



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

Processo n° 19515.003144/2005-69
Recurso n° 164.303 Voluntário
Acórdão n° 1202-00.209 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ e outros
Recorrente WLT Importação e Exportação de Produtos Diversos Ltda.
Recorrida 1a. Turma / DRJ - São Paulo / SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2003, 2004

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E PESSOAL DE SÓCIOS, PROCURADORES. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. NECESSIDADE DE PROVA DIRETA E INDIVIDUALIZADA SOBRE A PARTICIPAÇÃO NO ILÍCITO PRESUMIDO POR FORÇA DE LEI.

Quanto a responsabilidade solidária e pessoal dos terceiros envolvidos, procuradores, não trazendo a fiscalização provas diretas e objetivas a corroborar a dolosa participação na infração de presunção legal de omissão de receitas por falta de comprovação de origem de depósitos bancários, tal caracterização não pode ser mantida apenas em indício isoladamente, com o que se afasta, por essa razão, a possibilidade de responsabilidade tributária, solidária e pessoal, de terceiros, pelo crédito tributário do sujeito passivo

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, DAR provimento ao recurso da pessoa física Jose Maria Passarele Filho a fim de afastar a responsabilização tributária. Dar provimento parcial ao recurso da pessoa física Gerson Coronado Polido para afastar a responsabilização tributária e, quanto ao lançamento, reduzir a base de cálculo dos tributos lançados nos meses de abril e maio de 2003 para os montantes de R\$1.420.626,97 e R\$868.131,63, respectivamente, e no quarto trimestre do ano de 2002 excluir da tributação o valor de R\$68.857,76, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


NELSON LÓSSO FILHO - Presidente


VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA - Relatora.

EDITADO EM: 07 MAI 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Nelson Lósson Filho (Presidente da Turma), Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (Suplente Convocada), Luciano Inocêncio dos Santos (Suplente Convocado), Valeria Cabral Géo Verçoza, Orlando Jose Gonçalves Bueno (Vice Presidente de Turma)

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line that curves at the top into a loop and then continues downwards.

Relatório

Peço *venia* para adotar o relatório de 1ª Instância, o qual passo a transcrever:

Trata-se de Ação Fiscal junto à pessoa jurídica acima identificada que culminou com o lançamento das seguintes exigências fiscais: a título de IRPJ, R\$ 276.547,98; contribuição para o PIS, R\$ 89.234,77; CSLL, R\$ 146.650,77; e, Cofins, R\$ 411.853,86, neles incluídos a multa proporcional e os juros de mora, calculados até 31.10.2005, com os enquadramentos legais descritos nos autos de infração e no Termo de Constatação Fiscal e Responsabilidade Tributária (fls. 88/93).

Segundo relatou a autoridade fiscal, a fiscalização foi provocada por representação efetuada pela Inspeção de São Paulo que constatou divergências entre os valores devidos e os recolhidos pela contribuinte relativamente às contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Federal.

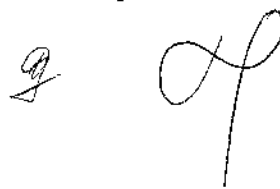
A autoridade fiscal compareceu no endereço eleito pelo contribuinte como seu domicílio fiscal e constatou que ela não mais estava lá estabelecida. Em face dessa circunstância e de que o sócio remanescente da fiscalizada estar domiciliado no exterior, as ciências do Mandado de Procedimento Fiscal de fl. 1 e do Termo de Início de Fiscalização de fl. 4 foram efetuadas mediante o Edital nº 56/2005 de fl. 3.

Constava do Termo de Início de Fiscalização a solicitação para que a contribuinte apresentasse os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal que não restou atendida, bem como o descumprimento de obrigações tributárias acessórias, fatores que levaram ao arbitramento de seu lucro. O autuante, todavia, teve acesso ao Livro de Registro de Saídas da contribuinte que, confrontado com as informações constantes de sua Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF e Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, indicou a ocorrência de omissão de receitas tributáveis, levando a uma falta de recolhimento ou recolhimento a menor de valores relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, decorrentes da omissão de receitas tributáveis.

O Auditor-Fiscal autuante apontou como pessoalmente responsáveis pelas infrações à legislação tributária, na condição de dirigentes da pessoa jurídica, Renato de Castro Ferreira, CPF nº 018.540.248-84; José Maria Passarelli Filho, CPF nº 028.011.888-08; Gerson Coronado Polido, CPF nº 111.324.808-41; e Rogério Dantas da Silva, CPF nº 090.620.628-65, com supedâneo nos artigos 135, II e III, c.c. 137, I do Código Tributário Nacional.

A pessoa jurídica foi intimada do auto de infração pelo Edital nº 81/2005 (fl. 125), uma vez que, conforme restou consignado no Termo de Diligência Fiscal de 02/06/2005 (fl. 05), constatou-se que no endereço declarado pela autuada ao CNPJ, encontrava-se estabelecida pessoa jurídica diversa.

As pessoas físicas apontadas como pessoalmente responsáveis pelas infrações à legislação tributária também não teriam sido encontradas em seus domicílios tributários, razão pela qual foram intimadas do auto de infração, mediante o Edital nº 82/2005 (fl. 126), publicado nas dependências do órgão de lotação da autoridade autuante, em 18.11.2005.



Responderam à intimação José Maria Passarelli Filho e Gerson Coronado Polido, quedando-se silentes, Rogério Dantas da Silva e Renato de Castro Ferreira.

Em sua impugnação, de fls. 148/182, apresentada em 22.12.2005, Gérson Coronado Polido, apresentou, em síntese, as seguintes razões defensórias:

(i) houve cerceamento de seu direito à ampla defesa, uma vez que não teve ciência do termo de início de fiscalização;

(ii) o Impugnante alienara suas quotas sociais, formalmente, em 22.03.2003, sendo que já transcorreram mais de dois anos de sua saída da sociedade, pelo que não possuiria mais responsabilidade social, nos termos do art. 1.032 do Código Civil;

(iii) no mérito, o atuante cometera dois erros: primeiramente, considerando que a receita bruta é o produto da venda de mercadorias, a mera saída de mercadorias e respectivos valores lançados em livro de saídas não poderiam dar ensejo à base de cálculo dos tributos em comento, uma vez que, pelo regime do lucro presumido, deve ser considerado o efetivo recebimento das receitas geradas pelas vendas das mercadorias que, no caso, ocorriam sempre, no mínimo, após trinta dias de suas saídas;

(iv) em segundo lugar, em decorrência do exposto anteriormente, o atuante não poderia ter aduzido que o Impugnante deixou de declarar ou declarou a menor, haja vista que os valores do livro de saídas não poderiam coincidir com a DIPJ e DCTF;

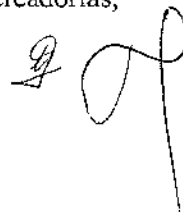
(v) a própria planilha elaborada pelo Auditor-Fiscal corrobora este entendimento, uma vez que demonstra que, em dezembro de 2002, o livro de saídas apresentou o valor de R\$ 11.695,62, enquanto a própria contribuinte declarou R\$ 37.458,67, atitude que não condiz com uma fraudadora, pois declarou receita maior que a efetiva saída de mercadorias;

(vi) o Impugnante é responsável pelos tributos e fatos geradores ocorridos até a data de sua saída, considerando-os adimplidos e, como não é mais responsável pela administração da sociedade, requer seja oficiada a própria Receita Federal para juntar os DARF's pagos pela WLT durante o período compreendido entre 1º de setembro de 2002 a 22 de maio de 2003;

(vii) a responsabilidade prevista no artigo 135, III do Código Tributário Nacional é de índole subjetiva e necessita da prova da prática de atos com excesso de poderes e infração de lei, contrato social ou estatutos, vale dizer, com intuito doloso ou de fraudar, práticas que não constam dos autos, sendo certo que eventual ausência de recolhimento decorreu da falta de capacidade financeira da empresa;

(viii) é falaciosa a conclusão de que houve simulação da alienação das quotas sociais, uma vez que o adquirente José Maria Passarelli Filho, auferiu rendimentos superiores a R\$ 100.000,00 no ano-calendário de 2003, quantia suficiente para a aquisição das quotas sociais, vendidas por R\$ 50.000,00, sendo certo que, eventuais incorreções na declaração de rendimentos do adquirente não são da responsabilidade do Impugnante;

(ix) o Impugnante não possui a documentação necessária à impugnação do feito porque não é mais administrador da sociedade, sendo necessárias diligências a serem efetuadas pela Receita Federal, razão pela qual não pode lhe ser imposto o arbitramento do lucro; ademais, não há porquê arbitrar o lucro se o Auditor-Fiscal localizou a escrita fiscal no que se refere às saídas de mercadorias;



(x) o autuante tributou, no 4º trimestre de 2002, tanto a saída de mercadorias quanto as receitas declaradas em DCTF o que caracterizaria bi-tributação;

(xi) a multa aplicada de 150% é indevida, porquanto não ficou caracterizado o evidente intuito de fraude;

(xii) nos meses de abril e maio de 2003, o Auditor-Fiscal, equivocadamente, não percebeu que no livro de registro de saídas havia lançamentos outros que não corresponderiam a saídas de vendas de mercadorias;

(xiii) pede para que sejam realizadas as seguintes diligências: oficiar o Banco Bradesco para que sejam encaminhadas cópias de extratos bancários e avisos de créditos relativos ao período em que permaneceu na sociedade, bem como de fichas cadastrais de abertura e alterações de responsáveis pela conta-corrente e emissão de cheques, com o objetivo de provar que não houve simulação na transferência das quotas sociais; oficiar a própria Receita Federal para obter cópias de comprovantes de pagamentos dos tributos e contribuições sob a administração desse órgão; oficiar a Receita Federal para que seja encaminhadas informações referentes à CPMF, com o objetivo de provar grande movimentação financeira por parte dos sócios admitidos na empresa fiscalizada; ofício ao Departamento Nacional de Registro de Comércio e às Juntas Comerciais de cada unidade federativa com o objetivo de provar que os sócios adquirentes das quotas sociais da Impugnante possuíam outras empresas e, conseqüentemente, capacidade econômica; ofício ao Bacen para que determine que todos os bancos do sistema bancário nacional informem acerca da existência de conta-corrente ou aplicações financeiras que estejam em nome de Renato de Castro Ferreira e José Maria Passarelli Filho e empresas das quais eram sócios; ofício ao Colégio Notarial do Brasil para que encaminhe a estes autos para que se verifique a existência de certidões de casamento, bem como eventuais bens em nome das pessoas mencionadas e de seus respectivos cônjuges; e, ofício à Corregedoria Geral de Justiça para que se encaminhem certidões de bens imóveis em nome das mencionadas pessoas; e, por fim,

(ix) pede para que, caso mantida a autuação, sejam compensados os valores recolhidos pelo Impugnante, conforme demonstrado em planilha anexa à impugnação.

José Maria Passarelli Filho apresentou sua impugnação ao feito fiscal às fls. 200/204, em 27.12.2005, em que alega, em breve resumo, o quanto se segue:

(a) a responsabilidade tributária prevista nos artigos 135 e 137 do CTN é subjetiva, exigindo-se a prova da ação dolosa na administração da sociedade contribuinte, pela atuação com excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato, o que não se verifica no caso;

(b) a sociedade do sócio, por outro lado é subsidiária e não solidária;

c. o fato de o Impugnante não ter declarado a compra das quotas da sociedade, à luz do *caput* do art. 135 do CTN não constitui fundamento para atribuir responsabilidade tributária solidária;

(c) há de ser considerado, ainda, o fato de o Impugnante ter permanecido na sociedade apenas por um curto período de quatro meses e, quando se retirou, a sociedade continuou sob a administração do sócio Renato Castro Ferreira;

(d) o mencionado Renato de Castro Ferreira é também sócio de várias sociedades que atuam no ramo do comércio exterior, sendo conhecido no mercado



como controlador do grupo "Lobraus", tendo já sido publicadas matérias jornalísticas acerca das atividades dessa organização.

(e) pede, ante os fundamentos expostos, sua exclusão do pólo passivo.

Os autos foram encaminhados à Defic/SPO com o intuito de regularizar a intimação do sócio remanescente da fiscalizada, Renato de Castro Ferreira e do ex-sócio Rogério Dantas da Silva, conforme despacho de fls. 208/210.

O autor do feito fiscal, às fls. 230/232, informou que a ciência a Rogério Dantas da Silva do Termo de Constatação e Responsabilidade Tributária e do Auto de Infração havia sido dada simultaneamente aos demais ex-sócios, sendo que o original do comprovante de recebimento – "AR" – estava juntado em outro processo, do qual trasladou cópia e a acostou a fl. 215.

Quanto a Renato de Castro Ferreira, sócio remanescente da fiscalizada, com domicílio nos Estados Unidos, o diligenciante deixou consignado que não foi possível localizá-lo e, tampouco, seu preposto; que as informações prestadas pelos ex-sócios acerca da capacidade econômica de Renato de Castro não são condizentes com aquelas constantes dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal; que o sócio remanescente tem sob sua responsabilidade, perante o Ministério da Fazenda, sete pessoas jurídicas, sendo que apenas uma encontra-se em situação ativa perante o CNPJ.

A intimação a Renato de Castro Ferreira para que tomasse ciência da presente autuação foi encaminhada ao endereço constante dos dados cadastrais da única empresa ainda em situação de atividade, OFF LIMITS PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA., tendo sido devolvido o respectivo "AR", contudo, com a informação de que o destinatário havia se mudado.

Em 12 de março de 2007 a 1ª. Turma da DRJ/SPOI acordaram, por unanimidade, considerar procedente o lançamento. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003

CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA.

Não há cerceamento de direito de defesa quando é facultada ao sujeito passivo a oportunidade para se defender plenamente, por ocasião da apresentação da impugnação, das imputações e documentos em que se baseia a autuação.

DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE.

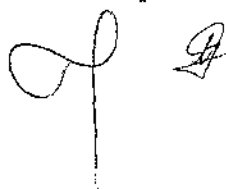
Não será realizada diligência que se mostre prescindível em face dos elementos probantes que já instruem o processo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS. INTIMAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. POSSIBILIDADE.

O imposto devido trimestralmente no decorrer do Ano-calendário será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar a



autoridade tributária os livros e documentos comerciais e fiscais a que estiver obrigado a escriturar.

MULTA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. QUALIFICADORA.

A declaração ao Fisco de receita substancialmente inferior a efetivamente auferida caracteriza infração à legislação tributária, praticada com evidente intuito de fraude, impondo-se a aplicação de multa de ofício qualificada.

AUTOS REFLEXOS.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos, implicam na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. A decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis, mas não exclusivamente, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, os mandatários, prepostos, empregados, bem como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

A fundamentação do voto condutor da decisão de 1ª Instância, em resumo, é a que segue:

1) Admissibilidade das impugnações apresentadas pelos responsáveis tributários:

O i. relator de 1ª Instância baseou-se no artigo 58 da Lei nº 9.784/99 sobre a legitimidade para a interposição de recurso administrativo e admitiu as impugnações apresentadas por dois dos responsáveis tributários.

2) Responsabilidade tributária:

Segundo o relator, a responsabilidade tributária, ainda que pessoal do autor do ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos não afasta a responsabilidade da pessoa jurídica. Após citação doutrinária, conclui que (fls 242)

ainda que seja imputada responsabilidade pessoal àqueles elencados nos incisos do art. 135 do CTN, remanesce ílesa a responsabilidade do contribuinte atuado. Não se rompe o dever jurídico do contribuinte de cumprir sua obrigação tributária, em função da responsabilização pessoal de um seu diretor/gerente/representante que tenha agido com infração à lei, contrato social ou estatutos.

(...)

... não só o próprio contribuinte atuado, mas também os responsáveis tributários possuem legitimidade para impugnar a



exigência fiscal. Assim sendo, resguarda-se a lógica do direito de defesa daqueles aos quais se atribui o dever jurídico de extinguir a obrigação tributária. É justamente por isso que se mostra plenamente justificável a conjugação do art. 135 do CTN com os artigos 9º e 58 da Lei nº 9.784/99.

Em seguida analisa separadamente as alegações dos dois responsáveis indicados que apresentaram impugnação.

Em relação a Gerson Coronado Polido, o relator de 1ª Instância rejeitou a alegação de cerceamento de defesa por falta de intimação durante o processo fiscalizatório; considerou inoponível ao Fisco o artigo 1.032 do Código Civil que dispõe sobre a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade; discorreu pormenorizadamente sobre a possibilidade de ter havido ou não uma simulação de transferência de cotas sociais; concluiu pela responsabilidade pessoal do sócio Gerson em razão de haver ficado cabalmente caracterizada ofensa à legislação tributária e, ao final, indeferiu o pedido de diligência formulado pelo responsável tributário.

Em relação a José Maria Passarelli Filho, o relator de 1ª Instância considerou estar caracterizada a responsabilidade tributária com base nos mesmos fundamentos relativos a Gerson Coronado Polido.

Como Renato de Castro Ferreira e Rogério Dantas da Silva não apresentaram impugnação, foram aplicados a eles os mesmos fundamentos que caracterizaram a responsabilidade tributária dos demais sócios.

Mérito

Quanto ao mérito, considera adequada a utilização do arbitramento tendo em vista a não apresentação dos livros fiscais e comerciais por parte da autuada. O acesso ao Livro Registro de Saída de Mercadorias é insuficiente para que seja apurado o imposto devido pela sistemática do lucro presumido.

Foi considerada improcedente a alegação de bitributação no 4º trimestre de 2002, uma vez que o imposto recolhido foi abatido do valor apurado como devido.

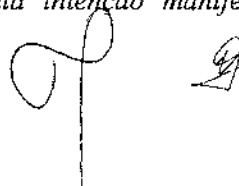
A alegação de que nos meses de abril e maio de 2003 as saídas de mercadorias não corresponderiam a operações de vendas não restou provada e, portanto, não foi considerada.

Não houve nenhuma comprovação de pagamentos de tributos realizados no ano de 2003 que pudesse abater o valor apurado na autuação.

Multa de ofício

Segundo fundamentação do voto condutor da decisão de 1ª Instância,

A autuada declarou receitas apenas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2002, omitindo as auferidas no mês de setembro de 2002 e, durante todos os meses de 2003. É inegável, outrossim, que a prática reiterada do sujeito passivo de apresentar declarações desprovidas de quaisquer informações relativas às receitas auferidas revela sua intenção dolosa de impedir o conhecimento por parte do fisco da ocorrência dos fatos geradores. O dolo se revela pela intenção manifesta,



patente e deliberada do sujeito passivo em ocultar da Administração Tributária os fatos geradores de suas obrigações tributárias.

Diante de tais ponderações, concluo que restou caracterizado o evidente intuito de fraude do sujeito passivo, definido nos termos do aludido inciso I do artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

Tributação reflexa

A procedência do lançamento do IRPJ impõe a manutenção das demais exigências fiscais dele decorrente.

Tomaram ciência da decisão de 1ª Instância os indicados como responsáveis tributários, Srs. Gerson Coronado Polido e José Maria Passarelli Filho que interpuseram recurso voluntário no prazo regulamentar.

O Sr. José Maria Passarelli Filho desenvolve sua argumentação (fls.277 a 280) no sentido de que não restou provado pela fiscalização nem demonstrado pela autoridade julgadora sua culpa pela alegada prática de atos de infração à lei, limitando-se, ambas autoridades, a mencionar o mero inadimplemento da obrigação fiscal, fato que não seria suficiente para a imputação da responsabilidade tributária bem como para a implicação penal.

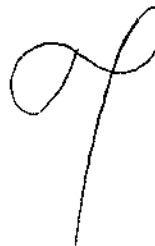
O Sr. Gerson Coronado Polido, por sua vez, apresenta extensa peça recursal (fls. 282 a 313) ratificando todos os pontos já abordados na impugnação.

Em 21 de outubro de 2008 o recorrente Gerson Coronado Polido juntou petição aditando o recurso voluntário para informar o ajuizamento de execução fiscal abrangendo créditos objeto do processo administrativo bem como para demonstrar suposta existência de erro na determinação na base de cálculo no auto de infração aplicado – tabelas juntadas às fls. 340 e 341.

A Procuradoria da Fazenda Nacional manifestou-se contrariamente ao aditamento afirmando estar precluso o momento para o apontamento do suposto erro.

O recorrente Gerson Coronado Polido requereu sustentação oral.

É o relatório.



Voto

Conselheira Valéria Cabral Géo Verçoza, Relatora

Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, portanto deles tomo conhecimento.

Trata-se de autuação decorrente de representação fiscal elaborada por Auditor Fiscal da Receita Federal em exercício na Inspeção da Receita Federal de São Paulo que constatou divergências entre os valores devidos e os recolhidos pelo contribuinte relativamente às contribuições sociais, PIS, e Cofins, administradas pela Receita Federal.

Da fiscalização realizada resultaram os autos de infração relativos ao IRPJ, PIS, Cofins e CSLL e a indicação dos sócios como responsáveis tributários pelo crédito apurado.

Ressalte-se que ao constatar pela diligência realizada que a pessoa jurídica não se encontrava estabelecida no endereço constante do cadastro da Receita Federal, o auditor fiscal entrou em contato com o contador da empresa pelo telefone, que lhe enviou a cópia da alteração contratual da empresa e o seu novo endereço. Entretanto, a fiscalização continuou utilizando o endereço anterior (domicílio tributário) e fazendo as intimações por edital conforme se depreende da leitura dos autos.

Assim, intimada por edital, a pessoa jurídica autuada não apresentou impugnação nem recurso voluntário.

Apenas os sócios José Maria Passareli Filho e Gerson Coronado Polido apresentaram as respectivas impugnações e peças recursais.

A seguir vamos analisar separadamente os recursos apresentados pelos responsáveis tributários.

O Sr. José Maria Passareli Filho argumenta que não restou provado pela fiscalização sua participação nas infrações por ela apontadas. Razão assiste ao recorrente. A fiscalização baseia-se no disposto no art. 135 e 137, II do CTN, sem especificar a atuação do recorrente.

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:

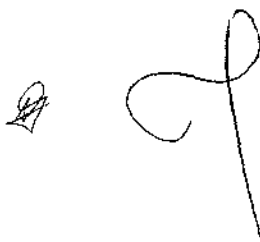
I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

SEÇÃO IV

Responsabilidade por Infrações



(...)

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.


Em momento algum afirma precisamente qualquer ato praticado pelo recorrente com excesso de poder ou infração à lei. Pelo que consta dos autos o recorrente participou da sociedade no período de maio de 2003 a outubro de 2003, quando, com a sua saída, esta passou a ser uma sociedade unipessoal. Inexiste nos presentes autos qualquer prova robusta, objetiva e direta, que demonstre, de forma individual e precisa, a ação dolosa praticada pelo Recorrente.

Aplica-se, nesse caso, a lição da professora Maria Rita Ferragut, em sua obra Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, Ed. Noeses, 2005, p.121, que, comentando a responsabilidade tributária à luz do art. 135, quando se refere aos administradores, sócios ou não, assevera:

“Assim, para reconhecermos a recepção do artigo 135 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.”

E mais adiante, na mesma obra, arremata na página 135:

“Toda essa linguagem é fundamental, pois a responsabilidade pessoal não pode ultrapassar a pessoa do infrator. Insistimos no raciocínio que vimos desenvolvendo: a pessoa física não pode ser responsabilizada nos termos do artigo 135 do CTN simplesmente porque é sócia ou administradora, deverá ser plenamente comprovada sua autoria na prática do ato que lhe está sendo imputado, ou ao menos sua decisão pela prática do ato.



Deverá, também, provar que o ato é ilícito e que foi praticado com dolo (e culpa, no caso do artigo 134) e o agente, se o quisesse, poderia ter agido de forma diversa."

Quanto ao recorrente Gerson Coronado Polido, tem-se, ainda, a alegação de que não mais compõe a sociedade autuada desde 22 de maio de 2003, conforme faz prova o contrato social juntado aos autos (fls. 06 a 09). Assim, portanto, aplicável ao caso, o disposto no artigo 1.032 do Código Civil, a saber:

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

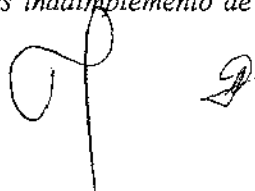
O contrato social, datado de 22 de maio de 2003, que contém a saída do Sócio Gerson Coronado Polido da sociedade foi registrado pela Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o número 88.243/03-5, conforme se verifica à fl. 09 dos autos. Por sua vez, a lavratura do auto de infração se deu em novembro de 2005, sendo que a cientificação dos responsáveis tributários, por ter sido feita por intimação editalícia só se deu em dezembro 2005, passados, portanto, mais de dois anos da retirada do sócio da sociedade autuada. Assim, não mais poderia ser imputado ao recorrente a responsabilidade pelas obrigações da empresa, uma vez que a empresa se manteve em funcionamento posteriormente à sua saída.

O recorrente alega a recusa injustificada do órgão julgador de 1ª Instância em determinar o fornecimento de informações acerca da quitação de tributos no período em que o mesmo compôs o quadro societário da autuada. Como já havia ocorrido a sua retirada da sociedade, é mais do que justificável que o mesmo não mantivesse os documentos da pessoa jurídica em seu poder. Entretanto, os documentos solicitados não se prestam a ilidir a omissão de receitas apontada pela fiscalização, base para lavratura dos autos de infração.

Quanto à alegação de que a transferência das quotas da sociedade foi uma simulação, não há nos autos uma prova robusta que demonstre tal alegação. A fiscalização baseou-se apenas na declaração de rendimentos dos sócios e ex-sócios, sem, contudo, aprofundar-se em sua investigação. Não houve nenhuma prova que demonstrasse, por exemplo, por meio de movimentação financeira, a impossibilidade de realização do negócio. As declarações de rendimento representam indícios de que os responsáveis não teriam condições financeiras para a referida operação. Tal hipótese de simulação já foi, inclusive, descartada na decisão de 1ª Instância.

Uma outra questão a ser observada é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilização do sócio pelo inadimplemento da obrigação tributária. Trazemos, nesse ponto, decisões do STJ que demonstram que a simples inadimplência em relação ao pagamento de tributos não é suficiente para ensejar a responsabilização pessoal do sócio-gerente. Vejamos as decisões:

RECURSO ESPECIAL Nº 788.024 - MG (2005/0171099-2)EMENTAPROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 135 DO CTN NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES.- O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. O simples inadimplemento de



obrigações tributárias não caracteriza infração legal.- Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
(Relator):

... Neste diapasão, a recusa da Certidão Negativa de Débito em favor do Impetrante também seria justificável, se, apenas a sociedade estivesse em débito com o fisco, vez que o não recolhimento do imposto já importa infração à lei, além da presunção da utilização da pessoa jurídica, para fins contrários ao direito, circunstâncias que por si só já caracterizaram a responsabilidade do sócio.

Portanto, aqueles que exercem a administração de uma sociedade são responsáveis por fazer cumprir as obrigações desta, entre elas a do pagamento de tributos e, deixando de recolhê-los a tempo e modo, infringem, a lei tributária, e nestas circunstâncias, pela interpretação do artigo 135 do CTN, os sócios respondem pelo débito fiscal da sociedade.

"Este Tribunal firmou o entendimento de que os sócios-gerentes são responsáveis, por substituição, pelos créditos referentes a obrigações tributárias decorrentes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN, porém, dependente de comprovação. Por isso, o simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal. Nesse sentido:

**"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.
RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE.
INADIMPLEMENTO.**

1. A ausência de recolhimento do tributo não gera, necessariamente, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, sem que se tenha prova de que agiu com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.2. Embargos de divergência rejeitados." (ERESP 374.139/RS, Primeira Seção, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 28.02.2005)."

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas



sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.5. Precedentes desta Corte Superior.6. Embargos de divergência rejeitados." (ERESP 260.107/RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.04.2004).

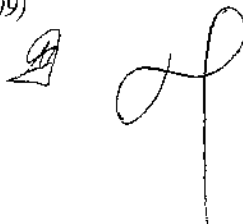
Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (ERESP 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.(REsp 1101728 / SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0244024-6; Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124); Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento 11/03/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 23/03/2009)



Finalmente, quanto à utilização do Livro Registro de Saídas para determinação do montante tributável, caberia ao recorrente provar suas alegações. Já de início verifica-se a incorreção do procedimento da empresa uma vez que o recorrente afirma:

O segundo erro, intrinsecamente ligado ao primeiro, é partir da presunção falaciosa de que o valor das mercadorias constantes do livro de saída deveriam confrontar rigorosamente com a DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, e DIPJ – Declaração de Informações da Pessoa Jurídica, na exata medida que as vendas eram sempre a prazo, este nunca inferior a 30 (trinta) dias.

Por esta razão o Auditor Fiscal não pode aduzir que o Recorrente “deixou de declarar ou declarou a menor”, haja vista que os valores do livro de saída jamais coincidiram com a DCTF ou DIPJ, na medida que o regime adotado não era de lucro presumido, assim como levava à tributação a efetiva receita auferida com a venda das mercadorias, e não a mera saída. (fls. 288) – grifo não está no original

O recorrente, em suas alegações aponta, somente para os meses de abril/03 e maio/2003, valores que deveriam ser excluídos na consideração da receita bruta em função do Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP), uma vez que não representariam valores de venda de mercadorias. Vejamos abaixo os códigos para os quais a recorrente pleiteia a exclusão dos valores mencionados às fls. 19 e 20:

5.900 - OUTRAS SAÍDAS DE MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS

5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

Classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores.

7.000 - SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS PARA O EXTERIOR

Classificam-se, neste grupo, as operações ou prestações em que o destinatário esteja localizado em outro país.

7.900 - OUTRAS SAÍDAS DE MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS

7.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

Classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores.”

Nesse ponto entendo que razão assiste ao recorrente, devendo, por conseguinte, serem considerados os valores mencionados às fls. 312 (04/2003 – R\$ 1.420.626,97 e 05/2003 – R\$ 868.131,63) como base de cálculo para o imposto devido.



Como já dito anteriormente, apesar de a empresa insistir na necessidade de juntada de cópia dos DARF's quitados, tal fato não seria suficiente para desconstituir o lançamento com base na omissão de receita. Além disso, conforme se verifica nos autos de infração, os valores recolhidos já foram considerados no cálculo de apuração do imposto devido.

Quanto à alegação de que o valor do 4º. Trimestre de 2002 foi tributado erroneamente, entendo que razão assiste à recorrente uma vez que a fiscalização não prova que o valor constante da DCTF não está contido na receita apurada com base no Livro Registro de Saídas da mercadoria. Assim sendo, deverá ser recalculado o valor do crédito relativo ao período após a exclusão do valor de R\$ 68.857,76 devidamente declarado na DIPJ e DCTF.

Quanto à aplicação da multa qualificada, entendo correta a decisão de 1ª. Instância, uma vez caracterizada a prática reiterada de omissão da receita combinada com a falta de entrega de declaração

Diante do exposto, dou provimento provimento ao recurso da pessoa física José Maria Passarelli Filho a fim de afastar a responsabilização tributária do mesmo. Quanto a pessoa física Gerson Coronado Polido, dou provimentos parcial ao recurso para afastar a responsabilização tributária e quanto ao lançamento, reduzir a base de cálculo dos tributos lançados nos meses de abril/2003 e maio/2003 para os montantes de R\$ 1.420.626,97 e R\$ 868.131,63 respectivamente e, no 4º. trimestre de 2002, excluir da tributação o valor de R\$ 68.857,76.

É como voto.


Valéria Cabral Géo Verçoza





MINISTÉRIO DA FAZENDA

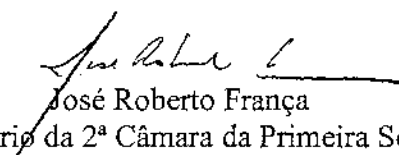
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo : 19515.003144/2005-69

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 81 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 259/2009), intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, a tomar ciência do inteiro ter do **Acórdão nº 1202-00.209**.

Brasília - DF, em 07 de maio de 2010


José Roberto França
Secretário da 2ª Câmara da Primeira Seção
CARF

Ciente, com a observação abaixo:

- Apenas com Ciência
- Com Recurso Especial
- Com Embargos de Declaração

Data da ciência:-----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional