



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

Processo n° 10680.019860/2007-43
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3803-001.954 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 02 de setembro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. PIS. COFINS.
Recorrente EDILSON FERREIRA DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

Ano-calendário: 2003

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124 DO CTN. CONFIGURAÇÃO.

A demonstração, nos autos, de que a administração da pessoa jurídica cabia ao autuado, ainda que provesse a execução dos atos formais em conjunto com um os demais, bem assim da extinção da empresa sem a completa liquidação, subsume os seus atos à hipótese legal de incidência, reproduzida no regulamento citado, para alcançar a pessoa do sócio para responder pela contribuição devida, pela força combinada do art. 124, II, do Código Tributário Nacional.

Assunto: Contribuição para o PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003

O decidido para o lançamento da COFINS se estende ao lançamento da Contribuição ao PIS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto vencedor. Vencida a Conselheira relatora Andréa Medrado Darzé.

[assinado digitalmente]
Alexandre Kern - Presidente.

[assinado digitalmente]
Andréa Medrado Darzé - Relatora.

[assinado digitalmente]

Belchior Melo de Sousa – Redator designado

Participaram, ainda, da sessão de julgamento os conselheiros Alexandre Kern (presidente), Hécio Lafetá Reis, Juliano Eduardo Lirani e João Alfredo Eduão Ferreira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão da DRJ de Belo Horizonte que manteve Autos de Infração lavrados contra sócio da pessoa jurídica Compare Comércio de Metais Recicláveis Ltda., relativamente a fatos geradores de PIS e COFINS do ano de 2003. As infrações que deram causa aos lançamentos foram assim descritas:

001- COFINS

FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

01- PIS (FATURAMENTO) — INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA

FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS

Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

No dia 17.10.06, iniciou-se a fiscalização da empresa Compare Comércio de Metais Recicláveis Ltda., cuja inscrição no CNPJ foi baixada desde 06/04/2006 (fls. 69).

No procedimento fiscal, constatou-se que a pessoa jurídica auferiu, no ano-calendário de 2002, receita bruta em valor superior ao limite permitido para sua permanência como optante do Simples, foi formalizada representação para fins de sua exclusão (processo nº 10680.004661/2007-31). A exclusão foi declarada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 046, de 23 de maio de 2007, com efeitos a partir de 01/01/2003 (fls. 232/238).

Com base em dados obtidos em Livro Diário e extratos bancários apresentados (fls. 71/185), a fiscalização elaborou o demonstrativo de fls. 189/199, intimando a empresa para justificar a diferença apurada entre o valor que escriturou como Receita Bruta da Venda de Mercadorias e Serviços (R\$ 405.259,50) e o valor creditado em suas contas bancárias (R\$ 3.973.659,85), já descontados os créditos decorrentes de transferência de outras contas próprias.

Em resposta, a empresa apresentou as planilhas de fls. 203/215, segundo as quais os depósitos bancários objeto da intimação teriam as seguintes origens: a) saldo inicial de caixa e b) empréstimos obtidos junto ao Banco Real, Unibanco. A fiscalização considerou comprovada a origem daqueles créditos tidos como decorrentes dos empréstimos, mas não a daqueles valores creditados que, segundo a empresa, seriam provenientes dos saldos iniciais mensais de caixa, ao fundamento de que: (i) a fiscalização foi feita com base nos extratos bancários da empresa e não com base na conta caixa; e (ii) o saldo não consta da relação de depósitos que constituíram a soma dos valores depositados na conta corrente da empresa em 2003.

Por ter sido excluída do Simples, a empresa foi duas vezes intimada a apurar o seu lucro real trimestral relativo ao ano-calendário de 2003. Como não obteve resposta, a fiscalização procedeu à apuração do lucro real trimestral da empresa através da elaboração dos balanços trimestrais (fls. 32/36);

Além disso, a fiscalização considerou irregular a dissolução da pessoa jurídica, pois obrigações de sua responsabilidade, enquanto em atividade, foram excluídas do conhecimento do fisco, o que implicaria a substituição da sujeição passiva da pessoa jurídica para os seus administradores, nos termos do art. 124 do CTN.

Por conta disso, os dois únicos sócios à época da dissolução da sociedade, Edilson Ferreira de Souza e Edvaldo Ferreira de Souza, foram incluídos no polo passivo do lançamento, na qualidade de responsáveis solidários

Em 11/12/2007, os dois sujeitos passivos foram pessoalmente cientificados do lançamento, sendo que, em 10/01/2008, apresentaram, conjuntamente, duas peças impugnatórias distintas, sendo uma para cada auto de infração, embora ambas com a mesma fundamentação (fls. 272/293 e 307/328). O teor das referidas peças pode ser assim sintetizado:

(i) Nulidade - Ilegitimidade Passiva

- a responsabilização pessoal dos sócios somente se justifica diante da dissolução irregular da sociedade ou quando atua com do abuso dos poderes;

- ao requerer o encerramento da empresa os impugnantes sequer tinham idéia da existência paralela de movimentação financeira em nome daquela;

- as contas bancárias foram abertas e movimentadas por terceiro sócio que integrava o quadro da empresa - o único com poder de gerência durante o período verificado;

- não procede a justificativa de encerramento irregular da sociedade, uma vez que todo o procedimento de encerramento e trâmites administrativos foram fielmente seguidos;

- o sócio só pode ser responsabilizado pelos débitos da empresa, pessoalmente, nos termos do art. 135 do CTN, quando agir com excessos de poderes ou de maneira fraudulenta;

- o sócio-administrador da empresa na maior parte do período autuado era o Sr. Ricardo Antunes Pinto, que se retirou da sociedade em 01 de setembro de 2003 (terceira alteração contratual - fls. 61/63);

- "tendo em vista que, na data em que ocorreram os fatos geradores da obrigação tributária que ora se exige os impugnantes figuravam na empresa autuada como sócios minoritários e não possuíam qualquer poder de gerência junto à mesma, nenhum ato que venham a ter praticado poderá tê-los comprometido pessoalmente como responsáveis por algum eventual débito fiscal da mesma";

- a personalidade jurídica somente pode ser desconsiderada em circunstâncias excepcionálissimas que se subsumem nos conceitos genéricos de fraude e má-fé, sendo que no caso não restou comprovada nenhuma atitude desta natureza;

- se houve atuação fraudulenta, esta deve ser atribuída exclusivamente ao citado sócio-gerente, porque todas as contas apuradas em nome da empresa Compare e utilizadas como subsídios para a presente autuação foram abertas e movimentadas exclusivamente pelo Sr. Ricardo Antunes, tendo sido a maioria aberta sem o conhecimento dos impugnantes;

- os impugnantes encaminharam ofícios às instituições financeiras, solicitando cópia dos cheques emitidos, com vistas a demonstrar que o sócio-gerente assinava sozinho pela empresa, movimentando as contas bancárias para atender objetivos pessoais;

- o Sr. Ricardo Antunes Pinto, imediatamente antes de se retirar da sociedade e sem conhecimento de seus sócios, cuidou de estabelecer uma empresa em seu nome, no mesmo ramo da empresa dos impugnantes;

- entendendo a fiscalização pela ocorrência de qualquer omissão ou abuso na administração da empresa, a apuração desta deve se voltar exclusivamente contra o sócio-gerente e não contra os impugnantes;

- os impugnantes não podem responder solidariamente por débitos tributários da sociedade, uma vez que não foi comprovado nenhum abuso ou infração na administração por estes conduzida.

(ii) Arbitramento Decorrente de Mera Análise de Extratos Bancários

- toda a documentação solicitada pelo fisco durante o Procedimento de Verificação Fiscal foi pontual e integralmente apresentada, o que demonstra ser injustificável o arbitramento procedido com base em movimentações bancárias abertas em nome da empresa, das quais os sócios impugnantes sequer tiveram ciência.

(iii) Nulidade do Arbitramento Efetuado

- os depósitos bancários não podem ser considerados como base de cálculo apta ao lançamento por arbitramento no caso de omissão de receitas, sendo citados os art. 535 do RIR199, art. 27 da Lei 9.430, de 1996, e arts. 15 e 16 da Lei 9.249, de 1995;

- não cabe alegar "que o artigo em referência não é aplicável sob o argumento de que a receita bruta era conhecida, posto que configura flagrante arbitrariedade do Fisco considerar os depósitos bancários como aludida receita";

- sendo apenas uma forma de apuração de lucro, e não uma penalidade, não pode o fisco, discricionariamente, proceder ao arbitramento, sem buscar, através da análise de outros dados contábeis, o real valor da receita bruta apurada;

- tendo sido apresentada a escrituração contábil da empresa, e deixando fisco de apreciar inúmeros fatores que alteram a suposta base de cálculo de que se valeu para autuação, qual seja, movimentações bancárias em nome da empresa, não pode prosperar a presente autuação.

A DRJ de Porto Alegre julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE.

A obrigação da pessoa jurídica contribuinte independe da

obrigação do sócio-administrador resultante de atos praticados

com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Respondem pelo imposto devido pela pessoa jurídica extinta os sócios com poderes de administração que procederem à dissolução irregular daquela.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Indefere-se o pedido de diligência considerado prescindível.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

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.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, aplica-se multa de 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.

JUROS DE MORA.

Sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, incidem juros de moras calculados à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Irresignado, o contribuinte recorreu a este Conselho, repetindo as razões apresentadas em sua Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Medrado Darzé.

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Conforme é possível perceber do relato da infração, a imputação de responsabilidade tributária aos Recorrentes se deu com fundamento no art. 124, do CTN. Tendo em vista que a Fiscalização não indicou o inciso que estaria aplicando, o que, em nosso sentir é fundamental para a correta fundamentação legal do AI, analisaremos cada um deles, a fim de verificar se algum deles efetivamente se presta para lastrear a presente autuação.

Solidariedade decorrente do “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” – artigo 124, I, do CTN

Nas situações em que mais de um sujeito tenha interesse comum no fato descrito como hipótese de incidência tributária, poder-se-á atribuir-lhes, em caráter solidário, o dever de adimplir a obrigação tributária. É o que determina o artigo 124, I, do CTN.

Mas qual conteúdo pode ser atribuído à expressão interesse comum? Com efeito, ao associá-la ao enunciado *situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*, o legislador deixou claro que não é qualquer interesse comum que pode ser considerado como suficiente para a aplicação da regra de solidariedade. É necessário que se trate de interesse no fato ou na relação jurídica que constitui o antecedente da regra-matriz de incidência tributária.

Decompondo o presente enunciado normativo, Marcos Vinícius Neder esclarece que “a aceção mais consentânea com os propósitos do CTN da expressão ‘situação que constitua o fato gerador da obrigação principal’ é aquela que aponta para uma relação jurídica a qual se extrai o fato tributário”. E acrescenta:

essa relação será uma situação jurídica, quando a tributação derive diretamente dessa própria situação (ex: propriedade) ou uma relação privada subjacente ao fato (ex: contrato de compra e venda), nos casos em que a lei prevê a ocorrência de uma situação de fato para desencadear a incidência tributária (ex: ganho de capital).¹

O mero interesse social, moral ou econômico no pressuposto de fato do tributo não autoriza a aplicação do artigo 124, I, do CTN. Deve haver interesse jurídico comum, que surge a partir da existência de direitos e deveres idênticos, entre pessoas situadas no mesmo polo da relação jurídica de direito privado tomada pelo legislador como suporte factual da incidência do tributo, ou mais de uma pessoa realizando o verbo eleito como critério material do tributo, quando esta representar uma situação jurídica. É o que nos ensina Paulo de Barros Carvalho:

[...] o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. .²

Para que não remanesçam dúvidas quanto à configuração do interesse comum prestigiado pelo legislador no artigo 124, I, do CTN, tomemos como exemplo um contrato de compra e venda de mercadorias, celebrado com pluralidade de pessoas. Nesse caso, apesar de ser indiscutível que tanto vendedores como compradores tenham interesse na realização do negócio – ambos desejam que o contrato seja celebrado –, ele é antagônico. Os sujeitos

¹ NEDER, Marcos Vinícius. *Responsabilidade Solidária no Lançamento Tributário*. Trabalho inédito apresentado como Dissertação para a obtenção do título de Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 175.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 328.

envolvidos possuem necessidades contrapostas: comprar e vender mercadorias, respectivamente. O mesmo se repete nas prestações de serviços, gravadas pelo ISS. Tanto o prestador quanto o tomador do serviço tem interesse na realização do evento, mas nem por isso se pode afirmar que ele seja comum. Suas expectativas na contratação são nitidamente distintas: receber o preço e obter a utilidade.

Nos negócios jurídicos marcados pela bilateralidade, o interesse comum identifica-se somente em cada uma das extremidades da relação: entre os vendedores de mercadorias ou prestadores de serviços e, de outro lado, entre os diversos compradores ou tomadores. Apenas a esses conjuntos de pessoas – vendedores/prestadores ou compradores/tomadores –, que realizam, lado a lado, a mesma conduta tomada como suporte de fato para a tributação, é que se pode atribuir obrigação solidária com fundamento no artigo 124, I, do CTN.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum. (...) Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato impositivo. (REsp 884.845/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18.02.09)

Tecidos esses esclarecimentos, resta evidente que a situação concreta sob análise não se enquadra nesta norma. Com efeito, não se identifica mais de uma pessoa realizando a materialidade da COFINS. Pelo contrário, a causa jurídica indicada no AI para se imputar a responsabilidade foi a suposta dissolução irregular da empresa, o que, sob nenhum argumento jurídico, pode ser equiparado a co-realização do verbo tomado pelo legislador como suporte de fato da tributação: auferir receita.

Diante do exposto, passemos a análise do inciso II do artigo 124 do CTN, a fim de verificar se a situação concreta descrita nos autos a ele se subsume.

Solidariedade decorrente de “disposição legal” – artigo 124, II, do CTN

O Código Tributário Nacional fixou, em seu artigo 124, alguns requisitos para se estabelecer a solidariedade pelo pagamento do tributo:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Analisando o presente texto, o que se percebe é que o legislador complementar positivou dois enunciados sobre a solidariedade tributária, os quais integram duas normas de competência diferentes, com conteúdo e destinatários igualmente distintos.

Como já afirmamos, o primeiro deles (inciso I) se dirige à norma que regula o procedimento de constituição do crédito tributário, autorizando o sujeito competente – particular ou Autoridade Administrativa – a expedir norma individual e concreta em face de todas as pessoas que tenham interesse comum na situação que é “fato gerador” da obrigação principal. Já o segundo (inciso II), interfere diretamente na norma de competência para instituir tributos, estabelecendo expressa permissão para o ente político definir outros vínculos de solidariedade, inclusive entre sujeitos passivos distintos daqueles enumerados no próprio Código.

Em estreita síntese, o legislador complementar: *i.* definiu, ele mesmo, uma causa para a instauração de vínculo de solidariedade entre sujeitos passivos tributários (inciso I); e, ao mesmo tempo, *ii.* outorgou competência para o legislador, ordinário em regra, fixar outras situações fáticas às quais imputará igualmente tal consequência jurídica (inciso II).

Também é esta a interpretação que Luciano Amaro imprime ao artigo 124, do Código Tributário Nacional:

O art. 124 prevê hipótese de solidariedade (item I), admitindo que a lei possa definir outras situações de solidariedade (item II). [...] Anote-se, em primeiro lugar, que se os casos de interesse comum precisassem ser explicitados em lei, como disse Aliomar Baleeiro, o item I do art. 124 seria inútil, pois as hipóteses todas estariam na disciplina do item II. Nos casos que se enquadrarem no questionado item I a solidariedade passiva decorre do próprio dispositivo, sendo desnecessário que a lei de incidência o reitere. Situações outras não abrangidas pelo item I, é que precisam ser definidas na lei quando esta quiser eleger terceiro como responsável tributário. Sabendo que a eleição de terceiro como responsável supõe que ele seja vinculado ao fato gerador (art. 128), é preciso distinguir, de um lado, as situações em que a responsabilidade do terceiro deriva do fato de ele ter ‘interesse comum’ no fato gerador (o que dispensa previsão na lei instituidora do tributo) e, de outro, as situações em que o terceiro tenha algum outro interesse (melhor se diria, as situações com as quais ele tenha algum vínculo) em razão do qual ele possa ser eleito como responsável.

Num primeiro contato travado com referido texto, o intérprete é levado à conclusão de que o artigo 124, II, do CTN, teria outorgado liberdade ampla e irrestrita ao legislador para imputar vínculo de solidariedade entre quaisquer sujeitos passivos de tributos, desde que o fizesse mediante lei. Essa primeira impressão, entretanto, é facilmente afastada quando se coteja o presente enunciado com os limites da Constituição da República e de normas gerais.

Com efeito, o campo de eleição dos sujeitos passivos tributários em geral e, não diferentemente, dos solidários está adstrito aos contornos objetivos ou subjetivos do suporte fático da tributação. Nesse sentido, são precisas as lições de Hamilton Dias de Souza:

[...] a solidariedade legal há de observar os parâmetros definidos no Código Tributário Nacional, sob pena de configurar-se “delegação em branco” de matéria reservada à lei complementar para a lei ordinária, em violação ao art. 146, III, da Constituição Federal. Realmente, se o legislador tributário pudesse atribuir responsabilidade solidária a pessoas diversas daquelas que podem ser consideradas responsáveis nos termos do Código Tributário Nacional, restariam inócuas e sem sentido as normas gerais que cuidam exaustivamente do tema.³

Assim, a princípio, o legislador somente poderá imputar o dever de pagar tributos aos sujeitos que: i. mantenham relação, ainda que indireta, com o fato jurídico tributado; ou ii. com a pessoa que o realizou. Afinal, apenas nessas circunstâncias assegura-se a repercussão do ônus tributário para a pessoa que realizou o seu suposto de fato, respeitando-se, via de consequência, os limites constitucionais e legais que regulam a matéria.

Utilizamos, todavia, a expressão a princípio já que esses requisitos não são de observância obrigatória quando o antecedente da norma de responsabilidade descreve uma ocorrência ilícita. Nessas situações não se exige a vinculação indireta do responsável ao fato imponível ou ao seu realizador, já que a repercussão jurídica não é regra que limita o exercício da competência, tampouco que informa o seu regime jurídico, sendo a sua fixação mera liberalidade do legislador. Num resumo: apenas se o legislador se apropriar de fato ilícito como antecedente da regra de responsabilidade solidária e se valer de lei complementar para introduzir a presente norma no sistema será dispensado da observância dos limites a que nos referimos no parágrafo anterior.

Assim, para exercer a competência que lhe foi outorgada pelo inciso II do artigo 124 do CTN, o legislador terá três alternativas: i. se apropriar de responsáveis já definidos pelo Código, estabelecendo entre eles a solidariedade; ii. instituir, ele próprio, outros responsáveis solidários, o que exige, além da fixação desse tipo de laço jurídico, a determinação de todos os contornos das normas de responsabilidade; ou iii. fixar a solidariedade entre contribuinte e responsáveis, relacionados no Código ou inauguralmente instituídos. Em qualquer desses casos, exige-se, por óbvio, a prévia observância dos requisitos a que nos referimos e lei expressa nesse sentido.

Tecidas essas considerações, verifica-se que este dispositivo legal, isoladamente considerado, não se presta como fundamento legal para a efetiva imputação de responsabilidade. Trata-se apenas de autorização para o legislador instituir, por meio de veículo legal, reafirme-se, hipóteses de responsabilidade tributária, diversas daquela já contemplada no inciso I.

Por conta disso, a presente autuação também não poderia estar fundamentada neste inciso do art. 124, do CTN, o que implica sua nulidade, por violação do art. 10, IV, do Decreto nº 70.235/72.

³ SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A Desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 137, fev. 2007, p. 50.

Importa registrar, ainda, que esta realidade não se altera diante do fato de constar no Termo de Verificação Fiscal menção ao art. 207, V, do RIR/99, por três razões fundamentais:

(i) referido enunciado não consta no Termo de Sujeição Passiva Solidária, o qual faz referência exclusivamente ao art. 124, do CTN. Por conta disso não pode ser considerado como fundamento legal da autuação;

(ii) o Regulamento do Imposto de Renda não é lei em sentido formal. Sendo assim, não pode ser considerado como fundamento legal para a imputação de responsabilidade, a qual, em se tratando matéria relativa à sujeição passiva, deve observância ao princípio da estrita legalidade;

(iii) ainda que ultrapassadas essas questões formais, não se pode considerar este enunciado normativo como fundamento jurídico para autuação da COFINS, já que está expresso no próprio *caput* do art. 207, do RIR/99 que ele regula apenas a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas, o que por óbvio, não se aplica a contribuições. Por outro lado, não há norma determinando sua aplicação subsidiária à exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

Tecidos esses esclarecimentos, resta claro que não é possível legitimar a atribuição de responsabilidade tributária aos Recorrentes com base em qualquer dos referidos enunciados normativos, o que equivale a vício material da autuação.

Em face de todo o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva, para DAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário.

[assinado digitalmente]
Andréa Medrado Darzé

Voto Vencedor

Conselheiro Belchior Melo de Sousa

A D.Relatora do voto vencido acolhe os arrazoados da Defesa, e argumenta em torno da inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN, para atribuir ilegitimidade do autuado para figurar no pólo passivo do presente auto de infração. Adota fundamento diverso daquele com que milita a Defendente.

Afirma a Defesa, no tem 28, que “o sócio administrador da empresa na maior parte do período autuado era o Sr. RICARDO ANTUNES PINTO, que se retirou da sociedade em 01 de setembro de 2003, nos termos da terceira alteração contratual, anexa à impugnação apresentada.”

Essa alegação não é confirmada pelos dados do Contrato Social e Alterações, fls. 52 a 68. Na primeira formação da sociedade com a presença do Sr. Ricardo Antunes Pinto, este era sócio minoritário. Na formação a seguir, o sócio majoritário transfere suas quotas para os senhores Edvaldo Ferreira de Souza e Edilson Ferreira de Souza, que assumem em partes iguais a porção majoritária, sendo as quotas *individuais* destes superior à do primeiro.

Consta do instrumento de alteração, em sua cláusula nona, que “a gerência e administração dos negócios, assim como o uso da denominação **competirá aos sócios**, que assinarão em conjunto, com no mínimo duas assinaturas, de todos e quaisquer documentos atinentes aos interesses dos objetivos sociais, inclusive alienações, transferências e vendas de bens da empresa, empréstimos bancários, etc. ...”.

Às fls. 40, 46 e 47, o Sr. Edilson atende a intimação da Auditoria e fornece os livros solicitados e os extratos bancários de vários bancos em que a empresa mantinha conta, conforme citação a seguir:

TERMO DE ENTREGA DE DOCUMENTOS

Copias do Contrato Social e Alterações e Distrato Social.

-Livros Diário e Razão do exercido de 2002.

-Livros Diário e Razão do exercício de 2003.

-Livro de Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências RUDFTO

-Balancetes de Verificação de Janeiro a Dezembro e demonstração de Resultado 2002;

-Balancetes de Verificação de Janeiro a Dezembro e demonstração de Resultado 2003;

-Extratos Bancários de Janeiro de 2002 a Dezembro de 2002;

-Extratos Bancários de Janeiro de 2003 a Dezembro de 2003;

Colocando-nos a disposição de V.sas., para quaisquer outros esclarecimento;

*0 Contribuinte: **COMPARE COMERCIO DE METAIS RECICLAVEIS LTDA.**, que era estabelecida à Av.Dom Pedro II 261, Bairro Carlos Prates, em BHTE, inscrito no CNPJ sob numero 03.686.582/0001-08 , neste ato representado pelo sócio Sr.EDILSON FERREIRA DE SOUZA, vem mui respeitosamente **apresentar a Relação Bancarias** solicitados no **MPF em referencia**, justificando abaixo aqueles que porventura não apresenta em razão da não existência dos mesmos:::*

Banco Real S/A Agencia 0488 Conta Corrente 00735584-2

Banco Unibanco S/A Agencia 0531 Conta Corrente 00132951-9

Banco Itau S/A Agencia 0937 Conta Corrente 00030850-0

Banco Mercantil do Brasil S/A Agencia 0186Conta Corrente 00023567-4

Banco HSBC S/A Agencia 1666 Conta Corrente 0008099-46

Banco Rural S/A Agencia 0009 Conta Corrente 06-002730-0

À fl. 202, o Fiscalizado fornece planilhas, inclusive contendo dados de operações com *hot money*, minúcia e especificidade gerencial, conforme transcrito abaixo:

1) Apresentamos em anexo, as planilhas referentes aos anos de 2002 e 2003, bem como o resumo mensal dos depósitos efetuados, das exclusões relativas a empréstimo e ou HOT Money dos bancos relacionados, conforme demonstrativos nos próprios extratos.

Estes, acima, e outras peças constantes dos autos, demonstram cabalmente que o Sr. Edilson Ferreira de Souza administrava a empresa, sendo conhecedor dos seus meandros, contrariamente ao que alega a Defesa.

São inúmeros, nos autos, os comunicados entre a Auditoria e o Fiscalizado, e em nenhum deles, desde a ciência do início da ação fiscal, não busca o Sr. Edilson Ferreira eximir-se da responsabilidade da administração da empresa, perante o Fisco, sob qualquer alegação, nem se reporta ao seu sócio até setembro de 2003, o Sr. Ricardo Antunes, como sendo quem detinha o poder decisório da COMPARE.

De sorte que é inverídica a afirmação de que o autuado não conhecia da abertura das contas bancárias movimentadas, cujos extratos ele mesmo forneceu.

Não foi o caso destes autos de imputação de má-fé, de fraude, para que o dolo restasse caracterizado e comprovado pela Fiscalização, segundo refere a Defesa.

Embora o enquadramento pudesse dar-se sob o art. 135, III, do Código Tributário Nacional, consta do Termo de verificação Fiscal, que é parte integrante do auto de infração, o tópico sujeição passiva, em que é feito o enquadramento no art. 207 do RIR. Este artigo tem sua matriz legal o art. 5º Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977., *verbis*:

Art 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas:

[...]

V - os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação

Este enquadramento legal sustenta a capitulação no art. 124, II, do CTN, constante no Termo de Sujeição Passiva nº 01, integrante também do auto de infração, apenas em seu *caput*, e não no inciso I, tendo em vista os contornos da infração cometida, de efetuar o Sr. Edilson Ferreira de Souza a extinção da empresa sem proceder à liquidação como devida, tendente a deixar quitadas as contribuições resultantes de suas obrigações tributárias perante a SRF, no ato da extinção da pessoa jurídica que administrava.

Diz o art. 124, II, do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

[...]

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Entendo que a incompletude do enquadramento em não indicar a matriz legal da norma impositiva reproduzida nos seus termos no Regulamento não desnatura o lançamento, para o fim de excluir do pólo passivo da relação jurídica tributária aquele a quem cabia a administração da pessoa jurídica, , uma vez extinta esta, mesmo tendo executado os atos em conjunto com um dos demais, como fartamente demonstrado nos autos.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das sessões, 02 de setembro de 2011

Belchior Melo de Sousa



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

TERMO DE ENCAMINHAMENTO

Processo nº: 10680.019860/2007-43
Interessada: EDILSON FERREIRA DE SOUZA

Encaminhem-se os presentes autos à unidade de origem, para ciência à interessada do teor do Acórdão nº **3803-001.954**, de 02 de setembro de 2011, da 3ª. Turma Especial da 3ª. Seção e demais providências.

Brasília - DF, em 02 de setembro de 2011.

[Assinado digitalmente]
Alexandre Kern
3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente