



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

Processo nº 19515.720558/2011-02
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.536 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2014
Matéria IRPJ - Responsabilidade Tributária
Recorrente Maurice Alfred Boulos Junior, Responsável Tributário por Onicron Trading Comércio de Vestuário Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

Ementa:

NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA.

A possibilidade de se defender da imputação de responsabilidade na fase administrativa concretiza, ao responsabilizado, a ampla defesa, impedindo que ela fique restrita à defesa judicial, via embargos à execução, numa eventual execução do título representado pela CDA.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS.

Pessoa física que não consta do contrato social mas que era seu administrador de fato, conforme demonstrado mediante prova indireta, responde pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A não observância da norma que impõe que todas as obrigações da sociedade devem ser cumpridas antes da sua extinção enquadra o ato como sendo uma dissolução irregular, constituindo infração de lei, a legitimar a atribuição da responsabilidade nos termos do art. 135, III, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

O litígio posto a julgamento trata, exclusivamente, de responsabilidade tributária atribuída a terceiro, relativa a autos de infração lavrados contra a empresa Onicron Trading Comércio de Vestuário Ltda., relativo a Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins do ano calendário de 2006, com imposição de multa qualificada.

A decisão de primeira instância contém minucioso relato dos fatos, que reproduzo:

“Segundo a fiscalização, dedicada ao comércio atacadista de vestuário e acessórios, a empresa teria por único sócio o Sr. Edgard de Mello Netto, CPF nº 219.728.938-15.

No ano calendário de 2006, apesar de ter informado, na DIPJ, a opção pelo Lucro Presumido, os campos para informação acerca das receitas auferidas na atividade estariam “zerados”, e nas DCTF do 1º e 2º semestres não teriam sido informados débitos de tributos e contribuições federais.

Em contrapartida, as instituições financeiras informaram à RFB que a empresa teria movimentado em suas contas correntes e de investimentos, no ano calendário de 2006, a importância de R\$ 5.403.781,33.

Em 04/11/2010, teria sido feita uma tentativa de ciência pessoal do termo de início de fiscalização, no domicílio fiscal da pessoa jurídica (ou endereço cadastrado no CNPJ) – *Rua Benedito Lupin, 93, Conj. 01, Itaim Bibi, São Paulo/SP*. Entretanto, não teria sido possível localizar a empresa no endereço, conforme termo de constatação lavrado naquela data. A fiscalização fez constar que teria se deparado *com uma casa assobradada, aparentemente vazia, com a porta de entrada trancada, pelo lado externo, com corrente e cadeado. Existiam na parede frontal da casa várias placas de imobiliárias com dizeres ‘Vende-se’ e ‘Aluga-se’*.

O termo de início foi então encaminhado, por via postal, ao endereço cadastral do único sócio do empreendimento, Sr. Edgard de Mello Netto (*Rua Armindo Hahne, 41, Presidente Altino – Osasco/SP*), mas a correspondência foi devolvida pelos Correios, com a informação “Desconhecido”.

Por conta das dificuldades em localizar a pessoa jurídica ou qualquer dos responsáveis pelo empreendimento, a ciência do termo de início teria sido efetivada pelo Edital nº 285/2010, afixado na Delegacia, em 04/11/2010, tendo sido a empresa intimada a apresentar, entre outros, os seguintes documentos, relativos ao ano calendário 2006: (i) Livro Diário e Razão, ou, alternativamente, o Livro Caixa; (ii) Livros Registro de Entradas e Saídas; (iii) Livros Registro de Apuração ICMS e ISS; (iv) Extratos bancários das contas correntes e aplicações financeiras de titularidade da pessoa jurídica.

Expirado o prazo de 20 (vinte) dias, diante da falta de apresentação dos extratos bancários pela pessoa jurídica regularmente intimada, e constatada hipótese de indispensabilidade prevista no art. 3º, XI do Decreto nº 3.724, de 2001, ou seja, indícios de que o titular da conta corrente seria interposta pessoa, por conta de a movimentação financeira, foi efetuada Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, na qual foram solicitadas cópias dos dados cadastrais, extratos das contas correntes e aplicações financeiras, referentes ao ano calendário de 2006, cópias de cheques, TED e DOC emitidos pela pessoa jurídica com valores superiores a R\$ 30.000,00, e ainda, cópias das procurações outorgadas para movimentar tais contas.

Da análise da documentação obtida junto à instituição financeira, a fiscalização teria extraído as seguintes informações:

- No início de 2006, a pessoa jurídica era titular, no Bradesco, agência nº 01252, da conta corrente nº 58.1003. A conta corrente teria sido aberta em 06/05/2005;
- Em 07/04/2006, o saldo da conta corrente acima foi transferido para a agência nº 01333, conta corrente nº 106.0066;
- Não foi encontrada procuração com outorga de poderes a terceiros para movimentação dos recursos;
- A pessoa de contato identificada na Ficha Cadastral era o Sr. Maurício Boulos;
- Os Srs. Edgard de Mello Netto e Nelson Rodrigues, identificados como sócios do empreendimento, detinham poderes para assinar cheques e outras movimentações bancárias, sendo que todos os cheques solicitados na amostra (acima de R\$ 30.000,00) teriam sido assinados pelo Sr. Edgard de Mello Netto;
- Com base nas cópias dos cheques, TED e DOC, foi elaborado um demonstrativo (Anexo C) dos principais beneficiários e remetentes de recursos para as contas correntes da pessoa jurídica fiscalizada.

Com base nos extratos, foi efetuada a conciliação entre a movimentação financeira das contas correntes, tendo sido providenciada a exclusão dos depósitos/créditos

correspondentes a transferências entre contas correntes, poupanças e aplicações financeiras, e a resgates de poupança, estornos, empréstimos bancários, etc.

Em 17/01/2011, foi lavrado um termo de intimação, no qual a pessoa jurídica foi instada a comprovar, com base em documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados/creditados, no ano calendário de 2006, em suas contas correntes, discriminados no anexo e resultantes da conciliação bancária acima mencionada. Novamente a ciência teria se dado por Edital (Edital nº 12/2011), afixado na Delegacia, no dia 17/01/2011. Expirado o prazo concedido de 20 (vinte) dias, não teria sido apresentada qualquer resposta.

Posteriormente, em pesquisa na Ficha Cadastral da JUCESP, foi verificado que a empresa havia sido constituída em 20/04/2005, com um capital social de R\$ 500.000,00, pelos sócios AFRICAN FOOD & COMMODITY TRADING (R\$ 247.500,00 – 49,5%), PREMIUM RICE TRADING INC. (R\$ 247.500,00 – 49,5%) e Sr. EDGARD DE MELLO NETTO (R\$ 5.000,00 – 1%). As sócias pessoas jurídicas, ambas sediadas no exterior, respectivamente, no Reino Unido e nas Ilhas Cook, teriam designado o sócio minoritário como procurador no País.

Constava ainda da Ficha Cadastral que, em 01/11/2005, ambas as empresas estrangeiras teriam se retirado da sociedade, e as quotas do capital social teriam sido assim redistribuídas: (i) R\$ 350.000,00 – 70% para o Sr. EDGARD DE MELLO NETTO, CPF nº 219.728.938-15; e (ii) R\$ 150.000,00 – 30% para o Sr. NELSON RODRIGUES, CPF nº 92.414.24800. O sócio majoritário teria sido designado o administrador da empresa. Em seguida, em 19/04/2006, o Sr. NELSON RODRIGUES teria se retirado da sociedade, que remanesceria apenas com o sócio Sr. EDGARD DE MELLO NETTO.

Em 05/07/2007, o Distrato Social, datado de 22/01/2007, foi registrado na JUCESP, ficando a guarda dos livros e documentos sob a responsabilidade do Sr. EDGARD DE MELLO NETTO, domiciliado à Rua Pratápolis, 480, Butantã, São Paulo/SP. Entretanto, não teria sido providenciada a baixa do CNPJ junto à RFB.

Foi então providenciado o encaminhamento de nova intimação ao endereço do sócio administrador, obtido na Ficha Cadastral da JUCESP, para que fossem apresentados os livros contábeis e fiscais da empresa do ano calendário 2006, e para comprovar a origem dos recursos depositados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, conforme relação anexa.

No AR consta que a intimação foi recebida em 07/02/2011, e em 22/02/2011, o administrador teria solicitado uma prorrogação de prazo de 90 (noventa) dias para atendimento, justificando que os livros e documentos fiscais da empresa estariam com os antigos contadores, com os quais não teria conseguido contato, e que a recomposição da movimentação financeira demandaria tempo.

Em 28/03/2011, outra intimação foi formalizada e encaminhada ao mesmo endereço, para que o administrador da empresa comparecesse à Delegacia, às 14 horas, do dia 13/04/2011, para responder a questionamentos sobre as operações da sociedade fiscalizada. Entretanto, a correspondência foi devolvida pelos Correios com a informação “Mudou-se”.

Em 18/04/2011, o Sr. EDGARD DE MELLO NETTO, agora por intermédio de seu advogado e bastante procurador, Sr. DANIEL GLAESSEL RAMALHO, requereu nova prorrogação de prazo de 60 (sessenta) dias, alegando a recusa do antigo contador em devolver

os livros e documentos da fiscalizada, com base em Notificação Extrajudicial, datada de 15/03/2011, e recebida pelo destinatário em 18/03/2011.

Na mesma data, o Sr. EDGARD DE MELLO NETTO teria sido novamente intimado, por intermédio de seu advogado e procurador, a comparecer à Delegacia, às 14 horas do dia 04/05/2011, para responder a questionamentos acerca das operações da fiscalizada. O Sr. EDGARD DE MELLO NETTO compareceu e prestou o depoimento, cujo conteúdo teria sido abaixo resumido.

De qualquer forma, ressalta a fiscalização que transcorridos mais de 150 (cento e cinquenta) dias da ciência postal do termo de intimação de 02/02/2011, com ciência em 07/02/2011, e expirados todos os prazos solicitados, não foi apresentado qualquer livro ou documento requerido.

Passa, então, o agente fiscal a discorrer sobre a identificação dos reais beneficiários dos cheques, TED e Doc. emitidos pela fiscalizada, assim como, dos remetentes de recursos depositados/creditados nas contas correntes, no demonstrativo “BENEFIC./REMET. DE CHEQUES/TEDS/DOCS EMITID./RECEB. PELO CONTRIB (ACIMA DE R\$ 30.000,00)” – Anexo C.

Segundo a fiscalização, entre os principais remetentes de recursos para as contas correntes de titularidade da fiscalizada estariam grandes redes de supermercados (WAL MART e BOM PREÇO), empresas de fomento mercantil (DANIELE BANCO FOMENTO COML e TREND SETTER FOMENTO MERCANTIL), empresas dedicadas à comercialização de produtos de informática (TECNO SHOP e SLOT LINE – ambas baixadas no CNPJ, por inaptidão – e ALINFO INTERNET BUILDER), e empresas que operam na área de câmbio (LUCKY TOUR AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO e WORKS ASSESSORIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO – identificada em ação fiscal anterior como interposta pessoa da HAVAÍ CAMBIO E TURISMO LTDA.).

Na tentativa de identificar a atividade que teria dado origem aos recursos depositados, teria sido efetuada circularização junto ao WAL MART BRASIL LTDA. (intimação de 06/05/2011), que foi instado a apresentar a documentação hábil e idônea referente aos depósitos efetuados na conta corrente da fiscalizada, mediante TED, no valor total de R\$ 588.032,30.

Em resposta, datada de 08/06/2011, foram fornecidas cópias de notas fiscais de venda da ONICRON, relativas a mercadorias diversas (tênis, sapatos e projetores de multimídia). Posteriormente, em 20/06/2011, teriam sido apresentados os comprovantes de pagamento, cujos valores seriam inferiores aos dos documentos fiscais por conta de descontos praticados por antecipação de pagamento.

De outro lado, no que se refere aos beneficiários dos pagamentos efetuados por intermédio das contas correntes sob fiscalização, teriam sido identificadas inúmeras pessoas físicas e algumas pessoas jurídicas que recebiam recursos através de TED, tais como a LUCKY TOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO e a CREATIVE BUSINESS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS E CONGÊNERES, de propriedade do Sr. MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR).

Quanto aos pagamentos efetuados por meio de cheques, a grande maioria (80%) teria sido emitido em favor da própria ONICRON ou do BRADESCO, sendo

endossados em branco e descontados no próprio caixa. Entretanto, teria sido possível identificar o Sr. JEFFERSON MARINS, CPF nº 097.878.978-40, como beneficiário de 8 (oito) dos cheques, no valor total de R\$ 509.000,00.

Foi registrado também que em mais de 40% dos cheques da amostra, em favor de JEFFERSON MARINS, BRADESCO ou da própria ONICRON, havia a anotação no verso do nome da pessoa que confirmou os respectivos pagamentos. Os nomes eram “MAURICE” e “FABIANA”, pessoas posteriormente identificadas como MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR, CPF nº 117.782.218-07, sócio proprietário da CREATIVE BUSINESS e sua funcionária FABIANA RODRIGUES FERREIRA, CPF nº 314.175.688-01. Em algumas das anotações no verso dos cheques constava o número do telefone de contato do Sr. MAURICE BOULOS, registrado na ficha cadastral bancária da ONICRON – 31677999.

Constatou-se ainda que o número do telefone atual da empresa ONICRON, extraído do cadastro do CNPJ (31677400), seria o mesmo da CREATIVE BUSINESS, obtido no site da empresa, conforme cópias juntadas aos autos.

Consignou-se então a existência de fortes indícios de que a ONICRON (fiscalizada) teria sido utilizada como interposta pessoa da CREATIVE BUSINESS, para encobrir os reais beneficiários da movimentação financeira.

Para aprofundar a investigação e identificar a função de cada envolvido, as pessoas abaixo designadas foram intimadas a comparecer à DRF para prestar esclarecimentos sobre as operações da fiscalizada:

Nome	CPF	Indício Apurado	Termo de Intimação	Data de comparecimento à DRF
Jefferson Marins	097878978-40	Beneficiário nominal de vários cheques emitidos pela Onicron	02/02/2011	01/03/2011
Maurice Alfred Boulos Junior	117782218-07	Possível administrador de fato da Onicron	02/02/2011	01/03/2011
Edgard de Mello Netto	219728938-15	Único sócio da Onicron	18/04/2011	04/05/2011
Peter Reich	06294138868	Possível envolvido na criação da Onicron	06/05/2011	Ausente do País

Os depoimentos, tomados em separado, foram formalizados em termos, lavrados nas mesmas datas e juntados aos autos, a partir dos quais, segundo a fiscalização, teriam sido esclarecidos os seguintes fatos, em resumo:

1. Sr. JEFFERSON MARINS

- Apresentou-se como soldado da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que na época dos fatos e nos horários de folga, exercia atividades de office boy não registrado para a Sra. VERA LUCIA NATAL DE OLIVEIRA, conhecida “doleira” da cidade de São Paulo;
- Entre outras atividades, a Sr. VERA LUCIA solicitava, eventualmente, ao depoente a retirada de cheques de emissão da ONICRON, no escritório do Sr. MAURICE BOULOS, na sede da

CREATIVE BUSINESS, à Rua Leopoldo Couto Magalhães Júnior, 110, cj. 42, Itaim Bibi, São Paulo/SP;

- Os cheques eram descontados no Banco Bradesco, em seu nome, e o dinheiro sacado era levado para a Sra. VERA LUCIA. Posteriormente, ele se dirigia a diversos bancos e depositava o dinheiro sacado em diversas contas previamente determinadas pela própria Sra. VERA LUCIA;
- Alegou que desconhecia a origem dos cheques, mas que, em conversas paralelas, teria ouvido que o dinheiro seria proveniente de comércio de divisas – operações de câmbio, tendo como destinatários diversas pessoas físicas, normalmente titulares de contas correntes de agências bancárias no interior do País;
- Afirmou que a Sra. FABIANA RODRIGUES THOMAZ, atualmente FABIANA RODRIGUES FERREIRA, era secretária do Sr. MAURICE, e que tinha conhecimento das operações em questão.

A fiscalização, em pesquisa às últimas DIRPF apresentadas pelo depoente, verificou se tratar de pessoa de baixo poder aquisitivo, em situação financeira incompatível para ser o real beneficiário dos 8 (oito) cheques que descontou, num valor total superior a R\$ 500.000,00, em menos de 4 (quatro) meses.

2. MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR

- Apresentou-se como empresário e proprietário da CREATIVE BUSINESS IMP. E EXP. DE ALIMENTOS E CONGÊNERES LTDA. (atual CREATIVE BUSINESS TRADING, IMP. E EXP. LTDA);
- Informou que não tinha relações comerciais com a ONICRON e que apenas conhecia socialmente o Sr. EDGARD DE MELLO NETTO, a ele apresentado por seu sogro, Sr. JORGE CURY. Afirmou que teria ajudado o Sr. EDGARD com a apresentação de potenciais clientes (magazines) e obtenção de crédito bancário;
- Esclarece que o seu nome e telefone, registrados como contato, no cadastro bancário da ONICRON, seria justificado porque ele teria apresentado o Sr. EDGARD ao Banco Bradesco;
- Afirma desconhecer a razão pela qual o telefone da CREATIVE ser o mesmo da ONICRON, no cadastro CNPJ;
- Afirma desconhecer os cheques sacados das contas da ONICRON, e também a razão pela qual o seu nome e o de sua secretária constarem no verso de vários cheques emitidos pela ONICRON. Supôs o depoente que pelo fato de ter apresentado o Sr. EDGARD ao Banco, faria com que ligassem para a sua empresa para se certificarem que os cheques poderiam ser descontados. Fez consignar que o gerente das contas da ONICRON e da CREATIVE seria o mesmo – Sr. Weriton;

- Afirma desconhecer a origem e o destino dos recursos movimentados nas contas correntes da ONICRON;
- Afirma desconhecer o Sr. JEFFERSON MARINS;
- Informou conhecer a Sra. VERA LUCIA desde 2005 e que teria emprestado dinheiro a ela, o que lhe causou problemas, ainda pendentes, na RFB e na Justiça Federal.

A fiscalização consignou que o Sr. MAURICE teria sido preso temporariamente pela Polícia Federal, em junho de 2006, na Operação “Violeta”, acusado de fazer parte de uma rede de doleiros que atuava na troca irregular de moedas e remessa ilegal de recursos para o exterior, na modalidade dólar cabo. Foi juntada reportagem obtida no site do jornal “O Estado de São Paulo”, de 06/06/2006.

3. Sr. EDGARD DE MELLO NETTO

- Apresentou-se como aposentado e não exercendo atividade profissional naquela oportunidade;
- Informou que trabalhou na ONICRON desde a sua constituição em 2005 até a sua extinção em 2007. Disse que a empresa atuava na importação e exportação de diversos tipos de mercadorias (alimentos, vestuário, etc.), tendo como clientes, entre outros, CAMISARIA COLOMBO e ATACADÃO. Como atuava na área comercial, disse que desconhecia os fornecedores. Afirmou que os verdadeiros administradores da empresa eram Sr. PETER REICH e MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR;
- Afirmou desconhecer o trâmite de constituição da empresa, levado a cabo pelo Sr. PETER REICH, e de inclusão de seu nome como sócio. Confirma não ter aportado qualquer recurso na empresa;
- Disse que recebia e assinava os cheques da empresa já preenchidos pela secretária, sob as ordens dos Srs. PETER REICH e MAURICE BOULOS. Afirmou desconhecer a origem e o destino dos cheques apresentados, e o Sr. JEFFERSON MARINS, beneficiário de vários cheques;
- Informou desconhecer que as contas correntes da empresa fossem utilizadas no mercado de câmbio;
- Informou que o Sr. MAURICE BOULOS, administrador de fato do empreendimento, deveria autorizar os pagamentos dos cheques de acordo com as anotações de confirmação no verso de alguns deles. Confirmou que o telefone de contato da ONICRON era do da CREATIVE, empresa de propriedade do Sr. MAURICE, que ao lado do Sr. PETER REICH, eram os responsáveis de fato pelos negócios da ONICRON;

- Informou não conhecer pessoalmente a Sra. VERA LUCIA NATAL DE OLIVEIRA. Apenas soube de seu envolvimento com as operações da empresa, quando foi intimado a prestar depoimento, na Justiça Federal, sobre a “Operação Violeta”, que envolvia uma rede de doleiros;
- Informou que seu atual endereço seria na Rua Joaquim Floriano, 209, apto 1515, Itaim Bibi, São Paulo/SP.

Apesar da alteração de endereço informada e de ter sido regular e especificamente intimado, passados mais de 90 (noventa) dias de seu depoimento, anotou o agente fiscal responsável pelo feito, que o Sr. EDGARD ainda não teria providenciado a alteração de seu endereço no cadastro do CPF.

4. PETER REICH

Em função de ter sido citado nominalmente pelo Sr. EDGARD como um dos administradores de fato do empreendimento sob fiscalização, o Sr. PETER REICH foi intimado, por via postal, a comparecer à DRF para os devidos esclarecimentos. Entretanto, em resposta, a sua esposa informou que ele se encontrava no exterior, e com retorno agendado apenas para o 2º semestre de 2011.

II – Dos lançamentos

No termo de verificação, consta que o lançamento de ofício foi efetivado, porque, no ano calendário de 2006, a ONICRON, apresentou DIPJ com valores “zerados” de receitas auferidas, e em decorrência sem apuração e pagamento dos tributos e contribuições devidos no período.

Entretanto, no curso do procedimento fiscal teria sido apurada omissão de receitas, com base em duas fundamentações:

(i) receita omitida, por conta da apuração de depósitos/créditos em conta corrente de titularidade da empresa, cuja origem não foi comprovada (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996);

(ii) receita omitida, por conta da apuração de vendas de mercadorias ao WAL MART BRASIL.

A determinação da base de cálculo do IRPJ foi efetivada mediante a sistemática do Lucro Arbitrado porque, diante da falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais do período, teria se tornado impraticável a obtenção da base imponible real (art. 530, III, do RIR/99). Como a atividade econômica da empresa, informada no CNPJ, era o comércio atacadista de equipamentos de informática, o percentual de determinação do lucro arbitrado seria 9,6%. De acordo com o art. 24, §2º da Lei nº 9.245, de 1995, o valor da receita omitida foi considerado na determinação das bases de cálculo da CSLL, PIS e Cofins.

Quanto às penalidades, segundo a fiscalização, a sonegação fiscal (art. 71, I, da Lei nº 4.502, de 1964) ficou caracterizada pela comprovação de que parte dos depósitos/créditos nas contas correntes se referiam a receitas não declaradas de vendas comprovadamente efetuadas ao WAL MART BRASIL LTDA.

Ademais, com o objetivo de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária e modificar fraudulentamente as condições pessoais do contribuinte, os verdadeiros administradores da empresa teriam se valido da utilização de interpostas pessoas, o que teria caracterizado o evidente intuito de fraude, definida no art. 72 da mesma Lei nº 4.502, de 1964.

Justifica-se assim a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430, de 1996).

Por outro lado, como após regularmente intimada a pessoa jurídica não teria apresentado os livros e documentos, foi também aplicado o agravamento da penalidade (em 50%, conforme art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 1996.), por falta de atendimento a intimações para prestar esclarecimentos a que estava obrigado pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001 (art. 959 do RIR/99).

A multa qualificada e agravada foi exigida no percentual de 225%.

III – Da imputação de responsabilidade tributária a terceiros

Foi formalizada a imputação responsabilidade pelo crédito tributário constituído *ex officio* contra a ONICRON às seguintes pessoas físicas e jurídica: (i) MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR (CPF nº 117.782.218-07) ; (ii) CREATIVE BUSINESS TRADING IMP. E EXP. LTDA. (CNPJ nº 03.415.216/000106) ; e (iii) EDGARD DE MELLO NETTO, CPF nº 219.728.938-15.

No caso do Sr. MAURICE e da CREATIVE, a fundamentação fática adotada pela fiscalização foi a seguinte:

1. o Sr. Maurice seria a pessoa de contato da ONICRON perante a instituição financeira, constando inclusive o telefone de sua empresa, a CREATIVE, como telefone da ONICRON no cadastro do banco;

2. em diversos cheques emitidos pela ONICRON teriam sido anotados no verso o nome do Sr. Maurice ou de sua secretária (Fabiana), a indicar a prévia confirmação, por eles, via telefone, dos pagamentos;

3. o número do telefone atual da ONICRON no cadastro do CNPJ seria o mesmo da CREATIVE, informado no site da empresa na internet (31677400) ;

4. o depoimento do Sr. Jefferson Marins confirmaria que os cheques emitidos pela ONICRON e por ele descontados, seriam retirados no escritório da CREATIVE, com o Sr. Maurice, proprietário da empresa, ou com sua secretária (Fabiana);

5. a confissão do Sr. Edgard que se apresentou apenas como interposta pessoa para encobrir os verdadeiros sócios e administradores, Sr. Maurice e Sr. Peter;

6. apesar de o Sr. Maurice negar qualquer relacionamento comercial dele ou da CREATIVE com a ONICRON, a fiscalização teria localizado uma transferência bancária, através de TED, em 27/03/2006, no valor de R\$ 110.081,02, originada na conta corrente da ONICRON e destinada à conta corrente da CREATIVE;

7. o Sr. Maurice não teria conseguido explicar a coincidência de telefones da ONICRON e da CREATIVE, no banco e na RFB, e o motivo de seu nome e o de sua secretária aparecer no verso dos cheques emitidos pela ONICRON.

Conclui assim a fiscalização que as justificativas apresentadas pelo Sr. Maurice seriam insuficientes para afastar a prova de que a movimentação financeira da ONICRON beneficiava o Sr. Maurice e a sua empresa CREATIVE, principalmente quando se verifica que grande parte dos pagamentos com os cheques emitidos pela ONICRON somente teriam sido efetivados com a confirmação e autorização de desconto diretamente pelo Sr. Maurice e sua secretária.

Quanto ao Sr. EDGARD, a responsabilidade tributária decorreu dos seguintes fatos: (i) de ser sócio e administrador designado no contrato social da ONICRON, no ano calendário de 2006; (ii) de ser representante da empresa perante a instituição financeira, com poderes de assinar cheques; (iii) de ser o responsável pela empresa perante o CNPJ e JUCESP; (iv) de ter assinado todos os cheques emitidos pela ONICRON selecionados por amostragem; (v) de ser o responsável pela guarda dos livros e documentos contábeis e fiscal da empresa, conforme Distrato Social registrado na JUCESP.

Segundo a fiscalização, todas as pessoas físicas e jurídica designadas como responsáveis participavam das operações da ONICRON apuradas na ação fiscal, como o Sr. EDGARD, sócio e administrador, na abertura das contas bancárias e na assinatura de cheques, ou como o Sr. MAURICE, sócio e administrador de fato do empreendimento, na autorização de desconto dos cheques, e a CREATIVE, na apropriação de parte dos recursos depositados (TED de R\$ 110.081,02).

A atribuição da responsabilidade tributária ao administrador, Sr. EDGARD, fundamentou-se nas disposições do art. 135, III, do CTN. Já a responsabilidade tributária do Sr. MAURICE e da CREATIVE foi feita com base nos preceitos do art. 124, I do CTN.

Foram ainda formalizadas a representação fiscal para fins penais no processo nº 19515.001295/2011-21; e a representação fiscal para fins de baixa de ofício do CNPJ no processo nº 19515.720666/2011-77.

Inicialmente, para dar ciência do termo de verificação fiscal e responsabilidade tributária e dos autos de infração, foi formalizado o Edital nº 118/2011 (fls. 347), afixado em 20/07/2011. Posteriormente, em 27/07/2011, foi providenciado o encaminhamento, por via postal ao endereço cadastral da pessoa jurídica Rua Benedito Lupin, 93, Conj.01, Itaim Bibi, São Paulo/SP, documentação que teria sido recebida em 28/07/2011 (fls. 348).

A correspondência encaminhada ao endereço cadastral do Sr. EDGARD Rua Armindo Hahne, 41, Presidente Altino – Osasco/SP – teria sido devolvida sem recebimento (fls. 349/350), com a informação “Desconhecido”. A documentação foi então encaminhada ao endereço obtido na Ficha Cadastral da JUCESP *Rua Pratápolis, 480, Butantã, São Paulo/SP*, mas também retornou sem recebimento, com a informação “Mudou-se”, dada pelo porteiro/síndico (fls. 351/352). Em seguida, foi feito o encaminhamento da correspondência e da documentação ao endereço por ele fornecido no depoimento prestado na DRF (Rua Joaquim Floriano, 209, apto 1515, Itaim Bibi, São Paulo/SP), entretanto, novamente a correspondência foi devolvida sem recebimento com a informação “Mudou-se” (fls. 353/354).

A correspondência encaminhada ao endereço cadastral do Sr. MAURICE (*Rua Leiria, 139 – Jardim Luzitânia – São Paulo*) foi recebida em 28/07/2011 (fls. 355).

A notificação da CREATIVE BUSINESS encaminhada ao seu endereço cadastral (*Rua Leopoldo Couto Magalhães Júnior, 110 , cj 42, Itaim Bibi, São Paulo/SP*) foi recebida também em 28/07/2011 (fls. 356).

Este o relato dos fatos, contido na decisão de primeira instância, do qual me servi, para conhecimento dos meus pares, por sua clareza

Foi apresentada impugnação exclusivamente pelo Sr. Maurice, questionando a responsabilidade que lhe foi atribuída, assim resumida pelo relator do voto condutor do acórdão de 1ª instância:

Afirma a tempestividade da impugnação e a nulidade das autuações, por cerceamento ao direito de defesa.

Transcreve diversos preceitos da Lei nº 9.784, de 1999, discorre com base em doutrina sobre os princípios da legalidade, da motivação dos atos administrativos e da garantia de ampla defesa.

Segundo a defesa, verifica-se no presente caso a ocorrência de cerceamento de defesa, “vez que cabia ao Fisco notificar Maurice Alfred Boulos Junior para que apresentasse documentos ou informações que comprovassem ou, de outra forma, o absolvesse sumariamente da responsabilidade solidária a que está sujeito” (destaques do original). A medida seria de vital importância para o exercício da ampla defesa e do contraditório, já que os lançamentos foram calcados em fatos que o Impugnante desconhecia, e lhe foi atribuída responsabilidade conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Segundo a Impugnante, o processo administrativo fiscal não seria o veículo ideal para que fosse demonstrada a ausência de fundamento de sua inclusão no polo passivo dos lançamentos, deveria o Fisco ter realizado diligências para provar a relação do Sr. MAURICE com a ONICRON.

Para a defesa, o art. 124, I do CTN não poderia ser interpretado isoladamente, mas analisado juntamente com o art. 135, III do CTN, na medida em que para a caracterização da responsabilidade solidária é necessário que a pessoa física tenha praticado atos de gerência e de administração da pessoa jurídica fiscalizada, ou que tenha refletido na atividade geradora do fato impositivo.

Em sua ótica, o “interesse comum”, hipótese de incidência da responsabilidade tributária do art. 124, I, do CTN, não se resume ao interesse econômico, mas necessariamente interesse jurídico na realização da situação que deu origem ao fato gerador do tributo, o que torna imprescindível que a pessoa física tenha exercido poderes de direção para ser responsabilizada.

Sob o tópico “Da responsabilidade por infrações”, com fundamento nos preceitos do art. 137 do CTN, que prescreve a responsabilidade pessoal do agente, defende que responsabilidade pela multa decorrente de infração tributária praticada pela ONICRON não poderia ser repassada ao Impugnante, porque não sujeita à solidariedade passiva tributária.

Da mesma forma, com base no art. 124, I, e no art. 114, ambos do CTN, advoga que a solidariedade somente se refere à obrigação principal gerada pela ocorrência do fato impositivo.

Lança mão de doutrina acerca da definição de fato gerador, para concluir que as multas aplicadas contra a ONICRON não podem ser exigidas do Impugnante, porque a responsabilidade é pessoal a quem deu causa a infração (art. 137 do CTN), e porque não se trata de obrigação principal (art. 124, I, do CTN).

Traz jurisprudência e doutrina para reiterar que a responsabilidade solidária prevista no art. 124, I do CTN deve ser interpretada em consonância com os preceitos do art. 135, III do CTN, porque a definição contida no art. 124, I, do CTN não teria trazido ao mundo jurídico a segurança adequada e requerida para o assunto. Assim, para o designado responsável o art. 135, III do CTN complementaria o art. 124, I do CTN, na medida em que delimitaria o alcance da responsabilidade solidária aos agentes que tiverem exercido a administração e gestão da pessoa jurídica. Tal interpretação seria compatível inclusive com os preceitos do art. 1.016 do Código Civil, segundo o qual os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Diz o Impugnante que não teria praticado qualquer ato de gerência, administração ou direção, no que diz respeito à empresa ONICRON.

Contradita as acusações fiscais de que (i) o Sr. MAURICE era a pessoa de contato da ONICRON perante o BRADESCO, constando o número do telefone da CREATIVE, empresa de propriedade do Sr. MAURICE no cadastro bancário da ONICRON; (ii) a autorização de pagamento dos cheques emitidos pela ONICRON, via telefone, era feita pelo Sr. MAURICE ou por sua secretária, conforme anotações efetuadas no verso dos documentos; e (iii) o número do telefone atual na ONICRON no cadastro do CNPJ era o mesmo do telefone da CREATIVE, informado no site da internet (31677400).

Afirma que já teria explicado no depoimento que (i) por possuir relacionamento antigo e de confiança com o Bradesco, teria apresentado o Sr. EDGARD, sócio administrador da ONICRON para ser correntista da instituição financeira; (ii) o gerente das contas correntes da ONICRON e da CREATIVE era o mesmo; e (iii) *“os nomes escritos no verso dos cheques (...) representam tão somente um aval formal em decorrência do já comentado relacionamento bancário do Sr. Maurice, quem assinava os cheques era o próprio senhor Edgar”*.

Assevera ainda que o fato de constar em um cadastro bancário o número do telefone de uma empresa ou o nome de uma pessoa no verso de um cheque não significaria que as empresas se confundiriam ou seriam responsáveis tributárias uma da outra. Haveria que ser feita a prova da efetiva participação, poder de gerência e administração, o que não ocorreu no seu entendimento.

Para o Impugnante não poderiam merecer relevo as declarações do Sr. EDGARD DE MELLO NETTO de que seria apenas formalmente sócio do empreendimento, servindo de interposta pessoa para encobrir os verdadeiros administradores, os Srs. MAURICE e PETER REICH, porque se trata de pessoa ligada/interessada diretamente no crédito tributário.

Defende que não haveria qualquer ato de administração ou gerência que o Sr. MAURICE tivesse praticado em nome da ONICRON a contribuir ou determinar a realização do ilícito tributário. Diz que a fiscalização teria se limitado a indicar fatos coincidentes com menção ao nome do Sr. Maurice Alfred Boulos Junior, mas teria deixado de demonstrar quais teriam sido suas decisões ou atos perante ONICRON, que teriam contribuído para a ocorrência do ilícito fiscal.

Nesse contexto reitera que caberia ao Fisco provar os atos de administração ou gerência praticados pelo Sr. Maurice em nome da ONICRON, com o intuito de fraudar o Fisco, e assim demonstrar o nexo entre o ato da pessoa física e o resultado percebido pela pessoa jurídica fiscalizada. Mais à frente aduz que toda ação fiscal teria se baseado em presunções, não havendo prova de que o designado responsável tributário tenha se beneficiado do suposto ilícito tributário ou tenha contribuído na sua execução.

Transcreve jurisprudência administrativa.

Questiona a ausência de intimação prévia para que o Sr. Maurice apresentasse documentos ou informações visando a demonstrar sua participação ou interesse no fato gerador do suposto ilícito tributário. Para a defesa, os autos não estariam instruídos com as provas da materialidade e da autoria da infração.

Conclui a impugnação, nos seguintes termos:

“Não há nos autos qualquer prova de que Maurice Alfred Boulos Junior possua ligação com o fato gerador, e dele tenha se beneficiado, do imputado ilícito tributário à empresa Onicron.

A responsabilização do Impugnante além de prematura, Douto Julgador, é infundada, não possuindo o condão de responsabilizar solidariamente um particular por suposto ato de pessoa jurídica a ele estranha.

Levar a presente responsabilização tributária adiante é medida de extrema violência, já que não obstante seja juridicamente inconcebível a medida aqui guerreada, não há nos autos qualquer prova de eventual interesse jurídico de Maurice Alfred Boulos Junior no suposto ilícito tributário imputado à Onicron Trading Comércio de Vestuários Ltda”.

Traz à colação o Acórdão do STJ na apreciação do Recurso Especial nº 1.001.450, em que afastada a solidariedade tributária passiva, porque o fato de pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico não configuraria a hipótese de “interesse comum” prevista no art. 124, I, do CTN.

Reitera com base na doutrina de Paulo de Barros Carvalho a seguinte interpretação:

“(...) o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inciso I do art. 124 do Código. Vale sim, para situações em que

não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel.

Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancia pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação (...)"

E de Fábio Fanucchi ao defender que terceiros não poderiam ser responsabilizados, com base na hipótese da solidariedade de fato se não tiverem se beneficiado/participado ou interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária."

A relatora do processo concluiu haver completa convergência dos fatos apurados no sentido de ser o Sr. MAURICE o real administrador do empreendimento fiscalizado (ONICRON), e o responsável pela expressiva movimentação de recursos nas contas correntes de titularidade da empresa à margem da tributação. E que, como administrador/sócio de fato do empreendimento, o Sr. MAURICE e a ONICRON estão no mesmo polo das relações jurídicas instauradas e que teriam dado causa às entradas e saídas de recursos nas contas correntes da empresa, principalmente porque, na sociedade de fato, não há distinção jurídica possível entre as pessoas físicas dos sócios e a pessoa jurídica.

A Turma de Julgamento, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação do responsável tributário.

Ciente da decisão em 26 de abril de 2013, o interessado apresentou recurso em 28 de maio, no qual reedita a preliminar de cerceamento de defesa e as razões da impugnação, em resumo: (a) que o art. 124, I, do CTN deve ser interpretado em conjunto com o art. 135, III; (b) que a responsabilidade só pode ser atribuída a quem praticou atos de gerência; (c) que a responsabilidade por infração tributária não pode ser repassada ao recorrente; (d) que cabia ao Fisco provar que o Sr. Maurice praticou atos de administração ou gerência; (e) não há qualquer prova nos autos de que o Sr. Maurice possuía ligação com o fato gerador do tributo, ou dele tenha se beneficiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

Recurso tempestivo. Dele conheço.

O Recorrente alega cerceamento de defesa pelo fato de o Fisco não tê-lo notificado, no curso do procedimento de fiscalização, para que apresentasse documentos ou informações que comprovassem ou, de outra forma, o absolvessem sumariamente da responsabilidade solidária.

É preciso compreender que o procedimento para apuração e exigência do crédito tributário compreende uma fase inquisitorial, em que o Fisco se utiliza de todos os meios que lhe são acessíveis, entre os quais intimações ao contribuinte para prestar esclarecimentos e apresentar documentos, informações acessadas em seus cadastros ou obtidas junto a terceiros, etc., para formar sua convicção sobre a existência (ou não) de infração à legislação tributária e consequente formalização da exigência. A partir daí, caso o contribuinte não concorde com a conclusão do Fiscal, abre-se uma fase processual propriamente dita, conduzida segundo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Alberto Xavier¹, no procedimento administrativo do lançamento, “ o fato de ser assegurada a existência de um direito à defesa e à audiência não envolve necessariamente um modo contraditório do seu exercício, podendo a Administração limitar-se a considerar as razões apresentadas pelo administrado, sem contudo se envolver num diálogo procedimental primário.....Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma necessária audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de se tratar de um ‘procedimento de massas’, dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da audiência individual ”

No caso *sub judice*, que corresponde a exigência de crédito tributário formalizado em face do contribuinte Onicron, observados todos os procedimentos previstos para a apuração do crédito tributário, foi lavrado o auto de infração contra a pessoa jurídica e intimado (também) o Recorrente, na qualidade de responsável solidário. A partir desse momento, abre-se para todos os notificados a oportunidade de contestar a acusação, com garantia do contraditório e da ampla defesa. É exatamente essa possibilidade de se defender da imputação de responsabilidade na fase administrativa que concretiza, ao responsabilizado, a ampla defesa, impedindo que ela fique restrita à defesa judicial, via embargos a execução, numa eventual execução do título representado pela CDA.

A autoridade fiscal, no curso do procedimento de fiscalização, trouxe aos autos todos os elementos que a levaram a concluir pela responsabilidade do Recorrente.

¹ Xavier, Alberto- *Do lançamento-Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário*- Forense, 1997, pág. 163 e seguintes

Aberta a fase do contraditório e ampla defesa, cabe ao acusado trazer todos os meios de prova ao seu alcance para desconstituir a acusação, isto é, para demonstrar o desacerto da conclusão fiscal.

Ao julgador compete, apreciando os elementos contrapostos nos autos pelos litigantes, formar sua livremente convicção e decidir o litígio.

Relembro que não está em discussão o crédito tributário, que não foi impugnado, mas exclusivamente a responsabilização do Sr. Maurice Alfred Boulos Junior.

O Sr. Maurice Alfred Boulos Junior recorre de sua designação como responsável solidário pelo crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa, alegando que o art. 124, I, do CTN deve ser analisado em conjunto com o art. 135, III, e que caberia ao Fisco provar que ele teria praticado atos de gerência e administração em relação à pessoa fiscalizada ou, que de qualquer forma, tenha refletido na atividade geradora do fato imponible.

O relato minucioso de todo o procedimento fiscal, que resultou na exigência dos créditos tributários não impugnados, não deixa a mais leve dúvida quanto à sonegação, consistente na prática dolosa de atos tendentes não só à subtração ao conhecimento das autoridades fazendárias da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, mas também das condições pessoais do contribuinte, de maneira a atingir o crédito tributário correspondente, dificultando seu recebimento pelo credor.

Por óbvio, a prova direta de atos que as partes procuram ocultar é árdua, quando não impossível. Por isso, no mais das vezes ela é obtida indiretamente, por presunção decorrente de indícios convergentes. Este é o caso.

Relembro os motivos que levaram a autoridade fiscal a responsabilizar pessoalmente o Sr. Maurice Alfred Boulos Junior e sua empresa, a Creative Busines Trading Importação e Exportação Ltda. pelo crédito tributário constituído em face da ONICRON:

1. o Sr. Maurice seria a pessoa de contato da ONICRON., perante a instituição financeira diligenciada (Banco Bradesco), inclusive constando o número telefone de sua empresa, a CREATIVE, no cadastro bancário da ONICRON;;

2. em diversos cheques emitidos pela ONICRON consta, anotado no verso, o nome do Sr. Maurice ou de sua secretária (Fabiana), indicando que confirmavam, via telefone, os pagamentos desses títulos ao banco; em alguns cheques está anotado no verso o nº do telefone do Sr. Maurice, fornecido como contato da Onicron no cadastro do banco;

3. o número do telefone atual da ONICRON no cadastro do CNPJ é o mesmo da empresa CREATIVE, de propriedade do Sr. Maurice, informado no site da empresa na internet (3167-7400) ;

4. o depoimento do Sr. Jefferson Marins, que descontou diversos cheques da empresa fiscalizada, confirmou que, a mando da Sra. Vera Lúcia Natal de Oliveira, comparecia no escritório da CREATIVE, e que retirava cheques emitidos pela empresa ONICRON fornecidos pelo próprio Sr. Maurice ou sua secretária Sra. Fabiana;

5. no depoimento do Sr. Edgard de Mello Netto ele se apresentou apenas como sócio formal (de direito) da ONICRON, servindo, portanto, de interposta pessoa para encobrir os verdadeiros administradores da empresa, Sr. Maurice Alfred Boulos Junior e Sr. Peter Reich;

6. em seu depoimento, o Sr. Maurice alegou que nem ele nem sua empresa tiveram qualquer relacionamento comercial com a ONICRON, mas a fiscalização identificou uma transferência bancária, através de TED, em 27/03/2006, no valor de R\$ 110.081,02, originada na conta corrente da ONICRON e como destino a empresa CREATIVE;

7. em seu depoimento pessoal, prestado em 02/03/2011, o Sr. Maurice não conseguiu explicar a coincidência do número de telefones da ONICRON e da CREATIVE, tanto no banco Bradesco como na Receita Federal do Brasil, e o motivo de seu nome e o de sua secretária aparecer no verso dos cheques emitidos pela ONICRON.

A autoridade fiscal informa que, para tentar justificar esses fatos, o Sr. Maurice alegou apenas que apresentou o Sr. Edgard ao gerente do banco Bradesco (Sr. Werinton) que, inclusive, seria o responsável por ambas as contas-correntes (da Onicron e da Creative). E assenta que *“evidentemente, essas suposições não podem ser aceitas por esta fiscalização, uma vez que tratam-se de empresas independentes, sem vínculos comerciais, segundo o próprio Sr. Maurice, e não existiria, portanto, nenhuma razão para o Sr. Maurice ser o contato da empresa Onicron perante o Banco, inclusive para confirmar e autorizar o desconto de cheques emitidos por esta última.”*

Concluiu a fiscalização que o Sr. Maurice participava de fato das operações da empresa fiscalizada, atuando ***“como administrador de fato e beneficiário das operações desenvolvidas pela empresa ONICRON, autorizando o desconto de cheques emitidos por ela e se apropriando desses recursos financeiros (...)”***, indicando como capitulação legal o art. 124, I, do CTN.

Um primeiro ponto a ser registrado é que, conforme jurisprudência deste Conselho, a incorreta ou incompleta indicação do dispositivo legal que a fundamenta não invalida a acusação contestada, sendo suficiente a perfeita descrição dos fatos que permitem concluir pela consequência imputada.

O relato dos fatos permite identificar, com precisão, que a autoridade fiscal acusa o Sr. Maurice de ser administrador de fato da Onicron e responsável por sua substancial movimentação financeira. Como administrador de fato, estaria inserido no inciso III do art. 135, e seria responsável pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração a lei.

Portanto, inobstante tenha indicado como fundamento legal para sua responsabilização apenas o art. 124, I, do CTN, a análise há que ser feita, também, à luz do art. 135, III, do Código.

Dispõe a Lei nº 5.172, de 1966:.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

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:

(...)

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

Os vários indícios convergentes apontados pela fiscalização conduzem à convicção de que o Recorrente era, efetivamente, administrador da Onicron. O fato de o número de telefone informado no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) pela Onicron ser o mesmo informado no site da empresa Creative Business Importação e Exportação, de propriedade do Sr. Maurice, aliado ao fato de ser o Sr. Maurice a pessoa identificada na ficha cadastral da Onicron junto ao Bradesco como contato da empresa, e ainda, ao fato de o nome anotado no verso de mais de 40% dos cheques emitidos pela Onicron, como pessoa que confirmou a emissão (para autorizar o pagamento) ser “Maurice” ou “Fabiana” (identificada pela fiscalização como Fabiana Rodrigues Ferreira, sua funcionária na Creative Business) apontam nesse sentido. O depoimento pessoal do Sr. Jefferson Marins (beneficiário nominal de vários cheques emitidos pela Onicron) corrobora o acerto da convicção formada.

Não logrou, o Recorrente, trazer qualquer elemento de prova que fragilizasse essa convicção. O fato de possuir relacionamento antigo e de confiança com o Bradesco e ter indicado o sócio da empresa Onicron para ser correntista não justifica que o Banco a ele ou à sua secretária se dirigisse para confirmar cheques emitidos pela Onicron.

Não se trata, simplesmente, de seu nome constar no cadastro bancário da Onicron. Uma pessoa pode constar numa ficha cadastral em um banco (obviamente, não como *contato da empresa*, como é o caso, mas como “*referência*”), e isso não significa que ela tenha poder de praticar atos pela empresa. Contudo, constar como “*contato da empresa*” e ser acionada para autorizar o pagamento de cheques emitidos pela empresa indicam, efetivamente, poder de administração. A coincidência do número de telefone da Onicron, constante de sua ficha cadastral no CNPJ, com o número de telefone da empresa de propriedade do Recorrente, é outro indício que converge para a conclusão acima apontada.

A meu juízo, a fiscalização demonstrou que Sr. Maurice era administrador de fato da Onicron.

A infração à lei, a meu ver, está caracterizada pelas circunstâncias que envolveram a extinção da sociedade. Explico.

A extinção regular de uma sociedade pressupõe uma fase de liquidação (realização do ativo para pagamento do passivo), seguida de averbação do ato na Junta Comercial. Para essa averbação (registro), a Junta exige a apresentação de certidões, entre elas a Certidão Negativa de Débitos junto à SRFB e junto à PFN.

A dissolução irregular da sociedade constitui infração à lei, enquadrando-se na situação de atribuição da responsabilidade de terceiros prevista art. 135, III do CTN. Walmir

Barroso, advogado especializado em Direito Empresarial; Pós Graduado em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense, escreveu sobre o tema²:

A legislação pertinente determina a observação de solenidades no ato da criação e da dissolução da sociedade, conforme asseveram os artigos 338 do Código Comercial e o parágrafo 2º do artigo 51 do Novo Código Civil, a saber:

Art. 338. O distrato da sociedade, ou seja voluntário ou judicial, deve ser inserto no Registro do Comércio, e publicado nos periódicos do domínio social, ou no mais próximo que houver, e na falta deste por anúncios fixados nos lugares públicos; pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade.

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que está se conclua.

§1º - Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

Todas as obrigações da sociedade devem ser cumpridas antes da sua extinção. A não observância desta norma, enquadra o ato como sendo uma dissolução irregular que, conforme asseverado pelo Desembargador. Antônio Felipe da Silva Neves³:

"...a não localização da empresa, ou sua extinção irregular, sem antes cumprir cabalmente todas as suas obrigações, é atentatório à dignidade da Justiça, devendo serem tomadas todas as providências para a obtenção de seus bens, sob pena de, com a ocultação dos mesmos, se abrir oportunidade à fraude, de legítimos créditos, que a executada e seus sócios objetivam frustrar."

No caso concreto, formalmente, a dissolução da sociedade não se apresenta como “irregular”, pois foi assinado o distrato social e promovido seu registro na JUCESP.

Contudo, a “regularidade” foi apenas formal, pois embasou-se em um conjunto de atos e omissões dolosos para frustrar a realização dos créditos tributários pela Fazenda Pública realizada de forma a frustrar

Entre esses atos insere-se a apresentação da DIPJ (e DCTF) do único ano-calendário em que esteve ativa com todos os valores “zerados”.

Embora o fato isolado de entrega de declaração com os valores ‘zerados’, eventualmente, pudesse ser tratado apenas como declaração inexata, tal não se aplica ao presente. A empresa foi constituída em 2005 e apresentou declaração do mesmo ano como

² <http://www.walmirbarroso.com.br/advocacia-empresarial-noticias>. Acessado em 25 de abril de 2014.

³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 11ª Câmara Cível, julgamento do agravo de instrumento nº 01990/2002, em 08/05/2002, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

inativa. Para o ano-calendário de 2006 (único em que teria operado e para o qual foi apurado o crédito tributário exigido), em 29 de junho de 2007 apresentou declaração na condição de ativa, mas com todos os valores “zerados”. Em 22 de janeiro de 2007 efetuou o distrato social, registrado na JUCESP em julho de 2007. A declaração do ano-calendário de 2007, na condição de “extinta”, foi transmitida em 07 de agosto de 2007 (porém não foi efetuada a baixa no CNPJ).

A apresentação da DIPJ em junho do 2007 com os valores “zerados” tornou possível o registro do distrato na Junta em julho, pois naquela data não contavam débitos. Sem dúvida, no caso concreto, a apresentação da declaração naquelas condições, longe de configurar tão somente declaração inexata, fez parte de um conjunto de atos dirigidos a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária por parte das autoridades fazendárias, e frustrar o recebimento do crédito, caracterizando infração à lei.

Assim entendo ter restado caracterizada a dissolução irregular da sociedade por sua extinção sem observância da norma que impõe o prévio cumprimento de todas as suas obrigações representando infração de lei, a legitimar a atribuição da responsabilidade do administrador de fato, assim identificado por prova indireta.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2014

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri