



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

Processo nº 16832.000243/2010-75
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.859 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de outubro de 2014
Matéria Auto de Infração do IRPJ e Reflexos
Recorrente LEE BRING KAN
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS QUANTO AO SEU PROCESSAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO CARACTERIZAM NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF se constitui em instrumento de controle da Administração que tem por objetivo conferir transparência ao Fiscalizado. É por meio do MPF que o contribuinte tem condições de conferir se quem se apresenta em nome da Administração, como auditor fiscal, efetivamente detém tal função e está autorizado a fiscalizá-lo. Assim, eventuais falhas quanto à prorrogação do MPF, desde que não resultem na obtenção de prova ilícita, não constitui em nulidade do lançamento feito em conformidade com o artigo 142 do CTN.

EMPRESA DO SIMPLES. BAIXA. EXISTÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE.

Nos termos do artigo 9º, § 5º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, a solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica optante do SIMPLES, com débito tributário, importa responsabilidade solidária dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Recurso Voluntário Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Paulo Roberto Cortez, Carlos Mozart Barreto Vianna, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Adoto o relatório do acórdão de fls. 379, ora recorrido, no que passo a transcrever:

Trata-se dos autos de infração de fls. 187/255, lavrados pela DFI Rio de Janeiro - RJ, em 15.03.2010, contra Lee Bring Kan, para exigir, pela sistemática do Simples, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ no valor de R\$ 108.025,33, a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS no valor de R\$ 78.870,17, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL no valor de R\$ 108.025,33, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins no valor de R\$ 317.245,96 e a Contribuição para Seguridade Social – INSS no valor de R\$ 918.250,00, acrescidos de multa proporcional de 75% e de juros de mora, devidos pela empresa Novakan Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda, no ano calendário 2006.

De acordo com o auto de infração, Termo de Verificação Fiscal de fls. 184/186 e com o Termo de Ciência de Responsabilidade Solidária de fls. 258/262, as exigências tiveram a seguinte motivação, em síntese:

1) A empresa Novakan, da qual a autuada era sócia administradora, foi “baixada” em 07.07.2008;

2) Intimados os dois sócios da Novakan (dentre eles, a autuada) a apresentar a escrituração contábil e, posteriormente, a apresentar os extratos das contas bancárias e a refazer a escrituração, eles alegaram extravio e não apresentaram;

3) Intimados os dois sócios da Novakan a apresentar documentação que comprovasse a origem dos recursos creditados na conta-corrente da empresa (relacionados individualmente – fls. 145/163), eles solicitaram a prorrogação de prazo, mas não nada apresentaram;

4) A divergência entre a receita declarada (R\$ 877.278,20) e o montante depositado na conta-corrente (R\$ 11.283.135,04), no ano de 2006, configurou presunção de omissão de receitas, com base nos artigos 42 da Lei nº 9.430/96 e 18 da Lei nº 9.317/96;

5) A não apresentação da escrituração e da comprovação dos ingressos bancários caracterizou descumprimento do disposto no artigo 7º da Lei nº 9.317/96;

6) O distrato social, registrado em 07.07.2008 na Jucerja, estabeleceu que a sócia Lee Bring Kan (a autuada) manteria a guarda dos livros da sociedade;

7) Os administradores da Novakan deixaram de promover sua exclusão do regime do Simples, como determinam os artigos 9º e 13 da Lei nº 9.317/96, tendo em vista a ultrapassagem do limite de receita fixado no artigo 2º da mesma lei, o que ensejou a exclusão de ofício por meio do Ato Declaratório de 19.02.2010;

Diante do relatado, ficou evidenciada a dissolução irregular da empresa, pois ocorreram infrações à legislação e ao contrato social; e

9) Assim sendo e considerando as disposições dos artigos 124 e 135-III do CTN (Lei nº 5.172/66), o lançamento de ofício da diferença de tributos foi efetuado em nome da sócia administradora, Sra. Lee Bring Kan.

Cientificada dos autos de infração em 29.03.2010 (fls. 263), a autuada apresentou em 26.04.2010, a impugnação de fls. 268/272, sustentando, pelas mais diversas razões, que o lançamento é insubsistente.

A DRJ, por meio do acórdão de fls. 379 e seguintes, deu parcial provimento ao recurso, sendo que o acórdão recorrido contém a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). A alteração no número do MPF durante o procedimento fiscal não constitui falha, não prejudica o direito de defesa nem invalida o lançamento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Devem ser excluídos da base tributável os ingressos em conta bancária com natureza diferente de receita bem como aqueles que foram estornados.

Impugnação procedente em parte.

A intimação da decisão acima referida, conforme noticia o AR de fls. 418, deu-se em 27/06/2013, sendo que em 18/07/2013 a parte interessada apresentou o recurso de fls. 405 e seguintes, repisando as alegações da impugnação em que sustentou:

- a) nulidade da autuação por vícios que atribui ao MPF;
- b) diz que o relatório fiscal incluiu valores que não correspondem à receita, no montante de dentre os quais:
 - 1- cheques depositados e devolvidos;
 - 2- estornos de diferença apurada em depósito em caixa eletrônico;
 - 3- redução de saldo devedor, com adiantamentos fornecidos pela instituição financeira;
 - 4- estornos de depósito em cheque; e
 - 5- hot money, que são empréstimos fornecidos pela instituição financeira;

c) Apresenta demonstrativo individualizado com tais valores, que montam R\$ 1.400.546,10;

d) Também foram incluídos depósitos em dinheiro efetuados pelos sócios, a título de empréstimo, a fim de cobrir saldo devedor; e

e) Apresenta lista dos totais mensais destes empréstimos, que somam R\$ 393.991,40;

É o relatório.

Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, relator

O recurso é tempestivo, está devidamente fundamentado, foi interposto pela parte interessada que pretende ver reformada a decisão recorrida. Assim, preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e passo ao exame do mérito.

I - Da preliminar de nulidade do lançamento em face de alegação de vício do MPF

Na sessão de 13 de outubro de 2003, no julgamento do processo nº 16832.000686/2009-22, de minha relatoria, enfrentei esta matéria, no que fui acompanhado pelos demais membros do Colegiado, entendendo que eventuais falhas relacionada ao MPF, desde que não resultem na obtenção de prova ilícita, não constitui em nulidade do lançamento feito em conformidade com o artigo 142 do CTN.

No passado, a Portaria da SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, revogada pela Portaria RFB nº 4.328, de 05.09.2005, publicada no DOU 08.09.2005, tratava do planejamento das atividades fiscais e estabelecia normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por meio da norma antes referida se disciplinou a expedição do MPF – Mandado de Procedimento Fiscal que se constitui em elemento de controle da administração tributária.

Atualmente, depois da vigência da Portaria nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, revogada pela Portaria 3.014, de 29 de junho de 2011, que por sua vez foi revogada pela Portaria 1.687, de 17 de setembro de 2014, encontra-se em vigor esta última norma, cujos artigos 4º e 5º assim tratam da matéria:

Art. 4º Os procedimentos fiscais serão instaurados após sua distribuição por meio de instrumento administrativo específico denominado Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF), previsto no art. 2º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

§ 1º A distribuição do procedimento fiscal será precedida da atividade de seleção e preparo da ação fiscal, que será impessoal, objetiva e baseada em parâmetros técnicos definidos pela Sufis ou pela Suari e executada por Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil.

§ 2º O procedimento fiscal será distribuído ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil pelo responsável pela sua expedição a partir do planejamento e da estratégia de execução dos procedimentos fiscais.

§ 3º O TDPF será expedido exclusivamente na forma eletrônica, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

§ 4º A ciência do TDPF pelo sujeito passivo dar-se-á no sítio da RFB na **Internet**, no endereço <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal, mediante o qual o sujeito passivo poderá certificar-se da autenticidade do procedimento.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica aos casos de flagrante constatação de contrabando, descaminho ou qualquer outra prática de infração à legislação tributária, em que o retardamento do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Nacional, observado o disposto no art. 6º.

§ 6º É dispensada a atividade de seleção e preparo da ação fiscal na hipótese de procedimento fiscal para análise de restituição, ressarcimento, reembolso ou compensação.

Art. 5º O Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal – TDPF conterá:

I – a numeração de identificação e controle;

II – os dados identificadores do sujeito passivo;

III – a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV – o prazo para a realização do procedimento fiscal;

V – o nome e a matrícula do(s) Auditor(es)-Fiscal(ais) da Receita Federal do Brasil responsável(is) pelo procedimento fiscal;

VI – o número do telefone e endereço funcional para contato;

VII – o nome e a matrícula do responsável pela expedição do TDPF;

§ 1º No caso do Procedimento de Fiscalização, o TDPF indicará, ainda, o tributo objeto do procedimento fiscal a ser executado e o respectivo período de apuração, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, podendo alcançar os fatos geradores relativos aos últimos cinco anos e os do período de execução do procedimento fiscal;

§ 2º O tributo e o período de que trata o § 1º poderão ser ampliados por alteração, a ser registrada no TDPF e consignada no primeiro termo de ofício emitido pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela execução do procedimento fiscal;

§ 3º O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil poderá examinar livros e documentos referentes a períodos não consignados no TDPF quando necessário para verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período em exame ou deles seja decorrente;

§ 4º No procedimento fiscal de diligência, o TDPF indicará, ainda, a descrição sumária das verificações a serem realizadas;

§ 5º No procedimento fiscal instaurado conforme art. 6º, o TDPF indicará a data do início do procedimento fiscal;

6º Na hipótese de instauração de procedimento fiscal destinado exclusivamente a verificar o cumprimento de obrigação acessória, o TDPF deverá identificar a obrigação e o período a que se refere, não se aplicando o disposto no § 1º deste artigo;

§ 7º O disposto no § 1º não se aplica no caso de procedimento fiscal destinado a constatar a correta aplicação da legislação de comércio exterior que possa resultar tão somente em apreensão de bens ou mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigência de multas ou direitos comerciais, hipótese em que o TDPF poderá indicar apenas a descrição sumária das verificações a serem efetuadas;

Pelo que se extrai das normas acima referidas, inclusive das que vigoravam na época da fiscalização, tem-se que eventual inobservância dos procedimentos e limites

fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

Em síntese, conforme entendimento deste Colegiado, o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Desta forma, salvo nos casos de ilegalidade, a validade do ato administrativo é subordinada ao autor ser titular do cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato. Assim, legitimado o AFRF para constituir o crédito tributário mediante lançamento, não há o que se falar em nulidade por vícios relacionados ao MPF que se constitui em instrumento de controle da Administração.

Por tais razões, desacolho a preliminar de nulidade e passo ao exame do mérito.

II - No mérito.

Conforme especificado no auto infração de fls. 187 e seguintes e nos itens 1, 2 e 3 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 184), a empresa NOVOKAM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA era optante do Simples, tinha dentre seus sócios a pessoa física de LEE BRING KAN e desde 07/07/2008 encontra-se baixada nos registros da Receita Federal, destacando, a autoridade fiscal, que o citado distrato está datado de 06/03/2007, portanto, digo eu, muito antes do início do procedimento fiscal.

Quando, à fl. 258, se examina o termo de responsabilidade tributária atribuída à LEE BRING KAN não é imputada a esta uma única infração, senão a afirmação de que esta era sócia da empresa NOVOKAM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., neste sentido transcrevo a seguinte passagem do referido documento:

SUJEIÇÃO PASSIVA

- Tendo em vista que durante a ação fiscal, a empresa NOVOKAM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., CNPJ 06.083.897/001-40, teve o registro de sua baixa na JUCERJA, protocolo 00-2008/103294-3, sob o registro nº 000018155835, e que durante o ano-calendário de 2006, a empresa fiscalizada teve uma movimentação financeira incompatível com a receita declarada, provocando com isto uma baixa irregular, tem-se que o crédito tributário apurado deverá ser lançado em nome da sócia administradora, Sra. LEE BRIG KAN, CPF, responsável pela guarda dos documentos fiscais relativos à sociedade, com domicílio fiscal situado na Rua, Tem-se, também, como sócio JIANG PING, CPF,

Nota: fonte de consulta - art. 124 c/c 135 do CTN; Lei Complementar nº 123/06, art. 9º, § 4º e 5º; art. 207, inciso V, e seu parágrafo único, III, e arts. 811 e 863 do RIR/99; arts. 1.102 e 1.109. 1.033 e 1.034 do Código Civil).

Da transcrição acima, depreende-se que a autoridade fiscal cita os artigos 124 e artigo 135, III, do CTN, como se tratassem da mesma situação, o que é um grande equívoco¹.

O que se aplica, no caso concreto, é o disposto no artigo 9º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar nº 123, de 2006, que assim dispõe:

Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)

...

§ 4º A baixa do empresário ou da pessoa jurídica não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014);

§ 5º A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014).

Do texto acima depreende-se que o legislador concedeu a prerrogativa das empresas do optantes pelo SIMPLES de requerer baixa mesmo nas hipóteses tributários pendentes. No entanto, se estabeleceu em face aos sócios destas empresas nova situação caracterizando responsabilidade de terceiro, impropriamente utilizada pelo legislador como solidariedade.

Para as demais empresas, os sócios somente respondem nas hipóteses previstas no artigo 135, III, do CTN, conforme se depreende da recente jurisprudência do STJ que segue transcrita:

Ementa: CIVIL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. ANALISADO: 50, CC/02.

1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013.

¹ A solidariedade tributária de que trata as situações previstas no artigo 124, I, do CTN, pressupõe a existência de dois sujeitos passivos praticando conduta lícita, descrita na regra-matriz de incidência tributária. Do fato gerador, nestas situações, decorre a possibilidade do sujeito ativo exigir o pagamento de tributos de qualquer um dos sujeitos que integrou a relação jurídico-tributária.

A responsabilidade tributária decorrente das situações previstas no artigo 135 do CTN, está ligada à prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, por quem não integra a relação jurídico-tributária, mas é chamado a responder pelo crédito tributário em virtude do ilícito praticado.

A situação prevista no artigo 124, I, não pode ser confundida com as situações de que trata o artigo 135 do CTN. Nas hipóteses contidas no artigo 135 vamos encontrar duas normas autônomas, uma aplicável em relação ao contribuinte, aquele que pratica o fato gerador (art. 121, I) e outra em relação ao terceiro que não participa da relação jurídico-tributária, mas que, por violação de determinados deveres, pode vir a ser chamado a responder pela obrigação - (RE 562.726/PR, j. 03/11/2010, sob a forma do artigo 543-B do CPC).

2. Discute-se se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.

3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País.

4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas.

5. A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário ardilosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial.

6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, RESP 1.395.288/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 11/02/2014, DJe 02/06/2014).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL. ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O REDIRECIONAMENTO DO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. INVIABILIDADE DE REDIRECIONAMENTO NO CASO CONCRETO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC .

2. Não obstante a **falência** seja forma de dissolução regular da sociedade, o **encerramento** do processo falimentar não implica exclusão de eventuais irregularidades que possam ter sido praticadas pelo sócio responsável e que tenham relação com o não pagamento do tributo devido. Assim, o fato de haver dissolução regular da sociedade, por si só, não impede o redirecionamento da execução fiscal. Nesse sentido : REsp 958.428/RS , 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 18.3.2011.

3. No entanto, malgrado seja possível o redirecionamento da execução fiscal, mesmo após o **encerramento da falência da empresa executada**, tal providência não se revela possível no caso dos autos. No que se refere ao disposto nos arts. 134 e 135 do CTN , a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que as regras previstas nos artigos referidos aplicam-se tão-somente aos créditos decorrentes de obrigações tributárias, de modo que, em se tratando de cobrança de multa administrativa, mostra-se inviável o pedido de redirecionamento fulcrado em tais artigos (REsp 408.618/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.8.2004; AgRg no REsp 735.745/MG , 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 22.11.2007; AgRg no Ag 1.360.737/SC , 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 9.6.2011).

4. Em relação ao disposto no art. 50 do CC/2002 , verifica-se que o pedido de redirecionamento baseia-se tão somente na responsabilidade decorrente do não pagamento do valor **executado** (multa administrativa), olvidando-se o exequente (ora recorrente) de apontar alguma circunstância que, nos termos da jurisprudência desta Corte, viabilize o redirecionamento da execução fiscal. Impende ressaltar que "a responsabilização dos

administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica)", fazendo-se "necessário para tanto, ainda, ou a demonstração do desvio de finalidade (este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica), ou a demonstração da confusão patrimonial (esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas" (REsp1.200.850/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 22.11.2010).

5. Recurso especial não provido. (REsp 1.267.232. Segunda Turma do STJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 1º/09/2011).

Ementa: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO PÚBLICO.

1. O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio da **empresa** falida encontra óbice na ausência de causa justificadora, eis que fundada no simples fato de ter havido o **encerramento** do processo falimentar sem o pagamento do crédito oriundo da falta de recolhimento de tributo devido pela pessoa jurídica. É assente na jurisprudência que a responsabilidade dos sócios, em relação às dívidas fiscais contraídas pela **empresa**, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente. Ademais, a decretação de **falência** não caracteriza dissolução irregular da sociedade, porque, além de estar prevista legalmente, consiste em uma faculdade estabelecida em favor da **empresa** insolvente.

2. A suspensão da execução fiscal, sem baixa na distribuição, é medida adequada para a hipótese de não localização do devedor ou bens passíveis de constrição judicial, nos termos do artigo 40 da Lei 6.830 /80. Este, contudo, não é o caso dos autos. Após o ajuizamento da ação executiva e a citação da executada (massa falida), sobreveio a notícia do encerramento de sua falência, sem que houvesse a quitação do débito exequendo ante a insuficiência do acervo patrimonial. Com a liquidação dos bens arrecadados e a extinção da lide falimentar, desapareceu não só a massa falida - inclusive para figurar no pólo passivo da demanda executiva, já que nada mais há para ser requerido em relação a ela - como também o interesse da exequente na prestação jurisdicional reclamada, haja vista a inexistência de ativo para a satisfação da dívida que remanesceu.

3. Não há ofensa ao princípio da indisponibilidade dos créditos públicos, uma vez que a extinção do feito não implica renúncia, desistência ou extinção dos créditos, nem impede a propositura de nova ação, desde que tem repercussão meramente processual, restando incólume o direito material envolvido (TRF-4 - APELAÇÃO CÍVEL : AC 40891 RS 2005.04.01.040891-3. Jul. 31/05/2006).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA - PERDA DE OBJETO - REDIRECIONAMENTO CONTRA OS EX-SÓCIOS - IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA 'EX LEGE' DO SÓCIO, ENTÃO DERIVADA DA COMBINAÇÃO DO ARTIGO 124, II, DO CTN, COM O ARTIGO 13 DA LEI Nº 8.620 /93 - SUPERVENIÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449 /2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941 /09, QUE REVOGOU O ARTIGO 13 DA LEI Nº 8.620 /93 - SITUAÇÃO LEGAL NOVA MAIS BENÉFICA QUE, SUPRIMINDO A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PRESUMIDA, DEVE RETROAGIR (ARTIGO 106 DO CTN), SENDO A PARTIR DAÍ IRRELEVANTE O ALOJAMENTO DO SÓCIO/DIRETOR NA CDA - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Com o **encerramento** definitivo do processo de **falência** da **empresa executada**, deixando esta de existir, não podendo prosseguir a execução fiscal contra a massa falida, por inexistência de sujeito passivo.
2. Diante da combinação entre o artigo 124 , II , do Código Tributário Nacional com o artigo 13 da Lei nº 8.620 /93, descabia afirmar a irresponsabilidade do diretor/sócio porque na singularidade do débito previdenciário o que vigorava era a solidariedade decorrente da força da lei (ex lege).
3. Superveniência de alteração legislativa. A partir da Medida Provisória nº 449 de 3/12/2008, convertida na Lei nº 11.941 /09, cujo art. 65, VII, expressamente revogou o art. 13 da Lei 8.620/93 de modo a excluir do mundo legal a solidariedade passiva entre a **empresa** e os sócios/diretores, de modo que sobreviverá essa possibilidade somente quando - à luz do art. 135 do CTN - for demonstrado o excesso de poderes de gestão ou o cometimento de infração a lei, por parte dos responsáveis pela **empresa** devedora da Previdência Social.
4. Essa novidade veiculada através de medida provisória derogadora do dispositivo legal-tributário gravoso deve retroagir aos fatos geradores que renderam a CDA que se acha sob execução, na forma do art. 106 do CTN . É que se trata de matéria (responsabilidade de sócio) submetida a discussão pendente em juízo, sendo que a lei superveniente deixa de tratar a posição do sócio/diretor como gravosa para dele também exigir o tributo. Suprime a responsabilidade presumida do sócio/diretor, de modo que além de se aplicar aos fatos geradores presentes e futuros, por questão de isonomia material deve retroagir aos pretéritos; isso não ocorrendo, pessoas que se encontram em posição de sócio ou diretor de sociedades por cotas e anônimas, em idêntica situação, podem vir a ser discriminados sem justificativa.
5. Apelo improvido.

Dito isto, retomo as questões postas no recurso para destacar que os valores indicados como sendo de cheques depositados e devolvidos; estornos de diferença apurada em depósito em caixa eletrônico; redução de saldo devedor, com adiantamentos fornecidos pela instituição financeira; estornos de depósito em cheque e hot money, no montante de R\$ 1.400.546,10, já foram excluídos pela decisão recorrida, não havendo, em relação a este ponto, interesse recursal.

Quanto à pretensão da exclusão do valor de R\$ 393.991,40, correspondente a empréstimos supostamente aportados pelos sócios, trata-se de alegação sem prova neste sentido, não havendo provas para afastar a presunção legal de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

ISSO POSTO, rejeito as alegações de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

assinado digitalmente

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA - Relator