



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

Processo n° 10830.721437/2012-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.617 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2014
Matéria IRPJ E REFLEXOS
Recorrente SHIN HASEGAWA, TIEKO FUKUDA HASEGAWA (ESPÓLIO) e CARLOS SUSSUMU HASEGAWA, RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS DE PETROMARTE-DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA - ME.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A prática reiterada de omissão de receitas da atividade, culminando com a não-declaração do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos conforme informações prestadas pela própria contribuinte à Fazenda Estadual e a órgão regulador da atividade (ANP) e corroboradas pela expressiva movimentação financeira e por informações de compras prestadas pelos adquirentes de seus produtos, caracteriza o evidente intuito de fraude, com intenção de impedir ou retardar o conhecimento dos fatos por parte da Fazenda Nacional, sujeitando a autuada à multa de ofício qualificada, de 150 % do crédito tributário apurado em ação fiscal.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE DE NORMAS. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Os percentuais da multa de ofício, exigíveis em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MANDATÁRIO. SÓCIOS ADMINISTRADORES.

São solidariamente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Shin Hasegawa, Tiekko Fukuda Hasegawa (espólio) e Carlos Sussumu Hasegawa, arrolados como responsáveis solidários da empresa Petromarte – Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda recorrem a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 4ª Turma da DRJ Campinas/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata-se dos Autos de Infração lavrados em 14/03/2012, abrangendo o ano-calendário de 2007, e relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - **IRPJ**, à Contribuição para o **PIS/Pasep**, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – **Cofins** e à Contribuição Social sobre o Lucro – **CSLL**, com lançamento no valor total de R\$ 92.497.646,78, aí incluídos principal, multa de ofício aplicada no percentual de 150% e juros de mora calculados até 03/2012.

...

As circunstâncias que ensejaram a autuação estão consubstanciadas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 507/538, formalizado com indicação, na qualidade de contribuinte, da pessoa jurídica fiscalizada - Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo S/A. CNPJ nº 03.632.191/0001-00 - e, na qualidade de sujeito passivo (responsáveis tributários) as pessoas físicas (1) Tiekko Fukuda Hasegawa, CPF/MF nº 063.038.608-00, (2) Shin Hasegawa CPF/MF nº 137.685.498-87 e (3) Carlos Sussumu Hasegawa, CPF/MF nº 100.332.848-22, e descrevendo o que segue:

Trata-se de ação fiscal levada a efeito na empresa PETROMARTE - DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., CNPJ 03.632.191/0001-00, doravante denominada fiscalizada.

I - A EMPRESA

1. A *fiscalizada* é sociedade por cotas de responsabilidade Ltda., e tem por atividade, o comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes não realizados por transportador retalhista.
2. Seu quadro societário é formado pelo Sr. **Shin Hasegawa**, CPF 137.685.498-87, com 50% das cotas e Sra. **Tiekko Fukuda Hasegawa**, CPF 063.038.608-00, com 50% das cotas remanescentes.
3. Possui como procurador principal, o Sr. Carlos Sussumo Hasegawa, CPF 100.332.848-22, **médico, filho dos sócios**.
4. Apresentou a **Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ)**, no ano calendário em questão, pela sistemática do Lucro Real Anual, **com valores zerados para o ano-calendário 2007**.

5. Também, apresentou a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), também **com valores zerados para o ano calendário 2007**.

6. Declarou para Fisco do Estado de São Paulo um **faturamento de RS 372.377.319,15** para o ano-calendário 2007.

7. Através de alterações efetuadas na JUCESP, em 10/04/2008 a fiscalizada foi transformada de LTDA para S/A e em 20/07/2011 seu domicílio fiscal foi alterado para o endereço: Av Antônio Fadim, 751, Cascata, Paulínia, SP.

II - A AÇÃO FISCAL

8. A ação fiscal iniciou-se em 16/07/2010, através da afixação na repartição do Edital SEFIS nº 238/2010, para ciência do Termo de Constatação e Início de Fiscalização, tendo em vista o contribuinte se encontrar em lugar incerto e ignorado.

9. Com efeito, conforme o aludido Termo de Constatação e Início de Fiscalização, lavrado em 16/07/2010, quando do comparecimento ao domicílio fiscal do contribuinte, conforme cadastro na RFB, verificou-se que no local estava instalada outra empresa, qual seja: *Tercom Terminal de Armazenagem de Combustível Ltda, CNPJ 09.361.622/0001-10*, portanto, não se logrou êxito em localizá-la.

10. Também, visando conceder aos sócios a ampla defesa, o referido Termo foi encaminhado ao sócio Sr. Shin Hasegawa, tendo sido recebido por AR em 22/07/2010, porém, o mesmo até a presente data não se manifestou, não outorgou mandato a um procurador, preferindo permanecer oculto durante toda auditoria.

11. O exame descrito neste Termo de Verificação Fiscal foi direcionado única e exclusivamente ao Imposto de Renda PJ e seus reflexos, no ano calendário 2007.

12. Em conformidade com o disposto no artigo 173, I combinado com o artigo 150 e parágrafo quarto, ambos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) procedemos ao lançamento de ofício, na forma do artigo 142 do mesmo diploma legal, relativo aos fatos apurados, por este Serviço de Fiscalização concernente exclusivamente ao ano-calendário 2007.

13. Visando à correta apuração do Lucro Real, a *fiscalizada* foi intimada várias vezes a apresentar os Livros Diário e Razão, através dos seguintes Editais afixados na repartição:

- a) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/353/2010 - DE 01/10/2010;
- b) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/457/2010 - DE 01/12/2010;
- c) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/054/2011 - DE 28/01/2011;
- d) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/139/2011 - DE 29/03/2011;
- e) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/232/2011 - DE 27/05/2011;
- f) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/305/2011 - DE 25/07/2011;
- g) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/393/2011 - DE 30/09/2011;
- h) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/485/2011 - DE 12/12/2011;
- i) EDITAL/SEFIS/Nº 10830/34/2012 - DE 15/02/2012

14. Até a presente data, a *fiscalizada* não apresentou os Livros Diário e o Razão, nem, tampouco, justificou a sua não apresentação, inviabilizando a apuração através do lucro Real, motivo pelo qual o Lucro será apurado através do arbitramento.

15. Após tomarmos conhecimento da alteração de endereço na JUCESP, em 20/07/2011, foi lavrado novo Termo e encaminhado ao novo domicílio fiscal da *fiscalizada*, para ciência via postal mediante AR-Aviso de Recebimento.

16. A referida correspondência foi devolvida pelos correios com a indicação "Mudou-se".

17. Por oportuno, esclarecemos que em 10/11/2010, foi encaminhado o Ofício 10.535/SEFIS/DRF-CPS à Agência Nacional de Petróleo - ANP (Diretor Regional em São Paulo), entidade reguladora do setor de combustíveis no país, solicitando à mesma que enviasse a esta fiscalização informações referente à fiscalizada, a saber:

a) Dados cadastrais;

b) Volume de comercialização da empresa, especificando o produto (gasolina, óleo diesel, álcool), por litro e por mês, de janeiro de 2007 a dezembro de 2007.

18. Em 01/12/2010, a ANP, por meio do Ofício nº 2865/2010/SAB, respondeu o Ofício mencionado no item anterior, encaminhando os documentos requeridos.

19. Mediante o exame da documentação analisada, chegou-se às seguintes constatações:

III - DOS FATOS CONSTATADOS

III.I - DA AÇÃO FISCAL EM FACE DA FISCALIZADA NOS ANOS-CALENDÁRIO 2004/2005/2006

20. Inicialmente cumpre esclarecer que a fiscalizada foi objeto de autuação nos anos-calendário 2004, 2005 e 2006 nas mesmas infrações objeto do presente lançamento, quais sejam, **omissões de receita da atividade**.

21. Numa prática sistematizada, a mesma vem fraudando o fisco, deixando de recolher os valores dos tributos devidos, conforme quadro sintético à fl. 511.

22. Portanto, analisando-se o quadro anterior, verifica-se que a fiscalizada, num flagrante desprezo para com a Fazenda Pública, nem ao menos se deu trabalho de apresentar impugnação dos Autos de maior valor, estando na Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança.

III.II – DOS DOCUMENTOS ENCAMINHADOS PELO FISCO ESTADUAL

23. Em outubro de 2007, a DEAT - COMBUSTÍVEIS, Diretoria Executiva da Administração Tributária da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, encaminhou cópias

reprográficas do procedimento administrativo de **cassação da inscrição estadual da fiscalizada** (cadastro de contribuintes no ICMS) por diversas irregularidades constatadas, **conforme Despacho exarado em 09/03/2007**.

24. Dos documentos acostados, foram encontrados os depoimentos prestados ao Fisco Estadual pelos sócios Shin Hasegawa, Tieko Hasegawa e pelo procurador, Sr. Carlos Hasegawa, confirmando-se que administravam conjuntamente a *fiscalizada*, sendo o principal administrador, o procurador Sr. Carlos.

25. Também, o Fisco Estadual constatou diversas discrepâncias fiscais e contábeis, não apenas com o ICMS, mas, também, com as DIPJ apresentadas (2004, 2005 e 2006).

