



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

Processo nº 10280.720196/2007-91
Recurso nº 931.657 Voluntário
Acórdão nº 1401-000.807 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2012
Matéria Responsabilidade
Recorrente ARGEMIRO MAIA CARDOSO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

LIVROS ICMS X DIPJ. OMISSÃO DE RECEITA. DIVERGÊNCIA.

A divergência entre as informações prestadas ao fisco estadual para fins de apuração do ICMS e aquelas apresentadas na DIPJ ao fisco federal, consiste em indício de omissão de receita, que deve ser objeto de investigação por parte da fiscalização. Não pode, todavia, a Autoridade Fiscal, sem qualquer cuidado adicional, tomar as receitas declaradas para fins de apuração do ICMS como verdadeiras, afastando aquelas outrora apresentadas ao Fisco Federal, sem maiores confrontações com os livros fiscais da empresa ou com as informações de outras entidades.

RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. ART. 135 DO CTN. IMPUTAÇÃO DE FATO ILÍCITO.

A responsabilidade constante do art. 135 do CTN é subjetiva e demanda a comprovação de ato infracional à lei, ao estatuto ou ao contrato social para poder ser invocada. O mero não pagamento do tributo não enseja a aplicação da responsabilidade do administrador, nos termos do REsp nº 1.101.728/SP, decidido no âmbito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Os Conselheiros Antonio Bezerra Neto e Fernando Luiz Gomes de Mattos votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Karen Jureidini Dias (vice-Presidente), Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes De Mattos e Mauricio Pereira Faro.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS da empresa M C Maia Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 04.925.960/0001-13, no ano-calendário 2003.

A empresa M C Maia Ltda., conforme se verifica do documento de fls. 09, foi extinta voluntariamente por distrato datado de 13 de março de 2006, tendo ficado a “responsabilidade pelo ativo e passivo porventura supervenientes, a cargo do ex-sócio ARGEMIRO MAIA CARDOSO, que se compromete, também manter em sua guarda os livros e documentos da sociedade ora distratada”.

Em 1º de fevereiro de 2007, a sra. Chefe do Serviço de Tecnologia e Segurança da Informação da Delegacia da Receita Federal em Belém oficiou ao Sr. Secretário Executivo da Fazenda Estadual do Estado do Pará, para que fornecesse as cópias das declarações de Informações Econômico-Fiscais - DIEF, originais e retificadoras/substitutivas mensais, de uma relação de contribuintes e períodos de apuração (fls. 19). Em 13 de março de 2007, a Secretaria de Estado da Fazenda do Pará responder o ofício da RFB, apresentando as informações solicitadas (fls. 18).

Assim foi que, em 16 de março de 2007, a Delegacia da Receita Federal de Belém lavrou Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fls. 03) em nome do ex-sócio Argemiro Maia Cardoso, ora Recorrente, com o objetivo de fiscalizar as atividades da empresa rescindida no ano calendário de 2003.

Para tanto, o Fisco demandou a apresentação dos seguintes documentos: distrato da empresa, livro de apuração do ICMS, livro de registros de entradas e saídas, livro caixa ou Diário e Razão. O Recorrente foi re-intimado a apresentar integralmente os mesmos documentos em 10 de abril de 2007.

Em 02 de maio de 2007, o Recorrente foi intimado a apresentar o contrato de encerramento da empresa, assim como o Balanço Patrimonial de Encerramento da Atividade.

Diante dos fatos apurados, a Autoridade Fiscal lavrou auto de infração em desfavor do ora Recorrente, fazendo constar, como “descrição dos fatos” o seguinte:

O contribuinte Argemiro Maia Cardoso, CPF:008.267.903-72, responsável legal e administrador da Sociedade Limitada, M.C MAIA LTDA, conforme contrato social anexo ao processo fiscal, foi intimado do procedimento fiscal via postal em 21/03/2007, atendendo ao disposto no art. 135 do CTN. O procedimento fiscal foi aberto em seu nome, ou seja, do sócio-gerente, em

razão de a empresa ter sido "baixada" nos órgãos competentes, inclusive na RFB, em 15/03/2006, em face de extinção por liquidação voluntária.

No ano-calendário 2003, a situação fiscal apurada na empresa, junto ao sócio com poderes de administração, foi o que segue:

LIVRO ICMS:

| Mês/Saídas-CFOP | 5.120 | 5.949 | 6.102 | Total das Vendas |
|-----------------|------------------|---------------|---------------|------------------|
| Jan | R\$ 1.627.759,50 | R\$ 59.823,60 | R\$ 2.916,00 | R\$ 1.690.499,10 |
| Fev | R\$ 1.496.126,75 | - | R\$ 84.656,11 | R\$ 1.580.782,86 |
| Mar | R\$ 1.378.156,55 | - | R\$ 3.245,70 | R\$ 1.381.402,25 |
| Abr | R\$ 1.624.275,15 | - | R\$ 10.977,60 | R\$ 1.635.252,75 |
| Mai | R\$ 1.649.282,35 | - | R\$ 12.242,40 | R\$ 1.661.524,75 |
| Jun | R\$ 1.541.712,90 | - | R\$ 5.356,50 | R\$ 1.547.069,40 |
| Jul | R\$ 1.796.314,85 | - | - | R\$ 1.796.314,85 |
| Ago | R\$ 1.786.509,55 | - | - | R\$ 1.786.509,55 |
| Set | R\$ 1.702.056,85 | - | - | R\$ 1.702.056,85 |
| Out | R\$ 1.705.388,52 | - | - | R\$ 1.705.388,52 |
| Nov | R\$ 1.423.368,60 | - | - | R\$ 1.423.368,60 |
| Dez | R\$ 1.731.602,30 | - | - | R\$ 1.731.602,30 |

Obs.

5.120 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

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

6.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

COTEJO DIPJ X LIVROS:

DIPJ 2004 LIVRO ICMS DIFERENÇA

| | | | |
|-------|----------------|-------------------|-------------------|
| JAN | R\$ 70.800,30 | R\$ 1.690.499,10 | R\$ 1.619.698,80 |
| FEV | R\$ 72.550,00 | R\$ 1.580.782,86 | R\$ 1.508.232,86 |
| MAR | R\$ 71.675,20 | R\$ 1.381.402,25 | R\$ 1.309.727,05 |
| ABR | R\$ 71.120,60 | R\$ 1.635.252,75 | R\$ 1.564.132,15 |
| MAI | R\$ 73.006,15 | R\$ 1.661.524,75 | R\$ 1.588.518,60 |
| JUN | R\$ 70.369,30 | R\$ 1.547.069,40 | R\$ 1.476.700,10 |
| JUL | R\$ 69.965,00 | R\$ 1.796.314,85 | R\$ 1.726.349,85 |
| AGO | R\$ 69.008,75 | R\$ 1.786.509,55 | R\$ 1.717.500,80 |
| SET | R\$ 72.189,20 | R\$ 1.702.056,85 | R\$ 1.629.867,65 |
| OUT | R\$ 68.433,60 | R\$ 1.705.388,52 | R\$ 1.636.954,92 |
| NOV | R\$ 69.063,45 | R\$ 1.423.368,60 | R\$ 1.354.305,15 |
| DEZ | R\$ 75.521,85 | R\$ 1.731.602,30 | R\$ 1.656.080,45 |
| TOTAL | R\$ 853.703,40 | R\$ 19.641.771,78 | R\$ 18.788.068,38 |

Verifica-se que o contribuinte escriturava em seus livros fiscais (livro de apuração do ICMS) e declarava à Secretaria de Fazenda do Pará valores muito superiores ao declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Com intuito de pagar menos impostos e contribuições federais, o contribuinte apresentou sua DIPJ com valores inferiores aos escriturados em seus livros fiscais. Nesse sentido, de acordo com orientação da SRFB, lançamos toda a diferença no sócio-administrador.

Irresignado, o Recorrente apresentou a impugnação de fls. 175 e seguintes, aduzindo que “sempre efetivou integralmente o pagamento de todos os impostos, em perfeita observância com a legislação”.

Afirma, a Recorrente, que “os valores apontados pela Fiscalização foram decorrentes de mero erro material, uma vez que os lançamentos foram realizados fora da realizada da empresa, cuja comprovação se dá pela simples conciliação e observação dos documentos apresentados”.

Alega, ainda, que não houve a receita tida por omitida não podendo “prevalecer a presente autuação baseada simplesmente em lançamentos passíveis de erros e sabotagem de funcionários responsáveis pelo lançamento”. Argumenta que “o contribuinte não possuem (SIC) qualquer patrimônio material que justifique valores tão absurdos” sendo que, “frente a grave crise financeira que assola o país, dizer que um pequeno comércio do interno do estado movimenta uma soma assustadora desta é até comédia”.

Acusa o Auditor Fiscal de fazer “mau uso da parcela de poder de império que possui ”por não aceitar como prova os documentos que reforçam seu pedido”.

Com a impugnação, o Recorrente não juntou nenhum documento.

Posto o feito em julgamento perante a DRJ de Belém, o auto de infração foi mantido integralmente, com os seguintes fundamentos:

A recorrente alega que os valores apontados pela fiscalização foram decorrentes de mero erro material, cuja comprovação se dá pela simples conciliação e observação dos documentos apresentados.

Entretanto, a recorrente não anexa nenhum documento à peça recursal.

Se os ditos documentos apresentados são aqueles entregues no procedimento fiscal, tem-se que é justamente com base nestes documentos, em especial o Livro de Apuração do ICMS (fls. 80-105), que a autoridade apurou a receita omitida na DIPJ e não tributada.

Frise-se que o Livro de Apuração do ICMS é um livro fiscal de lavra do próprio sujeito passivo e como tal goza da presunção de veracidade até prova em contrário. De efeito, os valores ali registrados podem ser utilizados na apuração da base de cálculo de tributos federais, salvo se restar comprovada a inveracidade dos registros pelo sujeito passivo.

No caso concreto, a recorrente não comprova nenhum erro de registro no seu Livro de Apuração do ICMS. Pelo que, legítimo o lançamento baseado nesta escrita fiscal.

A recorrente ainda aduz que não houve comprovação da obtenção da receita, pois esta só ocorreria mediante acréscimo patrimonial do contribuinte.

Aqui a recorrente confunde receita com lucro e, ainda, causa com efeito. A infração em tela é decorrente da omissão (na DIPJ) de receita da atividade da pessoa jurídica. Receita da atividade, em seu sentido amplo, é o produto bruto das vendas e serviços. A partir da obtenção da receita, a pessoa jurídica pode auferir lucro ou prejuízo em sua atividade. O lucro obtido, por sua vez, pode ser distribuído a seus sócios ou incorporado ao patrimônio da pessoa jurídica.

De efeito, o acréscimo patrimonial é uma consequência do auferimento do lucro, este, fato gerador do imposto de renda da pessoa jurídica. Desta feita, não é preciso calcular a variação patrimonial para certificar-se da ocorrência do fato gerador do imposto, muito embora aquele procedimento sirva para constatar a ocorrência do fato gerador. Menos ainda é necessário apurar o acréscimo patrimonial para certificar-se do recebimento de receita, vez que esta pode ser auferida mesmo nos casos em que a empresa opera no prejuízo.

Por fim a recorrente alega que o lançamento está baseado em fatos imaginários e em processo de amostragem, distanciados da certeza e da realidade.

A tese é irreal. O lançamento foi efetuado com base sólidas e concretas, a partir dos registros da própria recorrente, e nada tem de amostragem, posto que identificou a receita de todos os meses do ano-calendário 2003.

A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

Ementa:

LIVROS FISCAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PROVA.

O Livro de Apuração do ICMS é um livro fiscal de lavra do próprio sujeito passivo e como tal goza da presunção de veracidade até prova em contrário. De feito, os valores nele registrados podem ser utilizados na apuração da base de cálculo de tributos federais, salvo se restar comprovada a inveracidade dos registros.

ÔNUS DA PROVA. O ônus da prova cabe a quem ela aproveita.

LANÇAMENTO REFLEXO. Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para o IRPJ, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Contra essa decisão, o Responsável apresentou recurso voluntário, em que aduziu, basicamente, o seguinte:

- 1) Preliminar de nulidade do lançamento, por impossibilidade de utilização do livro de apuração do ICMS como instrumento de confissão de dívida, aliado ao fato de não ter havido, por parte da Fiscalização, qualquer atenção ou aprofundamento na investigação da prova, seja para extrair a realidade da escrituração do ICMS, seja pela contraposição entre o livro de ICMS e os demais livros fiscais;
- 2) Impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao Recorrente com base no art. 135 do CTN, uma vez que “não foi narrada pelo Auditor Fiscal a ocorrência de qualquer das situações necessárias para a utilização do dispositivo legal em análise”. Que não houve a extinção regular da empresa, posto que a mesma foi objeto de distrato sem que verificasse, à época dos fatos, qual pendência ou débito que impedisse a sua extinção ou a caracterizasse como fraudulenta.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmm Teixeira

Quanto ao cabimento do recurso, identifico, preliminarmente, que as razões postas no recurso voluntário diferem daquelas outrora apresentadas em sede de impugnação. De fato, em seu recurso voluntário, aduz, o Recorrente, (i) a imprestabilidade das informações da escrituração fiscal do ICMS como única prova da omissão de receitas e (ii) a ilegitimidade passiva do Recorrente para responder pelos débitos da empresa extinta – questões não expressamente argüidas na peça de impugnação.

Todavia, no que toca ao primeiro fundamento, verifico que, apesar de não ter sido objeto de questionamento por parte do Recorrente, a matéria foi objeto de debate e deliberação por parte da decisão recorrida, que expressamente consignou que “o Livro de Apuração do ICMS é um livro fiscal de lavra do próprio sujeito passivo e como tal goza da presunção de veracidade até prova em contrário” e que “os valores ali registrados podem ser utilizados na apuração da base de cálculo de tributos federais, salvo se restar comprovada a inveracidade dos registros pelo sujeito passivo”.

Assim, tendo a matéria sido objeto de julgamento pela decisão recorrida, entendo estar superada a preclusão porventura existente.

No que toca ao argumento de ilegitimidade passiva do Recorrente, entendo trata-se de matéria de ordem pública, que desafia o seu conhecimento em qualquer estágio do processo. Tanto assim que, na farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a questão é passível de conhecimento em sede de exceção de pré-executividade, desde que não demande dilação probatória.

De fato, “Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, é cabível exceção de pré-executividade em execução fiscal para arguir a ilegitimidade passiva ad causam, desde que não seja necessária a dilação probatória” (AgRg no Resp 1.265.515/AP, rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/02/2012).

Demais disso, a questão enfrenta matéria julgada no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, merecendo, pois, o conhecimento e julgamento perante esta Corte Administrativo.

Com essas considerações e considerando a tempestividade do recurso, dele conheço.

Conforme se extrai do relatório, assim como dos documentos constantes dos autos, antes mesmo de dar início à ação fiscal que culminou com a lavratura do presente auto de infração, a Autoridade Fiscal já tinha conhecimento de que as receitas apresentadas pela empresa por meio das suas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – DIPJ divergiam das informações por ela apresentadas perante o fisco do Estado do Pará.

Isso porque a Secretaria de Fazenda do Estado do Pará apresentou as Declarações de Informações Econômico-Fiscais (fls. 21/79) da empresa extinta em 13 de março de 2007 (fls. 18) e a ação fiscal teve início com a lavratura do TIAF em 16 de março de 2007. Ou seja, antes mesmo de ter início da ação fiscal, já se tinha conhecimento da existência da divergência entre os valores declarados aos fiscos estadual e federal.

No entanto, no curso da fiscalização, não se identificou qualquer pesquisa ou questionamento direto ao contribuinte acerca das diferenças entre as declarações apresentadas perante o Fisco Estadual e aquelas que foram utilizadas para fins de apuração dos tributos federais. A Autoridade Fiscal demandou a apresentação dos livros fiscais de ICMS e dos tributos federais e tomou, como verdadeira, a escrituração do ICMS, como se existisse uma presunção legal de verdade quanto às essas informações.

É de se ponderar que, de fato, a divergência entre a escrituração fiscal do ICMS e aquela utilizada para apuração dos tributos federais constitui forte indício de omissão de receitas. No entanto, *“improcede a tributação por omissão de receita, embasada apenas no confronto de ingressos e saídas lançadas no livro de ICMS, quando não investigadas ocorrências de indícios de receitas que possam ter sido omitidas”* (acórdão 107.05469).

De fato, *“A existência de diferenças entre as vendas constantes do Livro de Apuração do ICMS e a receita total escriturada pela pessoa jurídica, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses que autorizam lançar mão de presunção legal de omissão de receitas, é um indício que reclama aprofundamento das investigações”* (acórdão 107.07804)

No caso dos autos, a Autoridade Fiscal, sem qualquer cuidado adicional, tomou as receitas declaradas para fins de apuração do ICMS como verdadeiras, afastando aquelas outrora apresentadas ao Fisco Federal, sem maiores confrontações com os livros fiscais da empresa ou com as informações de outras entidades.

Assim, por entender que não existe presunção legal que tome como suficiente as informações prestadas ao Fisco estadual, para fins de lançamento dos tributos federais, e ante a ausência de qualquer investigação acerca da efetiva omissão de receitas por parte da empresa contribuinte, entendo não estarem caracterizados os elementos suficientes para a imputação de omissão de receitas constantes dos autos de infração.

Não fosse essa irregularidade, temos, ainda, que o auto de infração imputou a responsabilidade ao sócio administrador com base no art. 135 do CTN. Veja-se a descrição do auto de infração, *in verbis*:

O contribuinte Argemiro Maia Cardoso, CPF:008.267.903-72, responsável legal e administrador da Sociedade Limitada, M.C MAIA LTDA, conforme contrato social anexo ao processo fiscal, foi intimado do procedimento fiscal via postal em 21/03/2007, atendendo ao disposto no art. 135 do CTN. O procedimento fiscal foi aberto em seu nome, ou seja, do sócio-gerente, em razão de a empresa ter sido "baixada" nos órgãos competentes, inclusive na RFB, em 15/03/2006, em face de extinção por liquidação voluntária.

No entanto, dispõe, o art. 135 do CTN, o seguinte:

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Da leitura do disposto no art. 135 do CTN, verifica-se que a responsabilidade atribuível aos “diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” é subjetiva, e não objetiva. A responsabilização depende da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

No caso dos autos, a acusação que paira contra o Recorrente é de que a empresa por ele outrora representada “ter sido baixada nos órgãos competentes, inclusive na RFB”.

Todavia, do que se extrai dos autos não se identifica a extinção irregular da empresa. Muito ao contrário: a empresa M C Maia Ltda. foi extinta por meio de distrato devidamente registrado na junta comercial e comunicado aos órgãos fazendários. Assim, não se promoveu meramente a “baixa” da empresa, mas sim a sua extinção formal e materialmente.

Nessa situação, não há que se falar em atribuição de responsabilidade solidária do sócio administrador. E, neste particular, importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.101.728/SP, rel. Ministro Teori Albino Zavaski, consolidou entendimento segundo o qual “*a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa*”

Não tendo havido qualquer imputação de ato ilícito passível de invocar a responsabilidade do art. 135 do CTN, resta flagrante a ilegitimidade passiva do Sr. Argemiro Maia Carodoso para responder pelos débitos da empresa M C Maia Ltda.

Diante do exposto, e pelos fundamentos supra elencados, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, cancelando-se integralmente os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS constantes do presente auto de infração.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator

Processo nº 10280.720196/2007-91
Acórdão n.º **1401-000.807**

S1-C4T1

Fl. 7

CÓPIA