



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.003763/2010-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.772 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2021
Recorrente EXCELLCOM INTEGRACAO E SISTEMAS DE COMUNICACAO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2006, 2007

INTIMAÇÃO POR EDITAL. ART. 23, § 1º DO DEC. 70.235/72. OBSERVÂNCIA DA ORDEM. AUSÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, BEM COMO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Respeitada a ordem prevista no art. 23, § 1º do Dec. 70.235/76, a intimação por edital é plenamente válida e não gera prejuízo para o contraditório e ampla defesa, nem ao devido processo legal.

BOA-FÉ NÃO SE CONSTITUI COMO MOTIVO PARA O NÃO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. LEGALIDADE

Com base na lei, a boa-fé não se constitui como motivo para o não recolhimento de tributos.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. DEIXAR DE FUNCIONAR EM DOMICÍLIO INDICADO SEM INFORMAR AOS ÓRGÃOS COMPETENTES. SÚMULA 435 STJ. ART. 135 DO CTN.

Nos termos da súmula 435 do STJ, se a empresa deixa de funcionar no domicílio fiscal indicado, presume-se que houve dissolução irregular, possibilitando, assim, o redirecionamento da execução para o sócio-gerente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, para, no mérito, negar-lhe provimento, de forma a manter a decisão recorrida pelos fundamentos nela expostos.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocado(a)), Jandir José Dalle Lucca, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **176-198** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão nº **16-33.696**, da 5ª Turma da DRJ/SP1 (fls. **144-158**), em sessão realizada em 12 de setembro de 2011, por meio do qual o referido Órgão julgou improcedente a Impugnação apresentada pelos Contribuintes (fl. **78-91** e **93-110** e docs. anexos), de forma a manter o crédito tributário lançado em desfavor dos Impugnantes.

I. Auto de Infração (AI), Impugnações e DRJ

2. Por economia e celeridade processual, transcreve-se o relatório do Acórdão da DRJ de fls. **146-152**.

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação de fls. 59/62, no decurso dos trabalhos de fiscalização de revisão sumária da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) na empresa acima identificada, verificou-se que houve falta e/ou insuficiência de recolhimento e falta de apresentação de DCTF, relativos ao IRRF, dos anos-calendário de 2006 e 2007, conforme sintetizado nos demonstrativos anexos: "DIRF X DARF 2007 - Demonstrativo do IRRF – Ano-calendário 2006" e "DIRF X DARF 2008 - Demonstrativo do IRRF – Ano-calendário 2007".

A contribuinte foi intimada, em sua sede (Avenida Doutor Lino de Moraes Leme nº 139, sala 01, Vila Paulista, São Paulo, SP, CEP 04360-001 - identificada através de breve relato emitido pela Junta Comercial do Estado de São Paulo) e no domicílio do sócio Wladimir Rodney Palermo (CPF nº 193.850.808-49), a prestar esclarecimentos, justificando ou comprovando as diferenças apontadas no programa DIRF x DARF, através do Termo de Início de Revisão Interna, lavrado em 09/02/2010.

Não tendo a contribuinte prestado essas informações, apesar de haver solicitado dilatação de prazo para tanto, em 08/06/2010 foi lavrado Termo de Reintimação, encaminhado para o endereço supracitado, via postal, o qual não foi entregue por falta de localização da empresa.

A contribuinte foi, então, intimada por edital, não havendo manifestação de sua parte.

As divergências apontadas, no programa DIRF X DARF, encontram-se abaixo resumidas (valores em reais):

Código da receita	Ano-calendário	IRRF informado na DIRF	IRRF pago (DARF)	IRRF informado na DCTF
0561	2006	196.588,03	99,62	0,00
0561	2007	208.546,54	0,00	0,00

Procedidas às regularizações relativas aos pagamentos efetuados, conforme DARF constante nos registros da RFB, foram apuradas divergências, a serem exigidas em Auto de Infração.

Em atendimento a IN RFB nº 1005/2010, artigos 28 e 39, que disciplinam os procedimentos de Baixa de Ofício de CNPJ ou Inaptação, a fiscalização solicitou RPF Diligência para comprovação de "não localização de Pessoa Jurídica", cuja correspondência retornou com informação de "MUDOU-SE" e/ou "AUSENTE", da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Em prosseguimento, a fiscalização realizou diligência junto a Empresa no endereço constante na Alteração Contratual, à Avenida Doutor Lino de Moraes Leme nº 139, sala 01, Vila Paulista, São Paulo, SP, CEP 04360-001, onde constatou que:

- a sala encontrava-se fechada;
- havia um cartaz afixado na porta com um número de telefone para o qual a fiscalização ligou sem conseguir contato;
- segundo os vizinhos mais próximos, ou seja, da sala nº 2 e do térreo, não há presença de pessoas naquela sala há bastante tempo.

Portanto não houve possibilidade de localização da Empresa.

Diante do acima exposto foram emitidos:

- 1) Representação Fiscal - Inaptação da Inscrição no CNPJ, processo nº 19515.003771/2010-67, de acordo com a IN RFB nº 1005/2010 que estabelece:

"Da Situação Cadastral Inapta- Art. 39: Será declarada inapta a inscrição no CNPJ da entidade: II - não localizada: a que não tenha sido localizada no endereço informado no CNPJ."

- 2) Termo de Sujeição Passiva Solidária ao sócio: Wladimir Rodney Palermo, CPF nº 193.850.808-49.

Os valores relativos ao IRRF sobre Rendimentos do Trabalho Assalariado, código 0561, que deixaram de ser pagos e/ou informados em DCTF, estão detalhados em anexo, nos demonstrativos "DIRF X DARF 2007 - Demonstrativo do IRRF – Ano-calendário 2006" e "DIRF X DARF 2008 - Demonstrativo do IRRF – Ano-calendário 2007", coluna "Auto de Infração".

As irregularidades acima descritas sujeitam a contribuinte às penalidades previstas na legislação tributária, sem prejuízo das sanções penais, conforme Lei nº 8.137/1990, que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária.

Em face de todo o exposto, foi efetuado o seguinte lançamento, relativo aos anos-calendário de 2006 e 2007:

Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF)		
Fundamento legal	artigos 620, 621, 624, 625, 626, 636, 637, 638, 641 a 646, do RIR/99 c/c artigo 1º da Lei nº 9.887/99.	
Crédito Tributário (em reais)	405.034,95	Imposto
	303.776,12	Multa de ofício (75%)
	155.366,75	Juros de mora (cálculo até 29/10/2010)
	864.177,82	TOTAL

A empresa foi, então, intimada a recolher ou impugnar o Auto de Infração.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Conforme descrito no Termo de Constatação Fiscal (fls. 48/49) e às fls. 51/52 do Termo de Sujeição Passiva Solidária, presumiu-se dissolvida irregularmente a empresa, pois deixou de funcionar em seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes.

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária do sócio Wladimir Rodney Palermo (CPF nº 193.850.808-49), no s termos dos artigos 124 e 135 do CTN.

Dessa forma, a intimação para recolher ou impugnar o Auto de Infração é extensiva ao sócio supracitado.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA

Cientificada do lançamento (e dos Termos de Verificação, de Constatação e de Sujeição Passiva Solidária) em 23/11/2010 (Aviso de Recebimento nº RJ 28311617 7 BR), a empresa, por meio de seu advogado, apresentou, em 20/12/2010, a impugnação de fls. 78/91, alegando, em síntese, o seguinte:

DA FALTA DE PROVAS PELA ACUSAÇÃO

Pela suposta acusação de "falta de recolhimento do IRRF sobre o trabalho assalariado" deveria a fiscalização ter apresentado documentação que comprovasse que sobre o salário das pessoas físicas não houve o recolhimento do montante supostamente devido.

E mais. A fiscalização deveria ter acionado as próprias pessoas físicas, questionando, assim, pelo pagamento do IRRF, pois nenhum documento juntou como prova de que recolheram referido tributo. E não acionar a impugnante.

Nessa esteira, nem sequer relacionou as inscrições dos CPFs cujos recolhimentos supostamente não ocorreram. Diante disso, não há como se exigir tributo.

Jamais houve a falta de recolhimento de qualquer exação fiscal, sendo que a autuação é totalmente desprovida de fundamentos e provas.

No entanto, caso assim não se entenda, no máximo poderia a fiscalização ter exigido multa pela falta de cumprimento de obrigação acessória pela suposta acusação de falta de apresentação de DCTF, e não cobrado da impugnante o montante do IRRF supostamente devido.

DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO

A ciência da contribuinte quanto ao teor do Termo de Início de Revisão Interna se deu via postal, ou seja, por Aviso de Recebimento. Após tentativa de reintimar a contribuinte do referido procedimento fiscal, o Aviso de Recebimento foi supostamente recusado por falta de localização.

Por conta desse suposto fato, foi afixado Edital nº 164/2009, nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo - DEFIS/SPO, com o objetivo de dar ciência à contribuinte do Termo de Intimação de início de fiscalização.

Por conseguinte, após o transcurso do prazo sem a manifestação da contribuinte, esta foi declarada "dissolvida irregularmente" pela Receita Federal, conforme Termo de Verificação.

Ocorre que a legislação pertinente - artigo 23 do Decreto 70.235/72 - estabelece que a intimação se dará pessoalmente, e havendo recusa, há necessidade de declaração escrita de quem intimar. Assim, pressupõe que a intimação será feita pelo próprio Auditor da Receita Federal ou por Oficial de Justiça.

No presente caso, por razões desconhecidas, o Auto de Infração foi lavrado no ventre da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo - DEFIS/SPO (Avenida Pacaembú, nº 715 - 1º andar - São Paulo/SP), e encaminhado via postal ao endereço da contribuinte. Noutras palavras, o Auditor Fiscal não se deu o trabalho de pessoalmente intimar o contribuinte, e preferiu nomear a via postal.

Em verdade, a pretensa vontade do legislador ao estabelecer em seu inciso "I" a intimação pessoal do contribuinte, foi determinar uma ordem de preferência aos atos administrativos, de modo a tornar sempre que possível a intimação pessoal como regra.

Sem embargos ao alegado, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que no procedimento administrativo a intimação por edital é medida de exceção e só deve ser realizada quando forem infrutíferas as tentativas ordinárias de ciência dos interessados.

Em suma, a nomeação da via postal para dar ciência à contribuinte, ato este praticado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, está eivado de vício, por não preencher os requisitos mínimos e exigíveis e por não esgotadas as vias para dar-lhe ciência.

Por fim, por estas razões, não pode prosperar a certificada revelia da contribuinte, devendo o ato administrativo ser revogado e outro em seu lugar refeito, ao passo de oportunizar à contribuinte o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

DA MULTA DE 75%

Não obstante a incomprovada infração, lhe foi aplicada multa ao patamar de 75% sobre o valor do imposto, "supostamente devido". Contudo, conforme depreende das premissas aduzidas e dos demais documentos acostados, não existe imposto a pagar e muito menos a sua exigibilidade. O que per si cai por terra qualquer imaginação coalhada acerca da inserção da referida multa.

Em verdade, só se admite a aplicação da multa de ofício quando comprovado que o contribuinte tentou fraudar a legislação do Imposto de Renda, o que não é o caso. Portanto, deve ser afastada a aplicação da multa de ofício no valor de 75% sobre o valor do tributo por conta do seu caráter confiscatório e abusivo.

A exigência de multa, fixada no montante de 75%, próximo ao do débito cobrado, apenas pelo suposto não recolhimento do tributo, sem que tenha havido grave ofensa à ordem tributária, padece de razoabilidade, configurando confisco, vedado pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Deve ser levado em consideração que sobre esta mesma multa o Fisco aplica de forma abusiva e sem previsão legal juros moratórios sobre a multa de ofício, o que na realidade trata-se de um bis in idem, e em total abuso de direito pela fiscalização.

Sendo assim, requer se digne esta Delegacia de Julgamento em afastar a aplicação da multa de ofício em decorrência de ausência de grave ofensa à ordem tributária e por conta de inexistência de imposto a recolher conforme razões já expostas.

DO PEDIDO

Ante ao exposto, requer a impugnante:

1. que seja cancelado o Auto de Infração, em virtude da ofensa aos princípios norteadores do direito, em especial, da ampla defesa e do contraditório, bem como em razão da insubsistente e alegada infração;
2. que seja julgado improcedente o lançamento por conta da falta de comprovação por parte do Fisco;
3. em relação à multa de ofício, que a mesma seja afastada, tendo em vista o seu caráter confiscatório, ou mesmo reduzida, por conta de que não houve prova de fraude por parte da contribuinte;

4. que os juros moratórios sejam aplicados a razão de no máximo 1% a.m., afastando a aplicação da taxa SELIC, que prevê juros e correção monetária.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO SÓCIO DA EMPRESA

Cientificado do lançamento (e dos Termos de Verificação, de Constatação e de Sujeição Passiva Solidária) em 23/11/2010 (Aviso de Recebimento nº RJ 28311617 7 BR), o sócio da empresa, Sr. Wladimir Rodney Palermo (CPF nº 193.850.808-49), por meio de seu advogado, apresentou, em 20/12/2010, a impugnação de fls. 93/110, alegando, em síntese, o seguinte:

DA NULIDADE DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA ILEGITIMIDADE DO IMPUGNANTE

O simples fato de os Termos enviados pela fiscalização ao impugnante terem retornado sem recebimento não enseja a liberdade da fiscalização em lavrar um Termo de Sujeição Passiva Tributária incluindo o nome do sócio da empresa como responsável pelo suposto débito da mesma.

Não houve processo judicial que determinasse a desconsideração da personalidade jurídica da empresa fiscalizada para que fosse determinada a responsabilidade tributária de seus sócios. E para que isso fosse possível deveria ter-se comprovado materialmente a conduta dolosa, fraudulenta ou simulativa dos gestores da empresa após todo um processo judicial que permitisse ao acusado o exercício de seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Não pode um membro da fiscalização fazendária determinar a dissolução irregular de uma empresa a seu bel-entendimento. Essa ação é ilegal e inconstitucional, pois fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, conclui-se que o impugnante não é responsável pelo débito tributário que lhe impõe ilegalmente a fiscalização.

Caso se apurasse eventual responsabilidade tributária, esta deveria ser de competência da empresa, e não de seus sócios. Neste caso, os sócios não são devedores solidários pois, no Direito, a solidariedade jamais é presumida, e a fiscalização também não faz prova juntando o respectivo processo administrativo que considera a empresa dissolvida irregularmente. Foi considerada sob essa situação mediante mera decisão da fiscalização devido ao retorno das correspondências enviadas.

Para que o nome do sócio conste como responsável tributário de débito exigido de pessoa jurídica, deve ter havido, anteriormente, um processo administrativo encerrado que tenha dado oportunidade para o sócio acusado se defender e, por fim, decidido pela atuação deste com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

Como se conclui pela análise deste caso, nem sequer foi instaurado processo administrativo para averiguação de prática de atos em excesso ou contrário à Lei, contrato social ou estatuto, do impugnante.

Dessa forma, e com o fim de burlar a lei e a jurisprudência, a fiscalização, no momento da apuração de "dissolução irregular" da empresa, de forma arbitrária e sem qualquer parâmetro jurídico ou prova, está lançando o nome de um dos sócios que estava figurando no quadro societário na época, a fim de evitar o ônus probatório no trâmite de um possível processo administrativo versando sobre o artigo 135 do CTN.

Entretanto, essa forma indireta de apuração da responsabilidade tributária deve ser vista com ressalvas, uma vez que fere o princípio do contraditório e do devido processo legal albergado na Constituição, pois ao se concluir pela dissolução irregular

da empresa, de forma indiscriminada, tentam induzir o julgador em erro, pelo simples fato de as correspondências enviadas à empresa terem retornado.

A presunção se reserva tão somente à existência do crédito em si, e nunca em relação à responsabilidade tributária eventualmente existente.

O ônus da prova nos casos em que se presume pela dissolução irregular de sociedade, continua sendo da Receita Federal, sob pena de desvirtuar a ordem jurídica e submeter ao arbítrio de uma só parte a formação do crédito tributário sem a prova da participação do responsável no fato que incorreu na hipótese de incidência tributária.

Segundo o ordenamento pátrio, os sócios são responsáveis 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.

No entanto, o redirecionamento da responsabilidade pelo débito tributário ao impugnante sustentou-se na dissolução irregular da sociedade.

Ocorre que a dissolução irregular da sociedade, em que pese suficiente para a legitimação processual, não constitui, por si só, causa de responsabilização material do sócio pelos débitos da empresa, isso porque a difícil situação econômico-financeira que assola o País induz o fechamento de empresas por causas que se desviam do dolo, da fraude, da infração à lei, sendo produto justamente deste descompasso social.

Vale lembrar que a dissolução da sociedade enseja o encerramento das atividades desta, com a devida liquidação de seus ativos e passivos, fato não comprovado pelo expediente fiscal. Ainda, pela consulta de situação cadastral realizada junto ao sítio da Receita Federal constata-se que a empresa encontra-se ativa, conforme documento ora juntado.

Cabe à fiscalização fazer prova de que, juntamente com a dissolução de fato da sociedade, houve, mediante dolo ou fraude, a dissipação do patrimônio da empresa, o qual deveria ser destinado à satisfação dos credores. Isto é, para que haja a responsabilização do sócio ou administrador pelas dívidas da pessoa jurídica, demanda-se, minimamente, prova indiciária de que o suposto fechamento da empresa foi motivado pelo intuito de fraudar credores, desviar bens ou violar a lei, o que o impugnante não logrou fazer.

Somente as condutas que afrontam a legalidade, o contrato ou o estatuto social, e que configurem, ao mesmo tempo, fato gerador de obrigação tributária, é que poderão servir de geratriz da responsabilidade solidária, por força do artigo 135, inciso III, do CTN.

DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO

O impugnante contesta as intimações, trazendo aos autos exatamente os mesmos argumentos apresentados pela empresa em sua impugnação.

DO PEDIDO

Ante ao exposto, requer o impugnante:

1. que seja excluído o nome do impugnante do Termo de Sujeição Passiva Tributária referente ao Auto de Infração em tela;
2. que cancelado o Auto de Infração devido à improcedência do procedimento fiscalizatório no tocante ao meio adotado para cientificar o contribuinte;
3. que seja julgado improcedente o lançamento por conta da falta de comprovação por parte do Fisco.

3. A DRJ julgou pela IMPROCEDÊNCIA da Impugnação, nos seguintes termos da Ementa (fls. 144-145).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2006, 2007

INTIMAÇÕES DURANTE A AÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Regulares as intimações efetuadas durante a presente ação fiscal, visto que (1) não há ordem de preferência entre a intimação pessoal, a por via postal (ou telegráfica, etc.) e a por meio eletrônico; e (2) não é necessário se recorrer a todos esses meios antes de optar pela intimação por edital, bastando que seja improficuo qualquer um dos 3 meios citados.

DIFERENÇA DIRF X DARF X DCTF. PRESUNÇÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRRF.

Presumida a falta de recolhimento do IRRF declarado na DIRF, cabe à contribuinte o ônus de comprovar, através de documentos hábeis e idôneos, que não ocorreu o fato gerador do IRRF (e que, portanto, teria havido erro no preenchimento das DIRFs) ou que houve o regular recolhimento dos valores retidos; não logrando fazê-lo, correta a cobrança do tributo, com os acréscimos legais.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO COM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO.

Os sócios com poderes de administração respondem solidariamente pelo imposto devido pela pessoa jurídica que (1) deixar de funcionar sem proceder à liquidação ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação; ou (2) deixar de funcionar em seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA À TAXA SELIC.

A aplicação da multa de ofício e o cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC têm previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da legalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de aspecto que não faz parte da presente lide, concernente à cobrança do crédito tributário, a autoridade julgadora não se manifesta a respeito de juros sobre multa de ofício.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

4. Em suma, o Órgão julgador decidiu que não houve qualquer irregularidade quanto a nenhuma das intimações efetuadas, sendo descabida a alegação de nulidade. A entrega de declaração indicando valor devido e seu não recolhimento faz presumir o débito, devendo o sujeito passivo comprovar que não ocorreu o fato gerador ou que houve recolhimento dos valores retidos, o que não fez. A aplicação da multa de 75% foi feita nos termos da lei. A discussão de juros sobre a multa não faz parte da presente lide. Sobre a possibilidade disso ocorrer, não deve a DRJ se manifestar. A Selic é prevista em lei. Por ter extinguido a sociedade irregularmente, com base no art. 124 do CTN e no art. 207 do RIR/99, bem como a Súmula 435 do STJ, foi adequada a responsabilização do sócio.

II. Recurso Voluntário

5. Em face da decisão da DRJ, apenas o Responsável, Sr. Wladimir Rodney Palermo interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, em suma, que: **a)** passava por dificuldades financeiras e, tendo em vista o valor que dispunha à época, “optou por remunerar seu quadro de funcionários.”, devendo a falta de recolhimento ser considerada mera irregularidade administrativa, com ausência de dolo ou má-fé. De acordo com o art. 135 do CTN, os representantes somente podem ser responsabilizados por prática de excesso de poder, infração à lei ou contrato social, o que não ocorreu. Deve o lançamento ser cancelado; **b)** o contribuinte se encontra em situação de vulnerabilidade, pois seria compelido a recolher tributos de forma ilegal; **c)** ilegitimidade do recorrente. O simples fato de não ter conseguido intimar a Empresa Contribuinte não justifica a responsabilização. Não houve processo judicial, para que houvesse a desconsideração da personalidade jurídica. Teria ainda sido comprovada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulativa dos gestores da empresa. Não foi observado o devido processo legal. Não houve dissolução da sociedade; **d)** após tentar a intimação da Empresa, mas sem sucesso, houve a intimação por edital e em virtude disso foi concluído que a sociedade teria sido dissolvida irregularmente. A intimação se dá de forma pessoal, devendo o Auditor intimar pessoalmente o contribuinte. Por não ocorrer assim há vício; **d)** há desrespeito a princípios constitucionais, no caso, a falta de citação pessoal gera prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao devido processo legal. Ao final, requer o acolhimento do Recurso para a anulação do Auto de Infração.

6. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.

7. É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

8. Com base no art. 33 do Decreto 70.235/72 e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fl. **174 – 06/11/12**), bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fl. **176 – 05/12/12**), conclui-se que este é tempestivo.

9. Tendo em vista que o Recurso Voluntário atende aos demais requisitos de admissibilidade, o conheço e, no mérito, passo a apreciá-lo.

PRELIMINARMENTE

III. Infração ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal

10. O Recorrente alega que após tentativas de intimação da Empresa sem sucesso, houve a intimação por edital e em virtude disso foi concluído que a sociedade teria sido

dissolvida irregularmente. A intimação deve ser feita de forma pessoal, devendo o Auditor intimar pessoalmente o contribuinte. Caso não se proceda assim, há vício e desrespeito a princípios constitucionais, pois gera prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao devido processo legal.

11. Inicialmente se ressalta que apenas o Responsável no processo apresentou Recurso Voluntário. Tendo em vista que o mesmo foi intimado via postal do Auto de Infração e demais documentos, inclusive, do Termo de Sujeição Passiva (fl. 75), poder-se-ia questionar sobre a legitimidade da argumentação sobre a intimação por Edital feita à Empresa Contribuinte.

12. Pelo fato da responsabilidade ser atribuída ao sócio em virtude da não localização da sociedade no local por ela indicado, bem como, pelo fato de ser declarada sua “Situação Cadastral Inapta”, conforme se observa da parte do Temo de Verificação Fiscal (TVF) a seguir (fl. 61), entende-se que há relação da intimação por edital da Contribuinte com a situação do Recorrente, emanando efeitos que são importantes e devem ser analisados.

Diante do acima exposto foram emitidos:

- 1) **Representação Fiscal-Inaptidão da Inscrição no CNPJ, processo nº 19515.003771/2010-67**, de acordo com a IN/1005, de 08/02/2010 que estabelece:

“Da Situação Cadastral Inapta – Art. 39: Será declarada inapta a inscrição no CNPJ da entidade: II – não localizada: a que não tenha sido localizada no endereço informado no CNPJ.”

- 2) **Termo de Sujeição Passiva Solidária** ao sócio: WLADIMR RODNEY PALERMO, CPF nº 193.850.808-49

13. Não procede a alegação de que a intimação deve ser pessoal e caso não se atue assim há vício insanável. Isto porque a intimação nos procedimentos e processo administrativo fiscal é regida pelo art. 23 do Dec. 70.235/72. Os incisos do artigo não indicam uma ordem a ser cumprida, mas sim formas de cumprimento da intimação, que pode ser pessoal, por via postal ou por meio eletrônico. Inclusive, na maioria dos casos de grandes empresas no processo administrativo, a intimação é feita por meio eletrônico. Assim não há de se exigir que a intimação seja feita apenas ou primeiramente de forma pessoal. Tal ordem, por outro lado, é exigida quando a intimação for feita por edital, nos termos do art. 23, § 1º do Dec. 70.235/72. Foi o que ocorreu. Houve duas tentativas de intimação via postal para o endereço constante nos cadastros fiscais (fls. 28 e 33) sem sucesso, depois o fiscal se dirigiu até o local, por duas vezes, onde não obteve sucesso em encontrar ninguém no local informado como domicílio. Houve ainda várias tentativas infrutíferas de contato por meio do número de telefone constante na porta da sala onde seria o domicílio da Sociedade. Todas essas informações podem ser observadas no Termo de Constatação Fiscal, à fls. 48.

1 – A empresa foi constituída em 24/10/2001, conforme consta do breve relato emitido pela Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, sob o NIRE nº 35217221725;

2 – Em 28 de dezembro de 2007, foi registrada a Alteração Contratual sob o nº 470.845/07-7, alterando o endereço da sede para a Avenida Doutor Lino de Moraes Leme nº 139, sala 01, Vila Paulista, São Paulo – SP, CEP 04360-001, não tendo o contribuinte comunicado a RFB a sua nova localização;

3 – Em 23 de setembro de 2010, comparecemos no endereço Avenida Doutor Lino de Moraes Leme nº 139, sala 01, Vila Paulista, São Paulo – SP, CEP 04360-001, tendo encontrado a sala fechada, somente com um cartaz na porta com os dizeres QUADRATA Comunicações Empresariais – Tel.: 92026222 Contabilidade;

4 – Na porta de entrada do prédio estava o Sr. Alexandre Revolta, CPF nº 064.095.698-07, ocupante da sala nº 2, no mesmo endereço, que nos informou não ter notado a presença de alguém na sala nº 1, há bastante tempo;

5 – Tentei várias vezes contato no telefone 92026222, inclusive deixando recado na caixa postal, não havendo retorno até a presente data;

6 – Nesta data, comparecemos novamente naquele endereço, na tentativa de localizar o contribuinte, encontrando a mesma situação, ou seja, a sala encontrava-se fechada com o mesmo cartaz afixado na porta, conforme fotos anexas, retiradas do local;

7 – Na Avenida Doutor Lino de Moraes Leme nº 141, endereço localizado no térreo do mesmo prédio, funciona a empresa ZERO KM MOTOS LTDA. – ME, CNPJ nº 72.736.531/0001-58, que usa como nome fantasia PHAMA MOTOS. O sócio, Sr. Ronaldo Longaretti, CPF nº 661.985.268-87, nos informou que não vê ninguém ocupar a sala nº 1, há muito tempo; //

14. Ora, do exposto, percebe-se que antes da emissão do edital houve várias tentativas de intimação, inicialmente via postal e, após, pessoalmente com o deslocamento de agentes até o local indicado. Assim, o procedimento para a publicação do edital foi adequado.

15. Quanto à infração ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, não se constata nenhuma dos procedimentos acima examinados. Pelo contrário, estão de acordo com a legislação. Ademais, percebe-se que as peças recursais dos sujeitos passivos foram apresentadas dentro dos prazos e com as devidas argumentações abordando a matéria. Em virtude de tal desenvolvimento, não se deve reconhecer procedência aos argumentos desse tópico.

16. A alegação de dissolução irregular da sociedade é abordada em tópico subsequente.

MÉRITO

IV. Boa-fé e situação de vulnerabilidade

17. O Recorrente afirma que estava em dificuldades financeiras e, tendo em vista o valor que dispunha à época, “optou por remunerar seu quadro de funcionários”, o que torna a falta de recolhimento ser considerada mera irregularidade administrativa, com ausência de dolo ou má-fé. Afirma também que se encontra em situação de vulnerabilidade, pois foi compelido a recolher tributos de forma ilegal.

18. Por mais que a dificuldade financeira sofrida pelo Responsável possa sensibilizar este Relator, bem como essa Turma, não se caracteriza, desafortunadamente, como motivo para que as obrigações deixem de ser exigíveis ou exigidas. Igualmente é o que ocorre com a boa-fé. A lei compele às Autoridade administrativas a exigir os tributos e seguir os atos previstos pelas normas.

19. Quando à vulnerabilidade, não há como se reconhecer que a imposição de tributos é sua causa. O pagamento de tributos é contribuição para a participação social.

V. Responsabilidade

20. De acordo com o Recorrente, o mesmo seria parte ilegítima, pois o simples fato do Agente fiscal não ter conseguido intimar a Empresa Contribuinte não justifica a Responsabilidade tributária, nos termos do art. 135 do CTN. Deveria ter sido comprovada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulativa dos gestores da empresa, para lhe atribuir o dever de arcar com os tributos dela. Não teria havido a dissolução irregular da sociedade. Ademais não houve processo judicial para que houvesse a desconsideração da personalidade jurídica.

21. Para se situar, o termo de sujeição passiva solidária prevê que a responsabilização do sócio, ora Recorrente, deu-se pelos arts. 124, I e 135, II e III do CTN (fls. 52-53).

22. Desde já se afirma que a atribuição de responsabilidade tributária, nos termos dos artigos citados não é de exclusividade do judiciário. A atribuição, pode ser feita em âmbito administrativo, cabendo, obviamente ao contribuinte a contestação e direito de defesa relativa a tal atribuição. Tal afirmação encontra fundamento nos próprios artigos, que preveem que “são” responsáveis as pessoas que se encaixam nas condutas e situações neles previstas.

23. Sobre a dissolução irregular, tem-se a afirmar que a súmula 435 do STJ prevê que a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicar aos órgãos competentes, que nesse caso se trata também da Receita Federal, presume-se dissolvida irregularmente, cabendo o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Ainda que a súmula não se direcione especificamente ao processo administrativo, mas à execução fiscal, entende-se que se possível tal situação no judiciário, então ela é aplicável também no administrativo. Como visto no tópico acima, a Contribuinte deixou de funcionar em seu domicílio informado e não informou ao Fisco, o que justifica a responsabilização. Além disso, o Recorrente alega que não houve a dissolução, mas não informa que fim levou a sociedade, pelo contrário, dá a impressão que pelas dificuldades financeiras, houve seu fechamento. Assim, entende-se que foi adequada a responsabilização do sócio.

VI. Conclusão

24. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, de forma a manter a decisão da DRJ pelos fundamentos expostos.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart

Fl. 13 do Acórdão n.º 1402-005.772 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.003763/2010-11