26. O Fisco Estadual constatou que a *fiscalizada* prestou várias informações falsas acerca da integralização do capital social, tendo declarado o montante de R\$ 30.000.000,00 para a JUCESP.

27. A função principal do Capital Social de uma empresa é a garantia dos credores e, é evidente que, quanto maior for o capital social integralizado, maior é a proteção destes.

28. Em síntese, para formação do capital social, a *fiscalizada* prestou informações inverídicas em relação a uma suposta Reserva de Reavaliação no montante de R\$ 28.900.000,00 não declarada nas DIPJs.

29. Os Laudos de Avaliação apresentados que embasariam a Reserva de Reavaliação foram efetuados em data posterior ao da Alteração Contratual em que constava a informação da Reserva.

30. Portanto, o Fisco Estadual constatou que era inverídico o Capital de R\$ 30.000.000,00, situação que denota que a mesma prestou informações falsas quanto à sua capacidade financeira de satisfazer os eventuais interesses de credores (Fazenda Pública).

III - DOS DOCUMENTOS ENCAMINHADOS PELA ANP

31. Também, verificamos que a Agência Nacional de Petróleo - ANP, através do Ofício 2329/2008/SAB de 01/10/2008, prestou vários esclarecimentos, dentre os quais, **que a fiscalizada somente foi autorizada a operar no mercado de combustíveis, de 2002 a 01/07/2008, através de medidas judiciais (Mandado de Segurança)**.

32. Assim, numa prática delituosa, a mesma também fraudou Fisco Federal em 2007, causando grave lesão aos cofres públicos.

IV - DA IRREGULARIDADE CONSTATADA - OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE

33. É mister lembrar que a *fiscalizada* DECLAROU para o Fisco Federal valores **ZERADOS** de tributos a pagar nas DCTFs e na DIPJ, incidindo em omissão de receitas da atividade, eis que declarou vultosos valores para o Fisco Estadual (ICMS) e para a ANP.

34. Todas as distribuidoras de combustíveis são obrigadas a apresentar mensalmente à ANP uma declaração denominada "DCP - Demonstrativo de Controle de Produtos" indicando o volume, em litros, transacionado de gasolina, óleo diesel, álcool anidro e álcool hidratado.

35. De acordo com a Portaria CNP-DIPLAN n 221, de 25/06/1981, as empresas misturadoras e envasilhadoras, produtoras e distribuidoras de produtos derivados de petróleo, misturadoras e distribuidoras de AEAC (álcool etílico anidro combustível) e AEHC (álcool etílico hidratado combustível) grifo nosso, são obrigadas a preencher mensalmente o formulário denominado "Demonstrativo de Controle de Produtos - DCP", no qual, são inseridos todos dados sobre produção, distribuição e consumo dos combustíveis retromencionados.

36. Este é um dos pré-requisitos da ANP para que as distribuidoras sejam autorizadas a operar no mercado de combustíveis.

37. A Agência Nacional de Petróleo - ANP encaminhou a esta fiscalização, em 01/12/2010, demonstrativos contendo volume em litros dos combustíveis transacionados, bem como outros documentos referentes à *fiscalizada*, inclusive informou que o registro da empresa estava "CANCELADO".

38. Assim, para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, levou-se em consideração apenas o volume de álcool hidratado transacionado no período, tendo em vista que, a teor do artigo 42 da Medida Provisória 2.158-35/01, as alíquotas das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, incidentes sobre a receita bruta decorrente da Venda de gasolinas exceto de aviação, óleo diesel e GLP, auferida por distribuidores e comerciantes varejistas, ficam reduzidas a zero a partir de julho de 2000.

39. Com base no volume de vendas informado no demonstrativo enviado pela ANP, bem como, consulta ao "site" da ANP, os quais indicam os preços praticados, separados por região, elaborou-se o demonstrativo analítico que segue anexo a este Termo, cujos totais apresentamos a seguir.

40. Informamos que foram utilizados os valores médios dos produtos praticados no estado de São Paulo, os quais, por oportuno, são, na média, os menores valores do país.

41. Assim, não tendo sido possível a obtenção dos valores reais de vendas dos produtos, tendo em vista a omissão da *fiscalizada*, optou-se, em benefício da mesma, em alocar os valores mínimos dos preços das distribuidoras, conforme quadros à fl. 515:

42. Também, através do Convênio de Cooperação Técnica RFB/GAB nº 02337/2008, celebrado em 30/05/2008 pela União (Secretaria da Receita Federal do Brasil) e o Estado de São Paulo (Secretaria da Fazenda), publicado no DOU em 03/06/2008, extraímos os dados de apuração do ICMS (Nova GIA), tendo constatado um expressivo faturamento anual de **R\$ 372.377.319.15** (saída de combustíveis - CFOP 5.651 a 5.666 e 6.651 a 6.666), cujos valores a seguir relacionados **servirão de base de cálculo para a apuração do IRPJ e da CSLL:**

Mês	Vendas - R\$
jan/07	41.621.356,75
fev/07	32.013.509,39
mar/07	32.727.698,55
abr/07	39.498.559,47
mai/07	23.925.779,38
jun/07	32.533.238,41
jul/07	44.116.977,64
ago/07	45.761.793,89
set/07	32.233.906,33
out/07	2.049.427,41
nov/07	20.347.990,50
dez/07	25.547.082,13
Total	372.377.319,85

43. Os valores de apuração se encontram discriminados nas folhas em anexo do Presente Auto de Infração e suas folhas de continuação, juntamente com o demonstrativo de multa e juros de mora.

V - DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

V.I - DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA EM FACE DO PROCURADOR

44. Conforme já explanado anteriormente, a DEAT – Diretoria Executiva da Administração Tributária - Combustíveis, encaminhou vasta documentação contendo elementos que embasaram a cassação em 2007 das atividades da fiscalizada como distribuidora de combustível.

45. Conforme documentação acostada pela DEAT, verificou-se que a administração da fiscalizada foi efetuada principalmente pelo procurador, mas conjuntamente com os dois sócios, conforme declarações prestadas pelo Sr Carlos e pela Sra Tieko:

Sr. Carlos Sussumu Hasegawa (procurador):

"Que administra a empresa conjuntamente com seus pais. Que seus pais (sócios da empresa) não participam diariamente das atividades da empresa, tendo participações somente nas tomadas de decisões importantes"

Sra. Tieko Fukuda Haseçiwawa (sócia):

"Que participa das tomadas de decisão, juntamente com seu filho, Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, e seu marido, o Sr. Shin Hasegawa".

46. Visando elucidar dúvidas quanto à administração da fiscalizada no ano-calendário 2007, foi encaminhada ao Banco Bradesco S/A, a RMF 0810400-2010-00117-5, solicitando informações sobre eventuais procuradores da empresa, bem como a movimentação financeira do ano calendário de 2007.

47. Constatou-se a hipótese de indispensabilidade, prevista no art. 3º do Decreto 3.724/2001, inciso XI, tendo em vista que a fiscalizada declarou

receitas zeradas em suas declarações, mas efetuou uma movimentação financeira de R\$ 65.129.219,74 em 2007, havendo indícios de interpostas pessoas.

48. Da análise dos documentos, encaminhados pelo Banco Bradesco, constatamos, procuração pública datada de 30/03/2000, por meio da qual a Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. nomeou e constituiu o Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, inscrito no CPF sob o nº 100.332.848-22, seu procurador, outorgado-lhe amplos e gerais poderes para o fim -especial de **gerir e administrar os negócios da firma outorgante no tocante a todo o ramo de atividade em que possa representá-la**, assinar e requerer todos os documentos necessários para a referida administração (...) representando os outorgantes perante todas as repartições públicas, (...) comprar e comercializar mercadorias, assinando e emitindo notas fiscais; (...) contratar e dispensar funcionários, etc.

49. Na seqüência, com base nos extratos bancários, foram solicitados ao Banco Bradesco RMF 0810400-2011-00163-2, cerca de 30 cópias de diversos cheques, com os valores mais expressivos, a fim de conferir quem os assinava.

50. Novamente, constatou-se a hipótese de indispensabilidade, prevista no art. 3º do Decreto 3.724/2001, inciso XI, tendo em vista que a fiscalizada declarou receitas zeradas em suas declarações, mas efetuou uma movimentação financeira de R\$ 65.129.219,74 em 2007, havendo indícios de interpostas pessoas, sendo necessário buscar os eventuais beneficiários.

51. Em 04/07/2011, o Banco Bradesco encaminhou os referidos documentos solicitados.

52. De posse das cópias dos cheques, verificamos que os mesmos foram assinados pelo Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, o que corrobora que ele cumpria cabalmente a outorga da procuração, e, por conseguinte, administrava a empresa conjuntamente com os seus sócios.

53. Diante dos elementos e fatos apurados no curso do procedimento fiscal, verificamos que a empresa Petromarte atuou no ano de 2007 no comércio atacadista de combustíveis.

54. As atividades da Petromarte, como constatado, foram realizadas sob a gestão de seu administrador principal (mandatário): Carlos Sussumu Hasegawa que atuou efetivamente na sua administração, praticando atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social, como a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal, bem como, deixou de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes (vide tópico IV. I).

55. Assim nos termos do inciso II do artigo 135 do Código Tributário Nacional é cabível a sujeição passiva solidária em face do contribuinte Carlos Sussumu Hasegawa.

56. Por oportuno transcrevemos a seguir os aludidos dispositivos legais acompanhados de jurisprudência federal:

[....]

V.II - DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA EM FACE DOS SÓCIOS

57. A dissolução irregular da sociedade restou caracterizada em virtude de a mesma não ter sido localizada em seu domicílio fiscal e não ter havido qualquer comunicação à Secretaria da Receita Federal deste fato.

58. Tal situação foi corroborada pela informação prestada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a esta fiscalização (item acima), acerca do cancelamento do registro para distribuição de combustíveis da empresa Petromarte.

59. Também, foi corroborada pela cassação da inscrição estadual efetuada pelo Fisco do Estado de São Paulo em 09/03/2007.

60. Sem autorização para comercialização, a sociedade cessou suas atividades e não adotou as devidas providências junto aos órgãos de registro, simplesmente foi abandonada.

61. Conforme já explanado anteriormente, a DEAT – Diretoria Executiva da Administração Tributária - Combustíveis, encaminhou vasta documentação contendo elementos que embasaram a cassação em 2007 das atividades da fiscalizada como distribuidora de combustível.

62. Na documentação acostada pela DEAT, verificou-se que a administração da *fiscalizada* foi efetuada principalmente pelo procurador, mas conjuntamente com os dois sócios, conforme declarações prestadas pelo Sr Carlos e pela Sra Tieko:

Sr. Carlos:

"Que administra a empresa conjuntamente com seus pais. Que seus pais (sócios da empresa) não participam diariamente das atividades da empresa, tendo participações somente nas tomadas de decisões importantes"

Sra Tieko:

"Que participa das tomadas de decisão, juntamente com seu filho, Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, e seu marido, o Sr. Shin Hasegawa".

63. Com efeito, na qualidade de sócios administradores atuando na sua administração, praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, como a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal e deixaram de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes.

64. A adoção dessas condutas configuram infração à lei societária, infração à lei ou excesso de poderes e implicam a responsabilização dos **sócios administradores, com base no disposto no art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).**

65. Ademais, de acordo com a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.*"

66. **Desta forma, entendemos que deve atribuída ao Sr. Shin Hasegawa e Sra. Tieko Fukuda Hasegawa, sócios-gerentes e administradores da fiscalizada, responsabilidade tributária solidária pelo crédito tributário apurado, bem como ao seu administrador Sr. Carlos Sussumu Hasegawa.**

67. Pois bem. Efetuados os registros concernentes à administração da empresa e à responsabilidade dos sócios administradores, passemos à apuração dos tributos devidos.

VI - DO DIREITO

68. Para o ano-calendário 2007, tendo em vista o lançamento, aplicou-se os dispositivos legais constantes da Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais dos Autos de Infração, o qual por oportuno, transcrevemos a seguir alguns dispositivos legais.

VII - DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

69. O Lucro da fiscalizada será arbitrado tendo em vista que a empresa **não apresentou escrituração contábil e fiscal necessária à apuração de suas receitas e à identificação da efetiva movimentação financeira da empresa que não permitem a apuração do Lucro Real Trimestral.**

70. A **base de cálculo do IRPJ** deverá ser apurada em conformidade com a sistemática do **Lucro Arbitrado**, seguindo os mandamentos contidos no inciso III do artigo 530 do RIR/99, transcritos a seguir:

[...]

71. O lançamento far-se-á de acordo com o artigo 532 do RIR/99, sendo o lucro arbitrado tomando-se por base as receitas de revenda de combustíveis de acordo com os valores declarados para o Fisco do Estado de São Paulo, extraídos da Nova GIA:

[...]

VIII- DA AUTUAÇÃO

72. A empresa está sendo autuada no ano-calendário 2007, tendo em vista que declarou valores zerados dos tributos comprovadamente devidos, para o Fisco Federal.

73. Conforme item "41", a base de cálculo do PIS e da COFINS é somente sobre a venda de álcool hidratado, cujos valores foram obtidos multiplicando o volume de litragem mensal vezes o menor valor de álcool **verificado no mês, em benefício da fiscalizada.**

74. Dos valores mensais aplicam-se as alíquotas de 1,46% para o PIS e 6,74% para a COFINS, para o álcool hidratado, de acordo com o disposto no artigo 3º da Lei 9.990/2000.

75. Para uma melhor visualização, elaboramos o quadro a seguir contendo os valores apurados de PIS e COFINS, sendo oportuno esclarecer que não foram localizados recolhimentos dessas contribuições:

Mês/Ano	BASE DE CÁLCULO	COFINS 6,74%	PIS 1,46%
jan/07	21.794.199,65	1.468.929,06	318.195,31
fev/07	14.944.008,00	1.007.226,14	218.182,52
mar/07	17.312.366,00	1.166.853,47	252.760,54
abr/07	24.265.912,25	1.635.522,49	354.282,32
mai/07	12.618.444,48	850.483,16	184.229,29
jun/07	20.298.378,20	1.368.110,69	296.356,32
jul/07	27.821.535,30	1.875.171,48	406.194,42
ago/07	31.475.050,50	2.121.418,40	459.535,74
set/07	22.521.940,24	1.517.978,77	328.820,33
out/07	1.499.712,29	101.080,61	21.895,80
nov/07	11.965.322,86	806.462,76	174.693,71
dez/07	13.703.115,57	923.589,99	200.065,49
Total	220.219.985,34	14.842.827,01	3.215.211,79

76. A base de cálculo do IRPJ e da CSLL é sobre a venda de todos os produtos, conforme GIs apresentadas pela fiscalizada ao Fisco do Estado de São Paulo, conforme quadro a seguir, sendo oportuno esclarecer que não foram localizados recolhimentos desses tributos:

	Vendas
1º Trimestre	106.362.564,69
2º Trimestre	95.957.577,26
3º Trimestre	122.112.677,86
4º Trimestre	47.944.500,04
Total	372.377.319,85

IX- DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

77. A *fiscalizada* não declarou o IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos no ano-calendário 2007 incidindo na multa qualificada tipificada no artigo 44 da Lei 9.430/96.

78. Com efeito, a mesma já havia sido autuada nos anos calendário 2004, 2005 e 2006 pela mesma infração: omissão de receitas da atividade.

79. Portanto, a mesma vem reiteradamente fraudando o Fisco Federal desde 2004.

80. Frise-se que mesmo tendo a sua inscrição estadual cassada em marco de 2007 continuou operando normalmente.

81. Também, não apresentou sua escrituração (Livros Diário/Razão) referente ao ano-calendário 2007, nem tampouco, justificou a sua não-apresentação.

82. Em verdade, encaminhamos o Termo de Início para o endereço dos sócios, via postal, cujo Aviso de Recebimento - AR retornou à repartição devidamente assinado.

83. Entretanto, não houve qualquer manifestação por parte dos sócios até a presente data, preferindo permanecerem ocultos.

84. Conforme já explanado anteriormente, a *fiscalizada* declarou como receitas tributáveis - GIA (CFOP Saídas - Base de cálculo do ICMS) o montante de **R\$ 372.377.319,15**, a qual inclui a venda de todos os combustíveis.

85. Com efeito, a *fiscalizada* apresentou mensalmente à ANP a aludida declaração denominada "DCP - Demonstrativo de Controle de Produtos" indicando o volume, em litros, transacionado de gasolina, óleo diesel, álcool anidro e álcool hidratado, com expressivos valores, conforme quadro do item "37", totalizando o montante de **R\$ 220.626.498,00 (pelos valores mínimos em favor da mesma)**.

86. Entretanto, para a Receita Federal do Brasil, apresentou a DIPJ e as DCTF com valores zerados.

87. A sua **movimentação bancária** no ano-calendário 2007 alcançou o montante de **R\$ 65.129.219,74**, e as informações de terceiros (DIPJ - Compras de terceiros) que adquiriram combustíveis da fiscalizada alcançou o montante de **R\$ 139.641.513,66**.

88. Conforme já explanado anteriormente, o Fisco Estadual constatou que a *fiscalizada* prestou informações falsas quanto á sua capacidade financeira de satisfazer os eventuais credores, dentre os quais, a Fazenda Pública.

89. Também, verificamos que a fiscalizada somente foi autorizada pela ANP a operar no mercado de combustíveis, de 2002 a 01/07/2008, através de medidas judiciais (Mandado de Segurança).

90. A combinação de tais fatos afastam a possibilidade de um mero erro escusável, eis que, apenas para a Fazenda Nacional a *fiscalizada* declarou receitas zeradas.

91. Não seria plausível que a *fiscalizada* declarasse para o Fisco Estadual o montante de **R\$ 372.377.319,15**, para a ANP uma expressiva litragem de produtos vendidos (**R\$ 220.626.498,00 pelos preços mínimos**), empresas adquirentes de seus produtos declarassem para o Fisco um montante de compras de **R\$ 139.641,513,66**, e a mesma declarasse receitas zeradas para a Receita Federal do Brasil, com se estivesse inoperante.

92. O fato de a fiscalizada ter declarado ao Fisco Federal **ZERO DE RECEITAS AUFERIDAS**, mas declarado vultosas receitas para o Fisco Estadual, bem como para a ANP, denotam a evidente intenção de impedir ou retardar o conhecimento dos fatos por parte da Fazenda Nacional.

93. Oportuno se faz a transcrição do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e dos artigos nela mencionados da Lei nº 4.502/64:

[...]

94. Ocorre, porém, que nos tipos penais acima transcritos há necessariamente um componente doloso, sem o qual não é possível a caracterização do ilícito.

95. Em outras palavras, para a ocorrência do crime, é necessário que a ação perpetrada tenha como finalidade prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre um fato juridicamente relevante.

96. Adentramos, assim, no campo das infrações subjetivas, em contraposição à regra geral da responsabilidade objetiva que impera no campo das infrações à legislação tributária.

97. Sobre os conceitos de infração objetiva e subjetiva, Paulo de Barros Carvalho ("Curso de Direito Tributário", Ed. Saraiva, 14a ed., p. 504 e ss) pontifica, in verbis:

[...]

98. Cristalino, portanto, que para a configuração do crime no caso sob comento é preciso restar caracterizado que o autor do ilícito agiu com a intenção de impedir ou retardar o conhecimento, pela Fazenda Pública, do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS devidos no período sob ação fiscal.

99. É mister esclarecer que a caracterização do intuito doloso, na maioria das vezes, configura uma difícil tarefa, tendo em vista que a sua comprovação só pode ser evidenciada quando temos um determinado padrão da conduta delitativa associada a atos comissivos ou omissivos praticados de maneira inafastável.

100. O intuito doloso foi caracterizado pela prática de uma única infração: Prática reiterada de Omissão de Receitas da Atividade culminando com a não declaração do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos conforme informações prestadas pela mesma à Fazenda Estadual, à ANP corroboradas com sua expressiva movimentação financeira e as informações de compras prestadas pelos adquirentes de seus produtos.

101. Portanto, a comprovação de que a prática delituosa deu-se de forma consistente denota o intuito doloso pela fiscalizada.

102. A magnitude desta prática delituosa promoveu grave lesão aos cofres públicos nos anos-calendário 2004, 2005, 2006 e 2007.

103. Assim, diante das definições anteriormente transcritas e da análise dos fatos e documentos apurados por esta fiscalização, constatamos que a **PRÁTICA REITERADA SISTEMÁTICA** da fiscalizada, materializada pela omissão de declarar ou recolher ao Fisco o IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos no ano-calendário 2007, se subsumem perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso I, e 72 da Lei n.º 4.502/1964.

104. Para corroborar tais assertivas trazemos à presente lume algumas jurisprudências, iniciando-se pelo brilhante voto aquilatado pelo ilustre julgador José Tarcísio Januário, Acórdão nº 38, de 28 de setembro de 2001, da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas, SP:

[...]

105. Portanto, demonstrado de maneira clarividente, é imperativo a aplicação da Multa Qualificada de 150%, no ano-calendário 2007, a teor no disposto do artigo 44 da Lei 9.430/96.

X - DA AUTUAÇÃO DO IRPJ/CSLL/PIS/COFINS

106. Isto posto e, tendo em vista que os elementos apresentados são suficientes para formação de convicção no que tange a infração à legislação tributária, lavramos o presente Auto de Infração, do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, em face da fiscalizada, encerrando nesta data a fiscalização levada a efeito no ano-calendário 2007.

107. O presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante e indissociável deste auto de infração.

108. Ressalte-se que a Fazenda Nacional poderá, obedecido ao prazo decadencial, efetuar novos lançamentos suplementares, em períodos ainda que já fiscalizados, quando detectar novos elementos que comprovem a prática de ilícito fiscal.

109. Fazem parte integrante do presente Auto de Infração os seguintes documentos:

- Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo;
- Este Termo de Verificação Fiscal;
- Folha de Rosto dos Autos de Infração e folhas de continuação;
- Base de Cálculo (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS);
- Demonstrativos de Multa e Juros de Mora;
- Demonstrativos da ANP e página da internet, "site" da ANP - Agência Nacional de Petróleo, onde constam os valores dos produtos no período sob ação fiscal;
- Demonstrativos de Apuração do ICMS.

[...]

Instruem os autos, entre outros documentos:

- Termo de Constatação e Início de Fiscalização, datado de 16/7/2010, fls. 2;
- RMF (requisição de informação de movimentação financeira), fls. 12 e 29;
- informações do Banco Bradesco, fls. 13 e 32/103 (cópias de cheques)
- Termo de Continuidade de Fiscalização e ciência dos atos até então praticados, dirigido ao endereço alterado na JUCESP (fls. 104);
- Ofício da Secretaria da Fazenda do Estado (fls. 113/145);

- GIAs (fls. 146/157), Ficha Cadastral na Jucesp (fls. 158/161);

- documentos Jucesp (fls. 178/223);
- documentos ANP (fls. 224/237)
- relação das operações (fls. 238/459);
- Representação Fiscal para Fins de Inaptação (fls. 460/461)
- Ato Declaratório de Inaptação e publicação em DOU (fls. 462/463);
- pesquisas DCTF / DIPJ (fls. 464//489);
- pesquisas SINAL-08 (fls. 490/504);
- Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 582/590);

Como consignado às fls. 597, a ciência à pessoa jurídica do auto de infração (fls.539/581) foi efetuada por meio de Edital, afixado em 20/03/2012 conforme fls. 591. Os sujeitos passivos solidários foram cientificados por via postal, conforme Avisos de Recebimento, a saber: Shin Hasegawa - fls. 582/584 - ciência em 20/03/2012 - fls. 592; Tieko Fukuda Hasegawa - fls. 585/587 - ciência em 20/03/212 - fls. 593; e Carlos Sussumo Hasegawa - fls. 588/590 - ciência em 20/03/2012 - fls. 594.

Impugnação Carlos Sussumo Hasegawa

Em 12/04/2012 foi protocolizada impugnação de fls. 599/616 em nome de Carlos Sussumo Hasegawa, com as razões de defesa a seguir sintetizadas:

De início expõe os fatos e, na sequência, discorda da atribuição de sujeição passiva solidária, argumentando que *o fato de uma determinada pessoa exercer poderes de gerência de uma sociedade, isto não implica dizer que o procurador ou mandatário de uma determinada empresa será sempre responsabilizado pessoalmente pelos débitos tributários contraídos pela pessoa jurídica, isto porque, segundo preceito estatuído na redação do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, é indispensável que no exercício desta gerência tenha o administrador agido dolosamente, com a intenção de praticar atos com excesso de poderes de forma a violar a lei ou contrato social.*

Transcreve o art. 135, inciso III, do CTN, para alegar que *o Termo de Sujeição Passiva Solidária expedido ao ora impugnante se deu no mais total alvedrio a norma acima transcrita, pois dos autos emerge ausência de provas no sentido de que o impugnante tenha agido com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, indispensável para a caracterização da responsabilidade solidária.*

Aduz que *a jurisprudência mais recente do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, já pacificou o entendimento segundo o qual a existência de dívida tributária não é motivo ensejador da responsabilidade pessoal do sócio ou administrador, posto que para a atribuição da responsabilidade pessoal a terceiros é necessário a comprovação de que o sócio, com poderes de gerência da sociedade, tenha incorrido nas transgressões a que alude o inciso III, do art. 135, do CTN. Cita ementas de dois acórdãos do STJ que entende corroborar sua tese e complementa:*

- Ainda que o impugnante assinasse cheques em nome da empresa Petromarte e detivesse poderes para representá-la, via procuração, o certo é que tais circunstâncias apenas não comprovam o efetivo exercício da administração da

sociedade empresária, e muito menos que tenha este administrado a pessoa jurídica de forma fraudulenta que pudesse a ensejar na sua responsabilidade pessoal;

- Embora o impugnante detivesse procuração outorgada pela Petromarte, o certo é que a representação por parte do impugnante na empresa era bastante diminuta, competindo-lhe apenas assinar cheques em nome da empresa, efetuar pagamentos, ou seja, gerir a parte financeira da empresa. Isto porquê, o impugnante, morando na cidade de São Paulo, está geograficamente mais próximo da sede da empresa que seus sócios, residentes na cidade de Pacaembu, que dista mais de 500 quilômetros da cidade de Paulínia;

- A bem da verdade, as grandes decisões, os balanços, as negociações em torno das vendas da empresa, ou seja, toda a parte comercial da empresa era administrada pela sócia Sra. TIEKO FUKUDA HASEGAWA, conforme esta própria chegou a reconhecer no Termo de Verificação Fiscal.

- O impugnante não tinha conhecimento de que a empresa tenha declarado ao Fisco Federal faturamento zero no ano calendário de 2007, eis que a representação do impugnante era por demais diminuta, sendo que o departamento comercial e fiscal da empresa era todo controlado pela sócia Tieko;

Noutro ponto da defesa ofertada assevera:

- o fato de uma determinada empresa ter encerrado suas atividades sem promover a baixa de seus registros não é causa para a despersonalização da pessoa jurídica, conforme já decidiu a 4ª Turma do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 3ª REGIÃO, conforme ementa que cita;

- é ilegal o ato administrativo tendente a sujeição passiva solidária do ora impugnante, visto a mais ampla inexistência de provas a comprovar que o requerente agiu dolosamente frente a representação da sociedade para praticar atos com excessos de poderes e contrário as leis tributárias, o que por certo inviabiliza a atribuição de responsabilidade pessoal dos sócios.

Reporta-se, ainda, a julgado da 4ª Turma do TRF-3ª Região que entende corroborar seu entendimento.

Acrescenta ainda que:

- é incabível a responsabilização solidária dos gerentes e administradores quanto aos débitos de natureza previdenciária prevista com base no art. 13, da Lei 8.620/93, ... em razão da revogação desta norma, conforme art. 79, VII, da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009;

- a responsabilidade dos sócios e administradores por débitos contraídos pela pessoa jurídica é subjetiva e não objetiva o que implica reconhecer que o sócio ou a pessoa a qual tenha poderes de gerência da sociedade responderá pelo tributo na qualidade de responsável solidário, somente quando devidamente comprovado pelo Fisco ter este sócio/gerente incorrido em uma das condutas previstas no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional;

Argumenta, ainda, não ter a Fiscalização logrado comprovar que a empresa Petromarte tenha encerrado suas atividades, pois o simples fato de uma correspondência ter retornado com a informação “Mudou-se” não implica dizer que tenha encerrado suas atividades

Considera extremamente temerário condicionar a existência de uma empresa ao fato de receber correspondência em seu endereço, pois conforme apontou o Auditor Fiscal a Petromarte havia promovido regularmente a alteração de seu endereço na JUCESP, mas, no entanto, não tinha o Fisco conhecimento desta mudança.

E continua:

- *conforme visto houve apenas alteração do endereço da sede, não implicando com isso no encerramento de suas atividades;*

- *a presunção de dissolução irregular não milita em favor do Fisco no caso em exame, ante a inexistência de elementos probatórios dando conta do fechamento da empresa.*

Multa agravada

Discorda da aplicação da multa qualificada, alegando que:

- *a multa agravada somente pode ser aplicada nos casos de fraude quando a fiscalização comprove ter o contribuinte agido dolosamente;*

- *a “prática sistemática reiterada” expressão exaustivamente utilizada pela fiscalização não está por si só a comprovar a conduta dolosa do contribuinte prevista nos artigos 72 e 73 da Lei 4.502, tão indispensável para aplicação da multa exasperada.*

- *a Fiscalização fundamenta a aplicação da multa qualificada no fato da empresa Petromarte ter supostamente omitido receitas e rendimentos, mas, está pacificado no âmbito do Conselho de Contribuintes da União que, para aplicação da multa prevista no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, há de estar devidamente comprovado o intuito de fraude do sujeito passivo, através do elemento dolo, a teor das Súmulas 14 e 25 do CARF.*

- *em vista da conseqüente representação para fins penais, para aplicação da penalidade mais gravosa, o tipo deve estar devidamente descrito e exaustivamente comprovado por parte de quem acusa.*

- *os atos devem estar devidamente registrados, comprovados e formalizados nos autos;*

- *o princípio da presunção de inocência prevalece na seara penal, de maneira que não se pode por presunção aplicar multa qualificada com caráter penal no presente caso.*

Reporta-se a julgados do Conselho de Contribuintes.

Questiona como aplicar a multa exasperada a quem, comprovadamente, não teve envolvimento com os fatos geradores, considerando que pelo princípio da individualização da pena, esta não pode ultrapassar a figura do transgressor? E conclui ser inaplicável a multa de 150%.

Arbitramento

Opõe-se ao lançamento por arbitramento, invocando seu caráter de excepcionalidade e sua utilização restrita aos casos de impossibilidade de utilização da base de cálculo originária, para defender que:

- *debalde não tenha a empresa Petromarte disponibilizado toda a documentação solicitada, é certo que o descumprimento dessa obrigação acessória não dá ao Fisco o direito de proceder ao lançamento a seu bel prazer, sem critérios, ensejando créditos de valores estratosféricos, totalmente destoante da realidade do faturamento, traduzindo-se num verdadeiro confisco;*

- *é inaplicável o arbitramento, uma vez que ao Fisco Federal foram repassadas todas as informações necessárias para a apuração do Lucro Real, seja pelas informações prestadas pelo Fisco Estadual, as prestadas pela Agência Nacional do Petróleo, ou, ainda, prestadas pelas empresas adquirentes de seus produtos.*

Expõe que o Conselho de Contribuinte já assentou o entendimento no sentido da impossibilidade da desconsideração total, por parte da fiscalização, quanto as despesas relacionadas a atividade do contribuinte, e, nesse compasso, alega irregularidade do lançamento em razão de a fiscalização não deduzir do valor do lucro arbitrado, todas as despesas relacionadas a atividade da empresa Petromarte.

Entende ser *desarrazoada* a exigência no montante em que formalizada, reportando-se à *vedação constitucional da tributação confiscatória* e alegando ofensa a princípios constitucionais da vedação ao confisco e da capacidade contributiva.

Assevera pretender o impugnante provar o alegado por todos os meios de prova e formula pedido de *improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária e também do Auto de Infração relativos ao IRPJ* e decorrentes, de CSLL, PIS e Cofins.

Impugnação Shin Hasegawa

Também em 12/04/2012, foi apresentada Impugnação de fls. 622/641, em nome do sócio *Shin Hasegawa*, com as razões a seguir sintetizadas:

De início expõe os fatos e, na seqüência, discorda da atribuição de sujeição passiva solidária, argumentando que *a responsabilidade solidária do sócio contemplada na redação do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não deriva do fato dele ser sócio, mas sim pelo fato dele exercer poderes de gerência da empresa.*

Transcreve o art. 135, inciso III, do CTN, para alegar que *o Termo de Sujeição Passiva Solidária expedido ao ora impugnante se deu no mais total alvedrio da norma acima transcrita, pois dos autos emerge ausência de provas no sentido de que o impugnante detinha poderes de gerência da sociedade em questão e, tampouco, fez o Fisco a prova de ter o impugnante agido com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, indispensável para a caracterização da responsabilidade solidária.*

Aduz que *a jurisprudência mais recente do E. Superior Tribunal de Justiça, já pacificou o entendimento segundo o qual mero inadimplemento da obrigação tributária não é motivo ensejador da responsabilidade pessoal do sócio, e para que possa ocorrer o redirecionamento, necessário a comprovação de que o sócio, com poderes de gerência da sociedade, tenha incorrido nas transgressões a que alude o*

inciso III, do art. 135, do CTN. Cita ementas de dois acórdãos do STJ que entende corroborar sua tese e complementa:

- no caso em apreço, a própria fiscalização informa haver indícios de que a empresa Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo S A , não era administrada pelo sócio ora impugnante, reportando-se a constatação de outorga de procuração;

- o próprio Fisco Federal se encarrega de comprovar que o sócio ora impugnante não detinha poderes de gerência da sociedade, ante a existência de provas irrefutáveis dando conta de que a administração da empresa era exercida por terceiros mediante procuração.

- na verdade, o procurador Carlos Sussumo Hasegawa respondia pela parte financeira da empresa, ao passo que toda parte comercial e fiscal da empresa era toda ela administrada pela sócia Tieko Fukuda Hasegawa, administradora principal e responsável pelas decisões mais relevantes da empresa.

Sujeição Passiva Solidária

Entende restar comprovada a total impossibilidade de atribuir ao sócio impugnante a sujeição passiva solidária porque :

- o Fisco não logrou êxito em comprovar que o sócio em questão detenha poderes de gerência da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do tributo, ou então à época da dissolução irregular da sociedade, e de igual modo, de ter este sócio incorrido numa das transgressões previstas no artigo 135, III, do CTN.

Acrescenta conforme julgados que menciona:

- o mero inadimplemento da obrigação tributária não constituiu hipótese que autoriza o redirecionamento da ação de execução contra os sócios, sendo necessária a prova de ter este agido com excesso de poderes, violação ao contrato ou estatuto, ou ter havido a dissolução irregular, e que este sócios tinha poderes de gerência da sociedade, fato que não restou demonstrado nos autos;

- a eventual ausência de patrimônio, de igual modo, não enseja a despersonalização da pessoa jurídica

Reporta-se, ainda, a julgado da 4ª Turma do TRF-3ª Região que entende corroborar seu entendimento.

Acrescenta que:

- é incabível a responsabilização solidária dos sócios quanto aos débitos de natureza previdenciária prevista com base no art. 13, da Lei 8.620/93, ... em razão da revogação desta norma, conforme art. 79, VII, da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009;

- a responsabilidade dos sócios e administradores por débitos contraídos pela pessoa jurídica é subjetiva e não objetiva o que implica reconhecer que o sócio ou a pessoa a qual tenha poderes de gerência da sociedade responderá pelo tributo na qualidade de responsável solidário, somente quando devidamente comprovado pelo Fisco ter este sócio/gerente incorrido em uma das condutas previstas no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional;

Argumenta, ainda, não ter a Fiscalização logrado comprovar que a empresa Petromarte tenha encerrado suas atividades, pois *o simples fato de uma correspondência ter retornado com a informação “Mudou-se” não implica dizer que tenha encerrado suas atividades*

Considera *extremamente temerário condicionar a existência de uma empresa ao fato desta receber correspondência em seu endereço, pois conforme apontou o Auditor Fiscal a Petromarte havia promovido regularmente a alteração de seu endereço na JUCESP, mas, no entanto, não tinha o Fisco conhecimento desta mudança.*

E continua:

- *conforme visto houve apenas alteração do endereço da sede, não implicando com isso no encerramento de suas atividades;*

- *a presunção de dissolução irregular não milita em favor do Fisco no caso em exame, ante a inexistência de elementos probatórios dando conta do fechamento da empresa.*

Multa qualificada

Discorda da aplicação da multa qualificada, alegando que:

- *a imposição da multa qualificada não constitui regra, mas sim exceção, podendo somente ser aplicada nos casos de fraude quando a fiscalização comprove ter o contribuinte agido dolosamente.*

- *a “prática sistemática reiterada” expressão exaustivamente utilizada pela fiscalização não está por si só a comprovar a conduta dolosa do contribuinte prevista nos artigos 72 e 73 da Lei 4.502, tão indispensável para aplicação da multa exasperada.*

- *a Fiscalização fundamenta a aplicação da multa qualificada no fato da empresa Petromarte ter supostamente omitido receitas e rendimentos, mas, está pacificado no âmbito do Conselho de Contribuintes da União que, para aplicação da multa prevista no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, há de estar devidamente comprovado o intuito de fraude do sujeito passivo, através do elemento dolo, a teor das Súmulas 14 e 25 do CARF.*

- *em vista da conseqüente representação para fins penais, para aplicação da penalidade mais gravosa, o tipo deve estar devidamente descrito e exaustivamente comprovado por parte de quem acusa.*

- *os atos devem estar devidamente registrados, comprovados e formalizados nos autos;*

- *o princípio constitucional da presunção de inocência prevalece na seara penal, de maneira que não se pode por presunção aplicar multa qualificada com caráter penal no presente caso.*

Reporta-se a julgados do Conselho de Contribuintes.

Questiona como aplicar a multa exasperada a quem, comprovadamente, não teve envolvimento com os fatos geradores, considerando que pelo princípio da individualização da pena, esta não pode ultrapassar a figura do transgressor? E, diante disso, conclui ser inaplicável a multa de 150%.

Arbitramento

Opõe-se ao lançamento por arbitramento, invocando seu caráter de excepcionalidade e sua utilização restrita aos casos de impossibilidade de utilização da base de cálculo originária, para defender que:

- *debalde não tenha a empresa Petromarte disponibilizado toda a documentação solicitada, é certo que o descumprimento dessa obrigação acessória não dá ao Fisco o direito de proceder ao lançamento a seu bel prazer, sem critérios, ensejando créditos de valores estratosféricos, totalmente destoante da realidade do faturamento, traduzindo-se num verdadeiro confisco;*

- *é inaplicável o arbitramento, uma vez que ao Fisco Federal foram repassadas todas as informações necessárias para a apuração do Lucro Real, seja pelas informações prestadas pelo Fisco Estadual, as prestadas pela Agência Nacional do Petróleo, ou, ainda, prestadas pelas empresas adquirentes de seus produtos.*

Expõe que o Conselho de Contribuinte já assentou o entendimento no sentido da impossibilidade da desconsideração total, por parte da fiscalização, quanto as despesas relacionadas a atividade do contribuinte, e alega irregularidade do lançamento em razão de a fiscalização não deduzir do lucro arbitrado, todas as despesas relacionadas a atividade da empresa Petromarte

Entende ser *desarrazoada* a exigência no montante em que formalizada, reportando-se à *vedação constitucional da tributação confiscatória* e alegando ofensa a princípios constitucionais da vedação ao confisco e da capacidade contributiva.

Assevera pretender o impugnante provar o alegado por todos os meios de prova e formula pedido de *improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária e também do Auto de Infração relativos ao IRPJ e decorrentes, de CSLL, PIS e Cofins.*

Impugnação Espólio de Tieko Fukuda Hasegawa

Termo de Sujeição Passiva de fls. 585/587

Ainda em 12/04/2012, foi apresentada Impugnação de fls. 646/652, em nome do *Espólio de Tieko Fukuda Hasegawa, representado por seu inventariante Sr. Shin Hasegawa*, com as razões de defesa a seguir sintetizadas.

De início expõe os fatos e, na seqüência, discorda da atribuição de sujeição passiva solidária, argumentando que *embora a impugnante exercesse a administração da empresa, o certo é que o Fisco Federal não trouxe provas a embasar ter a impugnante agido com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, indispensável para a caracterização da responsabilidade solidária.*

Aduz que a *jurisprudência mais recente do E. Superior Tribunal de Justiça, já pacificou o entendimento segundo o qual a mera existência de débito tributário não é motivo ensejador da responsabilidade pessoal do sócio, e para que possa ocorrer o redirecionamento, necessário a comprovação de ter o sócio gerente incorrido nas transgressões a que alude o inciso III, do art. 135, do CTN. Cita jurisprudência.*

Acrescenta que o *Erário Público ao determinar a sujeição passiva solidária do sócio, não trouxe a imprescindível prova de ter este sócio incorrido em algumas das condutas previstas no artigo 135, III, do CTN.*

Alega que, segundo julgado do TRF 3ª Região que menciona, *o encerramento das atividades de determinada empresa sem a baixa de sua inscrição, não caracteriza por si só sua dissolução irregular.*

Diz que, *a responsabilidade dos sócios por débitos contraídos pela pessoa jurídica é subjetiva e não objetiva, o que implica reconhecer que o sócio responderá pelo tributo na qualidade de responsável solidário, somente quando devidamente comprovado pelo Fisco ter este sócio incorrido em uma das condutas previstas no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional.*

Assevera pretender a impugnante provar o alegado por todos os meios de prova e formula pedido de *improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária, em razão da fiscalização não ter se desincumbido de seu dever de provar ter a sócia com poderes de gerência, haver praticado dolosamente atos irregulares na gestão da empresa.*

Finaliza formulando pedido no sentido de improcedência do Termo de Sujeição Passiva.

Por meio da Intimação SECAT nº 929/2012, de 10 de maio de 2012 (fl. 659), a autoridade preparadora intimou o interessado – Espólio de Tiekio Fukuda Hasegawa - a apresentar, *sob pena de ser negado seguimento ao recurso*, o seguinte: 1. *documento que comprove a nomeação do inventariante (Shim Hasegawa)* e 2. *Cópia do documento de identificação do signatário da impugnação (inventariante).*

Em atendimento, foi apresentada resposta de fls. 665/666, em nome de Tiekio Fukuda Hasegawa, representada pelo viúvo-meeiro, Sr. Shin Hasegawa, encaminhando *cópia da carteira de identidade do subscritor da impugnação* e informando que *não houve a abertura de processo judicial de inventário, que, por inexistir herdeiros menores, o procedimento será por escritura pública lavrado em Cartório, conforme permite a atual legislação.*

Na seqüência, por meio do despacho de fls. 676 a autoridade preparadora encaminhou o processo para julgamento das Impugnações interpostas.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 05-39.193 (fls. 677-732) de 23/10/2012, por unanimidade de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento apenas para excluir a responsabilidade solidária do espólio de Tiekio Fukuda Hasegawa quanto à multa de ofício lançada. A decisão foi assim ementada.

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

Ano-calendário: 2007

RECEITAS NÃO OFERECIDAS À TRIBUTAÇÃO. Caracteriza-se omissão de receitas da atividade a apresentação de declarações a RFB com valores zerados em contradição com vultosos valores declarados pela própria pessoa jurídica para o Fisco Estadual e a órgão regulador da atividade - Agência Nacional do Petróleo, valores estes não refutados no presente processo.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ARBITRAMENTO. IRPJ. CSLL. É cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, apesar de regularmente intimada, deixa de exhibir livros e documentos da escrituração, que a amparariam em outra modalidade de tributação.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. COFINS. PIS. Sendo as exigências reflexas decorrentes dos mesmos fatos que ensejaram o lançamento principal de IRPJ, impõe-se a adoção de igual orientação decisória.

MULTA DE OFÍCIO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Caracteriza evidente intuito de fraude, com intenção de impedir ou retardar o conhecimento dos fatos por parte da Fazenda Nacional, a prática reiterada de omissão de receitas da atividade culminando com a não- declaração do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos conforme informações prestadas pela própria contribuinte à Fazenda Estadual e a órgão regulador da atividade (ANP) corroboradas pela expressiva movimentação financeira e por informações de compras prestadas pelos adquirentes de seus produtos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MANDATÁRIO. SÓCIOS ADMINISTRADORES. São solidariamente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

SÓCIO FALECIDO. A responsabilidade do sucessor a qualquer título, do cônjuge meeiro e do espólio é pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha, da adjudicação ou da abertura da sucessão, não havendo dispositivo legal que autorize a exigência de multa de ofício quando a ciência do auto de infração se deu em momento posterior à morte do de cujus.”

Da aludida decisão foram cientificados a empresa e os coobrigados nas seguintes datas: Petromarte, em 04/01/2013 (edital de fl. 785), Tieko Fukuda Hasegawa - Espólio, em 28/11/2012 (A.R. de fl. 774), Shin Hasegawa, em 28/11/2012 (A.R. de fl. 772), Carlos Sussumo Hasegawa, em 27/11/2012 (A.R. de fl. 770).

Apenas os coobrigados apresentaram recursos voluntários em 27/12/2012 (fls. 788 a 801), onde questionam exclusivamente a responsabilização solidária, repisando os argumentos trazidos em sede de impugnação, e a multa qualificada, aventando argumentos acerca de sua ilegalidade e de seu caráter confiscatório, características essas, no entender dos Recorrentes, afrontosas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

De início, há que se delimitar o escopo do presente Voto à análise acerca da qualificação da multa de ofício aplicada e suas conseqüências, bem assim da responsabilização solidária dos arrolados (já excluída a responsabilidade do Espólio da Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa sobre a multa de ofício lançada), porquanto somente essas matérias é que foram trazidas no recurso voluntário apresentado.

Da multa de ofício qualificada

Conforme registra o autuante no Termo de Verificação e Demonstrativos de Multa e Juros de Mora, a multa de ofício foi aplicada com qualificação, no percentual de 150%, a teor do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, na redação vigente à época dos fatos geradores (de janeiro a 14/06/2007: no art. 14 da MP nº 351/07 e a partir de 15/06/2007: no art. 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007), conforme dispositivos adiante reproduzidos [destaques acrescidos]:

Seção V - Normas sobre o Lançamento de Tributos e Contribuições

Multas de Lançamento de Ofício

Nova Redação da Lei nº 9.430, de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho 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 15 de junho de 2007);

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

(...)

§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

...

Já os citados arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, assim dispõem:

Art. 71 – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

No caso em análise, a Fiscalização, além de reunir provas diretas da caracterização da omissão de receitas, constatou também que:

- a pessoa jurídica, representada por seus sócios e seu procurador, **agiu de forma reiterada**, deixando de informar receitas em suas declarações à Receita Federal - **apresentou a Receita Federal declarações com valores zerados;**

- **declarou ao Fisco Estadual, mediante GIA, o montante de receitas tributáveis de R\$ 372.377.319,15;**

- **sua movimentação bancária verificada pela autoridade fiscal em apenas uma instituição financeira alcançou em 2007 o montante de R\$ 65.129.219,74 e as compras de terceiros que adquiriram combustíveis da fiscalizada alcançou R\$ 139.641.513,66;**

- **teve sua inscrição estadual cassada em março de 2007 e continuou operando normalmente neste ano;**

- **apresentou mensalmente, à Agência Nacional de Petróleo, declaração indicando volume em litros de combustíveis transacionados, que, pelos valores mínimos, totalizam o montante de R\$ 220.626.498,00**

- **prestou informações falsas quanto à capacidade financeira de satisfazer credores (capital social);**

Considero, nesse sentido, que os trabalhos fiscais resultaram na formação de **um consistente conjunto de procedimentos que autorizaram a constatação da fraude,**

demonstrando a intenção de impedir ou retardar o conhecimento dos fatos por parte da Fazenda Nacional, mediante a prática reiterada de omissão de receitas da atividade culminando com a falsa declaração do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS comprovadamente devidos conforme informações prestadas pela própria contribuinte à Fazenda Estadual e a órgão regulador da atividade (ANP) corroboradas pela expressiva movimentação financeira e por informações de compras prestadas pelos adquirentes de seus produtos.

Evidenciou, assim, a autoridade fiscal a existência de prova direta de reiterada omissão de receitas, com deliberada alteração da natureza dos fatos efetivamente ocorridos (falseando-os nas declarações prestadas à receita Federal), com vistas a esquivar-se da incidência tributária sobre as operações realizadas, razão pela qual não há como afastar a imputação de fraude a ensejar a aplicação da multa de ofício de 150% prevista legalmente conforme norma acima transcrita.

Por fim, quanto às alegações de que a multa aplicada seria ilegal e de caráter confiscatório, características essas que afrontariam princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco, há que se ponderar que a multa de ofício aplicada teve por base norma legal válida e regularmente inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Neste contexto, observadas as previsões legais acerca da imposição da multa qualificada, incabíveis as alegações de ofensa a princípios constitucionais de vedação ao confisco, razoabilidade e capacidade contributiva.

De fato, os questionamentos dessa natureza dirigem-se à atividade do legislador, sendo, portanto, impertinente à presente causa.

Ademais, quaisquer alegações de descumprimento de princípios constitucionais por parte de dispositivos legais que respaldam a autuação, não podem ser oponíveis na esfera administrativa.

Estando o lançamento de conformidade com a legislação tributária vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade no contencioso administrativo, vez que não compete à autoridade administrativa examinar a validade de dispositivo regularmente inserido no sistema tributário nacional, sendo tal atribuição do Poder Judiciário.

Isto porque a apreciação das autoridades administrativas limita-se às questões de sua competência, estando fora de seu alcance o debate sobre aspectos da validade, constitucionalidade ou legalidade da legislação, vez que o controle da constitucionalidade das normas é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal - art. 102, I, "a", III da CF de 1988.

Enquanto a norma não é declarada inconstitucional pelos órgãos competentes do Poder Judiciário e não é eliminada do sistema normativo, tem presunção de validade, presunção esta que é vinculante para a administração pública.

Consigne-se que atualmente se encontra em vigor o artigo 26A do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que disciplina o Processo Administrativo Fiscal - PAF, introduzido pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, que dispõe:

Art. 26-A. *No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar*

de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Logo, resta prejudicada a análise no contencioso administrativo das argüições da Recorrente de afronta da legislação tributária aos princípios constitucionais, visto que a exigência fiscal fundamenta-se em leis regularmente inseridas no sistema tributário nacional.

Tal entendimento encontra-se pacificado inclusive na segunda instância do contencioso administrativo, conforme ementa da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, a seguir reproduzida:

SÚMULA Nº 2 : *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Nego provimento aos recursos quanto a essa matéria.

Da responsabilidade solidária dos coobrigados

Quanto à atribuição de responsabilidade solidária ao procurador Carlos Sussumo Hasegawa, além dos motivos constantes do Termo de Verificação mencionado no Relatório, a sujeição passiva foi a ele atribuída por meio do Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 03, de fls. 588, do qual se extrai:

...

O Sr. Carlos Sussumo Hasegawa é o procurador da Petromarte desde 30/03/2000, através de escritura pública, com amplos poderes para gerir e administrar os negócios da firma outorgante.

Conforme documentação encaminhada pelo Fisco do Estado de São Paulo, verificou-se que a administração da Petromarte foi efetuada principalmente pelo procurador, Sr. Carlos Sussumo Hasegawa, mas conjuntamente com os dois sócios conforme declaração prestada pelo Sr. Carlos e a Sra Tiekko Fukuda Hasegawa:

Sr. Carlos Sussumo Hasegawa (procurador):

"Que administra a empresa conjuntamente com seus pais. Que seus pais (sócios da empresa) não participam diariamente das atividades da empresa, tendo participações somente nas tomadas de decisões importantes"

Sra Tiekko Fukuda Haseoawa (sócia):

"Que participa das tomadas de decisão, juntamente com seu filho, Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, e seu marido, o Sr. Shin Hasegawa".

Também, conforme o Termo de Verificação Fiscal, verificamos que o Sr. Carlos assinou os cheques emitidos pela Petromarte no ano-calendário 2007, confirmando que o mesmo gerenciou a empresa neste ano.

Com efeito, na qualidade de administrador atuando na sua administração, praticou atos com excesso de poderes ou infração à lei, como a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal e deixou de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes,

A adoção dessas condutas representam infrações à lei societária, infração à lei ou excesso de poderes e implicam na responsabilização dos mandatários, com base no disposto no art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Assim, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional (Lei n-5.172/1966) restou caracterizada a sujeição passiva solidária em face do contribuinte Carlos Sussumu Hasegawa, tendo em vista a infração à legislação tributária, conforme Termo de Verificação Fiscal.

...

Quanto à atribuição de responsabilidade solidária aos sócios Shin Hasegawa e Tiekko Fukuda Hasegawa, além dos motivos constantes do Termo de Verificação mencionado no Relatório, a sujeição passiva foi a eles atribuída por meio dos Termos de Sujeição Passiva Solidária nº 01 e 02, de fls. 582 e 585 dos quais se extraem:

A Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa é sócia-administradora da empresa Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

...

O Sr. Shin Hasegawa é sócio-proprietário da empresa Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal, constatou-se que a Fazenda Pública Estadual cassou em 09/03/2007 a inscrição estadual da Petromarte, bem como, a ANP cancelou o registro para distribuição de combustíveis em 01/07/2008

Sem autorização para comercialização, a sociedade cessou suas atividades e não adotou as devidas providências junto aos órgãos de registro, simplesmente foi abandonada.

A dissolução irregular da sociedade restou caracterizada em virtude de a mesma não ter sido localizada em seu domicílio fiscal.

Conforme documentação encaminhada pelo Fisco do Estado de São Paulo, verificou-se que a administração da Petromarte foi efetuada principalmente pelo

procurador, Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, mas conjuntamente com os dois sócios, conforme declaração prestada pelo Sr. Carlos e a Sra Tiekko Fukuda Hasegawa:

Sr Carlos Sussumu Hasegawa (procurador):

"Que administra a empresa conjuntamente com seus pais. Que seus pais (sócios da empresa) não participam diariamente das atividades da empresa, tendo participações somente nas tomadas de decisões importantes"

Sra Tiekko Fukuda Hasegawa (sócia):

"Que participa das tomadas de decisão, juntamente com seu filho, Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, e seu marido, o Sr. Shin Hasegawa".

Com efeito, na qualidade de sócios administradores atuando na sua administração, praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, como a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal e deixaram de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes.

A adoção dessas condutas representam infrações à lei societária, infração à lei ou excesso de poderes e implicam na responsabilização dos sócios administradores, com base no disposto no art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Ademais, de acordo com a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio - gerente."

Assim, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966) restou caracterizada a sujeição passiva solidária em face do contribuinte Shin Hasegawa, tendo em vista a dissolução irregular da empresa.

....

Referido art. 135 estabelece:

"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.

Na defesa apresentada, argumentam os Recorrentes que para atribuição de responsabilidade solidária não basta dispor de poderes de gerência, sendo necessária a comprovação da ação dolosa, com a intenção de praticar atos com excesso de poderes de forma a violar a lei.

Quanto ao Sr. Carlos Sussumu Hasegawa, é indiscutível sua participação na gerência da empresa e considero sua atuação como exercida com excesso de poderes e infração à lei, como se verá a seguir.

Como demonstrado pela Fiscalização, ao Sr. Carlos foram outorgados, por procuração pública, amplos e gerais poderes para o fim especial de gerir e administrar os negócios da firma outorgante no tocante a todo o ramo de atividade em que possa representá-la, assinar e requerer todos os documentos necessários para a referida administração (...) representando os outorgantes perante todas as repartições públicas, (...) comprar e comercializar mercadorias, assinando e emitindo notas fiscais; (...) contratar e dispensar funcionários, etc.

E esses poderes foram de fato exercidos pelo Sr. Carlos como comprovam os diversos cheques da pessoa jurídica por ele assinados.

Além disso, consoante informações obtidas junto ao Fisco Estadual o próprio Sr. Carlos declarou *que administrava a empresa juntamente com seus pais* (sócios constantes do Contrato Social).

Ora, a administração da empresa pressupõe, inclusive, o cumprimento de suas obrigações perante órgãos públicos, o que, no caso, somente teria ocorrido perante o Fisco Estadual, já que para a Fazenda Pública Federal foram apresentadas declarações zeradas, sem que nada tivesse sido oferecido à tributação, apesar das vultosas receitas auferidas e reconhecidas pelos representantes da pessoa jurídica (sócios e procurador) tanto que informadas ao Fisco Estadual.

A alegação de desconhecimento das grandes decisões da empresa e de que declarações teriam sido apresentadas zeradas em nada socorre o Sr. Carlos, pois, na qualidade de procurador com amplos poderes de representação e administração, competia a ele acompanhar, juntamente com os sócios, o fiel cumprimento das obrigações da pessoa jurídica perante a Fazenda Pública.

Os atos com excesso de poderes ou infração à lei foram expressamente identificados pela Fiscalização como *a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal, bem como, ter deixado de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes.*

Como se vê, distintamente do que alega, não se trata, apenas, de descumprimento da obrigação de recolher os tributos. Na verdade, demonstrou a Fiscalização a ocorrência de infração à lei, com conseqüências tributárias: auferimento de receitas em valores expressivos, sem que nada tivesse sido oferecido a tributação federal, com apresentação de declarações zeradas, caracterizando falsidade, violando disposições legais que determinam o pagamento de tributos e a apresentação de declarações refletindo as atividades da empresa.

E não se pode alegar que tais receitas não seriam de conhecimento do procurador da empresa e de seus sócios, pois, além da movimentação financeira em conta de titularidade da pessoa jurídica, os valores das receitas foram informados ao Fisco Estadual.

Ademais, também configura hipótese de que trata o art. 135 do CTN, a **dissolução irregular, por configurar-se infração a lei.**

Em que pese a alegação da Defendente de que o retorno da correspondência com a informação “mudou-se” não permite concluir pela dissolução da empresa, o fato é que a Fiscalização elencou uma série de outros fatos que culminaram, inclusive, com a declaração de inapetência da empresa, quais sejam:

57. A dissolução irregular da sociedade restou caracterizada em virtude de a mesma não ter sido localizada em seu domicílio fiscal e não ter havido qualquer comunicação à Secretaria da Receita Federal deste fato.

58. Tal situação foi corroborada pela informação prestada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a esta fiscalização (item acima), acerca do cancelamento do registro para distribuição de combustíveis da empresa Petromarte.

59. Também, foi corroborada pela cassação da inscrição estadual efetuada pelo Fisco do Estado de São Paulo em 09/03/2007.

60. Sem autorização para comercialização, a sociedade cessou suas atividades e não adotou as devidas providências junto aos órgãos de registro, simplesmente foi abandonada.

61.. Conforme já explanado anteriormente, a DEAT – Diretoria Executiva da Administração Tributária - Combustíveis, encaminhou vasta documentação contendo elementos que embasaram a cassação em 2007 das atividades da fiscalizada como distribuidora de combustível.

Além disso, também instruem os autos documento da ANP informando o cancelamento do registro da pessoa jurídica e o fechamento de suas instalações (SP e PE) desde 01/07/2008 (fls. 223/225).

Tais constatações redundaram, inclusive, na declaração de inapetência da empresa, conforme Ato Declaratório Executivo nº 36, de 07/11/2011, do Serviço de Fiscalização da DRF/Campinas, que instrui os autos às fls. 462.

E, nessas circunstâncias, nada há que afaste a aplicação da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, a qual já pacificou entendimento no tocante à pessoa jurídica não localizada caracterizar dissolução irregular:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Assim, injustificável a objeção do Recorrente à conclusão fiscal de dissolução irregular da empresa, mesmo porque não comprovam os interessados sua efetiva existência, quer no endereço fornecido para fins cadastrais à Receita Federal, quer em outro endereço e, sequer, apresentam impugnação ou recurso voluntário em nome da Pessoa Jurídica.

Dissolvida a empresa, mais uma razão para o arrolamento dos sócios responsáveis e do procurador-gerente como responsáveis solidários pelo crédito tributário apurado.

E, quanto aos sócios Sr. Shin Hasegawa e do espólio da Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa, nem se alegue ausência de provas de que não detinham poderes de gerência da sociedade em questão. Tal argumento cai por terra face as constatações e documentos trazidos pelo Fisco.

Tanto o Sr. Shim Hasegawa como a Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa figuravam, desde antes da época dos fatos, como sócios formais da empresa, com poderes de administração e gerência. É o que se extrai da documentação obtida pela Fiscalização junto à JUCESP (fls. 158 e 189).

Além disso, pela análise das declarações prestadas junto ao Fisco Estadual pelos interessados, confirma-se a participação dos sócios Sr. Shin e Sra. Tiekko na administração da empresa.

O fato de os sócios terem constituído seu filho, Sr. Carlos Sussumo Hasegawa, como procurador, com poderes de administração, não lhes retira os poderes de representação e administração da pessoa jurídica que são próprios de sua condição de sócios, o que já foi afirmado e confirmado perante o Fisco Estadual, como já visto acima.

De todo modo, a obrigação de acompanhar o cumprimento das obrigações da pessoa jurídica junto a Fazenda Pública é inerente à condição de sócios, com poderes de administração e gerência, não sendo afastada pela constituição de procurador, no caso, filho dos sócios.

E, nesse sentido, conforme mencionado no Termo de Verificação, já decidiu o STJ ao firmar entendimento de que *o sócio que recolhe os bônus lucrativos da sociedade mas não verifica o adimplemento dos tributos, locupleta-se e a fortiori comete o ilícito que faz surgir a sua responsabilidade.* (STJ. AGA 472260/SC. Rei.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Decisão: 20/05/03. DJ de 02/06/03, p. 195).

Lembre-se que no presente caso tanto o procurador, Sr. Carlos Sussumo Hasegawa, como os sócios Sr. Shin Hasegawa e Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa (seus pais) detinham poderes de administração e gerência por ocasião do vencimento dos tributos ora lançados, inclusive de movimentação de contas bancárias, de utilização dos recursos gerados pela atividade que proporcionou o auferimento de receitas integralmente subtraídas da tributação, bem como de representação da pessoa jurídica junto a órgãos públicos cabendo-lhes zelar tanto pelo cumprimento de obrigações principais (pagamentos dos tributos devidos) como de obrigações acessórias (tais como apresentação de declarações refletindo as reais operações da empresa e atualização de cadastro com indicação de endereço e informação de sua eventual inatividade ou dissolução).

Nestas circunstâncias, não há como afastar a conclusão fiscal de que, na qualidade de sócios administradores atuando na sua administração, também o Sr. Shin Hasegawa e a Sra. Tiekko Fukuda Hasegawa *praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, como a sonegação de impostos comprovadamente devidos, prestação de falsas informações ao Fisco Federal e deixaram de efetuar os procedimentos obrigatórios de encerramento da pessoa jurídica perante os órgãos competentes.*

Processo nº 10830.721437/2012-11
Acórdão n.º 1402-001.617

S1-C4T2
Fl. 848

Nego provimento aos recursos nesse ponto.

Conclusão

Diante do exposto, Voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntários apresentados.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator