



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

Processo nº 10120.007198/2006-43
Recurso nº 163.671 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.098 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2009
Matéria IRPJ e Outros
Recorrente TRINDADE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

RECURSO INTEMPESTIVO DO SUJEITO PASSIVO.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS.
RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS NÃO CONFIGURADA. Uma vez confirmada a intempestividade do recurso voluntário do sujeito passivo, dele não se toma conhecimento.

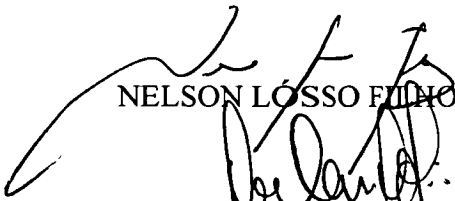
Em tempestivos os recursos voluntários dos sócios, os mesmos não procedem pois comprovada, pelo trabalho fiscal, a dissolução irregular da sociedade, assim como prática dolosa de opção de regime do SIMPLES, expressamente vedada pela atividade operacional, além de omissos em declarações, apesar de volumosa movimentação financeira no período fiscalizado, pelo que deve se manter a atribuição de responsabilidade nos termos do art. 135, inciso III do CTN.

Contudo, quanto a responsabilidade pessoal dos terceiros envolvidos, procuradores, não trazendo a fiscalização outros indícios convergentes a corroborar a dolosa participação na infração de omissão de receitas, tal atribuição não pode ser mantida apenas em indício isoladamente, com o que afasta-se, por essa razão, a possibilidade de responsabilidade tributária dos mesmos pelo crédito tributário do sujeito passivo.

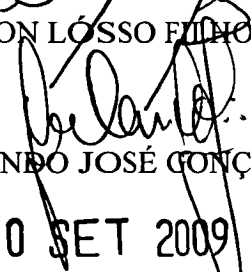
Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso da empresa por intempestivo, e quanto aos recursos das pessoas físicas, por maioria de votos, dar provimento parcial para excluir a responsabilidade solidária das pessoas físicas Adilson Fernando da Silva Santana, Edson Bento dos Santos, Ricardo Kazuyoshi Tomo, Silvio Kenji Mitani e José Eduardo Jesus de Oliveira, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso que negava provimento, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.



NELSON LÓSSO FILHO - Presidente.



ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO - Relator.

EDITADO EM:

30 SET 2009

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho (presidente da turma), Cândido Rodrigues Neuber, Orlando José Gonçalves Bueno, Irineu Bianchi, Valéria Cabral Géo Verçoza, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Mário Sérgio Fernandes Barroso e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata-se de AIIM (Ano-Calendário de 2.001) referente ao IRPJ (SIMPLES) e seus reflexos em PIS(SIMPLES); CSLL(SIMPLES); COFINS(SIMPLES); IPI (SIMPLES); INSS(SIMPLES), devido à constatadas diferenças e/ou insuficiências de recolhimentos dos tributos; e também lavratura de AIIM (Anos-Calendários 2.002 e 2.003) referentes ao IRPJ e seus reflexos em PIS; CSLL; COFINS, acrescidas de multa de ofício qualificada e juros legais.

Dispõe o Relatório Fiscal que o fato motivador do procedimento fiscalizatório foi a ocorrência de “movimentação financeira incompatível com os dados declarados a Receita Federal” e que ao comparecerem no endereço fiscal da pessoa jurídica fiscalizada, constataram que não mais operava-se naquele local, sendo que ali funcionava a empresa denominada WESTPLAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, sob a informação de ser arrendatária da empresa fiscalizada.

Diante deste fato, procederam os fiscais diligência até o endereço residencial dos sócios da referida pessoa jurídica para procederem a entrega do Termo de Início de Fiscalização, sendo informado pelo porteiro naquele momento que os mesmos não mais residiam naquele local há pelo menos um ano, bem como desconhecia o atual endereço dos mesmos.



Por estas razões, consta que foi dado ciência do Termo de Início de Fiscalização através de edital.

Posteriormente, foram procedidas as Requisições de Informações Sobre Movimentações Financeiras juntos às instituições bancárias de onde, após análise da documentação constatou-se que os sócios da pessoa jurídica fiscalizada outorgaram poderes para funcionários da empresa movimentarem as contas bancárias, sendo que, alguns destes também foram ou são funcionários da WESTPLAS INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Em vista que o contribuinte não apresentou qualquer documentação solicitada, a autoridade de fiscalização solicitou a SEFAZ-GO cópias das Declarações de Informações Periódicas (DPI's) no intuito de conhecer o faturamento da empresa declarado ao órgão estadual, no qual constatou-se que, referente aos anos-calendários de 2.001 e 2.002, a contribuinte entregou DIPJ's pelo SIMPLES embora possuísse faturamento bem superior ao limite legal e que, referente ao ano-calendário de 2.003, a empresa encontrava-se omissa.

Em decorrência desta constatação, a contribuinte foi excluída de ofício do SIMPLES, com efeitos retroativos a janeiro de 2.002.

No mesmo sentido, a fiscalização considerou que a contribuinte, de modo reiterado e continuado, prestou informações inexatas nas declarações junto à Receita Federal do Brasil durante os anos de 2.001 e 2.002, ao declarar faturamento muito menor do que as constantes nas DPI's, *"evidenciando-se o intuito de fraude contra a ordem tributária, demonstrando a consciência da conduta do contribuinte de eximir-se do pagamento de parte dos tributos, pela omissão de declaração sobre grande parcela do faturamento da empresa."* (fls. 2382).

Assim, diante das referidas constatações, foram lavrados as seguintes infrações tributárias:

ANO CALENDÁRIO 2.001 (SIMPLES):

001 - OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Depósitos bancários de origem não comprovada referente ao Ano-Calendário de 2001, caracterizando como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação as quais a pessoa jurídica e responsáveis solidários, regularmente intimados, não comprovaram, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos de 22 contas-correntes.

Identificados os lançamentos de transferências entre contas-correntes da própria empresa e empréstimos bancários, foram estes deduzidos dos valores de créditos mensais, apurando assim, valores muito superiores ao faturamento declarado nas DPI's.

Em decorrência de todo exposto, foi a multa de ofício majorada devido ao evidenciado intuito de fraude para eximir-se do pagamento de todos os tributos federais, pelas razões expostas no Relatório Fiscal.

002 - DIFERENÇA NA BASE DE CÁLCULO

SIMPLES não declarado e não pago, em decorrência de insuficiência na determinação da base de cálculo referente ao Ano-Calendário de 2.001, sendo ainda constatado que, por confronto entre RECEITA BRUTA CONTÁBIL X DCTF/DIPJ/VALORES PAGOS, o contribuinte deixou de apresentar declaração de contribuições e tributos federais e, quando apresentou, o fez em valores menores, de maneira habitual e reiterado, inclusive no ano de 2.002, demonstrando assim verdadeiro intuito de fraude .

003 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Mediante os novos índices obtidos após a ação fiscal, apurou-se também insuficiência no recolhimento no valor do SIMPLES.

ANO - CALENDÁRIO 2.002 E 2.003: foram procedidos os mesmos lançamentos sob as mesmas fundamentações, aplicando-se para tanto, quando devido, o arbitramento do lucro no lançamento.

Demonstrando a sua não concordância com os referidos lançamentos, a contribuinte TRINDADE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. insurge-se contra os AIIM, alegando em sua defesa, em resumo:

DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS

Insurge-se a contribuinte que a análise realizada em sua movimentação financeira não permite presumir automaticamente que os referidos depósitos bancários se tratam de renda, pois não identificam sinal de riqueza auferida ou consumida pelo contribuinte podendo ser considerada como matéria tributável, mas sim mera movimentação de um mesmo patrimônio.

Por fim, alega ainda que tributá-los seria incorrer em "*bis in idem*" posto que os depósitos efetuados dizem respeito a valores que já compõem o patrimônio do depositante, já devidamente tributado.

DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO A FAZENDA ESTADUAL

Alega a contribuinte que as provas obtidas junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás não gozam de idoneidade formal, haja vista a utilização de prova emprestada, sendo ainda que o relatório denominado Demonstrativo Periódico de Informações (DPI's) utilizados "*na formalização do auto de infração não se mostra como meio hábil para os fins a que se destinou, isto pois, os documentos que deram origem a este relatório são relativos a OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS e não quanto à faturamento.*"(fls. 2163)

Requer, ao final, que seja a presente autuação julgada improcedente, ou ainda, sejam os autos convertido em diligência para esclarecimento de eventuais dúvidas existentes.

Em peças defensórias autônomas, os respectivos RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS alegam sem suas defesas, em apertada síntese:

~~IRENE KAZUKO TOMO NAKATA e MILTON HIDEO NAKATA~~

Inicialmente, informam que (i) a pessoa jurídica TRINDADE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. já havia procedido alteração de seu endereço na Junta Comercial, porém não efetuado na Secretaria da Receita Federal, motivo pelo qual não fora encontrada no endereço cadastral junto a este órgão; (ii) que a fiscalização efetuou os presentes lançamentos com base em tão somente nas informações fornecidas pelas instituições financeiras nas quais manteve contas-corrente e nos extratos fornecidos pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, informações deste último referente as operações tributadas pelo ICMS; (iii) que a fiscalização presumiu a dissolução irregular da empresa, e fundada nessa premissa lavrou o termo no qual formalizou seu entendimento de responsabilidade pessoal dos demais solidários; (iv) que não praticaram e nem tomaram conhecimento de qualquer ato irregular que tivesse sido praticado na gestão da empresa, a qual informa que continua em atividade, não havendo qualquer ausência ou paralisação que pudesse ser presumida a dissolução irregular; (v) que Irene Kazuki Tomo Nakata jamais praticou qualquer ato de gestão ou de administração da empresa, e, portanto, não somente deixou de praticar ato irregular, como qualquer ato.

Que por estas razões qualquer imputação de responsabilidade pessoas aos impugnantes carecem de qualquer amparo legal.

Quanto ao mérito, alegam em apertada síntese que:

somente poderiam responder solidariamente por ato irregularmente praticado, em caráter pessoal, aqueles que devidamente forem comprovados pela fiscalização, o que não ocorrera nos presentes autos;

afirmam que a fiscalização não constatou qualquer ato praticado pelos impugnantes e nem quanto a dissolução irregular da sociedade, uma vez que esta continua em pleno funcionamento;

tratou-se de presunção de que a impugnante seria co-responsável pelo débito fiscal, em decorrência do simples fato de ter-lhe sido outorgado poderes para agir, em circunstâncias específicas, como representante de terceiro;

que o artigo 135 do CTN excluiria o próprio sujeito passivo substituído pelos responsáveis, mas que não fora provado qualquer ato praticado com infração à lei ou excesso de poderes;

que os representantes de pessoas jurídicas de direito privado somente poderão responder por obrigações fiscais quando lhes seja imputada conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou contrato social, cabendo à Fazenda o ônus da prova sobre a existência de tal conduta;

defendem-se ainda não lhes terem sido permitido o acesso a todos os documentos utilizados pela fiscalização durante o procedimento, requerendo a anulação dos presentes autos por cerceamento de defesa;

por fim pedem ainda a anulação em decorrência dos autos não se apresentarem providos de consistência fática ou legal ao atribuir aos impugnantes a condição de responsáveis tributários, um vez que não indicou qualquer conduta que caracterizasse dolo, fraude, simulação ou se quer infração à lei, contrato ou estatuto social.



RICARDO KAZUYOSHI TOMO, SILVIO KENJIN MITANI, ADILSON FERNANDO DA SILVANA SANTANA, JOSÉ EDUARDO JESUS DE OLIVEIRA E EDSON BENTO DOS SANTOS.

Invocam a mesma linha e argumentos de defesa apresentados pelos RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS anteriormente demonstrados, acrescendo-se ainda quanto:

que em decorrência de procurações a eles outorgadas, agiram tão somente e dentro dos poderes que lhes foram conferidos, sem no entanto praticarem qualquer ato que resultassem em irregularidades ou ilegalidades, sob qualquer forma;

que jamais praticaram qualquer ato de gestão da empresa, e, portanto, não somente deixaram de praticar ato irregular, como qualquer ato.

que os representantes de pessoas jurídicas de direito privado somente poderão responder por obrigações fiscais quando lhes seja imputada conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou contrato social, cabendo à Fazenda o ônus da prova sobre a existência de tal conduta;

que não é possível efetuar-se representação fiscal para fins penais, pois em decorrência de sedimentada jurisprudência, a figura dos crimes contra ordem tributária somente se consumam quando da constituição definitiva dos créditos tributários, requerendo, por fim, a não expedição ou realização de qualquer representação fiscal para fins penais, enquanto não concluído o processo administrativo.

Posteriormente, os interessados solicitam ainda cópias dos autos, do dossiê administrativo e demais documentos utilizados pela fiscalização, bem como acesso aos autos.

Diante dos fundamentos defensórios apresentados pelos impugnantes, os julgadores da 2ª Turma da DRJ de Brasília, por unanimidade de votos, julgaram nos termos do julgador-relator MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO, *in verbis*:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ.

Anos-calendário: 2001, 2002 e 2003.

PROVA EMPRESTADA.

A Lei autoriza a determinação da receita bruta com base em informações prestadas pela própria empresa à Secretaria de Fazenda Estadual, cujos dados foram, por esta, alcançados à fiscalização da Secretaria da Receita Federal, sobretudo quando se revelarem incontrovertidos e irrefutáveis os fatos apresentados.

CONSTITUCIONALIDADE.

É o administrador um mero executor de leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade de comando legal. A análise de teses contra constitucionalidade de leis é privativa do Poder Judiciário.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

~~Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espalha seus efeitos aos~~

lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas quando não tiverem sido oferecidos argumentos específicos para se contrapor a ele.

EXTRATOS BANCÁRIOS.

Em conformidade com o artigo 332 do CPC, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos. Nesse sentido, nada obsta a que extratos bancários sejam utilizados como um meio de provar cometimento de qualquer infração fiscal.

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EXTINTA IRREGULARMENTE.

Responsabilidade dos sócios. Art. 135, CTN. 1. A extinção irregular da sociedade acarreta a responsabilidade solidária dos sócios pelo pagamento da dívida tributária, nos termos do art. 135, CTN.

Lançamento Procedente

Em síntese, a 1ª Instância de Julgamento ao proferir sua decisão nos presentes autos, entendeu que:

inicialmente, aduz que não compete ao colegiado administrativo questionar a legalidade, constitucionalidade ou aplicabilidade de comando legal, citando para tanto ampla jurisprudência, doutrina e parecer da PGFN, por força de sua vinculação ao texto da norma legal;

não se pode discutir se depósito bancário é ou não renda, pois esta é uma presunção legal, obtidas de acordo com os requisitos legais e rechaça o entendimento de que tributar depósitos seria *bis in idem*

ao analisar o combate à prova emprestada entendeu não existir qualquer impedimento para se utilizar a prova colhida junto a Secretaria da fazenda Estadual, visto ser, diante da não apresentação da documentação solicitada, o único recurso que restava à fiscalização, além de constarem nestes valores informados pela própria contribuinte;

nega a solicitada diligência por estarem os autos suficientemente fundamentados para a solução do litígio;

ao analisar a responsabilidade das pessoas físicas, entende que estas promoveram a dissolução irregular com intuito de livrarem-se do passivo fiscal e que tinha poderes de administração da sociedade, movimentando as contas bancárias da empresa, constando provas disto nos autos;

afirma que as vistas do processo foram dadas, e que, quanto ao dossiê, não há amparo legal para sua liberação e que os pedidos de cópias devem ser encaminhadas a autoridade preparadora, mediante preenchimento de formulário próprio, não se podendo falar em cerceamento de defesa;

Em relação ao artigo 135 do CTN, entende subsistir de forma solidária a responsabilidade do contribuinte, fundamenta o entendimento citando jurisprudência.

Por fim, alega que as jurisprudências trazidas pelos sujeitos passivos não possuem efeito *erga omnes*, e assim julga procedente o auto de infração da ação fiscal, mantendo integralmente o seu lançamento.

Inconformados com a decisão proferida, a contribuinte apresentou Embargos de Declaração e posteriormente seu Recurso Voluntário, intempestivamente, e os responsáveis solidários interpuseram Recurso Voluntário, reapresentando seus fundamentos iniciais impugnatórios.

Diante da apresentação dos embargos, os autos foram encaminhados novamente para a DRJ de Brasília / DF para análise da referida interposição, que se pronunciou quanto a ausência de previsão legal no Decreto n.º 70.235/72 da apresentada medida, bem como verificou-se insurgir a embargante contra elementos de mérito e fundamentação legal, e não meramente à inexatidões materiais devidas a lapso manifesto, erros de escrita ou de cálculos, motivo pelo qual encaminhou-se os presentes ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno, Relator

DO RECURSO DA TRINDADE INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Conforme verifica-se, o Recurso Voluntário apresentado pela pessoa jurídica TRINDADE INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA é INTEMPESTIVO e, portanto, não pode ser conhecido.

A contribuinte tomou ciência do Acórdão nº 03-20.587 da DRJ de Brasília / D.F. por meio de publicação de Edital n.º 49/2007 (fls. 2865), após infrutífera tentativa por via postal (fls. 2860), no qual consta como data de afixação deste o dia 17 de junho de 2007.

Contudo, compulsando os autos administrativos, verifica-se que o recurso somente foi protocolizado em 21/11/2007, conforme se verifica às fls. 2899.

De efeito, o art. 33 do Decreto nº 70.235/72 dispõe, *in verbis*:

"Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão".

A contagem do referido prazo deve ser realizada nos termos do art. 23 cumulado com o art. 5º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

IV – quinze dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado."

"Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato."

Assim, tendo em vista que o dia 03/07/2007 foi uma terça-feira, dia de expediente normal, a contagem do prazo para interposição de Recurso Voluntário iniciou-se na quarta-feira, dia 04/07/2007, expirando-se no dia 02/08/2007, uma quinta-feira, também dia útil.

Vale salientar que os prazos recursais são peremptórios e preclusivos, razão pela qual, com o mero decurso *in albis* do lapso temporal respectivo, extingue-se, pleno direito, como sucedeu na espécie, o direito do sujeito passivo deduzir o recurso cabível.

Desta feita, impõe-se a conclusão de que a decisão *a quo* já se tornou definitiva para a recorrente TRINDADE INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA, nos termos do art. 42 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

"Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem

que este tenha sido interposto;"

Em face a intempestividade, o recurso da TRINDADE INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA não preenche os seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual NÃO CONHEÇO do recurso.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS DOS SÓCIOS DA TRINDADE IND. E COM. LTDA.

Os sócios da pessoa jurídica supra citada, MILTON HIDEO NAKATA e IRENE KAZUO TOMO NAKATA, foram também citados por meio de editais, conforme fls. 897 e 2.896, respectivamente, e apresentaram suas razões de Recurso Voluntário TEMPESTIVAMENTE em 21/11/2007, razão pelo qual deles tomo conhecimento.

Em que pese a argumentação defensiva apresentada pelos sócios-recorrentes da pessoa jurídica, a mesma carece de sua fundamentação, pelas razões que passo a demonstrar.

Conforme demonstra o Relatório Fiscal às fls. 2378 e seguintes, os Auditores Fiscais da Receita Federal ao comparecerem no endereço informado da empresa TRINDADE IND. E COM. LTDA constataram que a mesma não mais operava naquele local, sendo ainda informado que a mesma havia arrendado suas instalações, equipamentos e marca para a empresa WESTPLAS IND. E COM. LTDA.

Durante o procedimento fiscalizatório, as Autoridades fiscalizadoras constataram que os sócios haviam outorgado poderes para alguns funcionários de sua empresa movimentarem as contas bancárias da pessoa jurídica, sendo que, alguns destes, foram ou são funcionários da também WESTPLAS.

Pela ausência da entrega da documentação solicitada por meio de edital, foi solicitado à SEFAZ-GO as cópias das DPI's a fim de se conhecer o faturamento da empresa declarado ao órgão fiscal estadual, na qual foi constatado que a referida empresa TRINDADE IND. E COM. LTDA nos anos calendários de 2.001 e 2.002 entregou DIPJ's pelo SIMPLES, mesmo não podendo optar por este regime de tributação, por possuir faturamento muito superior ao limite legal, encontrando-se omissa em relação ao ano-calendário de 2.003, demonstrando assim inexistência de atividades.

Por fim, no ato de apresentar suas razões de impugnação nos presentes autos, os sócios-recorrentes apresentaram, em suas qualificações, o mesmo endereço constante nos cadastros da Secretaria da Receita Federal, demonstrando e declarando inexistir qualquer mudança de endereço tanto da pessoa jurídica, quanto dos próprios sócios-recorrentes.

Em suas razões defensórias, tanto em sede de impugnação como novamente nas razões de seu Recurso Voluntário, os sócios-recorrentes alegam que a empresa se encontra ainda em atividade, tendo procedido a devida alteração perante à Junta Comercial, mas “*ainda não o havia efetuado na Secretaria da Receita Federal*”, porém sem trazerem aos autos prova documental de suas alegações, deixando de juntar fotocópias autenticadas de qualquer documento, hábil e idôneo, capaz de comprovar a presente existência e atividade da pessoa jurídica e de seu atual endereço estabelecido.

Por estas razões, e assim como em face ao conjunto de fortes indícios é que se demonstra, de forma *in contesti*, a dissolução irregular da sociedade, conforme entendimento já pacificando, inclusive, em nossos tribunais.

“Na presente hipótese, consta dos autos que a citação deixou de ser efetuada tendo em vista que a executada não foi encontrada no seu endereço, onde hoje funciona uma outra empresa, o que indica a dissolução irregular da sociedade, a autorizar o redirecionamento da execução.” (Agravio Regimental no REsp 622.736/RS, 1a. Turma, relator ministro Luiz Fux, DJ de 28.6.2004, p. 210).

“Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário.” (AGA 561854/SP, Teori Albino Zavascki, DJU de 19.04.2004);

Diante de todo o exposto, julgo improcedente as razões esposadas no Recurso Voluntário apresentado pelos sócios-recorrentes, para assim reconhecer de plano a responsabilidade pessoal dos sócios da empresa, com fundamento no art. 135 do CTN, conforme demonstrado no presente lançamento tributário.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DOS DEMAIS
RESPONSÁVEIS/ADMINISTRADORES.

Por fim, os Recursos Voluntários apresentados pelos sujeitos passivos responsáveis, quais sejam, ADILSON FERNANDO DA SILVA SANTANA, EDSON BENTO DOS SANTOS, RICARDO KAZUYOSHI TOMO, SILVIO KENJI MITANI e JOSÉ EDUARDO JESUS E OLIVEIRA, foram realizados dentro do prazo legal, TEMPESTIVAMENTE, motivo pelo qual deles tomo conhecimento para exame das razões trazidas.

Quanto ao mérito, diverso que anteriormente demonstrado, existe apenas um indício a demonstrar o ato infracional caracterizado pela autoridade administrativa como tipificado no artigo 135, inciso III do CTN, qual seja, a responsabilidade pessoal dos representantes de pessoas jurídicas de direito privado, por parte destes recorrentes.

O Relatório Fiscal, a fls. 2383, é explícito quanto a esse enquadramento legal.

Ocorre que, em sendo terceiros, ou seja, não sócios - no caso o que está efetivamente comprovado - sendo procuradores que tinham poderes de representação perante as instituições financeiras que operavam as transações financeiras do sujeito passivo principal - TRINDADE - caberia, a meu ver, a d. autoridade fiscal se aprofundar no intuito de investigar, individualmente, a conduta dolosa, especificamente, sobre a movimentação financeira atribuída

ao sujeito passivo aludido, com a fundamentação na falta de comprovação de origem das receitas, consideradas omitidas por presunção legal em não se demonstrando, legitimamente, tal ingresso.

É necessário, mormente em se cuidando de procedimento de fins penais, que se individualizem as condutas tidas como violadoras da lei ou contrato. Não se pode condescender que, escorado apenas na procuração, com poderes de movimentação financeira, sendo terceiros, se atribua uma responsabilidade solidária do sujeito passivo do crédito tributário exigível. Se faz imprescindível comprovar e isso se trata de prova direta, objetiva e concreta, que cada indivíduo, colaborou ou agiu propositalmente, para a caracterização das receitas consideradas omitidas, vale dizer, que influiu e operou diretamente tais operações que redundaram na infração configurada nestes autos.

Está se tratando de qualificadora de multa de ofício, qual seja, de 75% para 150%, com abertura de procedimento de representação fiscal para fins penais, portanto, obrigatório o trabalho fiscal de detalhamento da atividade pessoal, direta, comprovada efetivamente, de cada acusado, terceiro procurador, na colaboração do ato infracional e não apenas porque *"detinham poderes de administração da sociedade, fato comprovado pelas procurações emitidas"*, conforme literal relato da autoridade fiscal, fls. 2383, sendo certo, por simples verificação dos instrumentos de mandato que, em verdade, os acusados responsáveis pessoalmente apenas detinham poderes de movimentação em instituições bancárias e não como diz o relato fiscal, para tanto, consultem-se as fls. 492 a 505, 1176 a 1185, 1247 a 1263, 1547 a 1557, 1621 a 1634, 2132, 2151 a 2153 e 2268 a 2272, exatamente as citadas pela fiscalização, entendidas como suficientes a imputar a responsabilidade pessoal dos gerentes de transações financeiras. Evidentemente que se tratam de instrumentos de mandatos que expressam a vontade formal dos representantes legais da empresa, sujeito passivo, outorgando poderes gerenciais financeiros aos agentes ora acusados, mas, para o fim precípuo de configurar a responsabilidade pessoal de cada um, caberia, ao invés de invocar genericamente que possuíam poderes de administração da sociedade, descrever, pontualmente, o que cada um, por si e conduta própria, participou, efetivamente, da infração tributária imputada ao sujeito passivo, qual seja, omissão de receitas por falta de comprovação de origem, que é a presunção legal no art. 42 da Lei nº 9.430/96, e não pode ser, arbitrariamente, presumida como responsabilidade pessoal dos procuradores de maneira como relatado e produzido no trabalho fiscalizatório em comento.

Não se pode, por outro lado, igualmente aceitar a responsabilidade pessoal, com fundamento no art. 135, inciso III do CTN, apenas invocando um documento genérico, sem investigar, diretamente, cada participação dos envolvidos na omissão de receitas, ou seja, como, quando e quanto, proporcionalmente, cada suposto responsável participou, volitivamente, nos ingressos sem comprovação de origem perante o levantamento fiscal e o lançamento do crédito tributário conforme efetuado neste processo.

Fato igualmente inaceitável, enfatize-se, é a acusação contra a pessoa do Sr. Ricardo Kazouoshi Tomo, pois sequer consta em qualquer procuração juntada nestes autos que descreva eventuais poderes de representação do sujeito passivo e o mesmo foi, somente baseando-se em depoimentos dos administradores, acusado de suposto conluio em relação a infração tributária, ou seja, acusou-se tal pessoa de responsabilidade pessoal sem se comprovar, objetiva e seriamente, vale dizer, com prova juridicamente considerável, sua participação como administrador responsável, nos termos do art. 135, inciso III do CTN.

~~À luz do Direito Tributário, especialmente no que concerne a atribuição de responsabilidade pessoal tributária, também careceu o trabalho fiscal de aprofundamento para averiguar a efetiva participação pessoal quanto a presumida omissão de receitas nas~~

movimentações financeiras e não se pode, igualmente, condescender com acusação genérica para tal imputação, a qual, inclusive, redundaria em abertura de representação fiscal para fins penais.

A Autoridade de Fiscalização, nos dizeres de seu Relatório Fiscal de fls. 2383 e seguintes, assim descreve a conduta dos responsáveis, *in verbis*:

“Ficam responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário, na forma do art. 135, inciso III do CTN, os sócios da empresa, o Sr. Milton Hideo Nakata e a Sra. Irene Kazuko Tomo Nakata, bem como os administradores da Trindade Ind. E Com. Ltda-extinta irregularmente, os Srs. Ricardo Kazuoshi Tomo, Sílvio Kenji Mitani, José Eduardo Jesus e Oliveira, Adilson Fernando da Silva Santana e Edson Bento dos Santos, pelos fatos abaixo descritos.

Os administradores acima citados detinham poderes de administração na sociedade, fato comprovado pelas procurações emitidas, nas quais constam poderes para movimentar as contas bancárias da empresa (...) bem como, os depoimentos dos administradores que confirmaram o exercício da administração pelos sócios em conjunto com os próprios administradores. Para tanto, cientificamos cada administrador da sua responsabilidade solidária pelos créditos tributários da empresa Trindade Ind. E Com. Ltda e os demais co-responsáveis(...)” (fls. 2383)

Primeiramente, impende corrigir que o dispositivo legal invocado pela Autoridade Administrativa é o de “pessoalmente responsáveis” e não o de responsabilidade solidária, conforme disciplina o art. 124 do mesmo diploma legal.

Neste sentido, vejamos o que determina o art. 135 do CTN, *in verbis*:

“Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

No caso do artigo supra citado, a hipótese de incidência tributária é a insuficiência ou o não pagamento da obrigação principal pelo contribuinte, resultante de atos praticados, pelos responsáveis, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que não se aplica no caso em tela.

Verifica-se, e cumpre reiterar, que os Recorrentes ora citados possuíam poderes, outorgados por instrumento de procuração, para efetuar apenas transações financeiras relativas à atividade da pessoa jurídica, como por exemplo realizar pagamentos de fornecedores, funcionários e assinar cheques na ausência dos administradores.



Inexiste nos presentes autos qualquer robusta prova, objetiva e direta, a demonstrar, de forma individual e precisa, a ação dolosa praticada pelos Recorrentes.

Nesse sentido é a lição da professora Maria Rita Ferragut, em sua obra Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, Ed. Noeses, 2005, p.121, comentando a responsabilidade tributária à luz do art. 135, quando se refere aos administradores, sócios ou não, asseverando:

“Assim, para reconhecermos a recepção do artigo 135 pela ordem constitucional de 1988, é indispensável a aplicação de seu preceito em fiel harmonia com a necessidade da presença da conduta dolosa, de modo que a responsabilidade pessoal não atinja senão aqueles que cometeram dolosamente o ilícito típico.”

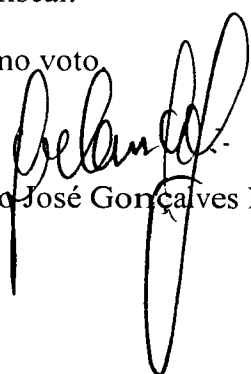
E mais adiante, na mesma obra, arremata na página 135:

“Toda essa linguagem é fundamental, pois a responsabilidade pessoal não pode ultrapassar a pessoa do infrator. Insistimos no raciocínio que vimos desenvolvendo: a pessoa física não pode ser responsabilizada nos termos do artigo 135 do CTN simplesmente porque é sócia ou administradora, deverá ser plenamente comprovada sua autoria na prática do ato que lhe está sendo imputado, ou ao menos sua decisão pela prática do ato.

Deverá, também, provar que o ato é ilícito e que foi praticado com dolo (e culpa, no caso do artigo 134) e o agente, se o quisesse, poderia ter agido de forma diversa.”

Assim, diante de todo o exposto, sou por julgar intempestivo o recurso interposto pela Recorrente, pelo que voto por seu não conhecimento, e quanto aos recursos das pessoas físicas acolho os argumentos defensórios apresentados para afastar a responsabilidade passiva pessoalmente imputada aos recorrentes ADILSON FERNANDO DA SILVA SANTANA, EDSON BENTO DOS SANTOS, RICARDO KAZUYOSHI TOMO, SILVIO KENJI MITANI e JOSÉ EDUARDO JESUS E OLIVEIRA, dando provimento aos Recursos Voluntários interpostos, para afastar a responsabilidade solidária como promovida no presente processo administrativo fiscal.

Eis como voto


Orlando José Gonçalves Bueno - Relator