



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0016534-23.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.016534-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal PAULO FONTES
 APELANTE : BANCO COML/ E DE INVESTIMENTOS SUDAMERIS S/A
 ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
 APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : SP000005 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
 APELADO(A) : OS MESMOS
 APELADO(A) : BANCO COML/ E DE INVESTIMENTOS SUDAMERIS S/A
 ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
 APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : SP000005 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
 REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
 VARA ANTERIOR : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
 No. ORIG. : 00165342320064036100 10 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. LANÇAMENTO REGULAR. AUSÊNCIA PROVA DO RECOLHIMENTO. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Com relação à apelação do contribuinte, cabe consignar que o lançamento dos créditos consubstanciados na NFLD nº 35.554.431-8 seguiu o procedimento adequado e previsto no art. 150 do Código Tributário Nacional. A partir das declarações realizadas pela própria parte autora, o sistema "baixa-web" apurou divergências entre os valores declarados e os efetivamente recolhidos, relativos às contribuições previdenciárias (cota patronal e dos segurados) e destinados às entidades terceiras. A parte autora foi intimada a esclarecer as divergências e juntar os documentos que comprovassem o efetivo recolhimento. A parte autora não logrou demonstrar o recolhimento da totalidade dos valores apurados como divergentes pelo sistema, dando ensejo ao lançamento do crédito tributário. Não houve descumprimento do art. 142 do Código Tributário Nacional, pois a autoridade fazendária apurou as divergências a partir das próprias declarações da parte autora. Cabe esclarecer que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que houve prévia declaração do contribuinte (por exemplo, com a entrega da DCTF ou GFIP), porém sem o respectivo pagamento, esta declaração constitui o crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado, servindo inclusive como termo inicial da contagem da prescrição. Contudo, nos casos em que houve prévia declaração do contribuinte e o respectivo pagamento, todavia foram apurados equívocos no valor declarado ou divergências entre o valor declarado e o recolhido, o fisco deve proceder ao lançamento da diferença via Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, sendo que, nestes casos, é esta notificação que constitui o crédito tributário e figura como termo inicial do prazo prescricional. Assim, no caso a autoridade fazendária adotou o procedimento correto ao notificar o contribuinte para esclarecimentos e, somente após, proceder ao lançamento do

crédito. Ademais, quando a autoridade fazendária apurou as divergências pelo sistema que indicariam o não recolhimento de todos os valores declarados pela autora, oportunizou à parte autora a juntada de provas que evidenciassem o recolhimento da totalidade dos valores, afastando qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Note, ainda, que a própria parte autora reconhece em suas razões de apelação que, em virtude do tempo decorrido, não mais possui os documentos que comprovariam o recolhimento da totalidade dos créditos lançados. É certo que cabe à autora guardar os comprovantes de pagamentos nos termos da legislação tributária e apresentá-los a fim de afastar a presunção de veracidade e legalidade do ato de lançamento. Por fim, entendo que o art. 147, §2º, do Código Tributário Nacional, invocado pela parte autora em suas razões recursais, não se aplica ao caso, tendo em vista que este se refere aos casos de lançamento por declaração, e não de lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias. Assim, rejeito a preliminar de nulidade da constituição do débito.

2. Quanto à alegação de inexistência de empregados para o período posterior a outubro de 2000, anoto que, como bem asseverado pelo MM. Magistrado *a quo*, a NFLD em questão refere-se a 130 CNPJs diferentes (matriz e filiais) e a parte autora juntou prova do encerramento das atividades apenas em relação ao CNPJ nº 61.230.165/0001-44, às fls. 933/938. Ademais, os documentos indicados pela autora em suas razões recursais não evidenciam o reconhecimento da administração tributária de que o encerramento da empresa teria ocorrido em outubro de 2000. À fl. 806 (fl. 841 do processo administrativo) consta que o encerramento da atividade da empresa teria ocorrido em 15/04/2003. E, quanto aos documentos de fls. 841/844 (fls. 895/898 do processo administrativo), é preciso ressaltar que não há descrição do significado das colunas e da indicação "encerrado", havendo apenas a informação de que a coluna "banco" indicaria o valor considerado em sua folha de pagamento e guia de recolhimento (fl. 816), além de constar a expressão "encerramento" apenas em relação a alguns CNPJ's (filiais). Assim, entendo que o MM. Magistrado *a quo* andou ao considerar que, à mingua de provas de que todas as filiais encerram suas atividades na data indicada, não é possível presumir este fato do relatório fiscal da NFLD.

3. No tocante à alegação de inconstitucionalidade da contribuição adicional de 2,5%, o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599309, com repercussão geral (tema 470), firmou a tese de que "É constitucional a contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) sobre a folha de salários instituída para as instituições financeiras e assemelhadas pelo art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/1989, mesmo considerado o período anterior à Emenda Constitucional 20/1998". Assim, uma vez resolvida a questão pela Corte Suprema, segundo a sistemática da repercussão geral, não mais que se cogitar a inconstitucionalidade da contribuição adicional de 2,5%.

4. Com relação à apelação da União Federal, os pressupostos para configuração da responsabilidade do sócio da empresa devedora constam no art. 135 do Código Tributário Nacional. A atribuição de responsabilidade tributária da pessoa jurídica de direito privado a terceiros (diretores, gerentes ou representantes) depende da verificação, no caso concreto, da prática de ato com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, ou seja, a responsabilidade decorre da prática de ato ilícito pelo terceiro. Daí porque a mera inserção do nome do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica na CDA não autoriza de imediato o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa física. Uma outra conclusão que daí decorre, a meu ver, é que o ônus da prova do ilícito pelo terceiro (na hipótese do artigo 135, III, do CTN) é do exequente, já que a dívida executada é originalmente dívida da pessoa jurídica de direito privado, revelando-se excepcional a atribuição da responsabilidade a terceiro, a qual advém sempre do exame do caso concreto. Esse entendimento está em consonância com a decisão proferida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do Recurso Extraordinário 562.276, onde se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 8620/93, que determinou a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos previdenciários da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. No referido julgamento a Excelsa Corte assentou que "O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade". Por outro lado, não se desconhece a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, quando a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus de provar que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (Resp nº 1104900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 01/04/2009). No entanto, o

juízo de julgamento do recurso extraordinário nº 562.276, realizado na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, ocasião em que o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8620/93, trouxe nova sistemática quanto à possibilidade de inclusão dos sócios na execução fiscal, qual seja, a prova de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ajustou seu entendimento sobre a questão à vista da declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal. Outrossim, o mero inadimplemento da dívida tributária não é idôneo a configurar a ilicitude para fins de responsabilização dos sócios (Súmula 430 do STJ). Por fim, o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação no sentido de que a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, nos termos da sua Súmula nº 435.

5. No caso concreto, não há nenhum indício de dissolução irregular da pessoa jurídica ou da prática de ato ilícito por parte do embargante. A União Federal, nem mesmo em suas razões de apelação, apontou qualquer ato praticado pelos diretores com suposto excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Portanto, ainda que conste o nome dos sócios ou dos diretores na certidão da dívida ativa, não logrou a Fazenda Pública comprovar a prática de ato com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, tampouco a dissolução irregular da pessoa jurídica de direito privado para justificar a responsabilidade de terceiro. Assim, inviável a responsabilização dos sócios ou dos diretores pelos débitos tributários em questão.

6. Recursos de apelação da parte autora e da União Federal desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento aos recursos de apelação da parte autora e da União Federal**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2019.

PAULO FONTES
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES:10067
 Nº de Série do Certificado: 11A2170419468351
 Data e Hora: 20/02/2019 13:46:54

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0016534-23.2006.4.03.6100/SP 2006.61.00.016534-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal PAULO FONTES
 APELANTE : BANCO COML/ E DE INVESTIMENTOS SUDAMERIS S/A
 ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
 APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : SP000005 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
 APELADO(A) : OS MESMOS
 APELADO(A) : BANCO COML/ E DE INVESTIMENTOS SUDAMERIS S/A
 ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)

APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000005 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI
NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
VARA ANTERIOR : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00165342320064036100 10 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por **BANCO COMERCIAL E DE INVESTIMENTOS SUDAMERIS S/A**, sucedido pelo BANCO SANTANDER S/A, contra a **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, objetivando a anulação da NFLD nº 35.554.431-8.

A sentença **julgou parcialmente procedentes os pedidos** para condenar a ré a ratificar o valor da NFLD nº 35.554.431-8 para R\$ 290.164,82, atualizados para o mês de julho/2006, bem como excluir a responsabilidade solidária dos diretores do autor ao pagamento dos débitos relativos à referida NFLD.

Em suas razões de apelação, sustenta a parte autora que o crédito tributário é nulo, por descumprimento do procedimento previsto no art. 142 do CTN, pois não se funda na verificação da ocorrência do fato gerador, mas apenas na comparação dos dados fornecidos pela autora a fim de apurar eventuais divergências. Defende que a apuração de eventuais divergências entre declarações fiscais prestadas pela autora, por si só, não é suficiente para a constituição definitiva do crédito, pois se trata de constituição a partir de meras presunções e que eventuais divergências podem ser retificadas inclusive de ofício pela autoridade administrativa, nos termos do art. 147, §2º, do CTN, de modo que não se admite a imediata constituição do crédito, sem a apuração dos fatos. Afirma que as retificações na seara administrativa e a conclusão da perícia comprovam que a constituição foi feita com base em suposição e que a administração sequer analisou os documentos juntados pela autora. Alega que a União não esclareceu em que consistiriam as divergências que fundamentaram o lançamento e que o fato de a autora não ter localizado todos os documentos que comprovam que a totalidade dos créditos lançados já teriam sido pagos não é suficiente para a conclusão de que parte do crédito é legítimo, tendo em vista a nulidade decorrente do descumprimento do procedimento de constituição do débito. Também aduz que a base de cálculo para as competências posteriores a outubro de 2000 é zero, pois a autora não possuía nenhum empregado no período, fato que teria sido constatado pela auditoria fiscal e reconhecido pela administração. Por fim, ainda sustenta a inconstitucionalidade da contribuição adicional de 2,5%, por violação à isonomia, vez que previu como contribuinte apenas as instituições financeiras e equiparadas. Requer o provimento.

Por sua vez, em suas razões de apelação, sustenta a União que há responsabilidade solidária dos diretores nos termos do art. 13 da Lei nº 8.620/93. Requer a reforma da sentença a fim de que os diretores do banco autor sejam responsabilizados pelos débitos consubstanciados na NFLD em questão.

Com as contrarrazões das partes, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Com relação à apelação do contribuinte, cabe consignar que o lançamento dos créditos consubstanciados na NFLD nº 35.554.431-8 seguiu o procedimento adequado e previsto no art. 150 do Código Tributário Nacional.

A partir das declarações realizadas pela própria parte autora, o sistema "*baixa-web*" apurou divergências entre os valores declarados e os efetivamente recolhidos, relativos às contribuições previdenciárias (cota patronal e dos segurados) e destinados às entidades terceiras. A parte autora foi intimada a esclarecer as divergências e juntar os documentos que comprovassem o efetivo recolhimento. A parte autora não logrou demonstrar o recolhimento da totalidade dos valores apurados como divergentes pelo sistema, dando ensejo ao lançamento do crédito tributário.

Não houve descumprimento do art. 142 do Código Tributário Nacional, pois a autoridade fazendária apurou as divergências a partir das próprias declarações da parte autora.

Cabe esclarecer que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que houve prévia declaração do contribuinte (por exemplo, com a entrega da DCTF ou GFIP), porém sem o respectivo pagamento, esta declaração constitui o crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado, servindo inclusive como termo inicial da contagem da prescrição.

Contudo, nos casos em que houve prévia declaração do contribuinte e o respectivo pagamento, todavia foram apurados equívocos no valor declarado ou divergências entre o valor declarado e o recolhido, o fisco deve proceder ao lançamento da diferença via Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, sendo que, nestes casos, é esta notificação que constitui o crédito tributário e figura como termo inicial do prazo prescricional.

Assim, no caso a autoridade fazendária adotou o procedimento correto ao notificar o contribuinte para esclarecimentos e, somente após, proceder ao lançamento do crédito.

Ademais, quando a autoridade fazendária apurou as divergências pelo sistema que indicariam o não recolhimento de todos os valores declarados pela autora, oportunizou à parte autora a juntada de provas que evidenciassem o recolhimento da totalidade dos valores, afastando qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Note, ainda, que a própria parte autora reconhece em suas razões de apelação que, em virtude do tempo decorrido, não mais possui os documentos que comprovariam o recolhimento da totalidade dos créditos lançados. É certo que cabe à autora guardar os comprovantes de pagamentos nos termos da legislação tributária e apresentá-los a fim de afastar a presunção de veracidade e legalidade do ato de lançamento.

Por fim, entendo que o art. 147, §2º, do Código Tributário Nacional, invocado pela parte autora em suas razões recursais, não se aplica ao caso, tendo em vista que este se refere aos casos de lançamento

por declaração, e não de lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da constituição do débito.

Quanto à alegação de inexistência de empregados para o período posterior a outubro de 2000, anoto que, como bem asseverado pelo MM. Magistrado *a quo*, a NFLD em questão refere-se a 130 CNPJs diferentes (matriz e filiais) e a parte autora juntou prova do encerramento das atividades apenas em relação ao CNPJ nº 61.230.165/0001-44, às fls. 933/938.

Ademais, os documentos indicados pela autora em suas razões recursais não evidenciam o reconhecimento da administração tributária de que o encerramento da empresa teria ocorrido em outubro de 2000. À fl. 806 (fl. 841 do processo administrativo) consta que o encerramento da atividade da empresa teria ocorrido em 15/04/2003. E, quanto aos documentos de fls. 841/844 (fls. 895/898 do processo administrativo), é preciso ressaltar que não há descrição do significado das colunas e da indicação "encerrado", havendo apenas a informação de que a coluna "banco" indicaria o valor considerado em sua folha de pagamento e guia de recolhimento (fl. 816), além de constar a expressão "encerramento" apenas em relação a alguns CNPJ's (filiais).

Assim, entendo que o MM. Magistrado *a quo* andou ao considerar que, à mingua de provas de que todas as filiais encerram suas atividades na data indicada, não é possível presumir este fato do relatório fiscal da NFLD.

No tocante à alegação de inconstitucionalidade da contribuição adicional de 2,5%, o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599309, com repercussão geral (tema 470), firmou a tese de que:

"É constitucional a contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) sobre a folha de salários instituída para as instituições financeiras e assemelhadas pelo art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/1989, mesmo considerado o período anterior à Emenda Constitucional 20/1998".

Assim, uma vez resolvida a questão pela Corte Suprema, segundo a sistemática da repercussão geral, não mais que se cogitar a inconstitucionalidade da contribuição adicional de 2,5%.

Com relação à apelação da União Federal, os pressupostos para configuração da responsabilidade do sócio da empresa devedora o art. 135 do Código Tributário Nacional os aponta, dizendo, expressamente, que:

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 mandatário, prepostos e empregados;

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

Desse modo, a atribuição de responsabilidade tributária da pessoa jurídica de direito privado a terceiros (diretores, gerentes ou representantes) **depende da verificação, no caso concreto, da prática de ato com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos**, ou seja, a responsabilidade decorre da prática de ato ilícito pelo terceiro. Daí porque **a mera inserção do nome do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica na CDA não autoriza de imediato o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa física.**

Uma outra conclusão que daí decorre, a meu ver, é que **o ônus da prova do ilícito pelo terceiro (na hipótese do artigo 135, III, do CTN) é do exequente**, já que a dívida executada é originalmente dívida da pessoa jurídica de direito privado, revelando-se excepcional a atribuição da responsabilidade a terceiro, a qual advém sempre do exame do caso concreto.

Nesse sentido, confira-se a decisão proferida pela 1ª Seção desta Corte, *verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS. PROVIMENTO.

No que tange à exclusão dos sócios do pólo passivo da ação, cumpre dizer que por força de decisão proferida em sede de recurso repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal (RE 562.276/PR), foi reconhecida a inconstitucionalidade material do art. 13 da Lei 8620/93. Também restou decidido que o art. 13 da Lei 8620/93 é inconstitucional na parte que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Consoante estabelecido no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Assim, o pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação na sociedade, com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado, se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias.

Ora, ainda que se considere o mero inadimplemento de tributos por força do risco do negócio, bem como o mero atraso no pagamento de tributos, incapaz de fazer com que os sócios com poderes de gestão respondam com seu patrimônio por dívida da sociedade, o mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de oficial de justiça, posto que já o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade (cf. Súmula 475 do STF).

A admissão da corresponsabilidade dos sócios, simplesmente pelo só fato de terem seu nome gravado na CDA, significa reconhecer, ao final, que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa ou, por outro lado, decorre do até recentemente aplicado aos créditos tributários-previdenciários pelo art. 13 da Lei 8620/93.

Em conclusão, a falta de pagamento de tributo não configura, por si só, em tese, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária do sócio. É indispensável, portanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

O sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas na hipótese de restar provado que agiu com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal (EAG nº 494.887/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, j. 23.04.2008, DJE 05.05.2008).

Embargos infringentes a que se dá provimento.

(Bem. Infringentes 2012.03.99.045702-9/SP, Relator Dês. Federal JOSÉ LUNARDELLI, publ. No DE de 12/01/2012)

Confira-se, ainda, o julgado desta Corte de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS SÓCIOS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA NÃO COMPROVADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM RELAÇÃO AOS SÓCIOS. OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 562.276-PR, declarou a inconstitucionalidade formal e material do artigo 13 da Lei n. 8.620/1993 (hoje revogado pela Lei n. 11.941/2009), que estabelecia a responsabilidade solidária do titular da firma individual e dos sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada pelos débitos junto à Seguridade Social. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, em julgamento de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ajustou seu entendimento sobre a questão à vista da declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal (REsp 1153119/MG). 3. Com esse novo quadro normativo e jurisprudencial, não há mais como se concluir pela responsabilidade solidária dos sócios com base no artigo 124, inciso II, do CTN - Código Tributário Nacional, ficando, portanto, a responsabilidade restrita às hipóteses do artigo 135, inciso III, do referido código, ou seja, apenas dos sócios diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, quando praticarem atos com excesso de poderes, ou infração à lei, contrato social ou estatutos. 4. A simples inclusão dos nomes dos sócios na CDA, porque feita com base em dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não basta para justificar o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa dos sócios. Precedentes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5. A certidão lavrada em 25/06/2012 atesta que a pessoa jurídica executada não foi encontrada no endereço oferecido ao Fisco, por ocasião do cumprimento do mandado de penhora a recair sobre o faturamento. 6. O endereço citado na certidão é o mesmo que figura na ficha cadastral simplificada da JUCESP juntada aos autos, uma vez que houve alteração do endereço da sede, para a Rua Conselheiro Brotero, 755, conj. 74, Santa Cecília, São Paulo, SP, Cep 01154-011, devidamente informada ao órgão competente, conforme arquivamento de 10/05/2011. A situação não se enquadra naquela retratada na Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, a tese de dissolução irregular não se demonstra comprovada. 7. Não havendo elementos que permitam presumir irregularmente dissolvida a empresa executada, não se justifica a inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal de créditos de natureza previdenciária. 8. Ainda que se admitisse a presunção de dissolução irregular da empresa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sob pena de tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes. 9. A citação da empresa executada deu-se em 06/02/1998. Já o requerimento de citação dos sócios foi protocolado em 29/08/2012, superando em muito o lapso de cinco anos a partir da citação da pessoa jurídica. Confirmada, portanto, a ocorrência da prescrição para a inclusão dos sócios no polo passivo. 10. Não prospera a tese de inoccorrência da prescrição por não se ter caracterizado a desídia do exequente. É de todo irrelevante que o credor tenha diligenciado na busca de bens da empresa, pois o prazo prescricional não sofre influência dessa questão. Precedente. 11. Agravo legal improvido. (AI 00342329620124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Esse entendimento está em consonância com a decisão proferida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do Recurso Extraordinário 562.276, onde se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 8620/93, que determinou a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos previdenciários da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

No referido julgamento a Excelsa Corte assentou que "O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando praticarem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade".

Por outro lado, não se desconhece a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, ***quando a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus de provar que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*** (Resp nº 1104900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 01/04/2009).

No entanto, o julgamento do recurso extraordinário nº 562.276, realizado na sistemática do art. 543-B do Código Processo Civil, ocasião em que o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8620/93, ***trouxe nova sistemática*** quanto à possibilidade de inclusão dos sócios na execução fiscal, qual seja, a prova de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ***ajustou seu entendimento*** sobre a questão à vista da declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal:

RIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS POR OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 8.620/93 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 562.276). RECURSO PROVIDO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08. (RESP 1153119, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:02/12/2010 DECTRAB VOL.:00200 PG:00042 LEXSTJ VOL.:00257 PG:00100 RDTAPET VOL.:00029 PG:00193 ..DTPB:.)

Portanto, ***não é possível o reconhecimento da corresponsabilidade dos sócios, pelo simples fato do nome constar da CDA***. Chega-se a conclusão que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa ou decorre da aplicação aos créditos tributários-previdenciários pelo art. 13 da Lei 8620/93.

Outrossim, o mero inadimplemento da dívida tributaria não é idôneo a configurar a ilicitude para fins de responsabilização dos sócios (Súmula 430 do STJ).

Por fim, o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação no sentido de que a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, nos termos da sua Súmula nº 435:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio -gerente.

No caso concreto, não há nenhum indício de dissolução irregular da pessoa jurídica ou da prática de ato ilícito por parte do embargante. A União Federal, nem mesmo em suas razões de apelação, apontou qualquer ato praticado pelos diretores com suposto excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Portanto, ainda que conste o nome dos sócios ou dos diretores na certidão da dívida ativa, não logrou a Fazenda Pública comprovar a prática de ato com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, tampouco a dissolução irregular da pessoa jurídica de direito privado para justificar a responsabilidade de terceiro.

Assim, inviável a responsabilização dos sócios ou dos diretores pelos débitos tributários em questão.

Por todas as razões expostas, a sentença deve ser integralmente mantida.

Diante do exposto, **nego provimento aos recursos de apelação da parte autora e da União Federal.**

É o voto.

PAULO FONTES
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES:10067

Nº de Série do Certificado: 11A2170419468351

Data e Hora: 28/11/2018 14:38:51
