



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 18471.000754/2007-63
Recurso nº 166.611 Voluntário
Matéria Simples
Acórdão nº 191-00.049
Sessão de 11 de dezembro de 2008
Recorrente ALBÂNIA COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA
Recorrida 8a TURMA/DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ. I

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2003

Ementa: AUTUAÇÃO ENCAMINHADA VIA POSTAL AO DOMICÍLIO DO SÓCIO-ADMINISTRADOR. PESSOA JURÍDICA EXISTENTE DE FATO, EM SITUAÇÃO IRREGULAR. VALIDADE.

A intimação para ciência da autuação lavrada contra empresa que solicitou e teve deferida a baixa na inscrição estadual, mas que continua a operar irregularmente, na qualidade de empresa de fato, é válida quando realizada no domicílio fiscal do responsável, sócio-administrador, informado à Secretaria da Receita Federal.

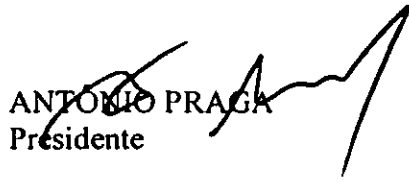
CONTRATO SOCIAL. CLÁUSULA QUE ESTABELECE SOLIDARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO E GERÊNCIA DA EMPRESA. OPOSIÇÃO AO FISCO COMO CAUSA DE NULIDADE. EMPRESA DE FATO.

A cláusula contratual que estipula ser a administração da empresa realizada de forma conjunta pelos sócios deve estar explícita no contrato social, não podendo ser presumida quando há margem de dúvida. E não pode ser oposta contra a Fazenda para requerer a nulidade do Auto de Infração cientificado pelo sócio-administrador, responsável pela empresa perante o fisco. É disposição convencional de cunho privado. As disposições contratuais convencionadas na constituição da empresa perdem a eficácia ao a pessoa jurídica passar a operar irregularmente, comercializando sem poder emitir notas fiscais, uma vez ter solicitado e ter sido deferida a baixa perante o fisco estadual.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


ANÁ DE BARROS FERNANDES
Relatora

FORMALIZADO EM: 25 FEV 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Praga (Presidente). Ausente justificadamente, o conselheiro Roberto Armond Ferreira da Silva.



Relatório

A fiscalização iniciou-se em 10/01/2007 consoante comprovam os documentos de fls. 01 e 22 – Mandado de Procedimento Fiscal e Termo de Início de Fiscalização, sendo solicitado à contribuinte os livros contábeis e fiscais, plano de contas, extratos de cartões de créditos e contrato social e alterações, para ser auditado o ano-calendário de 2003.

A empresa, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização, representada pelo sócio-gerente, pessoa que assinou os documentos anteriormente citados, apresentou somente o Contrato Social e informou que, com relação aos demais itens, a empresa estava inativa desde 2002, havendo solicitado a baixa no fisco estadual em 30/11/2002, conforme comprovou com a certidão de fls. 24 (fls. 23)

Após a recusa da contribuinte em fornecer os elementos solicitados, foram emitidas as Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMF de fls. 25 a 27, cujos destinatários informaram as significantes movimentações de créditos, por cartão, relativas ao ano-calendário de 2003 – fls. 30 a 33 (American Express); fls. 34 a 68 (Visa); fls. 69 a 81 (Redecard).

Em 21/05/07 a empresa foi intimada a esclarecer a origem dos valores informados pelas instituições requisitadas, creditados nas contas em seu nome. Acompanhou a referida Intimação Fiscal cópias dos extratos correspondentes (fls. 85).

A empresa foi reintimada, nos mesmos termos, em 16/06/07.

Às fls. 88, novamente representada pelo sócio-gerente, esclareceu que, em respostas às intimações recebidas, encontravam-se extraviadas a documentação solicitada não podendo atender ao solicitado.

A fiscalização procedeu, então, à lavratura do Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 89 a 91 e Autos de Infração de fls. 92 a 130, cuja ciência ocorreu por via postal, no endereço do representante legal da empresa, pelo fato da empresa ter declarado-se inativa.

Esclareça-se que a DIPJS correspondente ao ano fiscalizado foi entregue informando situação 'normal' e informando receitas brutas mensais 'zeradas' – fls. 04 a 21.

A autuação restringiu-se à omissão de receita evidenciada pela percepção dos valores creditados decorrentes de operações com cartões de créditos, consolidados mês a mês (fls. 91).

Às fls. 144 a 147 a empresa ofereceu impugnação ao lançamento tributário, alegando, em síntese: a) preliminarmente, que a autuação é nula por ter sido remetido o Auto de Infração por via postal ao endereço do representante legal da empresa e não ao seu domicílio eleito, esclarecendo que o fato de estar inativa, conforme respondera, não quer dizer que inexistia de fato; b) não há validade na intimação, ainda, tendo em vista que o contrato social estipula em uma de suas cláusulas que a gerência e a administração da empresa será exercida pelos dois sócios em conjunto, sendo que o Auditor só enviou a correspondência para um dos sócios, o majoritário; c) ainda preliminarmente, esclarece que 'o comparecimento da recorrente' ao processo não supre as nulidades anteriormente aventadas, sobretudo porque também está com o mesmo 'vício' de estar assinada por um sócio somente.

Ao final da peça, não discute o mérito da autuação e requer a nulidade do Auto de Infração '*ante a sua irregular intimação*'.

A Oitava Turma da DRJ do Rio de Janeiro – I proferiu o acórdão nº 12-17.186 rejeitando as preliminares suscitadas e mantendo o lançamento tributário – fls. 245 a 252.

A empresa, às fls. 258 a 263, irredutível com o acórdão exarado, recorre a esse colegiado, tempestivamente, reprisando a argumentação da impugnação, defendendo que a intimação não realizada no domicílio eleito pela contribuinte é nula, por ferir o artigo 23, parágrafo 4º, inciso I, do artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal – PAF.

Cita ainda a súmula nº 09 editada por esse Conselho (sobre a validade da intimação postal no domicílio do contribuinte, ainda que não assinado o Aviso de Recebimento – AR pelo representante legal) e reprisa que a representação da empresa só é válida se feita pelos dois sócios em conjunto, invocando os artigos 997, inciso VI do Código Civil - CC, e artigo 12, inciso VI, do Código de Processo Civil – CPC.

Colaciona aos autos julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

É o relatório.



Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES, Relatora.

Conheço do Recurso Voluntário interposto, por tempestivo, e passo a analisá-lo estando o crédito tributário objeto do presente litígio administrativo – tributo + multa R\$ 160.380,51 –, dentro do limite de alçada para apreciação por essa Turma Especial, de acordo com o definido no inciso I do artigo 2º da Portaria MF nº 92/08.

Trata o presente litígio de se afastar ou não as preliminares suscitadas pela contribuinte, expostas pelo seus representantes legais, em fase recursal, que consiste, sumariamente, em subtrair a validade da ciência do Auto de Infração pela empresa autuada porque os Termos lavrados pela autoridade competente no decorrer do procedimento fiscal foram assinados somente pelo sócio-gerente da empresa e o Auto de Infração foi encaminhado para o domicílio deste e não ao da empresa.

Este vício, como entende a recorrente, fulmina o procedimento fiscal uma vez que o contrato social dispõe na cláusula IV – Responsabilidade que *“a gerência e administração da sociedade bem como o uso da denominação social, serão exercidos pelos sócios Roberto Duek e Adélia Yedid Duek, que representarão ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, e que assinarão pela firma, reproduzindo a denominação por escrito ou por carimbo, seguida da respectivas assinaturas, ficando-lhes vedado usar o nome da sociedade em negócios estranhos aos interesses da mesma.*

Parágrafo único – O sócio gerente fica dispensado de prestar caução.”

Para fundamentar o seu entendimento se firma em duas premissas: a primeira no artigo 23, inciso II, c/c o parágrafo 4º, inciso I, do PAF (Decreto nº 70.235/72); a segunda, no artigo 997, inciso VI, do CC e art. 12, inciso VI do CPC, ao seu ver subsidiários ao PAF.

Analisando-se os fatos, de plano, afasto a preliminar erguida sobre a impossibilidade ou nulidade do Auto de Infração ter sido encaminhado, por via postal, ao endereço do sócio-gerente da empresa, sr. Roberto Duek, pelo fato incontestado dele próprio ter esclarecido à fiscalização que a empresa estaria inativa desde 2002 e que deu baixa na Receita Estadual em 30/11/2002, juntando a certidão de baixa deferida, respectiva.

Ora, realmente, constata-se que a empresa não estava de fato inativa, haja vista a significativa movimentação financeira demonstrada pelo recebimento de diversos créditos decorrentes das operações bancárias no ano-calendário de 2003, todavia, ao apresentar um documento que demonstra a inequívoca intenção de desativá-la, como é o pedido de baixa deferido, com muita propriedade cuidou o Auditor Fiscal de encaminhar a correspondência ora atacada para o domicílio fiscal eleito pelo responsável da empresa.

Aliás, ressalte-se, o mesmo endereço da outra sócia da empresa, esposa do sr. Roberto Duek, que consta no referido contrato social.



Se fraudulentamente deu baixa na empresa, junto ao fisco estadual, e assume todas as consequências desse ato danoso como não emitir mais notas fiscais, pois está a empresa encerrada aos olhos do fisco estadual, não pode agora alegar que a empresa existe *de fato* e que a fiscalização federal deve considerar o endereço que quando estava regularmente constituída forneceu ao cadastro CNPJ. É alegar a própria torpeza para se eximir da obrigação tributária devidamente imposta.

Para os efeitos legais, a empresa está baixada e há documento, nos autos, que comprova não operar mais, destaque-se, regularmente. Estava, em 2003, à margem do direito, vendendo sem emitir notas fiscais (se alguma nota foi emitida, observe-se que se trata de documento inidôneo). E não trouxe ao conhecimento da autoridade fiscal se, em 2007, ao realizar-se a fiscalização a 'loja' na qual compareceu ainda era a mesma empresa, já regularizada.

Em assim sendo, perde totalmente o sentido de vir a invocar preceitos do Código Civil pertinentes aos requisitos que devem ser observados no contrato social quando da constituição da empresa (caso do artigo 997 do CC).

Se obteve baixa da inscrição estadual da empresa em 2002, está é em mora para registrar a dissolução da empresa no órgão competente (Junta Comercial) e solicitar a baixa no cadastro nacional de pessoas jurídicas. Trata-se, como bem esclareceu a recorrente, que a empresa existe *de fato*, mas carece de requisitos legais para estar plenamente constituída de direito, perdendo a eficácia plena as tais cláusulas contratuais.

Assim dispõe o artigo 1033 do Código Civil, sobre as causas de dissolução das empresas, com destaque ao inciso V:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Ora, é fato inconteste que a própria empresa solicitou a baixa na inscrição estadual, fato esse comunicado por ela própria, o que lhe retira, legalmente, autorização para o comércio praticado em conformidade com as normas tributárias, por impossibilidade de emitir notas fiscais.

Ao meu ver, agiu acertadamente a autoridade fiscal ao enviar o Auto de Infração ao endereço do representante legal da empresa, conforme fora registrado na DIPJS pertinente e nos cadastros do fisco. Assim não correu riscos de enviar para o endereço de uma empresa existente de fato, que poderia simplesmente negar ao correio o recebimento do Auto de Infração alegando ser outra pessoa jurídica.

Ademais, outro ponto há pelo qual se afasta a preliminar suscitada. A cláusula contratual invocada como imperiosa a fulminar o procedimento fiscal porque a autoridade lançadora não se reportou aos dois sócios da empresa em cada intimação lavrada, concomitantemente, ainda que estivesse em vigor, nem está tão clara assim sobre a solidariedade.

A solidariedade civil dos sócios que exige a ação conjunta em todos os atos de administração da empresa e gerência deve estar explícita, não bastando a conjunção 'e' que pode facilmente ser interpretada como um ou outro, no sentido de os dois poderem exercer os atos de gestão (na falta da palavra 'conjuntamente', pode se entender 'individualmente').

É assim que se presume ao verificar que o sr. Roberto Deuk registrou nas respostas às Intimações Fiscais carimbo contendo a denominação da empresa acompanhada somente de seu nome e a qualidade de sócio-gerente. Ora, se não há poder de gestão individual, porque haveriam carimbos individuais, sendo o de um dos sócios grafado, expressamente, com esse poder?

Entendo que há o poder de gestão exercido individualmente, por cada sócio, justamente porque naquela cláusula contratual há a menção do referido carimbo. E após, no parágrafo único, se reporta o contrato a um sócio-gerente.

E, por um terceiro ponto, como bem salientou o colegiado *a quo* de julgamento, a responsabilidade pelos atos praticados pela empresa em relação a terceiros, na ordem privada, não se confunde, juridicamente, com a capacidade tributária da empresa e a sua representação legal perante o fisco, relação esta de ordem pública, regida por disposições legais que não podem ser modificadas em convenções particulares.

No presente caso, não há possibilidade de se subsidiar o PAF com o Código Civil e o Código de Processo Civil, no que se refere aos efeitos tributários da referida cláusula contratual, impositivo ao Estado.

Estabelece o artigo 109 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66):

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Para esclarecer à recorrente, no âmbito do direito tributário, verificamos os seguintes dispositivos a respeito da questão ora trazida pela recorrente:

Art. 989 do Regulamento do Imposto de Renda vigente – RIR/99:

REPRESENTAÇÃO DO CONTRIBUINTE

Art. 989. As disposições deste Decreto são aplicáveis a todo aquele que responder solidariamente com o contribuinte ou pessoalmente em seu lugar (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 192).

Parágrafo único. Os cônjuges, procuradores bastantes, tutores, curadores, diretores, gerentes, síndicos, liquidatários e demais representantes de pessoas físicas e jurídicas cumprirão as obrigações

que incumbirem aos representados (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 192, parágrafo único).

Sobre a possibilidade de se exigir o tributo devido da recorrente, como visto, sob a ótica civilista, pessoa jurídica de fato, mas não de direito:

Código Tributário Nacional – CTN:

Capacidade Tributária

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Pode-se ir mais além, ainda, no intuito de demonstrar que ainda que a situação da empresa estivesse juridicamente regular, e em plena vigência as cláusulas contratuais, não valeriam as limitações sequer em relação à solidariedade tributária nas hipóteses expressas no *caput* do artigo 135 do CTN:

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

E, à inteligência do artigo 23, atente-se, o mero porteiro de prédio ou do estabelecimento comercial, qualquer preposto da empresa ou mandatário, estão habilitados, por força da norma processual, a tomar ciência, em lugar da contribuinte, do Auto de Infração contra aquela lavrado.

O representante da empresa poderia até mesmo ir à unidade local para tomar a devida ciência, o que denota que a recorrente equivocou-se na interpretação das normas processuais ao afirmar que forçosamente a correspondência deva ir ao domicílio fiscal que a empresa forneceu ao fisco (repita-se, quando em situação regular).

Quanto mais será sempre cabível enviar a correspondência ao sócio-gerente de empresa que opera irregularmente e que possuía, quando constituída, em seu quadro societário apenas mais um sócio, no caso o cônjuge (residente no mesmo endereço, segundo o contrato social). Afinal, a empresa é uma ficção jurídica representada por essas pessoas naturais que agirão em seu nome.

A

Por todo o exposto, considero válidos os atos praticados no procedimento fiscal, pela autoridade competente, na forma em que foram realizados, e reputo perfeita a forma de ciência da autuação objeto deste litígio, afastando totalmente as preliminares de nulidade suscitadas.

Voto pela manutenção do crédito tributário, nego provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2008


ANA DE BARROS FERNANDES

