



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 10380.009181/2005-89
Recurso nº 152.616 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS - EXS.: 2002 a 2004
Acórdão nº 105-17.343
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente ANTÔNIO EVARISTO PAZ (FIRMA INDIVIDUAL)
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

ARBITRAMENTO: A falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais e dos documentos acerca da movimentação financeira autorizam o arbitramento dos resultados para fins fiscais. É adequada a quantificação das receitas a serem consideradas no arbitramento aquelas informadas ao fisco estadual, salvo se constatada a existência de operações que desatendam ao conceito de receita bruta contido na legislação do imposto de renda.

RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADOR: A teor do artigo 135, III, do CTN, o sócio gerente que deixar de promover, com relação a empresa extinta, a comunicação aos órgãos comercial e fiscais, autoriza a presunção de dissolução irregular, (Resp 944872/RS STJ).

IRPJ. Multa qualificada. Tendo o contribuinte se declarado inativo por três exercícios, quando na verdade estava em plena atividade cabe a aplicação da multa qualificada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido os Conselheiros José Carlos Passuello (Relator) e Paulo Jacinto do Nascimento que votaram por acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e afastar a multa qualificada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Rodrigues de Mello.

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

Marcos Rodrigues de Mello

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Redator Designado

EDITADO EM:

28 JAN 2011

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Leonardo Henrique M. de Oliveira, Waldir Veiga Rocha, José Carlos Passuello, Paulo Jacinto do Nascimento, Alexandre Antonio Alknim Teixeira e José Clóvis Alves (Presidente da Câmara na data do julgamento).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por ANTÔNIO EVARISTO PAZ (Firma Individual), em 26.06.2006 (fls. 299 a 260), contra a decisão da 3ª Turma da DRJ em Fortaleza, CE, que lhe foi cientificada em 03.06.2006 (fls. 229), e que manteve integralmente a exigência inicial, tudo consubstanciado no Acórdão nº 8.364, assim ementado:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa: HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial ou fiscal

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O arbitramento do lucro decorre de expressa previsão legal, consoante a qual a autoridade tributária, impossibilitada de aferir a exatidão do lucro real declarado em virtude da não apresentação – total ou parcial – de livros e documentos pela pessoa jurídica regularmente intimada, está legitimada a adotá-lo como meio de apuração da base de cálculo do IRPJ.

DIVERGÊNCIA ENTRE A RECEITA INFORMADA NAS GUIAS INFORMATIVAS MENSIS DE ICMS E A DECLARADA AO FISCO FEDERAL (DIPJ).

Não logrando o contribuinte justificar a diferença dos valores dos faturamentos consignados, em relação a idêntico período, nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – DIRPJ versus Guias de Informação Mensal de ICMS – GIM's, procede o lançamento com base nos valores efetivamente levantados pela fiscalização.

A constatação da existência de receitas operacionais da atividade lançadas e não declaradas, caracterizam o ilícito fiscal e justificam o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto.

ESCRITURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Cabe ao sujeito passivo o ônus de provar que os dados por ele escriturados nos livros fiscais referem-se a meras estimativas e não preenchem os requisitos da legislação tributária

MULTA QUALIFICADA

Declarando a menor seus rendimentos, o contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da

autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

MULTA QUALIFICADA

Declarando a menor seus rendimentos, o contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Esta prática sistemática, adotada durante anos consecutivos, caracteriza a conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts 71, inciso I, e 72 da Lei nº 4 502, de 1964.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

*Ementa: ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E
INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS
ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.*

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

POSICIONAMENTOS DE TRIBUNAIS E DE JURISTAS

A autoridade Administrativa não tem competência para apreciar alegações de descabimento de norma legitimamente inserida na legislação tributária nacional.

EMPRESA EXTINTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Nos termos do disposto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, respondem pelo crédito tributário os sócios de empresa

extinta, desde que a exação seja processada antes de decaído o direito de a Fazenda Pública cobrar os seus créditos.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa: NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe a nulidade do lançamento quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do lançamento, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada.

CERCEAMENTO DE DEFESA.

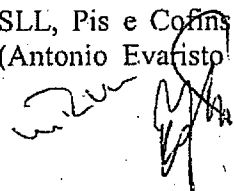
A falta de conhecimento prévio à pessoa jurídica dos elementos ensejadores do lançamento não inibe a apresentação de impugnação nem tampouco de provas documentais e demais elementos que completam a ampla defesa, mormente quando está consignado no auto de infração a ciência do lançamento e de todos os seus anexos, e facultada vista do processo na repartição fiscal, durante o prazo para impugnação da exigência.

AFIRMAÇÕES RELATIVAS A FATOS NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO

O conhecimento de afirmações relativas a fatos, apresentadas pelo contribuinte para contraditar elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua consubstanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações, processualmente inatáveis.

Lançamento Procedente"

A exigência contém lançamentos relativos ao IRPJ, CSLL, Pis e Cofins (fls. 154) e cujos autos de infração foram lavrados contra o recorrente (Antonio Evaristo Paz)



relativamente ao arbitramento do lucro da empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda (CNPJ nº 02.754.880/0001-17), sob seguinte descrição dos fatos (fls. 07):

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda. – CNPJ 02.754.880/0001-17, já extinta e pela qual responde o Sr. Antonio Evaristo Paz – CPF 058.431.703-49 na qualidade de sócio-gerente, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infrações abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2001 06/2001 09/2001 12/2001 03/2002 06/2002 09/2002 12/2002 03/2003

Arbitramento do lucro da empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda. – CNPJ 02.754.880/0001-17 dos anos calendário de 2001 a 2003, tendo em vista que, devidamente intimado, seu sócio responsável, não apresentou escrituração regular da forma das leis comerciais e fiscais necessárias à apuração do lucro real, conforme circunstanciado no Termo de Verificação Fiscal, que faz parte integrante e inseparável do presente auto.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

REVENDA DE MERCADORIA

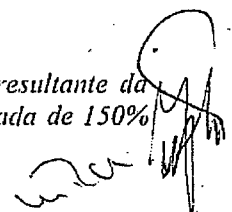
O arbitramento ora procedido foi efetuado adotando-se por base de cálculo as saídas de mercadorias realizadas pela empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda. – CNPJ 02.754.880/0001-17, no período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2003, tais como informadas nas Guia de Informação Mensal do ICMS-GIM apresentadas à SEFAZ/CE, conforme extratos em anexo.

Conforme justificado e circunstanciado em Termo de Verificação Fiscal integrante do presente auto, sobre os tributos e contribuições ora lançados fizemos incidir multa qualificada de 150% prevista no art. 44, II da Lei 9430/96, tendo a autuação sido direcionada à pessoa física do sócio responsável pela pessoa jurídica – Sr. Antonio Evaristo Paz – CPF 058.431.703-49, na forma dos arts. 135, III do CTN e art. 207, V do Decreto 3000/99 "

Foi aplicada a multa qualificada, capitulada no artigo 44, II da Lei nº 9.430/96, sem que conste dos autos de infração a descrição dos motivos, sendo que no termo de verificação fiscal (fls. 47), consta:

"Multa qualificada.

Sobre os tributos e contribuições lançados "ex-officio" resultante da presente fiscalização, cabe a aplicação de multa qualificada de 150%



de que trata o art. 44, II da Lei 9.430/96, tendo em vista que no curso da ação fiscal foi constatada a prática de atos tendentes a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador das obrigações tributárias da pessoa jurídica, na medida em que, nos anos de 2001 a 2003 em que a empresa estava em pleno funcionamento, foram apresentadas declarações indicando que a mesma se encontrava em situação de Inativa, não tendo sido efetuado nenhum recolhimento de tributo/contribuição federal ou apresentado DCTF em relação a esses períodos."

A lavratura dos autos de infração em nome de Antônio Evaristo Paz foi explicada no mesmo Termo de Verificação Fiscal, como consta a fls. 47:

"Da Responsabilidade tributária:

Os fatos em relato nós levam a concluir pela aplicação do dispositivo contido no inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, com o fim de responsabilizar pessoalmente pelos débitos da pessoa jurídica fiscalizada, o seu sócio-gerente Antonio Evaristo Paz - CPF 058.431.703-49, porquanto transparece evidente o intuito sonegatório por ele perpetrado, na medida em que, com relação aos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, prestou declarações à Receita Federal se passando por uma empresa em situação INATIVA quando, de fato, estava em pleno funcionamento, não tendo por conseguinte recolhido e declarado nenhum tributo ou contribuição à Fazenda Nacional, com a agravante de que em 05/05/2003 promoveu a extinção da sociedade sem dar baixa no cadastro do CNPJ e quitar suas obrigações decorrentes dos fatos geradores tributários ocorridos durante o seu funcionamento e omitido do conhecimento do Fisco Federal, mediante conduta fraudulenta, sendo de aplicar-se na espécie, também o disposto no art. 207, V do Decreto 3000/99.

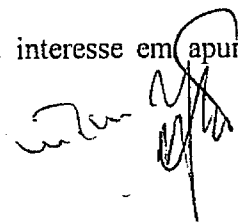
De registrar-se que o Sr. Antonio Evaristo Paz figura como único sócio com função de gerência na empresa, desde agosto de 1999, conforme faz prova o 2º Aditivo ao Contrato Social da mesma (doc fls. 55), fato este que é ainda confirmado pela documentação que nos foi encaminhada pelos Bancos Bradesco e BIC e que indica o Sr. Evaristo como responsável pela movimentação das contas mantidas pela empresa naquelas instituições (doc fls. 132/153)."

Impugnada a exigência, foi ela mantida pela autoridade julgadora de 1º grau por seus próprios fundamentos.

O recurso voluntário (fls. 24 a 260), firmado por Antônio Evaristo Paz, reiterou razões já expendidas na impugnação e, em sumário, manifestou-se considerando que:

Estava irresignado por ter o julgamento de 1º grau servido exclusivamente à manutenção da exigência;

Em nenhum momento a fiscalização federal demonstrou interesse em apurar com exatidão a matéria tributável;



O Agente Fiscal não teve o zelo nem o menor interesse em segregar do montante das saídas de mercadorias os valores efetivos das vendas, já que as informações contêm outras formas de saídas (outras naturezas);

Os lançamentos afrontaram as normas legais, pois foram concebidos em bases irreais, ou seja, as bases de cálculo foram apurados a partir de simples saídas de mercadorias constantes das guias resumo do ICMS;

A fiscalização, por mera presunção injustificada, promoveu o arbitramento, sem conceder prazo razoável à apresentação de sua escrituração;

O arbitramento, mesmo não sendo penalidade é extremamente gravoso e deve ser aplicado com máxima cautela, apenas quando não restar qualquer possibilidade de se aplicar outra forma de tributação;

Que houve abandono aos cuidados mínimos e aos princípios que se entrelaçam no campo jurídico e legal, tais como: o Princípio da objetividade da ação fiscal, o princípio da audiência do interessado, o princípio da instrução probatória ampla, regular e pertinente, trazendo jurisprudência administrativa para comprovar a quebra desses princípios;

Que está-se diante de um julgamento sumário com alteração de princípios do direito privado, como o conceito de renda bruta e não foi aferida a verdadeira base de cálculo, com citação de jurisprudência, com caracterização da nulidade do lançamento.

Versou, ainda, o voluntário, sobre a ocorrência de erro grave e insanável, visto que na fase constitutiva do crédito tributário não se pode confundir a figura do contribuinte com a do responsável, já que a extinção da pessoa jurídica ocorreu de forma regular e com o cumprimento das formalidades da legislação comercial.

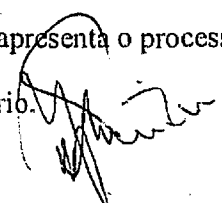
Aduz ainda que o artigo 135, III, do CTN só é aplicável nos casos em que, de forma comprovada se possa imputar conduta dolosa à pessoa que se pretende responsabilizar, fato esse que, como foi noticiado, não se encontra materializado nos autos. Isso porque, à luz do artigo 20 do Código Civil, o sócio e a pessoa jurídica são pessoas distintas, um não respondendo pelas obrigações do outro, e, não sendo objetiva a responsabilidade do sócio, para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no artigo 135 do CTN, é necessário que haja comprovação de que ele agiu com excesso de mandato ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto. Cita como paradigma jurisprudencial os acórdãos 107-06.453, 107-05.221 e 303-28.492.

Quanto à multa qualificada a defesa entende não ser aplicável por se tratar de crédito apurado por arbitramento pedindo a consideração das razões expendidas na impugnação, constantes de afirmativa de inexistência de dolo, até porque não há qualquer prova de que é o signatário o autor das declarações que indicaram a inexistência de movimento comercial e nem foi ele quem as transmitiu. Diante da posição reiterada da jurisprudência, dolo não se presume, devendo ser objetivamente provado.

O recurso teve seguimento por força do despacho de fls. 261 com dispensa do arrolamento de bens diante da afirmativa de que o contribuinte não os possuía.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Existe preliminar trazida em meio à discussão de mérito, que, no que respeita à alegada nulidade do lançamento permeia diversos itens do recurso, principalmente aqueles que versam sobre o descumprimento de princípios de ordem legal, sobre cerceamento ao direito de defesa e pela imprecisão da formalização do crédito tributário.

Quanto ao alegado cerceamento ao direito de defesa, não vejo como tenha ocorrido, porquanto a principal omissão constatada no processo deve-se à recorrente, que deixou de atender a diversas intimações, tendo, no curso do processo, após a constituição do crédito tributário, atuado regularmente em sua defesa.

A possibilidade de nulidade do lançamento diante de imprecisões deve ser afastada, uma vez que se constata nos autos de infração a adequada descrição dos fatos bem como sua capitulação legal, diante do que, qualquer imprecisão, poderá decretar o seu cancelamento quando do exame de mérito, nunca a sua nulidade.

Eventuais descumprimentos de princípios legais genéricos corresponderão à discussão de mérito e nenhuma das hipóteses elencadas no recurso ataca objetivamente o crédito tributário.

Assim, entende não ser razoável o acolhimento das preliminares de nulidade tratadas.

Trazida com ênfase na impugnação é reiterada no recurso encontra-se preliminar de erro de eleição do sujeito passivo, como consequência da inconformidade do Sr. Antônio Evaristo Paz em ser considerado responsável na forma do artigo 135, III, do CTN.

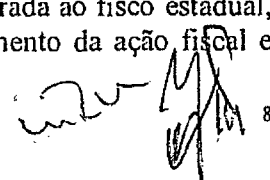
Antes, porém, de se julgar a quem compete a responsabilidade sobre o crédito tributário, é de se concluir acerca de existência do referido crédito tributário.

Por isso, passo a apreciar o mérito.

A tributação pela opção do lucro arbitrado, imposta pela fiscalização, se deu, na forma do auto de infração – folha de continuação, por não ter a empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda. apresentado sua escrituração regular (fiscal e contábil), a despeito da intimação de fls. 73 e reintimação de fls. 75,

A fiscalização constatou que as declarações anuais eram indicativas de estar a empresa inativa, nos três anos, sendo que os informes prestados pela empresa ao Estado – GIA/ICMA informaram movimento indicado a fls. 44 (R\$ 16.138.875,65 – 2001, R\$ 16.441.847,66 – 2002 e R\$ 904.362,79 – 2003).

Deu-se, portanto o arbitramento com base na receita declarada ao fisco estadual, tendo a empresa alegado genericamente que houve falta de aprofundamento da ação fiscal e

 8

que a fiscalização deixou de apropriar corretamente a base de tributação, sem indicar técnica e objetivamente quais os valores que teriam sido incorretamente adotados pela fiscalização, em que montante, proporção ou dimensão.

Sem dúvida a empresa esquivou-se de prestar informações à fiscalização, forçando-a a buscar elementos que pudessem comprovar a atividade empresarial, obtendo-os através da GIAM que a recorrente preencheu e entregou ao Estado.

Comprovadamente, as guias estaduais indicam a movimentação de mercadorias nos volumes indicados acima, o que comprova o montante de operações da empresa.

A partir desse dimensionamento, a fiscalização buscou tais informações como sendo a receita da recorrente e sobre ela calculou o tributo devido com base no lucro arbitrado.

A modalidade eleita (lucro arbitrado) se apresentou como sendo a única forma possível de se intentar a tributação, já que comprovadamente a empresa desenvolveu atividade comercial sem oferecê-la à tributação.

E, nesse contexto, diante da falta de apresentação dos livros comerciais e documentação societária, entendo ser adequado o arbitramento.

Com relação à base adotada na tributação, lembro que é comum a alegação de que os valores declarados ao Estado para servirem de base à tributação pelo ICMS, por ter o ICMS base de cálculo diferente daquela adotada pelo IRPJ, CSLL, Pis e Cofins.

Essa afirmativa é verdadeira e chega a corresponder a situações em que realmente os valores declarados ao Estado se dissociam largamente daqueles correspondentes às receitas da empresa, principalmente nos casos de ocorrência de transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, saídas de bens do imobilizado e outras situações cuja emissão de notas fiscais não representam receitas no conceito fiscal.

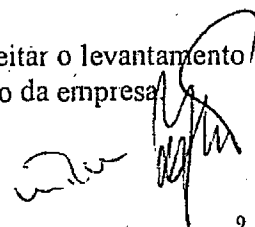
No presente caso nenhuma dessas hipóteses foi alegada ou comprovada pela recorrente, que se limitou a entender que o valor adotado pela fiscalização foi produto de seu arbítrio.

Poderia a recorrente, na inexistência de outra forma, trazer os próprios livros de registro do ICMS, uma vez que deles consta vinculada a cada código de operação a sua natureza, o que permitira demonstrar se a base adotada é efetivamente inadequada.

Essa tem sido a jurisprudência, uma vez que nenhuma indicação de que os valores constates das GIAM poderiam não refletir a formação das receitas da empresa.

Trata-se, sem dúvida, do cotejo de provas. Nesse campo, sem dúvida as declarações espontaneamente prestadas ao fisco estadual comprovam a atividade econômica e seus contornos quantitativos, contra as quais caberia a juntada de alguma prova que pudesse derruir a sua aplicabilidade.

Isso não aconteceu sob qualquer forma, o que me induz a aceitar o levantamento procedido pela fiscalização como sendo adequado ao movimento econômico da empresa.



Admitido como adequado o procedimento do arbitramento procedido pela fiscalização, é de se examinar a preliminar de erro na eleição do sujeito passivo.

Como consta do TVF (Termo de Verificação Fiscal – fls. 47) a tipificação adotada foi o inc. III do art. 135 do CTN, de redação:

"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 "

A gerência da sociedade era praticada pelo Senhor Antônio Evaristo Paz, na forma da cláusula terceira do 2º aditivo ao contrato social (fls. 55).

O distrato social da empresa define na cláusula 3ª que o sócio Antonio Evaristo Paz ficou responsável pela guarda dos livros fiscais e contábeis, bem como toda a sua documentação (fls. 57).

Assim, está claramente cumprida a condição de gerência atribuída ao Sr. Antônio Evaristo Paz, bem como sua responsabilidade relativa à guarda dos livros fiscais após o distrato da sociedade.

Um primeiro passo pode ser antecipado, na constatação de que a empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda já se encontrava extinta quando da constituição do crédito tributário, constando do ato societário que cada sócio seria reembolsado quanto ao capital social, sem menção ao valor do patrimônio existente à sua data.

Não consta do processo qualquer informação acerca da existência de bens de propriedade da empresa quando de sua extinção ou que tenham sobrevivido a ela.

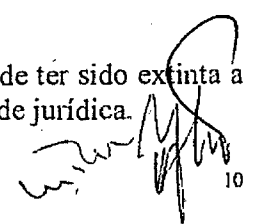
Em verdade, segundo a constatação aceita pela autoridade administrativa que acolheu e encaminhou a este Colegiado o recurso, nem o Sr. Antônio é detentor de bens, o que se confirma por sua declaração de imposto de renda e pelas certidões de fls. 236 a 243.

Mencionei esse aspecto porque entendo importante a constatação da existência de bens no patrimônio da empresa onde se constaram as irregularidades fiscais uma vez que se forem eles em montante suficiente para a garantia do débito é pouco razoável o imediato direcionamento da imposição ao responsável.

E essa constatação é importante acerca do momento em que deve ser o responsável chamado a responder pelo crédito tributário.

No presente caso a empresa provavelmente não possuía bens que pudessem garantir a exigência e a Fazenda optou por direcionar imediatamente contra o seu sócio o encargo sob discussão.

Penso, também motivou a Fazenda a assim proceder, o fato de ter sido extinta a empresa em data anterior à fiscalização, não mais existindo sua personalidade jurídica.



A jurisprudência judicial sobre a questão é pacífica no sentido de que o administrador não responde pessoalmente pelas obrigações fiscais da empresa, salvo se constatados os pressupostos da lei, cuja análise se inicia pelo artigo 121 do CTN que estabelece a possibilidade de o sujeito passivo ser o contribuinte ou o responsável, esse último (que não é o contribuinte originário) apenas nos casos em que sua obrigação decorra de disposição expressa de lei, na forma que a seguir exemplifico:

Processo

AgRg no Ag 930334 / ALAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO2007/0170112-0

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

06/12/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 01.02.2008 p. 1

Ementa

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES.**

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e proveu o recurso especial da parte agravada.

2. O acórdão a quo, nos termos do art. 135, III, do CTN, deferiu pedido e inclusão do **sócio-gerente** no pólo passivo da **execução fiscal**, referente aos fatos geradores da época em que pertenciam à sociedade.

3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

A **responsabilidade** tributária imposta por **sócio-gerente**, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercia a gerência da empresa à época dos fatos geradores.

4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN).

6. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em

responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior.

7. Matéria que teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção desta Corte nos EREsp nº 260107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004.

8. Agravo regimental não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Resumo Estruturado

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:005172 ANO:1966

***** CTN-66 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

ART:00135 INC:00003LEG:FED LEI:006404 ANO:1976

***** LSA-76 LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES

ART:00158 INC:00001 INC:00002

Doutrina

OBRA : MANUAL DAS SOCIEDADES COMERCIAIS, 8ª ED., SARAIVA, 1995
AUTOR : AMADOR PAES ALMEIDA

Veja

(RESPONSABILIDADE - SÓCIO-GERENTE - ART. 135, CTN)

STJ - ERESP 260107-RS,

RESP 100739-SP (RET 8/68, RSTJ 117/287),

RESP 108827-RS, RESP 45366-SP (JSTJ 9/189, RSTJ 122/224),

RESP 139872-CE (RSTJ 109/52),

RESP 138707-SP (RDR 12/228), RESP 791155-RS,

RESP 93609-AL (RDTJRJ 36/115, RDR 11/198, LEXSTJ 107/157),

AGRG NO AG 131957-SP, RESP 101597-PR,

ERESP 100739-SP (RT 778/211), RESP 101597-PR,

RESP 85115-PR (RDR 7/174, RSTJ 88/50, REVJMG VOL.: 00135/136/470)

Como se verifica ao longo do processo, desde o lançamento se estabeleceu volumosa discussão acerca da responsabilidade pelo crédito tributário, que enseja o questionamento acerca da definição sobre a correta eleição do sujeito passivo, uma vez que não se trata de imputação de responsabilidade solidária ao Sr. Antônio (art.124), nem da responsabilidade subsidiária (art. 134), mas de responsabilidade pessoal, inerente ao instituto da substituição.

Resta apreciar se a descrição contida no *caput* do artigo 135 se confirma no presente caso, que corresponde à constatação de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O primeiro pressuposto da aplicação do artigo 135 está cumprido, qual seja a existência de débito tributário, por falta ou insuficiência de pagamento. Tanto que esta Câmara já votou pelo reconhecimento da procedência dos tributos lançados nos autos de infração que são objeto do recurso voluntário.

O segundo pressuposto deve se confirmar numa das formas tipificadas no inciso III do artigo 135 do CTN, uma vez que apenas nele foi capitulada a responsabilidade do recorrente.

Nesse segundo pressuposto deve ser avaliada a ocorrência de ser o débito fiscal "... resultante de atos praticados, ..., com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos."

Não antevejo prática de atos em que se constate excesso de poderes ou infração às disposições societárias, já que o Sr. Antônio administrou a empresa sem que seu sócio apontasse qualquer irregularidade dessa natureza nem consta qualquer procedimento que lhe imputasse tal comportamento. Nem consta dos atos qualquer indicação da existência de questionamento civil ou penal diante da conduta empresarial do referido administrador.

Resta avaliar se ocorreu a necessária infração de lei.

Se entendermos que a lei a ser infringida é a lei fiscal, por evidente, sempre que remanescer tributo devido estará ela (lei fiscal) infringida e conseqüentemente teremos sempre a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade dirigido ao sócio gerente ou administrador, bastando que a pessoa jurídica não mais possua bens ou recursos suficientes para o adimplemento fiscal.

Mas, entendo, não deva ser essa a interpretação condizente com a intenção do legislador.

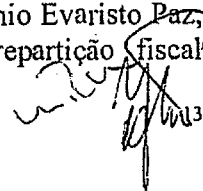
Já limitou a jurisprudência judicial (ver transcrição acima) a aplicação do artigo 135 à extinção irregular da sociedade.

Esse aspecto deve ser desde logo apreciado.

Consta do processo (fls. 57 e 58) o distrato social da empresa Fortaleza Distribuidora de Balas e Caramelos Ltda (em 05.05.2003), onde se verifica na cópia xérox juntada indicação de seu registro na Junta Comercial, fato confirmado pela fiscalização (fls. 45). A fiscalização menciona no termo de verificação fiscal (fls. 47) que a empresa deixou de proceder à baixa da inscrição do CNPJ.

Sem dúvida o arquivamento do distrato social no Registro de Comércio, sem que se tenha notícia de qualquer obstáculo a isso que pudesse lhe retirar a legitimidade, aponta para a inexistência de liquidação ou extinção irregular.

Porém, conforme relatado pela fiscalização (fls. 47) o Sr. Antonio Evaristo Paz, sócio-gerente, deixou de providenciar ou determinar a informação à repartição fiscal



competente a ocorrência do distrato da sociedade e de providenciar a baixa da inscrição da empresa perante as autoridades fiscais.

A despeito de entender que tal omissão não tem o condão de representar infringência à lei comercial, já que se trata da omissão no cumprimento de obrigações acessória, encontro na jurisprudência judicial entendimento diferenciado, como consta da decisão prolatada no REsp 944872/RS, da 1ª Turma do STJ, contendo conclusão que induz a reconhecer tal procedimento omissivo como presunção de dissolução irregular da sociedade, o que ensejaria a responsabilização do sócio-gerente pelos encargos fiscais da empresa.

Transcrevo o sumário da decisão:

Processo

REsp 944872 / RSRECURSO ESPECIAL2007/0093080-4

Relator(a)

Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

04/09/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 08.10.2007 p. 236

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO FISCAL**. SOCIEDADE POR QUOTAS DE **RESPONSABILIDADE** LIMITADA. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA **EXECUÇÃO** PARA O **SÓCIO-GERENTE**. POSSIBILIDADE.

I - Discute-se se a certidão expedida pelo oficial de justiça atestando que a empresa executada não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial presta-se como indício de dissolução irregular da sociedade capaz de ensejar o redirecionamento do executivo **fiscal** a seus sócios-gerentes.

Trata-se, assim, de discussão acerca de valoração de prova, ficando afastado o óbice sumular nº 7 deste STJ na hipótese.

II - Este Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento no sentido de que "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio **fiscal**, sem comunicação aos órgãos competentes, comercial e tributário, cabendo a responsabilização do **sócio-gerente**, o qual pode provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, que efetivamente não tenha ocorrido a dissolução irregular" (REsp nº 841.855/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 30.08.2006).

III - Esta Primeira Turma adotou igual entendimento quando apreciou o REsp nº 738.502/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14.11.2005, ressaltando-se para o fato de que "consta dos autos certidão lavrada por Oficial de Justiça (fl. 47 verso), informando que, ao comparecer ao local de funcionamento da empresa executada, foi comunicado de que a mesma encerrara as atividades no local há mais de ano, o que indica a dissolução irregular da sociedade, a autorizar o redirecionamento da **execução**" (sublinhou-se).

IV - De se destacar, ainda, que "...no momento processual em que se

busca apenas o redirecionamento da **execução** contra os sócios, não há que se exigir prova inequívoca ou cabal da dissolução irregular da sociedade. Nessa fase, a presença de indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades é suficiente para determinar o redirecionamento, embora não o seja para a responsabilização final dos sócios, questão esta que será objeto de discussão aprofundada nos embargos do devedor. (...) Como bem salientou o Ministro Teori Albino Zavascki no AgRg no REsp 643.918/PR, DJU de 16.05.06, saber se o executado é efetivamente devedor ou responsável pela dívida é tema pertencente ao domínio do direito material, disciplinado, fundamentalmente, no Código Tributário Nacional (art. 135), devendo ser enfrentado e decidido, se for o caso, pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à **execução**" (REsp nº 868.472/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 12.12.2006).
V - Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI (Presidente) e DENISE ARRUDA votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro JOSÉ DELGADO.

Resumo Estruturado

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Veja

(DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA)
STJ - RESP 841855-PR, RESP 738502-SC,
RESP 868472-RS

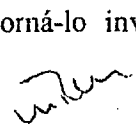
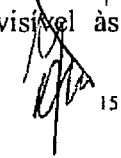
Sucessivos

REsp 933173 PR 2007/0050425-3 DECISÃO:20/09/2007
DJ DATA:22/10/2007 PG:00211

Como se constata no presente processo, a dissolução formal da sociedade foi processada pelo arquivamento do distrato na Junta Comercial, restando omissa apenas a baixa perante a repartição fiscal, porém diante do fato de não constar do distrato os elementos patrimoniais envolvidos e as responsabilidades remanescentes, perdura a dúvida quanto à regularidade da dissolução, fato que induz a adotar a jurisprudência acima, mesmo que dela constou a falta de comunicação aos órgãos fiscais e comerciais, quando no presente caso houve a comunicação ao órgão comercial, restando apenas a omissão na comunicação perante o órgão fiscal.

Nessa linha de raciocínio concordo com a responsabilidade imputada pela fiscalização ao sócio-gerente.

Com relação aos procedimentos da empresa marcados por repetidas omissões na prestação de informações e na prestação de informações irreais sobre o seu funcionamento e condição de inatividade, não observo qualquer procedimento que alcance a ocorrência do fato gerador nem sua alteração de forma a impedir seu surgimento ou torná-lo invisível às

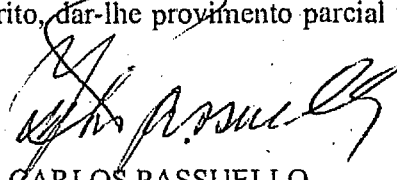
  15

autoridades fiscais, tanto que o lançamento se deu por arbitramento baseado nas declarações prestadas ao fisco estadual.

Ainda, baseou-se a conclusão acerca do dolo da empresa na presunção de que sua ação tenha sido dolosa, restando não realizadas provas diretas da atuação da empresa no fato gerador impedindo ou retardando seu surgimento ou seu conhecimento.

Não entendo que a falta de comunicação da extinção da empresa às autoridades fiscais tenha contaminado qualquer fato gerador dos tributos lançados, servindo tão somente para a vinculação do Sr. Antonio Evaristo da Paz com eles na qualidade de responsável.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento parcial tão somente para desqualificar a multa de ofício aplicada.


JOSÉ CARLOS PASSUELLO

Voto Vencedor

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Relator

Trata de voto vencedor em relação à parte não unânime da decisão proferida em 13 de novembro de 2008. A matéria objeto desse voto vencedor é referente à aplicação da multa qualificada aplicada pela fiscalização e mantida pela decisão recorrida.

A fiscalização afirma:

“Sobre os tributos e contribuições lançados ex-officio resultantes da presente fiscalização, cabe a aplicação de multa qualificada de 150% de que trata o art. 44, II da Lei 9.430/96, tendo em vista que no curso da ação fiscal foi constatada a prática de atos tendentes a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador das obrigações tributárias da pessoa jurídica, na medida em que, nos anos de 2001 a 2003 em que a empresa estava em pleno funcionamento, foram apresentadas declarações indicando que a mesma se encontrava em situação de inativa, não tendo sido efetuado nenhum recolhimento de tributo/contribuição federal ou apresentado DCTF em relação a esses períodos.”

Ficou evidenciado que, por três exercícios consecutivos, o contribuinte prestou informação falsa ao fisco, declarando a empresa inativa e também deixando de reconhecer os tributos devidos.

A prática reiterada deixa evidente o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de atingir o resultado de não pagar os tributos devidos e prestar informação falsa ao fisco para que aquele não pudesse conhecer o procedimento ilegal.

Presentes os pressupostos do art. 44 da Lei 9.430 e nos artigos 71 a 73 da Lei 4502/64, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a multa qualificada aplicada.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008



MARCOS RODRIGUES DE MELLO