



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

Processo nº 15586.000444/2005-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.831 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2015
Matéria IRPJ - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
Recorrente DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA (Responsáveis Solidários: PEDRO VENANCIO BARBOSA e ANIVALDO VENANCIO BARBOSA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO.

O prazo para apresentação de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância, *ex vi* do disposto no art. 33 do Decreto nº. 70.235, de 1972. Se apresentado após o prazo estabelecido, dele não se toma conhecimento, visto que, nos termos do art. 42 do mesmo diploma, a decisão de primeira instância já se tornou definitiva.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE. CIÊNCIA. NECESSIDADE.

Uma vez imputada responsabilidade tributária à pessoa tida como sócia da pessoa jurídica fiscalizada, a ciência acerca das exigências porventura formalizadas revela-se essencial, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Para fins de verificação da caducidade do direito de o Fisco promover a constituição dos créditos tributários, deve-se levar em conta a data da ocorrência dos fatos geradores respectivos e a da ciência em referência. No caso sob análise, em que os fatos em questão ocorreram no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de dezembro de 2002 e a ciência dos lançamentos só foi efetivada em janeiro de 2011, a decadência resta inafastável.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REQUISITO ESSENCIAL PODER E EFETIVIDADE DE GESTÃO ADMINISTRATIVA DE SÓCIO. EXCLUSÃO SÓCIO ANTES DA OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES.

A responsabilidade solidária, para fins tributários, somente se mantém se provado o vínculo administrativo e gerencial sobre os fatos jurídicos tributários, sem o que não se sustenta a implicação legal, notadamente no

presente caso em que por decisão judicial restou provado que o sócio recorrente se retirou da sociedade antes do período dos fatos geradores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado, por maioria de votos, não conhecer o recurso relativo a Anivaldo Venâncio Barbosa por ser intempestivo. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri e Carlos Augusto de Andrade Jenier, que conheciam de ofício o recurso para determinar a decadência em razão de ser matéria de ordem pública. Por maioria de votos, dado provimento ao recurso interposto por Pedro Venâncio Barbosa para afastar o vínculo de sua responsabilidade tributária em razão da decadência. Vencido o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas (Relator) que não a conhecia (decadência). No mérito, por maioria de votos, dado provimento. Vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães e Adriana Gomes Rêgo. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães relativo à decadência. O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães fará declaração de voto no tocante ao mérito.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rêgo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do voto condutor ora combatido.

O presente processo decorre de auditoria fiscal em face do contribuinte acima identificado, abrangendo o Imposto de Renda Pessoa Jurídica no período de 01 de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2002.

Tal exame se revelou necessário a partir das divergências apuradas entre a receita bruta declarada pela fiscalizada nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e as movimentações bancárias informadas pelas instituições financeiras, em observância ao parágrafo 2º. do artigo 11 da Lei 9.311, de 24/10/1996.

A contribuinte é domiciliada à Rua Rui Braga Ribeiro, 192, no bairro Santa Mônica em Vila Velha/ES, mas o local a fiscalização encontrou fechado (fls. 1389). Não tendo sido encontrada, a fiscalização buscou diligenciar no domicílio dos sócios para que prestassem esclarecimentos sobre a localização da documentação fiscal e contábil, bem como do pagamento dos tributos devidos.

Os montantes indicados no relatório fiscal, relativos aos anos calendário de 2000, 2001 e 2002, mostram a incompatibilidade entre os recursos movimentados nas contas bancárias e os valores informados por DISTRIBUIDORA SANTA HELENA nas suas declarações de informações econômico fiscais da pessoa jurídica.

A auditoria comprovou a transferência irregular de quotas de capital da Distribuidora Santa Helena como demonstrado nos itens 1.3 e 7 deste Relatório. Apresentados pela fiscalização, inicialmente, a análise desenvolvida no decorrer da ação fiscal nos sócios da empresa (efetivos e interpostas pessoas), que culminou com a alteração de ofício do quadro societário da empresa, para, em seguida, expor o resultado da auditoria fiscal da pessoa jurídica.

Na impossibilidade de obter as informações bancárias diretamente da fiscalizada, a Delegada da Receita Federal em Vitória/ES emitiu Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) para obter as informações das instituições financeiras, conforme exposto no item 2 deste Relatório.

Após análise dos documentos apresentados pelos bancos, a pessoa jurídica foi novamente intimada através do Edital nº 327/2005, para que tomasse ciência do Termo de Intimação, indagando acerca da origem dos depósitos bancários que proporcionaram sua vultosa movimentação financeira. O Edital foi afixado no dia 11/05/2005 e desafixado em 01/06/2005 (fls. 1377

Esgotado o prazo fixado, a fiscalizada não solicitou prorrogação nem comprovou a origem das operações, mediante apresentação de documentação hábil, idônea, individualizada, e coincidente em datas e valores.

A infração apurada refere-se à ocultação do fato gerador, omissão de receitas.

Restou, portanto, tributar os depósitos bancários como omissão de receitas, nos termos do art.42 da Lei nº 9.430/96.

DO ABITRAMENTO DOS LUCROS

A pessoa jurídica nos anos calendário de 2000, 2001 e 2002 apresentou Declaração de Informações Econômico Fiscais (DIPJ) pelo Lucro Presumido (fls. 112 a 183), mesmo intimado não apresentou os livros obrigatórios. Dessa forma, seu lucro foi arbitrado.

O valor total dos autos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, foi de R\$ 72.226.044,67.

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Em virtude dos fatos descritos nos itens anteriores, e considerando sobretudo a intenção fraudulenta do contribuinte em suprimir o imposto de renda devido, omitindo receitas que deveriam constar em sua declaração de informações econômico fiscais de imposto de renda, exacerbou-se a multa de ofício de 75% para 150%, como a seguir descortinado.

Fato é que a fiscalizada, nos anos calendário de 2000, 2001 e 2002 omitiu em sua declaração de informações econômico fiscais anuais, receitas tributáveis decorrentes dos créditos efetivados em suas contas de depósitos, visto não ter comprovado a origem de tais créditos.

O montante de depósitos efetuados em suas contas correntes, sem comprovação de origem aponta para os valores expressivos de:

a) R\$ 109.065.187,75, para o ano calendário de 2000. Para o mesmo período, o contribuinte declarou ter recebido como rendimentos tributáveis o montante de R\$ 4.339.265,89

b) R\$ 110.812.949,09, para o ano calendário de 2001. Para o mesmo período, o contribuinte declarou ter recebido como rendimentos tributáveis o montante de R\$ 2.296.165,79.

c) R\$ 157.512.252,34, para o ano calendário de 2002. Para o mesmo período, o contribuinte declarou ter recebido como rendimentos tributáveis o montante de R\$ 3.200.654,15.

Distribuidora Santa Helena Ltda. foi inscrita no CNPJ em 27/02/96 (fls. 27 a 29) pelos sócios: Antônio Varela Dias; Maria Helena Loyola e Adamastor Stein. Em 13/05/98 eles retiram-se da sociedade e cedem suas cotas para PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, CPF 257.677.636-15 e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA, CPF 576.528.216-44, que permaneceram até 09/08/99 (conforme verso fls.39).

Nesta data, PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA teriam vendido sua participação societária na empresa no valor total de R\$ 200.000,00, para JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS, CPF 415.103.726-87 e CARLOS

ANTONIO FERREIRA CEDRO, CPF 845.083.406-44 pela importância de R\$ 100.000,00 cada (fls. 37 a 39).

PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS foram intimados fls. 9 a 10 e 12 a 13), para apresentar livros e documentos fiscais e contábeis que viabilizassem a auditoria fiscal, mas não atenderam.

A impossibilidade de localizar os sócios JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS e CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO, e o fato de ambos residirem em Minas Gerais (fls. 40 3 55) enquanto a empresa está localizada em Vila Velha/ES, levaram a fiscalização a realizar pesquisas e diligências fiscais que permitiram concluir que ambos se tratam de pessoas interpostas, sem capacidade pessoal e financeira para administrar a empresa da qual constam como sócios.

JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS e CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO, como demonstrado no item 1.3 do Termo, não assumiram a administração da empresa, e não houve a transferência de fato da sociedade, operando-se apenas de direito.

No curso do procedimento fiscal ficou constatado e comprovado que o sócio da Distribuidora Santa Helena, PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, pessoa física dotada de grande patrimônio, adotou o procedimento de transferir quotas de capital da empresa para interpostas pessoas com o objetivo de eximir-se do pagamento dos elevados valores de tributos federais devidos pela pessoa jurídica. Comprovamos omissão de receitas tributáveis em todos os anos calendários sob auditoria, como relatado no item 2 do Relatório fiscal.

INTERPOSTAS PESSOAS:

Intimados a prestar esclarecimentos acerca da origem dos recursos que proporcionaram a vultosa movimentação nas contas bancárias de titularidade da DISTRIBUIDORA SANTA HELENA, as pessoas físicas abaixo discriminadas não comprovaram nada, demonstrando seu desconhecimento quanto à movimentação bancária na empresa, da qual eles seriam os únicos sócios.

CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO

É pessoa física com um histórico de reduzida capacidade econômica/financeira e reside em Contagem/MG. Nos anos anteriores e posteriores ao evento o sócio Carlos declarou-se isento, mas em sua declaração relativa ao ano calendário da aquisição (2000) declarou rendimento suficiente para suportar a variação patrimonial decorrente de aquisição das quotas de capital, com o conseqüente pagamento do imposto de renda pessoa física correspondente.

Nesse mesmo ano calendário apresentou em 08/04/2000 declaração de ajuste anual simplificada (fls. 51) com rendimentos tributáveis de R\$ 8.740,00. Em 12/05/2000 foi apresentada declaração retificadora alterando os rendimentos tributáveis para R\$ 168.740,00 (fls.50). Não há informação sobre a fonte pagadora de tais rendimentos percebidos.

No ano calendário posterior à aquisição também retificou a declaração para incluir as quotas de em sua declaração de bens (fls. 88 e 91), e informar a fonte pagadora (DISTRIBUIDORA SANTA HELENA) às fls. 87.

Sua participação nos negócios da Distribuidora Santa Helena limitou-se à assinatura na Alteração Contratual, pois não manteve contato com empregado, contador e nem interveio nas operações da pessoa jurídica. Aparentemente jamais transitou pela sede da empresa localizada em Vila Velha/ES, sendo desconhecido até mesmo do gerente financeiro da empresa e responsável pela movimentação das contas bancárias (fls. 1317).

JOSE ALMIR ALVES DOS SANTOS

Declarou no ano calendário do evento (2000), rendimentos tributáveis suficientes para o investimento (fls. 56). Não há nenhum registro quanto à origem do rendimento declarado, nem registro de outra fonte nos arquivos da Secretaria da Receita Federal.

Merece destaque um fato observado em relação às fontes pagadoras dos rendimentos de JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS: trabalha em empresas do sócio PEDRO VENÂNCIO BARBOSA (fls. 57), possuindo assim relação de subordinação.

Atualmente é empregado da Megafort Distribuidora Imp. Exp. Ltda., CNPJ 02.782.071/0001, também empresa de Pedro.

No mesmo período CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO e JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS teriam ainda adquirido quotas da: Ideal Atacadista e Importadora Ltda. investimento de R\$ 50.000,00 (fls. 88 e 54). Apenas fizemos referência a esta empresa, com o fito de comprovar que, não por mera coincidência, as duas empresas são ligadas ao sócio PEDRO VENÂNCIO BARBOSA (fls. 78). O endereço de Ideal Atacadista e Importadora Ltda. é o mesmo da Ideal Factoring Ltda., outra empresa de PEDRO VENÂNCIO BARBOSA (fls. 83/84/85).

Como supedâneo de que houve cessão fraudulenta das quotas da fiscalizada, a declaração do proprietário do terreno onde funcionava a DISTRIBUIDORA SANTA HELENA noticia que, não houve modificação no responsável pelo contrato de aluguel e que desconhecia CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO e JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS (fls. 1327).

O expediente escuso de desativar empresa de sua propriedade após transferência para terceiras pessoas incapacitadas financeiramente de responderem com seu patrimônio pelo pagamento dos tributos devidos, foi realizado anteriormente no Estado do Espírito Santo por PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, com pelo menos uma pessoa jurídica que identificamos: REDFORT DISTRIBUIDORA COMÉRCIO EXP. IMP. LTDA., CNPJ 31.093.101/0001-17.

Após utilizar-se da empresa REDFORT DISTRIBUIDORA COMÉRCIO EXP. IMP. LTDA., PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, deu a ela fim, sem qualquer preocupação de extingui-la legalmente, e pagar os tributos devidos, porque a responsabilidade recairia sobre o sócio "laranja". Continuou no mesmo ramo de negócio, apenas utilizando outras pessoas jurídicas: DISTRIBUIDORA SANTA HELENA (de 1999 até 2002), e MEGAFOR DISTRIBUIDORA IMPORTADORA e EXPORTADORA LTDA. (a partir de 2002).

Grande empresa atacadista de mercadorias em geral, Megafort Distribuidora Imp. Exp. Ltda., CNPJ 32.782.071/0001, atua no mesmo ramo de negócios da Distribuidora

Santa Helena Ltda., possuindo cinco (05) filiais no país (fls. 1.242 a 1.249). Uma delas está localizada no município da Serra/ES, e passou a funcionar após a Distribuidora Santa Helena ser desativada, utilizando os mesmos empregados e gerentes (fls. 1.333/1.334; 1.338/1.339 e 1.343/1.346).

A análise detalhada dos documentos cadastrais fornecidos pelos bancos, serviu para corroborar que os sócios PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA não tinham se desligado da pessoa jurídica, já que continuavam participando dos fatos jurídico tributários.

Assim, a confirmação de que os sócios da empresa responsáveis pela movimentação financeira em suas contas bancárias eram PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA, implicou em que fossem responsabilizados tributariamente, como demonstrado no item 7 e conforme relatório fiscal de onde se extrai exemplificadamente:

a) para o Banco Rural no documento denominado Ficha Cadastral (Pessoa Jurídica), está assinalado que trata-se de renovação do cadastro. É datado de 19/07/2001 e assinado por Áureo de Abreu Martins Paiva, procurador constituído por PEDRO VENÂNCIO BARBOSA para representá-lo com amplos poderes (fls.187 e verso).

No campo reservado para informação da diretoria/administradores/cargo da pessoa jurídica, constam novamente os nomes de Pedro Venâncio Barbosa e Anivaldo Venâncio Barbosa.

Proseguindo com a análise dos documentos, ao examinar as procurações enviadas às fls. 188 e 189, a fiscalização confirmou o acima descrito. O instrumento de procuração às fls. 188 foi lavrado no Tabelionato Mota sito à Rua Maria da Conceição de São José, 155 Contagem/MG, no Livro 262 fls.137. Nesse ato o sócio PEDRO VENÂNCIO BARBOSA constitui seu procurador ÁUREO DE ABREU MARTINS PAIVA a quem confere amplos poderes. Não há informação de revogação dessa procuração pelo sócio PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, apesar da suposta venda de quotas da empresa ter ocorrido em 03/03/1999. Confirma-se pelas cópias de cheques dessa conta às fls. 1070 a 1230; 1254 a 1281 e 1287 a 1294 que a procuração continuava válida em 2002, pois o procurador Áureo continuou efetivamente representando a empresa, sendo quem assinava os cheques emitidos A conta corrente 060013830 foi aberta pela Distribuidora Santa Helena na agência 0031 do Banco Rural S A no município de Contagem/MG. Causa espécie essa informação, considerando-se o fato da fiscalizada estar domiciliada no bairro Santo Mônica, no município de Vila Velha/ES (distante aproximadamente 450km do local da agência bancária) e não possuir filiais fora do Estado. Mas, é na cidade de Contagem/MG, que está localizada grande parte das empresas do sócio PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, entre as quais a Megafort Distribuidora Imp. Exp. Ltda., grande empresa atacadista.

MARIA APARECIDA BARBOSA, irmã de PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, domiciliada em Belo Horizonte/MG (fls. 1299) e recebeu rendimentos do trabalho com vínculo empregatício da Megafort (fls. 1304 e 1309); Deve-se ressaltar ainda, o fato de MARIA APARECIDA BARBOSA, ter sido constituída procuradora pelo mesmo em 18/04/2000, treze meses após a venda de suas quotas da Distribuidora Santa Helena. O instrumento de procuração atribuiu poderes extraordinários para administrar a conta bancária do Banco Rural, que movimentou as elevadas quantias de R\$ 100 milhões de reais.

b) Com os outros bancos de acordo com o relatório fiscal ocorreram os mesmos procedimentos.

A fiscalização finaliza afirmando que, PEDRO VENÂNCIO BARBOSA teria constituído e desativado as empresas elencadas (REDFORT e DISTRIBUIDORA SANTA HELENA), com o objetivo de fraudar o fisco. Fez parte do modus operandi utilizado reiteradamente por PEDRO VENÂNCIO BARBOSA para esquivar-se do pagamento de tributos, além da transferência das quotas de capital para interpostas pessoas e posterior desativação da empresa, a utilização do mesmo grupo de empregados e administradores, como relatado no item 3 deste Relatório.

No curso do procedimento o Sr. Anivaldo Barbosa impetrou um mandado de segurança e, com a apelação obteve o seguinte provimento (ementa):

“EMENTA CONSTITUCIONAL, PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO.

AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. PESSOA FÍSICA. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE AS PARTES FORAM CIENTIFICADAS DOS ATOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Mandado de segurança impetrado para que seja determinado a imediata recomposição do devido processo legal, face a ausência de notificação válida em processo administrativo fiscal, no qual foram apontados como contribuintes.

2. O objetivo mediato da impetrante é a reforma da sentença para recompor o devido processo legal, determinando sejam expedidas notificações em nome dos Apelantes, ao argumento de que a ausência de intimação violou os princípios da ampla defesa e do contraditório.

3. A sentença proferida, concluiu que apesar dos ora Apelantes não terem sido intimados para apresentar defesa no Auto de Infração lavrado contra a contribuinte DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA., entendeu ser possível imputar a responsabilidade pelo débito mesmo que não tenham feito parte do procedimento administrativo.

4. Não se pode olvidar a existência da denominada teoria da aparência, criação jurisprudencial endossada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como representante legal da empresa, sem ressalvas (Agilg no Ag 909.383/RJ, Rei. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 19.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1), sendo forçoso reconhecer, de plano, sua inaplicabilidade ao caso concreto, tendo em vista que se trata de pessoa física, em relação à qual o ato de notificação (esfera administrativa) ou de citação (órbita jurisdicional) se submete a regramento próprio (artigo 23, do Decreto nº 70.235/72 c artigo 223, parágrafo único, primeira parte, do Código de Processo Civil, respectivamente), e não de pessoa jurídica.

5. A questão da prova do recebimento da intimação no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo (artigo 23, II, do Decreto nº 70.235/72) é regra que se coaduna e se completa com a prevista no artigo 223, parágrafo único, primeira parte, do Código de Processo Civil, segundo a qual "A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.", quanto mais não seja porque a Constituição Federal assegura, expressamente e de forma igualitária, em processo judicial e administrativo (artigo 5º, LV), o exercício do

contraditório e da ampla defesa, o que somente será possível com a ciência inequívoca da instauração do processo ou de qualquer ato nele praticado!.

6 A conclusão do processo administrativo, sem que à parte tenha sido, indubitavelmente, facultada a oportunidade de exercer seu direito de defesa, mostra-se viciada por flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

7. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que a observância dos referidos postulados constitucionais tem que ser cabalmente demonstrada, o que não ocorreu na hipótese dos autos, e o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que, notadamente em se tratando de pessoa física, não deve restar dúvidas de que o objetivo buscado com a notificação judicial ou administrativa foi alcançado, em razão das graves consequências daí advindas.

8. Apelo conhecido e provido.

Dessa forma os responsáveis foram intimados e as impugnações foram protocolizadas.

DA IMPUGNAÇÃO

O Sr. Anivaldo Barbosa apresentou impugnação (resumo):

Da decadência

Fatos geradores em 2000, 2001, 2002, contudo só em 07 de janeiro de 2011, devido à ordem judicial o crédito fora constituído em face da impugnante;

Crédito tributário é conceito relacional (mínimo deôntico = ao menos duas partes e um objeto). Constituir o crédito não significa apenas apurar o quantum devido, mas igualmente indicar os sujeitos credor e devedor da relação jurídica tributária.

Alterando-se qualquer um dos pólos da relação teremos outro crédito, independentemente de o valor da dívida permanecer o mesmo. Trata-se do princípio lógico da identidade: "'A' é igual a 'A' e somente a 'A'". 'B', em contrapartida, é diferente de 'A'.

É por isso que a decadência é norma jurídica que, ao impedir a constituição do crédito após decorridos cinco anos do termo inicial da contagem, proíbe também que novos sujeitos no caso, o Impugnante sejam incluídos na relação. Não há que se considerar, nessa afirmação, a hipótese de sucessão, cujo tratamento é diferenciado e não é objeto de nossa análise (o prazo não correria por não ter havido inércia qualificada do credor, já que o fato não tributário que legitima a alteração do pólo passivo ocorre em momento qualquer após a constituição do crédito).

No caso concreto houve **flagrante inércia do Fisco**. Em que pese o detalhado Relatório Final da Ação Fiscal, o fato é que o Impugnante sofreu inúmeras acusações, inclusive de natureza criminal, mas não foi intimado para se defender (violação ao devido processo legal), não constituindo, em face dele, qualquer relação jurídica tributária.

Da responsabilidade tributária dos sócios e da ilegitimidade passiva do impugnante

Admitindo-se, exclusivamente por hipótese, que a decadência não venha a ser reconhecida, passemos agora a analisar se é constitucional que o Impugnante seja patrimonialmente responsabilizado por fatos geradores praticados por pessoa jurídica de que (i) foi sócio mas nunca administrador, (ii) de que se retirou regularmente e (iii) de que não possui meios de apresentar qualquer tipo de prova acerca da procedência ou não das alegações fazendárias, já que, com sua retirada, não tem mais ele acesso a qualquer documentação pertinente ao caso, e tampouco é possível saber de fatos em relação aos quais não se envolveu.

Para que reconheçamos a recepção dos artigos 135 e 137 pela ordem constitucional de 1988, é indispensável a aplicação de seu preceito em fiel harmonia com a necessidade da presença da conduta dolosa, de modo que **a responsabilidade pessoal não atinja senão aqueles que cometeram dolosamente o ilícito típico.**

O elemento subjetivo, aqui, significa que a responsabilidade nasce somente se o administrador agir intencionalmente, com o **animus** de praticar a conduta típica, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico proíbe tal comportamento.

Conceitua-se por dolo a vontade consciente de praticar a conduta típica, ou seja, de realizar os elementos constantes do tipo legal. É a prática de ilícito, por agente que possuía o animus de realizá-lo, não obstante soubesse que o ordenamento jurídico rechaçava tal comportamento. Diferencia-se da culpa em função da previsibilidade do resultado.

No caso concreto, Anivaldo não agiu com dolo, pois não decidiu pelos fatos descritos no auto de infração e tampouco teve conhecimento de grande parte deles (doc. 7), não administrou a sociedade, enfim, não se envolvia com os assuntos da Santa Helena, em que pese ser sócio. Toda a administração e gestão social, conforme já mencionado acima e provado no doc. 8 anexo, competia exclusivamente ao sócio Pedro.

Por isso, o Impugnante não é parte legítima para figurar no pólo passivo deste processo. Os autos não têm provas diretas ou indiciárias relativas a ele, e capazes de autorizar sua responsabilidade. Na verdade, o Impugnante foi envolvido de forma arbitrária, tão somente porque era sócio, e não por ter agido com dolo na administração e na alienação da Santa Helena.

Também jamais se aproveitou de qualquer produto do pretense ilícito.

Ocorre que a responsabilidade tributária fundada somente na participação do capital social já foi inúmeras vezes rechaçada pelo Poder Judiciário.

Da inexistência de interpostas pessoas

Alega-se ter havido transferência irregular de quotas do capital da Distribuidora Santa Helena. Tal conclusão culminou, inclusive, com a alteração de ofício do quadro societário da empresa.

Ocorre ser totalmente falaciosa a alegação fazendária de que as quotas não foram alienadas "de fato", e de que os atos jurídicos perpetrados após a transferência formal serviram apenas para acobertar a real intenção dos sócios, que era a de não pagar tributos.

Ora, os indícios apontados no Relatório fiscal são insuficientes para chegar a essa conclusão, e acerca deles temos os seguintes esclarecimentos a prestar.

O Impugnante e seu irmão Pedro adquiriram as quotas da sociedade em 13/5/98, e retiram-se em 9/8/99. O fato de a empresa ter sido alienada para pessoas ligadas a Pedro em nada desqualifica a aquisição: eles possuíam recursos para adquiri-las e detinham capacidade profissional e experiência.

Após a venda o Impugnante não manteve relação profissional com os empregados da Santa Helena, fornecedores e clientes, tampouco fez qualquer pleito em seu nome, recebeu algum benefício e muito menos rendimentos. Toda a renda obtida por Anivaldo nos exercícios de 2000 a 2002 foram integralmente justificadas para a Receita Federal, e suas declarações devidamente processadas.

Não há qualquer indício de que a pessoa física tenha se aproveitado financeiramente das receitas obtidas nesses exercícios, e esse fato é importante, já que os fatos geradores são posteriores à sua saída (ou seja, eles não se retiraram de uma sociedade com elevada dívida, tal débito foi originado posteriormente à saída).

Por isso insistimos, para finalizar: qual a razão, para o Impugnante, do fantástico planejamento ilícito alegado pela Receita? Ele de nada se aproveitou comercial ou financeiramente, raramente é citado no Relatório fiscal (a não ser pela qualidade de sócio), e teve que se defender da cobrança judicial e agora da administrativa, com todos os custos financeiros e emocionais inerentes a processos dessa natureza.

Da responsabilidade de ex-sócio pelas dívidas fiscais de sociedade alienada anteriormente aos fatos geradores

Outra inconsistência do trabalho fiscal refere-se ao cerceamento do direito de defesa do Impugnante, uma vez que é impossível contestar a falta de origem do dinheiro transitado em conta corrente da Santa Helena, se o Impugnante não dispõe de qualquer documento pertinente aos fatos, e nem meio de obtê-los.

Por parte do Impugnante há de ser considerada a impossibilidade de ampla defesa. O desrespeito a esse princípio é inequívoco, pois:

1) Os fatos geradores ocorreram a partir de dois anos após sua saída dos quadros sociais;

2) Admitindo-se, exclusivamente por hipótese, que a alienação não tivesse ocorrido de fato, ainda assim o Impugnante não seria responsável, pois toda a gestão tributária, financeira e operacional da Santa Helena cabia ao sócio Pedro, jamais tendo Anivaldo se envolvido;

3) Não há qualquer prova de que Anivaldo tenha se aproveitado do produto do ilícito (se é que existiu algum); e

4) Os atuais sócios é que não prestaram esclarecimentos, e responsabilizam-se pela prática dos fatos geradores relacionados a esta cobrança. O Impugnante tinha e tem outras atividades, e cumpre com todas as obrigações fiscais de seu negócio.

O Impugnante foi incluído como solidário porque era sócio, e porque o Fisco pretende a qualquer custo cobrar de alguém. E não porque contra ele foram levantadas provas que autorizem sua responsabilidade pessoal (art. 135 e 137 do CTN).

Registre-se, finalmente, que não é de se esperar que o Impugnante tivesse copiado toda a documentação de sua ex-sociedade, muito menos que continuasse acompanhando as atividades exercidas pela Santa Helena, para que, se um dia fosse executado pelo Fisco, pudesse facilmente prestar os esclarecimentos pertinentes. Tampouco é de se esperar que fosse responsabilizado pelos atos praticados por seu ex-sócio e irmão (Pedro Venâncio Barbosa), seja na Santa Helena, seja em outras sociedades geridas por Pedro.

Das provas da não condição de administrador da contribuinte e a favor da idoneidade empresarial do Impugnante Imperioso reiterar que o Relatório anexo ao auto de infração impugnado não foca o Impugnante como o autor e responsável pelos fatos teoricamente fraudulentos, sendo ele mencionado por deter 50% do capital social. Os fatos listados fazem referência a Pedro e a suas empresas, e, independentemente da procedência dessas alegações - juízo que não nos cabe exercer e que desconhecemos fatos que confirmem as acusações perpetradas — certo é que apenas Pedro administrava a sociedade e por ela pode responder.

Nessa linha, era Pedro quem outorgou procurações ao Sr. Áureo de Abreu Martins Paiva e Maria Aparecida Barbosa, para os bancos Banestes, Brasil, Bradesco e Rural.

Ademais, a administração financeira da sociedade era por ele exercida, fato incontroverso reconhecido tanto no auto de infração (fls.1.908 e seguintes do processo administrativo), quanto no depoimento prestado por Pedro ao juiz da 4^{aa} Vara da Justiça Federal de Minas Gerais.

No que diz respeito ao depoimento, confira-se as importantíssimas afirmações de Pedro (fls. 29 do processo — primeira do depoimento), para o deslinde desse processo:

“diz que até março de 1999 a empresa Distribuidora Santa Helena Ltda era administrada pelo interrogando; diz que do contrato social constava tanto o interrogando quanto seu irmão ANIVALDO VENÂNCIO, mas que, ordinariamente, quem administrava a distribuidora era o interrogando (...); diz, também, que a partir da referida data não mais praticou qualquer ato de gestão da empresa...”

Portanto, a administração da Santa Helena não era exercida pelo Impugnante, seja quando sócio, seja depois. Todos os atos de gestão foram praticados por Pedro durante o tempo em que permaneceram sócios.

Da impossibilidade de autuação com fundamento nas informações bancárias da contribuinte quebra de sigilo

Em que pese todo o exposto, o crédito tributário não há de ser mantido em face do Impugnante também pelo fato de ter sido indevidamente quebrado o sigilo bancário da Distribuidora Santa Helena, para fins fiscais.

Não podemos olvidar a cristalina inconstitucionalidade do § 3o do artigo 11 da Lei n. 9311/96, que infringe o direito à inviolabilidade da intimidade, a vida privada e ao sigilo bancário.

Da inexigibilidade da multa de 150%

Ocorre que o entendimento do auditor fiscal não pode ser utilizado para afirmar que houve fraude **cujas autoria/participação possa ser imputada ao Impugnante** e, portanto, que a multa qualificada justifica-se no presente caso.

E como no caso em tela não há qualquer demonstração de que o Impugnante tenha participação dos eventos ou deles se aproveitado muito pelo contrário, suas atividades eram exercidas em outra empresa totalmente regular —é evidente que a multa exigida de Anivaldo Venâncio Barbosa é completamente descabida, impondo-se sua redução, na improvável hipótese de ser mantido o lançamento do imposto, para o percentual de 75%.

III DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer digne-se Vossa Senhoria de julgar procedente a presente impugnação, para os fins de reconhecer a ilegitimidade passiva do Impugnante, excluindo-o da relação jurídica que tenha por objeto a cobrança de crédito tributário oriundo do auto de infração/processo n.15586.000444/2005-00 (MPF 20030093001).

Sucessivamente caso a ilegitimidade passiva não seja reconhecida, requer-se a procedência da presente impugnação para que o crédito seja anulado em virtude da violação ao sigilo bancário, ou que, finalmente, a multa seja reduzida de 150% para 75%.

O Sr. PEDRO VENÂNCIO BARBOSA apresentou a seguinte impugnação (resumo):

DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA VENDA DAS COTAS SOCIETÁRIAS ANTES DO FATO GERADOR

A participação do impugnante como sócio ou administrador da Distribuidora Santa Helena LTDA ocorreu no período de 13/05/98 a 09/08/99, e os fatos geradores destes autos foram no período de 03/2000 a 12/2002, quando a impugnante não era mais sócio da empresa.

Ainda que tente o Fisco descaracterizar a venda das cotas societárias, como noticiado, fato é que no período do fato gerador os então sócios da Distribuidora Santa Helena, os Srs. José Almir Alves dos Santos e Carlos Antônio Ferreira Cedro, passaram a ter total gerência sobre os negócios empresariais da empresa, possuindo, portanto, o controle de toda a documentação de livros e escrituração contábil da empresa.

O fato de terem os novos sócios frise-se econômica e tecnicamente capazes de gerenciar a empresa mantido no quadro societário da empresa os empregados anteriores, como gerentes e contadores, é prática comum na atividade comercial de qualquer empresa, não caracterizando isso indício de permanência dos sócios anteriores, inclusive o Impugnante, na administração da empresa.

DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. VENDA DAS COTAS SOCIETÁRIAS ANTES DO FATO GERADOR

Ademais, ainda que se entenda, ad argumentandum tantum, que o Impugnante é responsável tributário pela administração da empresa mencionada, há que se separar a responsabilidade da empresa com a pessoal de seus sócios.

Ora, não há sequer uma única prova de inidoneidade ou gestão fraudulenta do Impugnante no período de 13/05/98 a 09/08/99, período este em que o Impugnante foi sócio da, Distribuidora Santa Helena Ltda de fato e de direito.

Assim, é indevida a inclusão do Impugnante no presente procedimento administrativo fiscal exclusivamente em função de sua participação na empresa Distribuidora Santa Helena como sócio gerente, sem qualquer comprovação que, no cargo, tenha o excipiente atuado de forma dolosa ou culposa, ou mesmo com excesso de poderes ou infração de lei ou contrato social.

Note-se que apenas configura infração de lei aquele ato praticado pelo administrador com dolo de lesar o Fisco, seja ou não em benefício da pessoa jurídica, não se enquadrando nesta interpretação o mero inadimplemento de tributo.

Portanto, a teor do que se infere do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, os diretores ou sócios gerentes só responderão pela obrigação tributária da pessoa jurídica após rigorosa apuração dos fatos, em que reste comprovada a prática de atos irregulares de sua parte, o que, data vênia, não restou demonstrado pelo Fisco, motivo pelo qual a presente execução jamais poderia alcançar o ora Impugnante.

Ainda que considere a Receita Federal a condição do Sr. Pedro Venâncio como sócio gerente da empresa Distribuidora Santa Helena, descabida é a inclusão de seu nome como coresponsável da suposta obrigação, uma vez que além de não ter agido com excesso de poderes ou infração legal de forma a comprovar dolo em desfavor do Fisco, retirou-se da sociedade em boa-fé, conforme comprova o Relatório Final da Ação Fiscal anexo, onde cedeu e transferiu suas cotas e responsabilidades aos sócios José Almir Alves dos Santos e Carlos Antônio Ferreira Cedro.

Cita jurisprudência.

DA DECADÊNCIA

Impende destacar que constituir o crédito não significa apenas apurar o quantum devido, mas indicar os sujeitos credor e devedor da relação jurídica. Alterando-se qualquer um dos pólos dessa relação, em que pese o valor da dívida permanecer o mesmo, tem-se um novo crédito.

Por isso, verifica-se que decaiu a responsabilidade pessoal do Impugnante já que somente foi notificado pessoal e validamente em 07/01/2011 (a partir do cumprimento do acórdão proferido pelo TRF2, que em sede de Apelação no Mandado de Segurança n.2006.50.01.0016233 determinou que fosse expedida notificação em nome do Impugnante para apresentação de defesa em processo administrativo em observância ao devido processo legal), e os fatos geradores ocorreram em 2000, 2001, 2002.

Pedido

Por todo o exposto, requer o Impugnante seja julgado anulado o auto de infração impugnado, ou caso assim não se entenda, seja julgado improcedente, diante dos motivos acima elencados.

Processo nº 15586.000444/2005-00
Acórdão n.º **1301-001.831**

S1-C3T1
Fl. 3.347

Por oportuno, pugna pela produção de todas as provas admitidas, especialmente, testemunhal, documental e pericial, de acordo com o artigo 38, da Lei nº. 9.784/99.

A DRJ EM BRASÍLIA (DF) decidiu a matéria consubstanciada no Acórdão 03-59.458, de 24 de fevereiro de 2014, julgando improcedente a impugnação, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário; 2000, 2001, 2002

RESPONSABILIDADE

Provada a gerência da sociedade, e também provada a transferência de fachada das quotas, estes sócios devem permanecer como responsáveis pela empresa.

Impugnação Improcedente.

Sem Crédito em Litígio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator

De início, ressalte-se que a empresa autuada deixou de apresentar impugnação e recurso voluntário.

Foram impetrados recursos voluntários pelas pessoas físicas imputadas como responsáveis solidários Sr. Anivaldo Venâncio Barbosa e Sr. Pedro Venâncio Barbosa.

O Recurso Voluntário impetrado pelo Sr. Anivaldo Venâncio Barbosa, não merece ser acolhido, pois constata-se que não foi respeitado o prazo para a sua interposição.

Vê-se dos autos que a peça recursal foi recepcionada na data de 17 de abril de 2014, conforme carimbo da DRF/Vitória (ES).

Consta “AR” de intimação pessoal com ciência em 14/03/2014 (sexta feira). Portanto, o prazo recursal esgotou-se em 15/04/2014 (30 dias a partir de 17/03/2014, segunda-feira). Logo, intempestivo nos termos do artigo 33 do PAF, *verbis*:

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

E, mais, no caso, torna-se definitiva a decisão prolatada em primeira instância, conforme expresso no art. 42, I, do mesmo diploma legal acima citado:

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

Assim, considerando que não foi cumprido o prazo previsto no art. 33 do Decreto nº. 70.235, de 1972, para interposição do recurso voluntário contra a decisão exarada em primeira instância, conduzo meu voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso voluntário, por perempto.

Já o recurso voluntário interposto pelo Sr. Pedro Venâncio Barbosa foi recepcionado na data de 14 de abril de 2014 (“AR” da ciência em 14/03/2014), logo, tempestivo. Dele conheço.

Insta, deixar claro, que este Conselho Administrativo de Recursos Fiscal pacificou, por meio da Súmula nº 71, o entendimento de que: “*Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade*”.

Com relação a individualização das defesas, acrescento, ainda, o disposto no art. 3o., da Portaria (RFB) nº 2.284/2010, a saber:

Art. 3º Todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento

Passando adiante, conforme relatado, a Fiscalização lavrou autos de infração relativos a IRPJ, CSLL, Cofins e PIS, referentes aos anos de 2000 a 2002, em face da pessoa jurídica Distribuidora Santa Helena Ltda.

Na oportunidade, a Fiscalização teria também incluído, no pólo passivo da relação jurídico tributária, os ex-sócios da referida pessoa jurídica, Senhores Pedro Venâncio Barbosa e Anivaldo Venâncio Barbosa, na condição de responsáveis solidários, mas não teria intimado essas pessoas físicas para apresentar defesa administrativa.

Promovida a execução fiscal em face da contribuinte Distribuidora Santa Helena Ltda e de seus ex-sócios, estes impetraram mandado de segurança suscitando a ausência da aludida intimação, tendo obtido provimento jurisdicional em grau de apelação, no sentido de lhes garantir o direito a apresentação de defesa administrativa.

O primeiro ponto de insurgência do ora recorrente diz respeito a decadência. Em síntese, alega que: *"decaiu a responsabilidade pessoal do Recorrente já que somente foi notificado pessoal e validamente em 07/01/2011 (a partir do cumprimento do acórdão proferido pelo TRF2, que em sede de Apelação no Mandado de Segurança 2006.50.01.001623-3 determinou que fosse expedida notificação em nome do Recorrente para apresentação de defesa em processo administrativo em observância ao devido processo legal), e os fatos geradores ocorreram em 2000, 2001 e 2002".*

A decisão de primeiro grau ora combatida assim se pronunciou:

A argumentação dos impugnantes de que a decadência teria se dado para eles não procede, pois, os impugnantes em questão não foram relacionadas como contribuintes, mas apenas como responsáveis. No mais, o crédito tributário foi definitivamente constituído para a DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA dentro do quinquênio legal.

Aqui, alinho-me aos fundamentos que se extrai da declaração de voto no decidido em primeira instância, a saber:

"Não assiste razão aos suplicantes.

É certo que o lançamento de ofício deve ser efetuado contra o contribuinte e todos os responsáveis tributários, uma vez que o art. 142 do CTN exige a identificação do sujeito passivo, conceito que engloba o contribuinte e o responsável.

Não obstante, é cediço, a decadência atinge o direito de constituir o crédito tributário. No caso sob exame, o crédito tributário já se encontra definitivamente constituído.

Tanto é que a Fazenda Nacional promoveu a execução fiscal em face da contribuinte Distribuidora Santa Helena Ltda.

Assim, doravante, só há que se cogitar de eventual prescrição, ou seja, da eventual perda do direito de a Fazenda Nacional exigir o crédito tributário definitivamente constituído.

Por outro lado, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional pode redirecionar a execução fiscal contra sujeito passivo não incluído na Certidão de Dívida Ativa.

Ora, se tal procedimento é aceito por aquele Tribunal Superior, mesmo, em muitos casos, tendo decorrido mais de uma década do fato gerador da obrigação tributária, não há que se falar de decadência da responsabilidade pessoal (solidária) dos ora impugnantes, pelo fato de lhes ter sido franqueada a defesa administrativa, em face da acusação de que os mesmos teriam praticado atos com infração de lei, nos termos do art. 135, III, do CTN."

No caso em concreto, a constituição definitiva do crédito tributário em questão deu-se com a ciência do auto de infração à contribuinte autuada (Distribuidora Santa Helena Ltda). A ciência por edital consumou-se em 22/09/2005 (docs. de fls. 1947/1948).

Segundo ponto da lide diz respeito a RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A acusação fiscal que recai sobre o recorrente, em síntese, é que, de fato, suas cotas não foram transferidas em suposta venda realizada no ano de 1999. Constatou-se, com isso, a presença de interpostas pessoas, redundando, inclusive, em alteração de ofício do quadro societário da empresa, para, em seguida, expor o resultado da auditoria fiscal da pessoa jurídica com sonegação fiscal, conforme minuciosamente descrito no relatório.

Insurge-se o recorrente alegando, no que importa, que:

"Com efeito, a participação do recorrente no quadro societário da Distribuidora Santa Helena Ltda ocorreu no período de 13/05/98 a 09/08/99, ou seja, pelo período inferior a 01 (um) ano.

Verifica-se, portanto, que quando da ocorrência dos fatos geradores (período de 03/2000 a 12/2002) o Recorrente não era mais sócio da empresa mencionada, haja visto ter vendido - juntamente com o sócio Anivaldo Venâncio Barbosa - suas cotas para José Almir Alves dos Santos e Carlos Antonio Ferreira Cedro."

Pois bem.

Neste ponto convém transcrever trechos da Decisão Judicial (Sentença) que acatando alegações finais do MPF (Procuradoria da República no Espírito Santo) reconheceu a ausência de responsabilidade do Recorrente pelos fatos alegados pela autoridade fiscal (Processo 2007.50.01.002151-8).

Confira-se:

Do relatório

Alegações finais apresentadas pelo Ministério Público Federal às fls. 582/589. Aduz a acusação que não ficou comprovada, da análise dos documentos que instruíram a representação fiscal e dos depoimentos colhidos na instrução processual, o envolvimento dos réus na prática dos crimes a eles atribuídos. De

acordo com a acusação, ficou demonstrado que nos anos calendários de 2000 a 2002, época dos acontecimentos objetos da presente ação, os sócios da empresa DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA eram Carlos Antonio Ferreira Cedro e José Almir Alves dos Santos, administradores de fato.

De acordo com acusação, a sonegação fiscal, na ordem de R\$ 72.226.044,67 de fato aconteceu, tendo sido o débito constituído em 28/09/2005, entretanto os acusados já haviam vendido a empresa desde 03/03/1999.

Da decisão

...

De todo modo, na hipótese dos autos, não há certeza absoluta a respeito da higidez do lançamento fiscal, que representa a própria prova da materialidade delitiva, na medida em que é nele que há a constatação da sonegação fiscal, motivo pelo qual, inclusive, a sua existência é condição de procedibilidade da ação penal.

A prova robusta sobre a ocorrência dos fatos como narrados na denúncia é necessária ao decreto condenatório. Diante da incerteza sobre a integralidade do lançamento fiscal, os acusados poderiam ser absolvidos por não haver prova da existência do fato - a materialidade da sonegação fiscal depende do lançamento. No entanto, há causa mais firme que impõe a absolvição, qual seja, **há prova de que os réus não concorreram para a prática do crime descrito na denúncia**. Portanto, seja qual for a decisão final a respeito da constituição do crédito tributário, os acusados não são responsáveis pelo seu adimplemento, por não terem praticado as condutas que impuseram a acusação fiscal.

Os argumentos lançados pelo Ministério Público em suas alegações finais são cristalinos neste sentido. Os acusados **Pedro Venâncio Barbosa e Anivaldo Venâncio Barbosa** não eram proprietários e nem administradores da DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA ao tempo da sonegação tributária narrada na denúncia.

Os fatos narrados na denúncia, originados do débito fiscal no valor de R\$ 72.226.044,67, estão relacionados à sonegação tributária quanto à omissão de receita bruta registrada nas declarações de imposto de renda pessoa jurídica nos a nos calendários de 2000 a 2002. Ocorre que os acusados transferiram a propriedade da empresa em 03.03.1999, nos termos do contrato de fls. 37/39 do Volume 01 da PAC 1.17.000.000168/2006-66.

Conforme constou no instrumento de alteração contratual, o acusado **Pedro** vendeu sua parte na empresa a **José Almir Alves dos Santos**, enquanto o acusado Anivaldo, vendeu a sua parte para **Carlos Antonio Ferreira Cedro**.

O Ministério Público narrou na denúncia que **José Almir e Carlos Antonio** seriam interpostas pessoas a quem os acusados teriam transferido a empresa com a finalidade de direcionar a responsabilidade tributária. Ocorre que esta afirmação se mostrou precipitada, tendo em vista que durante a instrução processual foram tomados os depoimentos de **José Almir e Carlos Antonio** que confirmaram a aquisição da empresa e a condição de sócios-proprietários, tendo **José Almir** admitido que era administrador da **DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA** ao tempo dos fatos narrados na denúncia.

José Almir, inclusive, pontuou em seu depoimento que após a aquisição da empresa nem ele ou seu sócio **Carlos Antonio** tiveram contato com os antigos

proprietários, ora denunciados. Além disso, afirmou que **Carlos Antonio**, apenas cuidava da parte comercial, de compra e venda de produtos, competindo a ele (**José Almir**) a administração da empresa.

As declarações prestadas por **José Almir** foram confirmadas por seu sócio **Carlos Antonio**.

Diante das informações prestadas pelos reais sócios-proprietários da empresa no período compreendido na denúncia, forçoso concluir que a declaração de imposto de renda (DIRPJ) dos anos calendários de 2000 a 2002, não pode ser imputadas aos acusados.

Neste ponto, cumpre mencionar que o Ministério Público reconheceu que a documentação carreadas nos autos da representação fiscal instaurada contra os réus e que serviu de parâmetro para a denúncia remete a período anterior aos fatos geradores do crime contra a ordem tributária. Sendo que, somente após a transferência da empresa, é que ocorreu a movimentação bancária suspeita que levou à fiscalização da Receita Federal à empresa.

Ressalte-se que a DIPJ dos anos calendários 2000 a 2002 foram lançadas em nome dos sócios a época, **José Almir e Carlos Antonio**, conforme cópias juntadas às fls. 112/183 do Volume 01 do PAC.

Vale ainda destacar outro ponto levantado na denúncia que fora afastado após a instrução. **Áureo Abreu Martins Paiva** esclareceu em juízo que manteve a condição de gerente na administração de **José Almir**, de modo que as ações por ele praticadas, após a transferência da empresa, não se deram em razão dos poderes conferidos na procuração outorgada a ele por **Pedro Venâncio** em 01.09.1998.

Diante do exposto, restou plenamente comprovado que os acusados **Pedro Venâncio Barbosa e Anivaldo Venâncio Barbosa** não concorreram para os fatos narrados na denúncia, pois não mais ostentavam a condição de sócios-proprietários da empresa DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA, após março/1999. Portanto, entre 2000 e 2002, data dos fatos, os acusados não respondiam pelos atos praticados pela empresa, motivo pelo qual devem ser absolvidos das imputações que lhes foram feitas, nos termos do art. 386, IV do Código de Processo Penal.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido contido na denúncia para, com fundamento no inciso IV do artigo 386 do CPP, **ABSOLVER PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA** das imputações que lhes foram feitas.

In casu, em que pese tratar-se de decisão judicial, ao meu ver, não há que se falar em infração cometida pelo ora Recorrente, portanto, não podendo lhe ser atribuída a responsabilidade solidária da obrigação tributária.

Por derradeiro, considerando o acima exposto, e tudo o que mais consta nos autos, dá-se provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo Sr. Pedro Venâncio Barbosa.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator

Voto Vencedor

Wilson Fernandes Guimarães, Redator designado.

Em que pese os respeitáveis argumentos declinados pelo Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado, por maioria, decidiu de forma diversa relativamente à caducidade do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário em desfavor do Sr. PEDRO VENÂNCIO BARBOSA.

Os fragmentos abaixo reproduzidos, a meu ver, possibilitam conhecer os fundamentos pelos quais o Ilustre Relator não acolheu a caducidade do direito de a Fazenda constituir os créditos tributários.

[...]

O primeiro ponto de insurgência do ora recorrente diz respeito a decadência. Em síntese, alega que: *"decaiu a responsabilidade pessoal do Recorrente já que somente foi notificado pessoal e validamente em 07/01/2011 (a partir do cumprimento do acórdão proferido pelo TRF2, que em sede de Apelação no Mandado de Segurança 2006.50.01.001623-3 determinou que fosse expedida notificação em nome do Recorrente para apresentação de defesa em processo administrativo em observância ao devido processo legal), e os fatos geradores ocorreram em 2000, 2001 e 2002"*.

A decisão de primeiro grau ora combatida assim se pronunciou:

A argumentação dos impugnantes de que a decadência teria se dado para eles não procede, pois, os impugnantes em questão não foram relacionadas como contribuintes, mas apenas como responsáveis. No mais, o crédito tributário foi definitivamente constituído para a DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA dentro do quinquênio legal.

Aqui, alinho-me aos fundamentos que se extrai da declaração de voto no decidido em primeira instância, a saber:

"Não assiste razão aos suplicantes.

É certo que o lançamento de ofício deve ser efetuado contra o contribuinte e todos os responsáveis tributários, uma vez que o art. 142 do CTN exige a identificação do sujeito passivo, conceito que engloba o contribuinte e o responsável.

Não obstante, é cediço, a decadência atinge o direito de constituir o crédito tributário. No caso sob exame, o crédito tributário já se encontra definitivamente constituído.

Tanto é que a Fazenda Nacional promoveu a execução fiscal em face da contribuinte Distribuidora Santa Helena Ltda.

Assim, doravante, só há que se cogitar de eventual prescrição, ou seja, da eventual perda do direito de a Fazenda Nacional exigir o crédito tributário definitivamente constituído.

Por outro lado, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional pode redirecionar a execução fiscal contra sujeito passivo não incluído na Certidão de Dívida Ativa.

Ora, se tal procedimento é aceito por aquele Tribunal Superior, mesmo, em muitos casos, tendo decorrido mais de uma década do fato gerador da obrigação tributária, não há que se falar de decadência da responsabilidade pessoal (solidária) dos ora impugnantes, pelo fato de lhes ter sido franqueada a defesa administrativa, em face da acusação de que os mesmos teriam praticado atos com infração de lei, nos termos do art. 135, III, do CTN."

No caso em concreto, a constituição definitiva do crédito tributário em questão deu-se com a ciência do auto de infração à contribuinte autuada (Distribuidora Santa Helena Ltda). A ciência por edital consumou-se em 22/09/2005 (docs. de fls. 1947/1948).

Com a devida vênia, o fato de o Recorrente ter sido “relacionado” como responsável e não como contribuinte não produz qualquer influência no juízo que se possa fazer acerca da matéria sob apreciação (decadência).

Não obstante, penso que o item 7 do denominado RELATÓRIO FINAL DA AÇÃO FISCAL, fls. 1.740/1.792, deixa fora de dúvida de que, no presente caso, estamos diante de imputação de responsabilidade tributária àquele que, a partir dos elementos coletados no curso do procedimento, foi considerado como sócio da pessoa jurídica autuada.

Subsidiado no magistério de Bernardo Ribeiro de Moraes¹, registro que o vocábulo responsabilidade é empregado para indicar a situação de uma pessoa que é convocada PARA RESPONDER por certa situação que lhe foi atribuída.

No caso vertente, a autoridade fiscal decidiu, a partir dos fatos apurados, exigir também do Recorrente as exigências formalizadas, eis que consignou (RELATÓRIO FINAL DA AÇÃO FISCAL, fls.1.787/1.790 do processo):

[...]

7. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS

...

Na forma dos artigos 135, inciso III c/c 137, III, “c” do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, são identificados como Responsáveis pelo recolhimento dos tributos e acréscimos legais apurados, os sócios abaixo relacionados:

PEDRO VENÂNCIO BARBOSA...

Não obstante a existência de variação na classificação, pode-se dizer que os elementos que integram a obrigação tributária são: a) o sujeito ativo; b) o sujeito passivo; c) o objeto; e d) a lei (ou causa).

A teor do disposto no art. 121 do Código Tributário Nacional, sujeito passivo da obrigação tributária principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, sendo denominada CONTRIBUINTE quando tenha relação pessoal e direta com a

situação que constitua o respectivo fato gerador, e, RESPONSÁVEL, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Em conformidade com o art. 142 do mesmo diploma legal (Código Tributário Nacional), LANCAMENTO TRIBUTÁRIO é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, IDENTIFICAR O SUJEITO PASSIVO e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento tributário, como é cediço, declara a existência da obrigação tributária, formalizando o crédito tributário correspondente.

À luz do exposto, mostra-se absolutamente indubitável que o RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO integra, como sujeito passivo, a relação jurídico-tributária nascida a partir da ocorrência das hipóteses descritas na lei tributária (*“o responsável é um devedor em nome próprio, obrigado ao cumprimento da prestação tributária, da mesma forma que o sujeito passivo originário – contribuinte”* - obra referenciada, pág. 659).

Nessas circunstâncias, não vejo como admitir que o lançamento tributário possa ser efetivado sem que aquele que foi incluído no pólo passivo da obrigação formalizada seja dele cientificado.

A meu ver, se a autoridade fiscal tivesse se limitado a incluir o Recorrente no quadro societário da pessoa jurídica fiscalizada, ainda que reunisse ao processo elementos capazes de fornecer meios à Procuradoria da Fazenda Nacional para um eventual redirecionamento por ocasião da execução fiscal, poder-se-ia admitir a ausência de intimação acerca das exigências formalizadas.

Assim, ao menos no que tange ao Recorrente PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, não se pode considerar que, a partir da lavratura das peças acusatórias desprovidas de sua ciência, o crédito tributário restou definitivamente constituído.

Amparado pelas razões antes expostas e considerando que os lançamentos tributários alcançaram fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2002, decidiu o Colegiado pela decretação da falência do direito de a Fazenda constituir os créditos tributários, eis que o Recorrente só tomou ciência das peças acusatórias a partir de Termo lavrado em 06 de janeiro de 2011 (fls. 2.505).

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães – Redator

Declaração de Voto

Wilson Fernandes Guimarães

Para que haja uma adequada compreensão do resultado do julgamento da lide instaurada no presente processo, é imperioso tecer algumas considerações acerca do pronunciamento da Turma Julgadora.

Nessa linha, temos que:

i) o crédito tributário foi constituído em nome da pessoa jurídica DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA, tendo sido imputada responsabilidade tributária aos Srs. PEDRO VENÂNCIO BARBOSA e ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA;

ii) a pessoa jurídica DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA não apresentou contestação, de modo que o crédito tributário tornou-se definitivo, administrativamente, em relação à referida empresa;

iii) no que tange ao Sr. ANIVALDO VENÂNCIO BARBOSA, embora ele tenha interposto IMPUGNAÇÃO, o recurso voluntário não foi conhecido, vez que apresentado fora do prazo legal, sendo, da mesma forma, definitiva na esfera administrativa a constituição do crédito tributário promovida contra o referido senhor;

iv) relativamente ao Sr. PEDRO VENÂNCIO BARBOSA, o recurso voluntário por ele apresentado foi conhecido nesta instância julgadora, decidindo o Colegiado, entretanto, pela insubsistência dos lançamentos tributários com base em dois fundamentos, quais sejam: a) preliminarmente, em virtude do reconhecimento de caducidade do direito de se efetuar o lançamento tributário; e b) no mérito, em razão do decidido na esfera judicial acerca da sua responsabilidade (criminal) pelos fatos descritos na Representação Fiscal para Fins Penais; e

v) no que diz respeito à caducidade, o Ilustre Conselheiro Relator ficou vencido, justificando assim a designação de redator, e, relativamente ao mérito, fiquei vencido juntamente com a Conselheira Adriana Gomes Rego.

O presente pronunciamento, pois, visa declinar, em apertada síntese, os fundamentos pelos quais entendo equivocada a recepção, por parte da Turma Julgadora, dos termos da decisão exarada em seara judicial.

Como é cediço, as instâncias administrativa e penal revelam-se independentes, de modo que o decidido na esfera penal não vincula a autoridade administrativa julgadora.

No presente caso, considerados os termos da transcrição trazida no pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator, a conclusão no sentido de que o Recorrente não concorreu para a prática do delito apontado pela Fiscalização levou em consideração tão somente o fato de que, no período investigado, ele não era nem proprietário nem administrador

da autuada, isto é, não foi feita qualquer referência aos elementos descritos na Representação Fiscal de fls. 18/24, especialmente aos seguintes fatos:

a) existência de autuação da pessoa jurídica DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA relativa ao ano calendário de 1999, período anterior aos que serviram de base para a imputação das infrações objeto do presente processo;

b) no período de 13 de maio a 09 de agosto de 1999, o Recorrente pertencia ao quadro societário da DISTRIBUIDORA SANTA HELENA LTDA;

c) ausência de capacidade financeira dos senhores JOSÉ ALMIR ALVES DOS SANTOS e CARLOS ANTÔNIO FERREIRA CEDRO para suportar a aquisição das quotas da fiscalizada;

d) o Recorrente, sete meses após o suposto afastamento da autuada, continuou a representá-la, haja vista a abertura de conta em nome da empresa em 1º de março de 2000 em que ele consta como sendo seu sócio;

e) os senhores José Almir e Carlos Antônio outorgaram procuração para o Sr. ÁUREO DE ABREU MARTINS PAIVA, cidadão que, antes, representava o Recorrente;

f) o Recorrente é sócio também da empresa MEGAFORT DISTRIBUIDORA IMP. EXP. LTDA, atacadista de mercadorias em geral com cinco filiais no país, sendo uma dessas filiais localizada no estado do Espírito Santo e que atua no mesmo ramo de atividade da pessoa jurídica autuada;

g) o Recorrente consta ainda como responsável perante o Ministério da Fazenda de outras cinco empresas, cabendo transcrever a seguinte passagem da Representação Fiscal em referência:

[...]

Pedro Venâncio Barbosa utilizou anteriormente essa artimanha de transferir para sócio “laranja” uma outra empresa de sua propriedade e do mesmo ramo de negócio, a Redfort Distribuidora Com. Exp. Imp. Ltda, CNPJ 01.093.101/0001=17 (fls. 73), também domiciliada neste estado.

Embora tendo deixado de operar a Redfort, que se encontrava inativa desde 1997 (fls. 72/73), Pedro Venâncio continuou no mesmo ramo do negócio, apenas utilizando outras pessoas jurídicas, como a Distribuidora Santa Helena. Ela está desativada, não foi encontrada no endereço constante do cadastro CNPJ e segundo informações de vizinho teria se mudado para o município de Serra/ES. Por coincidência é o mesmo endereço da filial da Megafort no estado (fls. 100).

Outros fatos que apuramos comprovam a ligação da Megafort e de seus sócios com a Distribuidora Santa Helena:

- Em documento de fls. , a Distribuidora Santa Helena aparece como ligada a Megafort (fls. 87), no cadastro apresentado pela empresa Bic Brasil Ltda;

- Pelo documento de fls, 0=86 comprova-se que no ano de 2003 Áureo era empregado da empresa Megafort (CNPJ 02.782.071/0001-19).

h) embora intimado, o Recorrente não apresentou nenhum documento para comprovar que efetivamente alienou as suas quotas; e

i) os supostos adquirentes, José Almir e Carlos Antônio, também foram intimados e, da mesma forma, nada apresentaram.

Cumpre registrar que, em conformidade com o assinalado pela autoridade autuante no Relatório Final da Ação Fiscal, fls. 1.789 do processo, a Delegada da Receita Federal determinou que fosse alterado, de ofício, o quadro societário da pessoa jurídica fiscalizada, excluindo os Srs. José Almir e Carlos Antônio e incluindo o Recorrente, juntamente com o Sr. Anivaldo Venâncio Barbosa.

Assim, tomando por base os fatos acima explicitados, divergi do entendimento esposado pelo Ilustre Conselheiro Relator, eis que, a meu ver, encontram-se reunidos aos autos elementos suficientes à caracterização do Recorrente como efetivo responsável pelos atos infracionais apurados pela Fiscalização.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães