esclarecimentos - correta a aplicação da multa agravada, no percentual de 112,5%.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2009

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ATO CONTRÁRIO À LEI OU COM EXCESSO DE PODERES. PROVA.

Inexistentes, nos autos, provas de que a pessoa física apontada como responsável tributária tenha praticado atos contrários à lei ou com excesso de poderes, em relação à procuração que lhe outorgava poderes junto à instituição financeira, tão somente; ou que, por outra vertente, tenha se beneficiado das receitas auferidas pela pessoa jurídica e não oferecidas à tributação, de tal forma a caracterizar o interesse comum na situação que constitua o fato gerador; deve ser afastada essa pessoa física do polo passivo da relação jurídico-tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado: a) por unanimidade, em manter os créditos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS e afastar a responsabilidade tributária do Sr. Jefferson Mucciolo; b) por maioria, em manter o crédito relativo ao IRRF, vencidos os Conselheiros Márcio Rodrigo Frizzo e Guilherme Pollastri Gomes da Silva; e c) por qualidade, manter o agravamento da multa, para mantê-la no percentual de 112,5%, vencidos os Conselheiros Eduardo Andrade, Márcio Rodrigo Frizzo e Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Márcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Hélio Eduardo de Paiva Araújo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

LASER TECH COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ELETRÔNICOS LTDA. (contribuinte) e JEFFERSON MUCCILO (responsável tributário), já qualificados nestes autos, inconformados com o Acórdão nº 16-46.820, de 21/05/2013, da 2ª Turma da Delegacia

da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - I / SP, recorrem voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito.

A contribuinte acima identificada foi autuada e notificada a recolher o crédito tributário, no valor de R\$ 95.166.072,83, referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, multas e acréscimos legais.

Termo de Verificação Fiscal (fls. 377 a 400) relata, em síntese, o seguinte:

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

O contribuinte foi por três vezes intimado a apresentar a escrituração comercial e fiscal, contrato social e alterações, livros auxiliares e extratos de contas-correntes bancárias e de aplicações financeiras.

Entretanto, nenhum elemento foi apresentado, assim como nenhuma justificativa para que a DIPJ do Exercício de 2009/ano-calendário 2008 tenha sido entregue em branco.

Adicionalmente, as DCTF's Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – foram entregues sem nenhum débito declarado, constando apenas as informações cadastrais do contribuinte.

A DIMOF – Declaração de Informações Sobre a Movimentação Financeira – entregue pela Instituição Financeira Banco Bradesco S/A à Secretaria da Receita Federal, acusa o montante de R\$ 114.149.280,98 de créditos, ou seja, entrada de recursos na conta do contribuinte.

Devido à inércia da fiscalizada em relação à apresentação dos elementos solicitados foi lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização.

Posteriormente, em correspondência datada de 07/06/2011, o contribuinte apresentou carta-resposta informando que não pode apresentar os documentos tendo em vista a ocorrência de furto, juntando dois boletins de ocorrência. O primeiro corresponde a furto de veículo e o segundo a sua localização, com datas de 07/07 e 15/07/2009, respectivamente.

No primeiro boletim, nº 2465/2009, emitido em 07/07/2009 pelo 57º Distrito Policial Parque da Moóca — Capital, relativo ao furto do veículo e documentos, encontram-se citados como elementos furtados relacionados pelo contribuinte: o Contrato Social e alterações, Livros Registro de Entradas e de Saídas de Mercadorias, Livro de Apuração do ICMS, Livro Registro de Inventário, Livro Modelo 06, notas fiscais de entradas de mercadorias, 2007 a 2009, todos da empresa LASER TECH. Entre os elementos furtados, não há citação aos livros contábeis: Livro Diário e Razão ou Livro Caixa.

O contribuinte não fez nenhuma referência quanto aos extratos de contas-correntes bancárias e aplicações financeiras, inclusive eventual solicitação junto à Instituição Financeira.

Tendo em vista a inércia da fiscalizada em relação à apresentação dos extratos de contas-correntes bancárias e aplicações financeiras, foi solicitada a emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), à Instituição Financeira Banco Bradesco S/A.

Uma vez recepcionados os extratos de contas-correntes bancárias foram feitas as devidas análises nos créditos, expurgando-se aqueles decorrentes de resgates de aplicações financeiras e contas remuneradas, estornos diversos, devoluções de cheques, etc. Após a exclusão desses valores, bem como dos créditos decorrentes de transferências entre contas de mesma titularidade, chegou-se aos valores individualizados creditados nas contas-correntes bancárias. Os valores encontram-se individualizados no ANEXO A do Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 03. Os créditos somam o montante de R\$ 112.166.776,57 no ano-calendário. Neste Termo o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos depósitos em contas-correntes bancárias, individualizados em seu Anexo "A".

Em nova correspondência o contribuinte alega, em síntese, que está impossibilitado de atender ao determinado, em razão do furto do qual foi vítima, devidamente noticiado à autoridade Policial e informado a esta fiscalização. Pondera o contribuinte de que, em razão do furto de seus registros contábeis e fiscais, em razão da paralisação da empresa há mais de dois anos e, em razão de os extratos bancários apresentarem movimentação de 2008, não seria possível indicar a origem dos valores que transitaram em sua conta-corrente.

Em 09/09/2011 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 04 onde o contribuinte foi reintimado a comprovar a origem dos depósitos em contas-correntes bancárias e a apresentar os livros comerciais e fiscais e GIAS's de ICMS. O contribuinte, decorrido o prazo para atendimento, não apresentou nenhum dos elementos solicitados.

DOS RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA DE RENDA FIXA

Conforme mencionado, o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar os extratos de contas-correntes bancárias e de aplicações financeiras. Em virtude da inércia da fiscalizada em relação à apresentação dos elementos solicitados, tanto no que diz respeito à escrituração contábil e fiscal, quanto em relação aos extratos de contas-correntes bancárias e aplicações financeiras e, também, a justificativa para a entrega da DIPJ em branco, foi lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização e solicitada a emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), à Instituição Financeira Banco Bradesco S/A.

Uma vez recepcionados os extratos de contas-correntes bancárias e de aplicações financeiras verificou-se as vultosas quantias aplicadas em produtos financeiros da Instituição Financeira mencionada, como por exemplo, certificados de depósito bancários (CDB) e Fundos de Renda Fixa (Bradesco FAQ Hiperfundo DI), os quais geraram rendimentos que não foram informados pelo contribuinte na DIPJ e, portanto, não ficaram sujeitos à tributação do IR e reflexos.

Diante destes fatos, foi efetuado o lançamento das receitas decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa, conforme extratos fornecidos, pela Instituição Financeira, corroborados pelas informações na DIRF anual.

DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS / PAGAMENTOS SEM CAUSA

O contribuinte foi regularmente intimado a comprovar, conforme Termo de Intimação Fiscal nº 05, a destinação dos pagamentos e transferência bancárias relacionadas no ANEXO “A” do referido termo.

Em resposta, o contribuinte reitera a informação já prestada em correspondência de 01/09/2011, ou seja, de que fica impossibilitado de comprovar a destinação dos pagamentos e transferências bancárias face ao furto noticiado à Autoridade Policial e noticiado a esta fiscalização, representando missão irrealizável o fornecimento de documentos que lhe foram subtraídos, bem como a indicação da origem e destino dos valores que transitaram em sua conta-corrente, sem os correlatos documentos.

Conforme já mencionado, não consta do Boletim de Ocorrência nº 2465/2009, entre os elementos furtados, os livros contábeis, nem tampouco há menção a documentos bancários ou relativos a lançamentos efetuados na contabilidade.

Assim sendo, conforme discriminado no “ANEXO B” ao Termo de Verificação Fiscal, foi lançado o Imposto de Renda na Fonte sobre os pagamentos para os quais não ficou demonstrada a sua causa e/ou o seu beneficiário.

DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Foram lavrados, em 18/01/2012, com ciência do contribuinte em 19/01/2012, os seguintes autos de infração:

[...]

DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Em 15/05/2012 o Sr. Jefferson Mucciolo tomou ciência do Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 598 a 600) no qual é apontado como sócio de fato da empresa em epígrafe, tendo em vista ser essa sociedade formalmente constituída por interpostas pessoas.

DA IMPUGNAÇÃO

Em 17/02/2012 a empresa apresentou impugnação (fls. 497 a 522), alegando, em síntese, que:

- o Auditor Fiscal consubstanciou-se em fatos abstratos para a apuração da análise dos cálculos, sem que fossem efetivamente apurados os fatos de recolhimento por estimativa, abstendo-se de demonstrar com clareza a apuração da penalidade;

- a autuação baseou-se exclusivamente na quebra do sigilo bancário da Impugnante o que não constata a verdade material dos fatos;

- o Auto de Infração deve basear-se em provas concretas e conclusivas, o Auditor não pode presumir, por intermédio da juntada dos extratos bancários da Impugnante, o auferimento de renda e o acréscimo patrimonial;

-o Auto de Infração é nulo de pleno direito, por não ter sido lavrado com base em provas da ocorrência de eventual infração, devendo ser anulado.

- o auto de infração deve ser anulado não só pela falta de verificação concreta dos fatos, mas, também por não espelhar a realidade, uma vez que o suporte fático

para a aplicação da penalidade não apresenta sustentação na legislação pátria, certo que o auto de infração descumpriu o artigo 2º da Lei nº 9.430/96 ou artigo 222 do RIR/99;

- os livros contábeis da Impugnante se perderam em razão de um furto, o que impossibilitou a comprovação de que já houve a plena compensação do crédito autuado;

- ao invés da fiscalização ater-se na narrativa do caso fortuito resolveu por bem requisitar a quebra do sigilo bancário da Impugnante para assim constatar que não houve o devido recolhimento dos impostos, ocorre que mesmo com a apresentação de todo demonstrativo bancário relativo ao ano de 2008, o mesmo não possui nenhuma força probatória de que os valores ali mencionados já foram devidamente compensados em anos anteriores ou demonstram receitas auferidas pela empresa;

- os valores dos recolhimentos por estimativa do período de 2008 foram devidamente compensados com saldo negativo decorrente dos anos anteriores;

- respaldada no artigo 2º, da Lei nº 9.430/96, a impugnante vem recolhendo mensalmente o valor do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica IRPJ por estimativa. Assim, ao final de cada período anual, conforme dispõe o §3º do referido artigo, a Impugnante apurou o lucro real e o valor do IRPJ que deveria ser pago;

- nunca deixou de cumprir com sua obrigação perante o Fisco e desde abertura da Pessoa Jurídica, ao fechar o seu balanço anual, apura um imposto anual em valor menor do que a soma dos recolhimentos por estimativa, o que gera direito a compensação;

- no período de 2008 os valores relativos ao recolhimento por estimativa do IRPJ da Impugnante foram, em grande parte, compensados com o saldo negativo apurado em anos anteriores;

- não há suporte fático para aplicação da penalidade pecuniária, uma vez que não houve falta de recolhimento do imposto por estimativa que pudesse ensejar a violação ao artigo 2º da Lei nº 9.430/96 ou artigo 222 do RIR/99;

- a aplicação da penalidade é incabível, eis que não há subsunção do fato à norma que fundamente a conduta do Agente Fiscal de aplicação da penalidade, pois o mesmo tomou-se por base os créditos que foram depositados junto à conta bancária da Impugnante para lavrar o auto de infração, dispensando as compensações efetuadas e apontadas nos livros contábeis;

- os documentos comprobatórios da operação já compensadas não foram apresentados pois os livros contábeis, e o restante de toda documentação da empresa, estavam sendo transportados dentro de um veículo que foi furtado, assim, somente por força maior a Impugnante não pôde entregar a documentação solicitada pela Fiscalização;

- em momento algum houve omissão do contribuinte de apresentar os documentos solicitados, o que houve foi a total impossibilidade de apresentação por fato alheio à vontade do contribuinte; no caso de impossibilidade de apresentação de documentos por força de furto devidamente registrado em Boletim de Ocorrência, é do Fisco o ônus da prova de irregularidades;

- a Fiscalização houve por bem glosar determinadas despesas pertencentes à conta Custos, redutora do lucro real da Impugnante, por entender que não houve comprovação da efetiva ocorrência dessas despesas;

- esses custos estavam regularmente escriturados na contabilidade da Impugnante, devidamente lastreados em notas fiscais e demais documentos hábeis, de modo que a presunção é de sua legitimidade, posto que a contabilidade regular faz prova em favor do contribuinte; o ônus da prova é do Fisco, que deveria demonstrar e comprovar, através de provas cabais, que os valores debitados a título de custos não eram verdadeiros;

- os extratos bancários, colacionados pela autoridade fiscal, não são documentos hábeis para comprovar eventual infração imputada à Impugnante, pois a mera movimentação financeira em conta corrente não vincula tais valores à receita auferida pela empresa gerando acréscimo patrimonial;

- o embasamento utilizado pelo agente fiscal, no ato da lavratura do Auto de Infração, presumiu que a movimentação bancária da Impugnante gerou a esta, somente, o lucro, ou seja, a empresa não sanou suas necessidades básicas e, tampouco, cumpriu com suas obrigações trabalhistas e comerciais;

- a autuação é confiscatória por querer arrecadar valor superior ao constitucionalmente aditado;

- mesmo na remota hipótese de não se entender pela nulidade do auto de infração, ao menos deve ser afastada a multa aplicada;

- não se enquadra em nenhuma das hipóteses das multas aplicadas;

- tal multa é aquela prevista pela legislação para ser aplicada nos casos de lançamento de ofício, quando houver falta de declaração ou declaração inexata dos valores devidos a título de tributos federais, ou seja, apenas nos casos em que o contribuinte se evade do dever de declarar a ocorrência do fato previsto na hipótese da regra matriz de incidência tributária;

- no caso, não se evadiu do dever de declarar os valores devidos a título do Imposto de Renda Pessoa Jurídica;

- o dever de provar incumbe ao Fisco uma vez que a inversão do ônus probante gerará ao contribuinte ameaça ao seu direito constitucional de não fazer prova contra si;

- o contribuinte tem o dever de apresentar os documentos requisitados pela autoridade fiscal quando requisitado, entretanto, na impossibilidade de apresentação dos mesmos, não pode a autoridade fiscal agir por mera presunção;

- no caso em tela, caberia tão-somente a aplicação da multa prevista no art. 61, §2º, da Lei nº 9.430/96, cujo valor é limitado a 20% do *quantum debeatur*;

- é de se considerar insubsistente a autuação por mera presunção, sendo obrigatório comprovar documentalmente as eventuais infrações da Impugnante, desta forma a aplicação da multa de 75% imposta à Impugnante é exacerbada, devendo prevalecer a multa moratória de 20% prevista no art. 61 da Lei 9430/96;

- nesse mesmo diapasão a multa punitiva de 35% (sic) a qual refere-se o artigo 14 da lei 11.488/2007, na qual o Auditor da Receita Federal do Brasil enquadrando a Impugnante, não deve ser aplicada uma vez que a mesma prestou todas as

declarações emitidas e somente não apresentou a documentação requisitada devido a ocorrência do furto da documentação fiscal e contábil;

- deve ser revista à multa de ofício, correspondente a 75%, uma vez que inexistente o fato gerador causador da obrigação tributária em razão de serem presumidos os fatos levantados contra a Impugnante, devendo o Auto de Infração ser declarado nulo por falta de evidências que comprovem a instrução do mesmo. No caso de ser determinada alguma multa a Impugnante, somente será acometida da multa moratória de 20%, pois a Impugnante não deixou de apresentar Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, assim como, deverá inexistir a multa punitiva, por descumprimento de obrigação acessória, de 37,5%, em razão da Impugnante apresentar, formalmente a Secretaria da Receita Federal, justificativa que a impossibilitava a não apresentar os documentos ora exigidos em razão do caso fortuito ocorrido, não causando assim qualquer embaraço a Fiscalização.

DA IMPUGNAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO

Cientificado do Auto de Infração e do Termo de Sujeição Passiva Solidária em 15/05/2012, o Sr. Jefferson Mucciolo, por seu procurador, apresentou, em 16/05/2012, impugnação (fls. 566 a 575), alegando, em síntese, que:

- não foi demonstrado nenhum interesse comum ou infração de lei que pudesse justificar a solidariedade do impugnante ao crédito tributário exigido;
- o arbitramento tem que observar o Princípio da Razoabilidade;
- as provas foram obtidas de forma ilegal em razão de não ter sido por determinação judicial;
- não há certeza da base de cálculo; não houve qualquer procedimento fiscal que pudesse confirmar a presunção do Fisco, sequer uma circularização junto aos clientes da LASER.

A 2ª Turma da DRJ em São Paulo - I / SP analisou as impugnações apresentadas pela contribuinte e pelo responsável tributário e, por via do Acórdão nº 16-46.820, de 21/05/2013 (fls. 636/656), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. ARBITRAMENTO.

A existência de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada caracteriza omissão de receita, que servirá de base para o arbitramento do lucro, quando o contribuinte deixar de apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e

ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA.

No caso de arbitramento do lucro deverão ser acrescidos à base de cálculo do Imposto de Renda os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pela receita bruta operacional.

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. FURTO.

O alegado furto da documentação, sem terem sido tomadas as providências no sentido da reconstituição dos livros fiscais após o decurso de prazo razoável para tal, autoriza o arbitramento dos lucros, uma vez que, nesta situação, somente esta forma de tributação permite ao Fisco aferir a base de cálculo dos tributos.

ARGÜIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de constitucionalidade e legalidade das normas tributárias, cabendo-lhe observar a legislação em vigor.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUJEIÇÃO PASSIVA

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL.

A procedência do lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica implica manutenção das exigências fiscais dele decorrente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2008

PAGAMENTO SEM CAUSA. INCIDÊNCIA. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO.

Estão sujeitos à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte os pagamentos efetuados a terceiros, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa. A importância paga será considerada líquida, cabendo o

reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto.

A pessoa jurídica LASER TECH COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ELETRÔNICOS LTDA. (contribuinte) tomou ciência da decisão de primeira instância em 14/08/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 696. Apresentou recurso voluntário em 13/09/2013 conforme envelope de postagem à folha 717. Razões de recurso às fls. 698/715.

A pessoa física Sr. JEFFERSON MUCCIOLO (responsável tributário) tomou ciência da decisão de primeira instância em 14/08/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 697. Apresentou recurso voluntário em 13/09/2013 conforme envelope de postagem à folha 741. Razões de recurso às fls. 719/739.

O recurso interposto pelo responsável tributário traz preliminar de ilegitimidade para figurar no polo passivo do lançamento ora discutido. Sustenta que a responsabilidade tributária lhe teria sido imputada pelo Fisco diante exclusivamente: (i) de uma procuração, outorgada por seu pai (Alberto, dono da empresa Laser Tech), com poderes para questões puramente financeiras; e (ii) um empréstimo cedido pelo recorrente ao seu pai, Alberto, conforme consta na DIRPF do tomador do empréstimo. Sustenta a inexistência de interesse comum, excesso de poderes ou de infração à lei. Nada nesse sentido restaria provado nos autos, e o recorrente sequer teria sido intimado no curso do procedimento fiscal. Pede, então, que seja reconhecida sua ilegitimidade para figurar no polo passivo como responsável tributário.

No mais, os dois recursos possuem idêntico teor, do que segue apertada síntese:

- Os recorrentes alegam que o Fisco, ao optar pela tributação por arbitramento, não poderia criar *“outras tributações paralelas tal que a imposição do IRRF”*. Não seria possível *“separar as receitas a bel prazer, considerando como omissão de receitas de vendas, desconsiderando as despesas dedutíveis e ajustando a base de cálculo para o IRRF”*.
- Pedem a exclusão do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL lançados.
- Trazem à colação a súmula nº 14 do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, com o fito de combater o agravamento da multa de ofício. Concluem que *“se a própria súmula reconhece que eventual qualificação da multa somente deve existir se houver prova evidente de fraude, não deve o fisco agravar a multa quando eventual falta de atendimento decorre de caso fortuito”*.
- Os interessados questionam, mais uma vez, a base de cálculo adotada. Afirmam que *“admitindo-se a tributação por arbitramento, o digno auditor fiscal não poderia ter reajustado a base de cálculo relacionado às despesas dedutíveis, deveria ter deduzido o PIS e a COFINS da base do IRPJ, não inclusão dos rendimentos das rendas fixas, principalmente quando há presunção de omissão de receitas”*. Referem-se à hipótese de incidência do imposto de renda, prevista no CTN, sustentam a dedutibilidade das despesas, questionam excessos no arbitramento e se insurgem contra a afirmação do julgador *a quo*, no que considerou não impugnada

tributação dos rendimentos de aplicação financeira de renda fixa. Acrescentam que tais rendimentos sofrem tributação na fonte.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

Os recursos voluntários são tempestivos e deles conheço.

As alegações dos recorrentes são, de certo modo, desconexas, pelo que considero pertinente uma revisão geral do lançamento, de modo a fixar certos pontos e permitir resposta aos argumentos de defesa.

Em primeiro lugar, o lançamento do IRPJ foi feito por arbitramento do lucro, diante da não apresentação dos livros contábeis (Diário e Razão) ou, ainda, do livro Caixa. Como reflexos tributários, foram lançadas a CSLL, PIS e COFINS.

Embora os recorrentes não retomem diretamente a alegação, trazida em sede de impugnação, da ocorrência de furto de diversos livros e documentos, ainda em 2009, antes do início do procedimento fiscal, é de se lembrar que a autoridade julgadora em primeira instância ressaltou que, não obstante a apresentação do boletim de ocorrência policial, a contribuinte não adotou as demais medidas indispensáveis, a saber, a comunicação ao órgão do Registro de Comércio e à Secretaria da Receita Federal, nem a publicação da ocorrência em jornal de grande circulação. Ademais, no boletim de ocorrência apresentado não consta a declaração de que tenham sido furtados os livros Diário, Razão e Caixa. Finalmente, embora o alegado furto tenha ocorrido em meados de 2009 e decorridos cerca de dois anos até o início do procedimento fiscalizatório, não se constatou qualquer esforço da pessoa jurídica para tentar reconstituir sua escrituração ou, ainda, obter junto a terceiros cópias dos documentos alegadamente furtados.

Ainda, é de se ressaltar que a DIPJ apresentada pela interessada para o ano-calendário 2008 (com todos os valores zerados) era para as pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido. No entanto, a opção por essa modalidade de tributação, à luz da legislação¹, se daria mediante o pagamento da primeira quota. Como isso não ocorreu, a mera entrega de DIPJ zerada é insuficiente para caracterizar a opção pelo lucro presumido. Em assim sendo, a regra geral do lucro real obrigaria à apresentação de escrituração contábil completa.

¹ Decreto nº 3.000/1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99

Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13).

[...]

§4º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 26, §1º).

O conjunto dos fatos é suficiente, a meu ver, para a manutenção do arbitramento dos lucros, por falta de apresentação dos livros Diário e Razão, indispensáveis para a apuração do lucro real. Ainda que, por hipótese, se pudesse cogitar da apuração pelo lucro presumido, a falta de apresentação do livro Caixa importaria, de igual forma, o arbitramento do lucro. Ressalto que não há qualquer prova de que esses livros estivessem entre aqueles supostamente furtados em 2009.

Fixada a correção do arbitramento dos lucros, deve-se, de plano, rejeitar as alegações dos recorrentes acerca da consideração de despesas dedutíveis e da exclusão do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. É que, ao arbitrar o lucro, o coeficiente que incide sobre a receita bruta conhecida já leva em consideração (ainda que por presunção da lei) todo e qualquer custo e despesa incorrida, independentemente de escrituração ou de comprovação, tal como é o caso. Não se há de falar, portanto, em despesas dedutíveis desconsideradas pelo Fisco, ou na dedutibilidade de despesas tributárias.

Quanto à receita bruta conhecida, sobre a qual o Fisco fez incidir o percentual previsto em lei, foi apurada com base na presunção legal estatuída pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

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.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, 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 à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados na conta-corrente da pessoa jurídica.

A obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista na legislação fiscal, e aplica-se, com pequenas variações, aos contribuintes tributados com base no lucro real, presumido ou optantes pelo SIMPLES.

Ao descumprir a obrigação de escriturar, a interessada queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por suas contas-correntes. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as conseqüências de tal negligência. No caso, a conseqüência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado. Observo, por relevante, que o Fisco teve o cuidado de excluir os valores decorrentes de estornos de lançamento, aplicações financeiras, empréstimos, devolução de cheques, transferências entre contas-correntes de mesma titularidades, entre outros que não autorizam a presunção de omissão de receitas (vide TVF, fl. 380).

Ressalto, ainda, que o boletim de ocorrência policial apresentado não faz menção ao furto dos livros Diário e Razão (em que a movimentação financeira deveria estar registrada) nem aos documentos que deveriam embasar a escrituração (à exceção de algumas espécies de documentos, tais como notas fiscais ou guias de recolhimento do ICMS). Diante disso, tenho por correta a decisão de primeira instância, que manteve o lançamento.

Ao lucro arbitrado, de acordo com determinação legal, foram acrescidos os rendimentos auferidos com aplicações financeiras. O Fisco obteve essas informações na DIRF apresentada pelo Banco Bradesco, confirmadas pelo exame dos extratos bancários e outros documentos obtidos mediante RMF. Não se trata, pois, de presunção, mas de prova direta de que rendimentos financeiros foram auferidos e deixaram de ser oferecidos à tributação. Os recorrentes reclamam que tais rendimentos já teriam sido objeto de tributação na fonte. É verdade, e não é menos verdade que as retenções sofridas foram consideradas na autuação, a reduzir os valores lançados, como se observa no Termo de Verificação Fiscal (fl. 384) e no

auto de infração do IRPJ (fls. 402/403). As retenções na fonte constituem, aqui, mera antecipação do imposto apurado no ajuste, pelo que reputo correto o procedimento do Fisco.

Finalmente, em auto de infração próprio, foi constituído o crédito tributário do imposto de renda na fonte, incidente sobre pagamentos a beneficiários não identificados / pagamentos sem causa. Tal exigência tem por base o art. 61 da Lei nº 8.981/1995 (art. 674 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99):

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Como se vê, trata-se de incidência exclusiva na fonte, sobre pagamentos efetuados pela pessoa jurídica a beneficiários não identificados. O Termo de Intimação Fiscal nº 05 (fl. 337) relaciona, em seu anexo, os débitos verificados na conta-corrente da interessada, a maior parte mediante TED, em alguns casos mediante cheques de sua emissão. A relação de pagamentos totaliza vinte e seis folhas, contemplando sempre valores superiores a dez mil Reais. O total geral de pagamentos no ano (fl. 363) é de R\$ 56.470.553,01.

Os recorrentes reclamam, de forma não muito clara, que se trataria de “despesas dedutíveis”. No entanto, sua alegação não encontra suporte documental nos autos. Para afastar a tributação de que aqui se cuida, deveria a interessada identificar o beneficiário de cada pagamento e comprovar a operação que lhe deu causa. Não encontro nos autos nem uma, nem outra coisas.

Quanto ao reajuste da base de cálculo, é imposição legal, a teor do § 3º, acima transcrito.

Ainda que, por hipótese, se admita que parte de seus documentos houvessem sido furtados em 2009, não se verifica qualquer esforço da recorrente no sentido de obter cópias dos documentos furtados (por exemplo, as notas fiscais representativas de aquisição de mercadorias junto aos seus principais fornecedores), bem assim os comprovantes de pagamentos.

Correta, pois, a decisão de primeira instância que manteve os lançamentos.

No que toca à multa aplicada, desde logo deve-se descartar a aplicabilidade ao caso concreto da súmula CARF nº 14, invocada pelos recorrentes. Eis o teor da súmula:

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 súmula CARF nº 14 diz respeito à multa qualificada, no percentual de 150%, a ser aplicada, nos termos da lei, sempre que presentes as circunstâncias previstas nos arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964.

No caso vertente, não é dessa hipótese que se cuida, mas sim da multa agravada, no percentual de 112,5%, estatuída pelo art. 44, inciso I, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

Sobre a situação fática verificada, assim se manifestou o julgador em primeira instância (fls. 651/652, grifos no original):

O agravamento da multa para o percentual de 112,5% se deu por a fiscalizada não ter atendido, no prazo marcado, intimação para prestar esclarecimentos, fato este que pode ser claramente verificado da leitura do seguinte excerto do Termo de Verificação Fiscal:

1 - O contribuinte foi regularmente intimado, através do Termo de Início de Fiscalização, cuja ciência deu-se via postal, com aviso de recebimento, em 22/03/2011, a apresentar a escrituração comercial e fiscal, contrato social e alterações, livros auxiliares e extratos de contas-correntes bancárias e de aplicações financeiras.

2 - A mesma solicitação repetiu-se em duas outras ocasiões, através dos Termos de Re-intimação e Termo de Constatação e Re-intimação com ciência via postal, respectivamente em 11/04 e 04/05/2011, ficando consignado que a falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais poderia ensejar o arbitramento do lucro e, também, hipótese de EMBARAÇO A FISCALIZAÇÃO, conforme inciso I do artigo 33 da Lei nº 9.430/96, sujeitando-se

ao prescrito no parágrafo 5º do art. 2º c/c com o inciso VII do

artigo 3º, do Decreto nº 3.724/2001, com a redação dada pelo Decreto nº 6.104/07, pelo qual seria procedida à solicitação de emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF) para o período de 2008;

3 - Decorrido o prazo para atendimento nenhum elemento foi apresentado, assim como nenhuma justificativa para que a DIPJ do Exercício de 2009/ano-calendário 2008 tenha sido entregue em branco. A referida DIPJ, enviada via internet, recebeu o ND nº 0895003, e indicada na Ficha 01 - Dados Iniciais - a tributação pelo Lucro Presumido. Nas demais fichas, onde deveriam ser informadas a Receita Bruta (Ficha 14 A - Apuração do IR sobre o Lucro Presumido), Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Ficha 18 A), nenhuma informação foi declarada, estando todos os campos nulos.

Adicionalmente, as DCTF's - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - foram entregues sem nenhum débito declarado, constando apenas as informações cadastrais do contribuinte.

(...)

4 - Ficou claro a inércia da fiscalizada em relação à apresentação dos elementos solicitados, no que diz respeito à escrituração contábil e fiscal, extratos de contas-correntes bancárias e aplicações financeiras e a justificativa para a entrega da DIPJ em branco. Diante disso foi lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização, ciência via postal em 03/06/2011, conforme inciso I do artigo 33 da Lei nº 9.430/96, sujeitando-se ao prescrito no parágrafo 5º do art. 2º c/c com o inciso VII do artigo 3º, do Decreto nº 3.724/2001, com a redação dada pelo Decreto nº 6.104/07. (grifos do original)

Por sua vez, a resposta fornecida pela fiscalizada, informando não poder apresentar os documentos exigidos por causa de furto, foi apresentada em data posterior ao determinado pela fiscalização, após ter sido lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização.

Portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização para constituir a multa de ofício, calculando-a com o percentual de 112,5%, de acordo com o dispositivo legal citado nos autos, e que não pode ser reduzida por falta de amparo legal.

Não faço reparos ao acima exposto. A situação prevista em lei – falta de atendimento, no prazo marcado, a intimação para prestar esclarecimentos – está perfeitamente caracterizada. A única resposta apresentada pela então fiscalizada se deu somente após a lavratura de duas reintimações e do Termo de Embaraço à Fiscalização. E, no que se refere à alegação de furto de livros e documentos diversos, já restou consignado, neste voto, que o registro da ocorrência não alcança a totalidade dos livros e documentos a cuja escrituração e guarda estava obrigada a interessada e, ademais, ainda que tudo houvesse sido furtado, isso, quando muito, poderia justificar a não apresentação desses documentos, mas nunca a absoluta falta de resposta, no prazo, às intimações para prestar esclarecimentos.

Pelo exposto, considero correta a multa aplicada e nego provimento ao recurso, também quanto a este ponto.

Finalmente, cumpre apreciar a irresignação do Sr. Jefferson Mucciolo contra a responsabilidade tributária que lhe foi imputada no lançamento e mantida em primeira instância.

No Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 598/600), o Fisco descreve os fundamentos para a imputação de responsabilidade tributária ao Sr. Jefferson Mucciolo (grifos no original):

2 - No decorrer dos trabalhos, conforme ficou consignado no Termo de Verificação, tendo em vista a inércia da fiscalizada em relação à apresentação dos extratos de contas-correntes bancárias e aplicações financeiras, foi solicitada a emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), à Instituição Financeira Banco Bradesco S/A.

3 - Entre os elementos recepcionados da Instituição Financeira consta cópia do Instrumento de Procuração e da ficha de cadastro de clientes. Verificou-se que existe o representante e procurador Jefferson Mucciolo, CPF 106.236.818-54, filho do sócio majoritário Alberto Mucciolo, com poderes de representar a mandante junto ao Bradesco S/A, podendo movimentar as contas-correntes mantidas pela fiscalizada, podendo sacar e depositar dinheiro, assinar, endossar e emitir cheques, autorizar débitos, ordens de pagamento, saldos e extratos, requisitar talões de cheques, bem como retirar-los, inclusive cheque avulso, assinar cheque avulso, fazer retiradas, aplicações, efetuar resgates, fazer levantamento de valores de quaisquer aplicações financeiras, inclusive do fundo de renda fixa FAF, prestar declarações, passar recibos e dar quitações, podendo emitir e receber cartões magnéticos, cadastrar e digitar senhas, solicitar senhas de utilização via online, podendo efetuar quaisquer transações financeiras via internet ou em presença, podendo cadastrar senhas, requerer, digitar, trocar senhas, prestar e declarar quaisquer informações necessárias, sustar cheques, apresentar documentos, pagar taxas e emolumentos necessários, bem como resgatar cheques ou ordens de pagamento, solicitar serviços bancários, principalmente a emissão de boletos bancários para pagamentos, podendo assinar contratos referente a tal fim, podendo concordar com cláusulas, condições e solenidades de estilo, concordar com formas de pagamentos, concordar com juros e condições, assinar o respectivo contrato, firmar compromissos, solicitar, bem como retirar quantias em dinheiro, espécie, ou mesmo solicitar depósito em quaisquer uma das contas, ficando isento de prestação contas, praticando enfim todos os demais atos necessários ao mais completo e fiel desempenho do mandato, sendo o mesmo outorgado por tempo indeterminado.

Como se pode observar, os poderes conferidos pelo mandato são amplos e irrestritos, conferindo ao mandatário todos os meios para gerir as contas-correntes bancárias e aplicações financeiras e, por conseguinte, a empresa.

4 - Por outro lado, observa-se que o sócio majoritário, Alberto Mucciolo, CPF 000.347.038-53, detém 98% do Capital Social Registrado na fiscalizada, de R\$1.000.000,00. Na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física do ano-calendário de 2008, que recebeu o ND 08/25.382.033, percebemos que foi apontado como Natureza de Ocupação o código 61 - Aposentado/Militar da Reserva/Reformado e Pensionista. Na relação de bens e direitos não está declarada a participação societária na empresa Laser Tech. Além do mais, consta como único bem e direito com valor significativo o imóvel a Rua Fidélis Papini, 786, Vila

Prudente - São Paulo/SP, descrito como adquirido em leilão proveniente de reclamação trabalhista e adquirido a mando de seu filho Jefferson Mucciolo, conforme empréstimo do valor declarado em dívidas, de R\$600.000,00. A mesma informação consta da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física de Jefferson Mucciolo, CPF 106.236.818-54, que recebeu o ND 08/36.039.633.

Percebe-se pois, que na Declaração do sócio Alberto Mucciolo há pouca ou quase nenhuma expressão econômica, no montante de R\$606.539,13, sendo a quantia de R\$600.000,00 proveniente de empréstimo de seu filho, e que sua ocupação é de "Aposentado", portanto não condizente com a gestão empresarial, que movimentou no ano-calendário de 2008 vultosa quantia, sendo que a DIMOF - Declaração de Informações Sobre a Movimentação Financeira - entregue pela Instituição Financeira Banco Bradesco S/A à Secretaria da Receita Federal, acusa o montante de **R\$114.149.280,98** de créditos, ou seja, entrada de recursos na conta da LASER TECH.

5 - Com os fatos descritos caracteriza-se, em tese, **a responsabilidade solidária do mandatário, Jefferson Mucciolo, CPF 106.236.818-54, na qualidade de sócio de fato**, uma vez que a sociedade é formalmente constituída por interpostas pessoas, a teor dos artigos 124, I e 135, II do CTN (Lei nº 5.172/66).

A base legal para a imputação da responsabilidade foram os arts. 124, I e 135, II, ambos do CTN. Eis os dispositivos em comento:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

[...]

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:

[...]

II - os mandatários, prepostos e empregados;

[...]

Quanto a este ponto, considero merecer reforma a decisão recorrida.

Não encontro nos autos prova suficiente do interesse comum na situação que constituiu o fato gerador dos tributos. Quanto às receitas omitidas, quantificadas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, essa prova seria bastante difícil, visto que o fato gerador, propriamente, é desconhecido, somente alcançável pelo Fisco mediante o uso da presunção autorizada por lei. Quanto às receitas de aplicações financeiras, também omitidas, mas apuradas mediante prova direta, não há provas de que o Sr. Jefferson tenha delas se beneficiado. O Fisco não apontou qualquer retirada da empresa por parte dessa pessoa, nem que houvessem sido adquiridos em seu nome quaisquer bens ou direitos, de tal forma a conduzir à conclusão de que se teria beneficiado das omissões de receitas. Quanto ao imóvel adquirido pelo Sr. Alberto Mucciolo, principal titular (98%) da pessoa jurídica e pai do recorrente Sr. Jefferson, com recursos supostamente emprestados por este último, também não

encontro provas de que os fatos não tenham ocorrido dessa forma. O Fisco não afirma diretamente, muito menos prova, que o Sr. Jefferson não teria recursos para emprestar a seu pai, nem que os recursos houvessem sido subtraídos ou que tivessem origem na pessoa jurídica Laser Tech.

O mesmo se pode dizer quanto à existência de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

As procurações públicas (fls. 307/310) outorgadas ao Sr. Jefferson, de fato com amplos e genéricos poderes, são específicas para representação da outorgante junto ao Banco Bradesco S/A, não se podendo inferir, daí, que também possam significar poderes para administrar a totalidade dos negócios da pessoa jurídica. Não encontro, nos autos, qualquer afirmação ou prova de que o Sr. Jefferson tenha atuado como administrador da pessoa jurídica ou que tenha praticado atos de gestão (a menos dos aspectos financeiros), muito menos provas que possam levar a considerá-lo como sócio de fato, como chegou a afirmar o Fisco. Na qualidade de mandatário junto ao Banco Bradesco, não há provas de que tenha praticado atos com infração à lei ou com excesso de poderes.

A análise da declaração de rendimentos da pessoa física do Sr. Alberto Mucciolo, apesar de relevante, não é conclusiva no sentido de que ele não estava à frente dos negócios da empresa e que se tratasse de interposta pessoa. Aliás, quanto aos negócios da empresa, quase nada se sabe.

Ainda, devo registrar que não comungo do entendimento esposado pela Autoridade Julgadora em primeira instância (fl. 654), de que “[...] a falta de recolhimento do tributo constitui, por si só, uma ilicitude, porquanto configura o descumprimento de um dever jurídico decorrente de leis tributárias [...]”. Esse entendimento conduziria à conclusão de que qualquer infração tributária que causasse a falta de recolhimento de tributo ensejaria a responsabilidade do administrador, conclusão essa que não se coaduna com a melhor interpretação da legislação. Mesmo que, por hipótese, se pudesse admitir o contrário, não há provas de que o Sr. Jefferson administrasse a empresa e não se lhe poderia imputar a autoria das omissões de receitas.

Por último, a reforçar a inexistência de prova de atos contrários à lei, observo que o próprio Fisco (talvez de forma contraditória) deixou de aplicar a multa qualificada, mandatória sempre que verificados atos dolosos tendentes a ocultar os fatos geradores tributários ou a modificar suas características.

Por todo o exposto, considero que deve ser dado provimento ao recurso, quanto a este ponto, para afastar o Sr. Jefferson Mucciolo do polo passivo da obrigação tributária.

Em conclusão, voto pelo provimento parcial dos recursos interpostos, para afastar do polo passivo da obrigação tributária o Sr. Jefferson Mucciolo, mantendo-se o lançamento em todos os demais aspectos.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Processo nº 19515.721802/2011-46
Acórdão n.º **1302-001.516**

S1-C3T2
Fl. 786

CÓPIA