



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

Processo n° 15540.000290/2010-31
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1201-001.837 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2017
Matéria IRPJ
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado SÃO FRANCISCO DE SÃO GONÇALO COMERCIO E INDUSTRIA DE PANIFICADOS LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. RECURSO DE OFÍCIO. NÃO ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS.

Não devem ser acolhidos os Embargos de Declaração, uma vez que a insuficiência probante destes autos torna impossível a responsabilização tributária pessoal do síndico da massa falida, não identificados o excesso de poder ou infração à lei em seus atos ou omissões. Da decisão que positiva a ausência de responsabilidade, mantida a obrigação do sujeito passivo, não há que se falar em julgamento de Recurso de Ofício pelo CARF, por força do art. 70 do Decreto nº 7.574/11.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não acolher os embargos opostos.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis

Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães e Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão nº 1201-000.774 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, assim ementada:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005

CERCEAMENTO NO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de cerceamento no direito de defesa, haja vista que o síndico da massa falida foi cientificado do auto de infração e do relatório fiscal, bem como de todas as intimações necessárias para elaboração do lançamento. Para eventuais extratos bancários necessários à preparação da impugnação, o síndico poderia ter solicitado cópias na repartição em que se encontrava os autos do processo, durante o prazo para apresentação de seus argumentos.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Por meio do art. 42 da Lei 9.430/1996 passou-se a se caracterizar omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem destes recursos.

Trata-se de presunção legal que, intimado a prestar os esclarecimentos, o ônus da prova passa a ser do sujeito passivo.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS COMERCIAIS.

Intimado o contribuinte não apresenta os livros e documentos comerciais, o procedimento correto é o arbitramento do lucro. Como base de cálculo pode-se tomar os depósitos bancários sem comprovação das origens, em decorrência de sua caracterização como omissão de receita, por expressa disposição legal.

MULTA DE OFÍCIO NÃO APLICAÇÃO. O artigo 23, inciso III do Decreto Lei nº 7.661/45, enunciou a Súmula nº 192 do STF, segundo a qual não se inclui na falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa. Avançando na interpretação da matéria, em sessão de 14/08/1975 o STF enunciou a Súmula nº 565, dispondo que: “a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.”

Ademais, aplica-se a Súmula nº 14 do CARF nas operações em que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Nos autos, a fiscalização deixou de aprofundar com a investigação, pautando-se apenas em presunção para se concluir pela existência do dolo, e isso não é autorizado por esse E. Tribunal.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS, COFINS E CSLL.

Inexistindo fatos novos a serem apreciados, o decidido no lançamento matriz aplica-se aos lançamentos reflexos.

Recurso parcialmente provido.

Em síntese, a Fazenda Nacional pugna pelo reconhecimento de omissão e contradição nos seguintes pontos: 1) competência do CARF em sede de recurso de ofício; 2) procedimento da imputação de sujeição passiva; 3) responsabilidade tributária do Síndico da Massa Falida.

Quanto ao primeiro ponto (1), argui-se que o r. acórdão da d. DRJ afastou a responsabilidade tributária do síndico da massa falida, alcançando o crédito tributário mantido pela d. DRJ valor superior ao estabelecido pela Portaria MF nº 03, de 03/01/2008, razão pela qual caberia à Autoridade Julgadora se manifestar a respeito da cognição do recurso de ofício.

Com relação à segunda questão destacada (2), alega-se que a ausência de autuação do termo de sujeição passiva solidária em desfavor do síndico da massa Falida constitui mera irregularidade, de modo que seria descabido o pronunciamento de qualquer nulidade.

Por fim, sustenta-se, quanto ao terceiro ponto acima elencado (3), que o conjunto probatório carreado aos autos pelo Fisco tornaria irrefutável a responsabilidade tributária do Síndico e também assim demonstraria provimentos judiciais transcritos, restando patente os atos praticados com excesso de poderes ou infração à Lei, conforme exige o CTN, art. 135, c/c o RIR/99, art. 210, inciso II.

Os Embargos foram admitidos por este Relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado – Relator

Admissibilidade

Os embargos de declaração interpostos são tempestivos e encontram-se revestidos das formalidades legais cabíveis merecendo serem apreciados.

Mérito

A Fazenda Nacional levanta uma questão sutil, que deve ser observada de modo imparcial, limitando-se a análise do quanto presente nestes autos, levando em conta as provas, documentos e alegações trazidas durante o processo fiscalizatório.

A ora embargante traz à tona, por meio de seus embargos declaratórios, provimentos judiciais dentre os quais são apontados **inéditos** elementos probantes. Indica-se, através de decisão nos autos do processo nº 0013987-67.2002.8.08.0024, que o síndico da massa falida fora destituído, sob patente violação aos arts. 162 e 169 do Decreto Lei nº 7661/75 (Antiga Lei de Falências). Naquela ocasião, demonstrou-se a total desídia quanto aos deveres que lhe incumbiam e quanto aos interesses da massa. Da decisão recorreu o dito cujo, mas o respectivo Agravo de Instrumento nº 024119019289 fora desprovido.

Ocorre que: i) o presente julgador não tem acesso aqueles autos, não constando neste processo administrativo cópias daqueles provimentos judiciais; ii) não se tem conhecimento se fora interposto recurso da decisão/acórdão do agravo de instrumento para os Tribunais Superiores, ou seja, não se sabe ao certo se transitou em julgado definitivamente a sentença firmando a destituição do síndico da massa falida; iii) não há, portanto, nos autos desta demanda, um conjunto probatório hábil a exprimir a negligência (ou não) do síndico, partindo-se do pressuposto lógico de que a ausência de manifestação quanto às intimações feitas não perfaz propriamente infração à lei ou excesso de poder capaz de responsabilizá-lo pessoalmente na seara tributária.

Estas assertivas apenas evidenciam a impossibilidade de aplicação, neste caso concreto, dos arts. 134 e 135 do CTN.

Ora, a manifestação concreta destes dispositivos legais quer supor a responsabilização tributária como consequência à identificação de uma ação ou omissão do sujeito com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, e ainda tendo como premissa a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte.

No presente caso não se vislumbra a impossibilidade de cumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte principal, bem como não há maneira de atestar-se, diante da documentação levantada pela fiscalização e juntada pelas partes, que o síndico, em seus atos ou omissões, incorreu em excesso de poderes ou infração à lei.

A jurisprudência do CARF acena exatamente no sentido de que é essencial a comprovação dos elementos “infração à lei” ou “excesso de poderes” como pressupostos à responsabilização tributária:

ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÍNDICO. Não comprovados os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.

(Acórdão n.º 1804-00021 - 4ª Turma Especial - 19 Março de 2009)

Ainda que se repute que a decisão judicial transcrita pela Fazenda Nacional nestes aclaratórios é firme no sentido de identificar patente infração à Lei de Falências (Lei nº 11.101/05), o que ensejaria a responsabilização pessoal do síndico, não há como atribuir este dever concorrente de pagamento, dada a fragilidade documental e informacional dos presentes autos neste sentido.

O procedimento fiscalizatório não faz sequer menção à responsabilidade elencada nos termos do art. 135 do CTN (inciso I), tampouco profere qualquer juízo ou conclusão acerca do comportamento do síndico neste momento, de modo que os autos como um todo passam a refletir tal omissão. Assim, quando da constituição definitiva do crédito tributário, não há também a lavratura de termo de sujeição passiva, como natural decorrência do não direcionamento do trabalho fiscal para este norte.

Não há como determinar com objetividade se a omissão de receitas presumida pelo Fisco representa negligência do síndico, ou se sucede à má-gestão da empresa já em períodos passados, refletindo em datas futuras de maneira incontável (ou controlável, mas de forma árdua). Do mesmo modo, não há como definir com certeza se o síndico concorreu de fato para a ocorrência dos fatos geradores à época do período autuado.

Corroborando com tais dúvidas o fato de não haver qualquer manifestação do contribuinte em relação às informações solicitadas pela Fiscalização. O ora recorrente não apresentou qualquer livro ou documento que possibilitasse a apuração de suas bases de cálculo.

Diante de todo o exposto, muito prudente e oportuna a aplicação do §5º, art. 154, da Lei nº 11.101/2005, invocado pela DRJ como razão para decidir. Eis a dicção legal do referido dispositivo:

“Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

(...)

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

(...)”

Nos autos judiciais aqui já destacados, reproduzidos pela embargante de modo inaugural nesta oportunidade, a condução da busca pela verdade e, assim, a construção

do conjunto probatório, estão diretamente voltados para o comportamento e a eventual responsabilização do síndico. As possíveis indenizações pela desídia do síndico não passarão em branco sob nenhuma hipótese, uma vez que em sede judicial tal questão é particularmente discutida.

Reitera-se, nos autos deste processo administrativo, com as documentações apresentadas e as conclusões atingidas, não há como atribuir-se qualquer responsabilidade tributária ao síndico. O princípio da verdade material aqui se encontra mitigado, mas a abrangência de sua aplicação encontra morada nos autos do processo judicial evidenciado pela embargante.

Deste modo não deve prosperar a alegação da Fazenda Nacional, ora embargante, de que deveria ser atestada a responsabilidade tributária do síndico da massa falida. Por consequência lógica, não há como supor que deveria ter sido lavrado o Termo de Sujeição Passiva nestes moldes e neste contexto probante.

Quanto à suposta competência do CARF em sede de Recurso de Ofício, conseqüente à decisão da d. DRJ que afastou a responsabilidade do síndico, há certa confusão por parte do embargante, o que é normal consideradas as premissas ali adotadas para atestar a omissão e contradição suscitadas.

Veja, a redação do art. 70 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, é clara no sentido de cabimento do recurso de ofício somente nos casos em que a decisão exonerar o **sujeito passivo** do pagamento dos tributos:

*“Art. 70. O recurso de ofício deve ser interposto, pela autoridade competente de primeira instância, **sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes)** a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda, bem como quando deixar de aplicar a pena de perdimento de mercadoria com base na legislação do IPI (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 34, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67).”*

O recorrente distorce o alcance do referido dispositivo à sua conveniência. Mas a verdade é que, seja mediante interpretação literal ou mesmo através de interpretação extensiva (sistemática), não há como atribuir à exoneração do síndico da obrigatoriedade de concorrer com o ônus fiscal, hipótese autorizadora da interposição de recurso de ofício.

Tal racional desenvolvido pela Fazenda Nacional é, nitidamente, conseqüente à sua imputação errônea de responsabilidade tributária. Conforme demonstrou-se, não há comprovação nos autos culminando para esta conclusão.

Ainda assim, o contribuinte principal não fora exonerado da cobrança, ou seja, não há danos e ameaças ao erário em montante significativo (superior à R\$ 1.000.000,00, nos termos da Portaria MF nº 3/08), capaz de compulsionar a interposição de recurso de ofício. Em análise fria, a atenção ao princípio da capacidade contributiva manteve-se irretocável e a arrecadação do Estado não resta prejudicada, tampouco relativizada, a ponto de exigir uma medida preventiva automática por parte da Administração Pública. (verdade material e excluir mesmo "se") - EXCLUIR

Apenas à título elucidativo, cabe ressaltar que a autuação lavrada contra a pessoa jurídica não depende do Termo de Sujeição Passiva para surtir efeitos, seja no aspecto formal ou material, de tal conta que sua eventual e suposta existência não prejudicaria os efeitos da autuação.

Deste modo, não há como se falar em omissão quanto ao julgamento de recurso de ofício.

Conclusão

Diante do exposto, NÃO ACOLHO os Embargos de Declaração apresentados.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado